

Mirina Grosz

Staatliche Aufsicht über private Akteure der Wirtschaft

Mirina Grosz

Staatliche Aufsicht über private Akteure der Wirtschaft

Staatliche Aufsicht über private Akteure der Wirtschaft

PD Dr. iur. Mirina Grosz

HABILITATIONSSCHRIFT DER UNIVERSITÄT BASEL

Open-Access-Gold

Publiziert mit Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds
zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung.

Publiziert von:

Dike Verlag
Weinbergstrasse 41
CH-8006 Zürich
info@dikey.ch
www.dike.ch

Text © Mirina Grosz 2025

ISBN (Hardback): 978-3-03891-752-6 (Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen)

ISBN (PDF): 978-3-03929-076-5

DOI: <https://doi.org/10.3256/978-3-03929-076-5>



Dieses Werk ist lizenziert unter
Creative Commons Lizenz CC BY-NC-ND.



Dank

Das vorliegende Buch wurde im Frühjahrssemester 2024 von der Juristischen Fakultät der Universität Basel als Habilitationsschrift abgenommen. Das Manuskript wurde im Frühjahr 2023 abgeschlossen. Später ergangene Rechtsprechung und erschienene Literatur konnten bis im Herbst 2024 punktuell berücksichtigt werden.

Grosser Dank gebührt zunächst Prof. Dr. Daniela Thurnherr, die mich ermutigt hat, dieses Forschungsprojekt anzugehen und die Erarbeitung des Manuskripts in vielfältiger Weise unterstützt und mit wertvollen Hinweisen begleitet hat. Mein Dank geht zudem an die weiteren Gutachter, Prof. Dr. Jan Henrik Klement und Prof. Dr. Felix Uhlmann, für Ihre geschätzten Anregungen.

Dankbar bin ich weiteren Personen, die zum Gelingen dieser Arbeit besonders beigetragen haben: Entscheidend für die Wahl des Themas und der methodischen Vorgehensweise waren Gespräche mit Prof. Dr. Hans Michael Riemer und Prof. Dr. Gabriela Riemer-Kafka. Auch den fachlichen Austausch mit Prof. Dr. Rolf H. Weber und Prof. Dr. Thomas Gächter zu Beginn der Projektaufnahme habe ich sehr geschätzt. Die Schrift profitierte ausserdem von der kritischen Lektüre von Textentwürfen und fachbereichsübergreifenden wertvollen Diskussionen, die ich insbesondere mit PD Dr. iur. Christoph Bauer, Prof. Dr. Daniel Dedeyan, Prof. Dr. Lorenz Langer, Prof. Dr. Anna Petrig, Prof. Dr. Nina Reiser, Dr. iur. Dirk Spacek und Dr. iur. Barbara Widmer führen konnte. Ihnen allen möchte ich meinen herzlichen Dank aussprechen.

Gedankt sei darüber hinaus Christiane Lober für das sehr sorgfältige Lektorat, Daniela De Marco für die meisterhaften Formatierungsarbeiten sowie Lilli Hiptmair für die Unterstützung bei der Aktualisierung der Arbeit. Zudem gilt mein Dank Elisabeth Tribaldos, Zuzana Havlin sowie Jacqueline Kölliker vom DIKE Verlag, die mich bei der Fertigstellung des Manuskripts verlegerisch betreut haben.

Zu Beginn meines Habilitationsprojekts wurde ich vom Forschungsfonds der Universität Basel zur Förderung exzellenter junger Forschender sowie von der Stiftung zur Förderung der rechtlichen und wirtschaftlichen Forschung an der Universität Basel unterstützt. Ein Stipendium der Holcim Stiftung zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung und v.a. ein Ambizione Grant des Schweizerischen Nationalfonds (SNF) haben die vertiefte Forschungstätigkeit und Ausarbeitung der Habilitationsschrift letztlich ermöglicht. Ausserdem wurde die Publikation des Buches vom Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung unterstützt. Für diese Forschungsförderung bin ich sehr dankbar.

Mein grösster Dank geht schliesslich an meine Familie, allen voran an Dirk, der mich auf diesem Weg – mit allem, was er mit sich brachte (!) – begleitet und unterstützt hat. Ihm, Nevin und Silvan ist dieses Buch gewidmet.

Inhaltsübersicht

Dank	V
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Literaturverzeichnis	XLVII
Materialienverzeichnis	XCV
Einleitung.....	1
I. Ausgangslage	1
II. Untersuchungsgegenstand.....	6
III. Gliederung.....	10
Erstes Kapitel: Aufsichtsbegriff.....	13
§ 1 Wesentliche Merkmale der staatlichen Aufsicht über private Akteure der Wirtschaft.....	13
I. Überblick.....	13
II. (Aufsichts-)Rechtsverhältnis.....	14
III. Aufsichtszwecke	36
IV. Aufsichtstätigkeit	53
V. Begriffsabgrenzungen	60
§ 2 Geschichtliche Entwicklung des Aufsichtsrechts	85
I. Vorbemerkungen	85
II. <i>Ius Supremae Inspectionis</i> oder das Recht der höchsten Oberaufsicht.....	86
III. Eingeschränkte Aufsichtskompetenzen zu Beginn des 19. Jahrhunderts	96
IV. Zunehmende Staats- und Aufsichtsaufgaben in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts.....	107
V. Prägung des Aufsichtsrechts in der Kriegs- und Krisenzeit des 20. Jahrhunderts.....	130
VI. Aufsichtsrechtliche Entwicklungen in der Nachkriegszeit.....	144
VII. Zusammenführung der Erkenntnisse	152
§ 3 Prägende Einflüsse auf das Aufsichtsrecht der Gegenwart	153
I. Überblick.....	153
II. Transnationales Aufsichtsrecht	156
III. Aufsicht im privatisierten Gewährleistungsstaat?	199
IV. Staatliche Aufsicht im Präventionsstaat.....	205
V. Digitalisierung und Aufsicht	214
VI. Zusammenführung der Erkenntnisse	219

Zweites Kapitel: Aufsichtsbehörden	221
§ 1 Einordnung der Aufsicht innerhalb der Gewaltentrias des modernen Staates.....	221
I. Aufsicht als Aufgabe der Exekutive	221
II. Aufsicht und Rechtsetzung	228
III. Aufsicht und Rechtsprechung	285
IV. Zwischenergebnis und Überleitung	302
§ 2 Organisationsrechtliche Ausgestaltung der Aufsichtsbehörden.....	304
I. Vorbemerkungen	304
II. Aufsichtsbehörden auf unterschiedlichen Stufen des Gemeinwesens.....	305
III. Aufsichtsausübung durch die Zentralverwaltung	311
IV. Dezentrale Aufsichtsbehörden	316
V. Unabhängige Aufsichtsbehörden	333
VI. Rechtsformen dezentraler Aufsichtsbehörden des Bundes.....	351
Drittes Kapitel: Aufsichtsinstrumente	487
§ 1 Kategorien aufsichtsrechtlicher Instrumente	487
I. Überblick.....	487
II. Aufsicht über den Marktzugang.....	492
III. Instrumente der laufenden Aufsicht	529
IV. Aufsichtsrechtliche Durchsetzungsmassnahmen	569
V. Zusammenführung der Erkenntnisse und Überleitung	639
§ 2 Verfassungsrechtliche Grundsätze rechtsstaatlicher Aufsichtsausübung	648
I. Überblick.....	648
II. Aufsicht und Legalitätsprinzip.....	649
III. Aufsicht und Verhältnismässigkeitsprinzip.....	684
Viertes Kapitel: Aufsichtsverfahren	695
§ 1 Nichtstreitiges Aufsichtsverfahren	696
I. Vorbemerkungen	696
II. Anwendbares Verfahrensrecht	697
III. Einleitung des nichtstreitigen Aufsichtsverfahrens.....	699
IV. Zuständigkeit.....	705
V. Parteien und Rechtsstellung Dritter	710
VI. Feststellung des Sachverhalts	718
VII. Abgrenzung Aufsichts- / Zivilverfahren	727
VIII. Vorsorgliche Massnahmen	729
IX. Verfügungseröffnung und Vollstreckung	734

§ 2	Streitiges Aufsichtsverfahren.....	740
I.	Rechtswege und anwendbare Verfahrensregeln.....	740
II.	Die Stiftungsaufsichtsbeschwerde als Rechtsmittel <i>sui generis</i>	743
III.	Nachträglicher Rechtsschutz gegenüber aufsichtsrechtlichen Realakten	749
IV.	Eingeschränkter Rechtsschutz gegenüber Verwaltungsverordnungen.....	754
V.	Gerichtliche Überprüfbarkeit der Aufsichtsentscheide.....	756
§ 3	Verfahrensgarantien im nichtstreitigen Aufsichtsverfahren	792
I.	Vorbemerkungen.....	792
II.	Art. 6 EMRK im Aufsichtsverfahren.....	799
III.	Gerichtliche Verfahrensgarantien im Aufsichtsverfahren? – Der Anspruch auf unabhängige und unbefangene Beurteilung im Besonderen	803
IV.	Strafrechtliche Verfahrensgarantien im Aufsichtskontext – Zur strafprozessualen Selbstbelastungsfreiheit im Besonderen.....	851
§ 4	Zusammenführung der Erkenntnisse	920
Schlussbetrachtungen		925
§ 1	Zusammenfassung der Erkenntnisse	925
	Kapitel I: Aufsichtsbeginn	925
	Kapitel II: Aufsichtsbehörden.....	929
	Kapitel III: Aufsichtsinstrumente	932
	Kapitel IV: Aufsichtsverfahren.....	933
§ 2	Abschliessende Gedanken	935
Anhang.....		939

Inhaltsverzeichnis

Dank	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Literaturverzeichnis	XLVII
Materialienverzeichnis	XCV

Einleitung..... 1

I. Ausgangslage	1
A. Weite Verbreitung und vielfältige Verwendung des Aufsichtsbegriffs.....	1
B. Harmonisierungstendenzen	3
II. Untersuchungsgegenstand.....	6
A. Erkenntnisziel und Methode.....	6
B. Eingrenzungen.....	7
III. Gliederung.....	10

Erstes Kapitel: Aufsichtsbegriff..... 13

§ 1 Wesentliche Merkmale der staatlichen Aufsicht über private Akteure der Wirtschaft.....	13
I. Überblick.....	13
II. (Aufsichts-)Rechtsverhältnis.....	14
A. Staatliche Aufsicht.....	14
B. Beaufsichtigte private Akteure der Wirtschaft	17
C. Prägende Gegenüberstellung.....	21
1. Dichotomie «Staat» – «Private»	21
2. Bedeutsamkeit für den verwendeten Aufsichtsbegriff	26
D. Begriffsklärung.....	29
1. Staatsaufsicht und Wirtschaftsaufsicht	29
2. Systemaufsicht	34
3. Nachfolgende Begriffsverwendung	36
III. Aufsichtszwecke	36
A. Überblick.....	36
B. Rechtsaufsicht	38
1. Begriffserklärung	38
2. Aufsichtsmassstab.....	41
3. Abgrenzungsfragen	44
3.1 Im Allgemeinen.....	44
3.2 Zweckmässigkeits- oder Wirtschaftlichkeitsprüfungen im Besonderen	46
C. (Wirtschafts-)polizeiliche, systemische und qualitätssichernde Aufsichtszwecke.....	47
IV. Aufsichtstätigkeit	53
A. Zwei Hauptfunktionen.....	53
1. Beobachtung	54
2. Berichtigung.....	57

	B. Weitere Aufsichtsaufgaben.....	58
V.	Begriffsabgrenzungen	60
	A. Vorbemerkungen	60
	B. Aufsicht und Kontrolle.....	61
	C. Aufsicht und Überwachung.....	67
	D. Aufsicht und Regulierung	70
	1. Unterschiedliche Regulierungsbegriffe.....	70
	1.1 Regulierung und Regelbildung	70
	1.2 Regulierung und Steuerung.....	72
	1.3 Regulierungsrecht als «Privatisierungsfolgerecht»?.....	74
	2. Das Verhältnis zwischen den Begriffen Regulierung und Aufsicht	75
	E. Steuerung, (Wirtschafts-)Aufsicht und (Wirtschafts-)Lenkung	77
	F. Zusammenführung der Erkenntnisse.....	82
§ 2	Geschichtliche Entwicklung des Aufsichtsrechts.....	85
I.	Vorbemerkungen.....	85
II.	<i>Ius Supremae Inspectionis</i> oder das Recht der höchsten Obergaufsicht.....	86
	A. <i>Ius Supremae Inspectionis</i> als Vorläufer des Aufsichtsrechts in der frühen Neuzeit.....	86
	B. Massstäbe des Obergaufsichtsrechts	90
	C. Befugnisse der Obergaufsichtsausübung	93
III.	Eingeschränkte Aufsichtskompetenzen zu Beginn des 19. Jahrhunderts	96
	A. Wandel des Staatsverständnisses.....	96
	B. Auswirkungen auf die Aufsicht.....	103
	C. Exkurs zu Selbstverwaltung und Staatsaufsicht.....	105
IV.	Zunehmende Staats- und Aufsichtsaufgaben in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts.....	107
	A. Verändertes Rollenverständnis des Staates	107
	B. Staatliche Aufsicht als Bestandteil des Polizei- bzw. Verwaltungsrechts	112
	1. Staatliche Aufsicht zum Zwecke des Gesundheitsschutzes	115
	1.1 Aufsichtsbefugnisse im Bereich Sanitätswesen.....	115
	1.2 Staatliche Beaufsichtigung des Verkehrs mit Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen.....	116
	1.3 Staatliche Aufsicht über die Arzneimittel	119
	2. Staatliche Aufsicht zum Zwecke des Vermögensschutzes.....	122
	2.1 Stiftungsaufsicht	122
	2.2 Anfänge der Bankenaufsicht zum Zwecke des Sparererschutzes	127
V.	Prägung des Aufsichtsrechts in der Kriegs- und Krisenzeit des 20. Jahrhunderts	130
	A. Ein zunehmend autoritäres Staatsverständnis setzt sich durch	130
	B. Notrecht der Kriegs- und Krisenjahre	132
	C. Zunehmende Sozial- und Interventionsgesetzgebung.....	137
	D. Einführung der Bankenaufsicht.....	138
VI.	Aufsichtsrechtliche Entwicklungen in der Nachkriegszeit.....	144
	A. Ausbau des Sozial- und Interventionsstaates	144
	B. Entstehung des Kartellgesetzes	147

VII.	Zusammenführung der Erkenntnisse	152
§ 3	Prägende Einflüsse auf das Aufsichtsrecht der Gegenwart	153
I.	Überblick.....	153
II.	Transnationales Aufsichtsrecht	156
A.	Einleitende Bemerkungen	156
B.	Grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden.....	158
1.	Bundesrechtliche Rechtsgrundlagen.....	159
2.	Transnationale Rechtsgrundlagen	162
C.	Plattformen der Zusammenarbeit	166
D.	Transnationale Aufsichtsstandards	170
1.	Überblick.....	170
2.	Rechtswirkungen.....	175
E.	Rechtliche Würdigung.....	178
1.	«Aufsichtsnetzwerke» als neue Völkerrechtsakteure	178
2.	Demokratiedefizite der Behördennetzwerke und ihrer legislativen Akte	181
2.1	Problemstellung	181
2.2	Demokratische Rückbindung mittels gesetzlicher Grundlage.....	184
2.3	Weitere Legitimationsprobleme.....	188
3.	Harmonisierung der Aufsichtsstruktur.....	190
3.1	EU-Marktzugang im Finanzmarktbereich	191
3.2	EU-Marktzugang im Heilmittelbereich	192
3.3	Revisionsaufsichtsbehörde dank « <i>lex americana</i> »	196
4.	Harmonisierung des Aufsichtsrechts.....	197
F.	Zusammenführung der Erkenntnisse.....	198
III.	Aufsicht im privatisierten Gewährleistungsstaat?	199
IV.	Staatliche Aufsicht im Präventionsstaat.....	205
V.	Digitalisierung und Aufsicht	214
VI.	Zusammenführung der Erkenntnisse	219
Zweites Kapitel: Aufsichtsbehörden		221
§ 1	Einordnung der Aufsicht innerhalb der Gewaltentrias des modernen Staates.....	221
I.	Aufsicht als Aufgabe der Exekutive	221
II.	Aufsicht und Rechtsetzung	228
A.	Überblick.....	228
B.	Formen der Rechtsetzung durch Aufsichtsbehörden.....	230
1.	Aufsichtsrechtliche Rechtsverordnungen	230
1.1	Vorbemerkungen	230
1.2	Voraussetzungen der zulässigen Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an die Aufsichtsbehörden.....	232
1.3	Regelung der Regulierungstätigkeit der FINMA.....	236
1.4	Die Pharmakopöe im Besonderen.....	238
2.	Aufsichtsrechtliche Verwaltungsverordnungen	240
2.1	Vorbemerkungen	240
2.2	Verwaltungsverordnungen als Auffangkategorie im Aufsichtsrecht.	241
2.2.1	Begriff und Funktion der Verwaltungsverordnungen nach klassischer Auffassung.....	241
2.2.2	Rundschreiben der FINMA	243

2.3	Rechtsqualität aufsichtsrechtlicher Verwaltungsverordnungen	246
2.3.1	Zunehmende Anerkennung des Rechtsnormcharakters	246
2.3.2	Paradigmenwechsel erforderlich	250
3.	Weitere Erlass- und Kommunikationsformen der Aufsichtsbehörden	251
3.1	Richtlinien, Mitteilungen, Merkblätter und FAQ – ein Überblick	251
3.1.1	Vorbemerkungen	251
3.1.2	Merkblätter, Wegleitungen, Richtlinien, Leitfäden, Checklisten und FAQ	252
3.1.3	Aufsichtsmitteilungen der FINMA	254
3.1.4	Stellungnahmen, Berichte, Referate und Fachartikel der Aufsichtsbehörden	255
3.2	Rechtliche Einordnung	257
4.	Aufsichtsrechtliche Regulierung der Selbstregulierung	259
4.1	Vorbemerkungen	259
4.2	Regulierte Selbstregulierung im Bereich der Produktesicherheit	260
4.3	Regulierte Selbstregulierung im Finanzmarktbereich	263
5.	Mitwirkung der Aufsichtsbehörden im regulären Rechtsetzungsverfahren	266
5.1	Der Einfluss aufsichtsrechtlicher Regulierung auf die Rechtsentwicklung	266
5.2	Einbezug der Aufsichtsbehörden in den ordentlichen Legislativprozess	268
C.	Grundsätzliche Diskussionspunkte angesichts rechtsetzender Aufsichtsbehörden	272
1.	Strapaziertes Gewaltenteilungsprinzip?	272
2.	Genügende gesetzliche Grundlagen?	276
3.	Erfordernis unabhängiger Rechtsetzung	281
III.	Aufsicht und Rechtsprechung	285
A.	Überblick	285
B.	Gemeinsamkeiten	286
1.	Rechtsanwendung	286
2.	Unabhängigkeit	290
3.	Streitentscheidung	292
C.	Unterschiede	294
1.	Parteiähnliche Stellung der Aufsichtsbehörden	294
2.	«Hauptaufgaben» vs. «zusätzliche Funktionen» der Aufsicht	296
3.	Verfahrensrechtliche Aspekte	298
D.	Rechtsprechungsübersicht: Aufsichtsbehörden sind keine Gerichte	300
IV.	Zwischenergebnis und Überleitung	302
§ 2	Organisationsrechtliche Ausgestaltung der Aufsichtsbehörden	304
I.	Vorbemerkungen	304
II.	Aufsichtsbehörden auf unterschiedlichen Stufen des Gemeinwesens	305
III.	Aufsichtsausübung durch die Zentralverwaltung	311
IV.	Dezentrale Aufsichtsbehörden	316
A.	Weite Verbreitung	316
1.	Allgemeines	316
2.	Aufsichtsbehörden im Vier-Kreise-Modell	318

3.	Aufsichtsaufgaben gemäss Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates.....	319
3.1	Überblick.....	319
3.2	Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht im Besonderen	322
4.	Das Kriterium der Unabhängigkeit als Ziel und Grund für dezentralisierte Aufsichtsbehörden	323
5.	Zuordnung von Aufsichtsbehörden zur dezentralen Bundesverwaltung ..	329
B.	Rechtliche Vorgaben.....	331
V.	Unabhängige Aufsichtsbehörden	333
A.	Unabhängigkeit als Kernkriterium der Aufsicht	333
B.	Begriff der Unabhängigkeit.....	337
1.	Unabhängigkeitsrichtungen	340
1.1	Unabhängigkeit gegenüber den politischen Instanzen.....	340
1.2	Unabhängigkeit gegenüber den Beaufsichtigten	344
2.	Unabhängigkeitsdimensionen	347
2.1	Funktionale Unabhängigkeit.....	347
2.2	Institutionelle Unabhängigkeit.....	348
2.3	Personelle Unabhängigkeit	349
2.4	Finanzielle Unabhängigkeit	350
VI.	Rechtsformen dezentraler Aufsichtsbehörden des Bundes.....	351
A.	Vorbemerkungen	351
1.	Wahlfreiheit bezüglich der Rechtsformen.....	351
2.	Rechtsformen des öffentlichen Rechts.....	352
3.	Anwendbare Vorgaben	354
4.	Aufbau der folgenden Untersuchung	355
B.	Öffentlich-rechtliche Anstalten	356
1.	Begriff	356
2.	Rechtsfähigkeit	358
3.	Organe.....	359
3.1	Überblick.....	359
3.2	Verwaltungs- / Institutsrat.....	360
3.3	Geschäftsleitung.....	362
3.4	Revisionsstelle	365
4.	Personelle Besetzung	365
4.1	Sicherung von Fachwissen und Sachverstand	365
4.2	Anforderungsprofile gemäss Art. 8j Abs. 2 RVOV.....	366
4.3	Vorgaben zur personellen Unabhängigkeit	367
4.4	Personalrechtliches	370
4.5	Einbezug privater Experten und Hilfspersonen	373
4.5.1	Private Prüfgesellschaften und die duale Finanzmarktaufsicht	375
4.5.2	AO als private Aufsichtsstellen	379
4.5.3	Untersuchungsbeauftragte der FINMA	381
5.	Finanzierung und Finanzhaushalt	383
5.1	Gebühren und Aufsichtsabgaben	383
5.2	Finanzielle Unabhängigkeit	386

6. Verantwortlichkeit.....	388
6.1 Allgemeines	388
6.2 Zu Art. 19 VG im Besonderen	391
7. Fachliche Unabhängigkeit	397
8. Ausübung der Aufsicht über die Aufsichtsbehörden	399
8.1 Eingliederung in die Verwaltungsorganisation des Bundes.....	399
8.2 Aufsichtsbefugnisse des Bundesrates	401
8.2.1 Überblick	401
8.2.2 Befugnisse des Bundesrates hinsichtlich der strategischen Ausrichtung der Aufsichtsbehörden	404
8.2.3 Zum Spannungsverhältnis zwischen der bundesrätlichen Aufsichtsausübung und der Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden	409
8.3 Oberaufsicht des Parlaments.....	416
8.3.1 Indirekte und direkte Oberaufsicht	416
8.3.2 Ausübung der Oberaufsicht	421
C. Behördenkommissionen	424
1. Begriff	424
2. Behördeninterne Struktur.....	427
2.1 Überblick.....	427
2.2 Kommission	428
2.3 (Fach-)Sekretariat	430
2.3.1 Allgemeines.....	430
2.3.2 Das WEKO-Sekretariat im Besonderen	434
3. Personelle Besetzung	436
3.1 Vorgaben und Anforderungsprofil.....	436
3.2 Behördenkommissionen als Milizbehörden.....	438
3.3 Vorgaben zur personellen Unabhängigkeit	440
3.3.1 Unabhängigkeit gegenüber Politik und Verwaltung sowie gegenüber den Beaufsichtigten	440
3.3.2 Interessenvertretung innerhalb der WEKO	443
3.4 Personalrechtliches	448
4. Finanzierung und Finanzhaushalt	449
4.1 Gebühren, Aufsichtsabgaben und Abteilungen des Bundes.....	449
4.2 Finanzielle Unabhängigkeit	451
5. Verantwortlichkeit.....	453
6. Fachliche Unabhängigkeit	454
7. Ausübung der Aufsicht über die Aufsichtsbehörden	456
7.1 Eingliederung in die Verwaltungsorganisation des Bundes.....	456
7.2 Aufsichtsbefugnisse des Bundesrates	457
7.3 Oberaufsicht des Parlaments.....	461
D. Schlussfolgerungen aus dem Behördenvergleich.....	461
1. Organisationsrechtliche Harmonisierungsbestrebungen.....	461
2. Harmonisierung der Rechtsformen: Die öffentlich-rechtliche Anstalt als primäre Rechtsform für Aufsichtsbehörden?.....	465
3. Gleichwohl: Vielfältige Unabhängigkeitsvorgaben	471
3.1 Zahlreiche, unterschiedliche Unabhängigkeitsvorschriften.....	471

3.2	Fehlendes Unabhängigkeitskonzept.....	476
3.3	Massgebliche Bedeutung der Unabhängigkeitssensibilisierung innerhalb der Behörden.....	483
Drittes Kapitel: Aufsichtsinstrumente		487
§ 1	Kategorien aufsichtsrechtlicher Instrumente	487
I.	Überblick.....	487
II.	Aufsicht über den Marktzugang.....	492
A.	Vorbemerkungen	492
1.	Bewilligungs- und Konzessionserfordernisse als präventive Marktzutrittsbeschränkungen	492
2.	Meldepflichten als alternative Regelung des Marktzugangs	495
3.	Demgegenüber: Mechanismen der Selbstkontrolle	497
B.	Bewilligungen	500
1.	Bewilligungsbegriff.....	500
1.1	Allgemeines	500
1.2	Bewilligungsbegriffe im HMG	501
2.	Bewilligungsvoraussetzungen.....	504
2.1	Persönliche Bewilligungsvoraussetzungen.....	504
2.2	Sachliche / produktbezogene Bewilligungsvoraussetzungen	506
3.	Rechtsanspruch auf Bewilligungserteilung.....	508
4.	Verhältnis Bewilligungserteilung und Aufsicht	509
4.1	Begründung eines Aufsichtsrechtsverhältnisses	509
4.2	Abgrenzungsfragen.....	511
4.3	Bewilligungsvorgaben beeinflussen den Aufsichtsmassstab	514
C.	Konzessionen	515
1.	Konzessionsbegriff.....	515
2.	Konzessionsvoraussetzungen.....	519
3.	Kein Rechtsanspruch auf Konzessionserteilung.....	522
4.	Folgen der Konzessionserteilung	523
5.	Verhältnis zwischen Konzessionserteilung und Aufsicht	527
5.1	Begründung eines Aufsichtsrechtsverhältnisses	527
5.2	Konzessionsinhalte beeinflussen den Aufsichtsmassstab	528
III.	Instrumente der laufenden Aufsicht	529
A.	Vorbemerkungen	529
B.	Aufsichtsrechtliche Überwachungs- und Untersuchungsinstrumente.....	531
1.	Periodische Prüfungen	531
2.	Instrumente der Marktbeobachtung	536
3.	Instrumente der Vorabklärung.....	540
3.1	Ausgangspunkt.....	540
3.2	Vorabklärungen des WEKO-Sekretariats im Besonderen	541
3.3	Abschluss	543
4.	Behördliche Informations-, Einsichts- und Untersuchungsrechte im eröffneten Aufsichtsverfahren.....	545
4.1	Überblick.....	545
4.2	Auskunfts- und Editionsrechte.....	547
4.3	Zeugeneinvernahmen	548

4.4	Sachverständigengutachten.....	548
4.5	Zutritts-, Durchsuchungs- und weitere Untersuchungsrechte.....	549
4.6	Weitreichendes Behördenermessen.....	551
5.	Mitwirkungspflichten der Beaufsichtigten.....	555
5.1	Überblick.....	555
5.2	Aussage- und Edtionspflichten	555
5.3	Weitere Kooperations- sowie Duldungspflichten	557
5.4	Meldepflichten zur Informationsbeschaffung und Gefahrenabwehr.....	558
5.5	Weite Auslegung der Mitwirkungspflichten	562
C.	Informelles Verwaltungshandeln der Aufsichtsbehörden.....	564
IV.	Aufsichtsrechtliche Durchsetzungsmassnahmen.....	569
A.	Überblick.....	569
B.	Präventive Aufsichtsmaßnahmen.....	573
1.	Vorbemerkungen	573
2.	Verbindliche Weisungen der Stiftungsaufsicht	574
3.	Eingriffe in die Organisation und Zusammensetzung der Stiftungsorgane	576
C.	Repressive Aufsichtsmaßnahmen.....	579
1.	Vorbemerkungen	579
2.	Exekutorische Massnahmen.....	579
2.1	Allgemeines	579
2.2	Annullierung von Beschlüssen und Entscheiden der Beaufsichtigten	580
2.3	Ersatzvornahme.....	582
2.4	Unmittelbare Zwangsausübung	584
2.5	Gewährsprüfungen der FINMA	587
3.	Administrative Rechtsnachteile	590
3.1	Allgemeines	590
3.2	(Aufsichtsrechtliche) Gewinneinziehung.....	591
3.3	Bewilligungs- und Konzessionsentzug	595
4.	Pönale Massnahmen.....	601
4.1	Allgemeines	601
4.2	Pekuniäre Verwaltungssanktionen	604
4.3	Abberufung und Neueinsetzung von Stiftungsorganen	608
4.4	Berufs- und Tätigkeitsverbote nach Art. 33 und Art. 33a FINMAG	610
4.5	Veröffentlichung von Verfügungen	614
D.	Verwaltungsstrafen	618
1.	Allgemeines	618
2.	Abgrenzung pöner verwaltungsrechtlicher Aufsichtsmaßnahmen von aufsichtsrechtlichen Verwaltungsstrafen.....	621
E.	Aufsichtsmaßnahmen als «Strafen» i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK?	624
1.	Vorbemerkungen und die Engel-Rechtsprechung des EGMR.....	624
2.	Qualifikation unterschiedlicher Kategorien aufsichtsrechtlicher Massnahmen	627
2.1	Keine «Strafen» i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK.....	627
2.1.1	Exekutorische Aufsichtsmaßnahmen.....	627
2.1.2	Administrative Rechtsnachteile	628
2.1.3	Disziplinarisch wirkende Massnahmen?	630

2.2	Strafen i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK	635
2.2.1	Verwaltungsstrafen	635
2.2.2	Pekuniäre Verwaltungssanktionen?	635
V.	Zusammenführung der Erkenntnisse und Überleitung	639
A.	Breite Palette etablierter Aufsichtsinstrumente	639
B.	Tangierte Grundrechte	642
§ 2	Verfassungsrechtliche Grundsätze rechtsstaatlicher Aufsichtsausübung	648
I.	Überblick.....	648
II.	Aufsicht und Legalitätsprinzip.....	649
A.	Allgemeines.....	649
B.	Erfordernis des Rechtssatzes.....	651
1.	Vorbemerkungen	651
2.	Keine Regelung des informellen Aufsichtshandelns	652
3.	Aufsichtsmassnahmen auf Basis der polizeilichen Generalklausel?	657
C.	Erfordernis der genügenden Normstufe	661
1.	Kriterien zur Bestimmung der erforderlichen Normstufe.....	661
2.	Anforderungen an die Normstufe im Aufsichtsrecht.....	663
2.1	Grundsätzlich erhöhte Anforderungen.....	663
2.2	Tiefere Anforderungen für restitutorisch wirkende Aufsichtsmassnahmen?.....	666
2.3	Aufsichtsinstrumente auf Verordnungsstufe?	668
D.	Erfordernis der genügenden Normdichte	671
1.	Kriterien zur Bestimmung der erforderlichen Normdichte.....	671
2.	Anforderungen an die Normdichte im Aufsichtsrecht	672
2.1	Gegenläufige Bedürfnisse prägen das Aufsichtsrecht.....	672
2.2	Massnahmenkataloge vs. Generalklauseln	676
2.3	Ungenügende gesetzliche Grundlagen im Stiftungsrecht?	679
E.	Zwischenergebnis und Überleitung.....	682
III.	Aufsicht und Verhältnismässigkeitsprinzip.....	684
A.	Allgemeines.....	684
B.	Drei Kriterien der Verhältnismässigkeit.....	685
1.	Eignung	685
2.	Erforderlichkeit	686
3.	Zumutbarkeit.....	691
C.	Zwischenergebnis und Überleitung.....	692
Viertes Kapitel: Aufsichtsverfahren		695
§ 1	Nichtstreitiges Aufsichtsverfahren	696
I.	Vorbemerkungen	696
II.	Anwendbares Verfahrensrecht	697
III.	Einleitung des nichtstreitigen Aufsichtsverfahrens.....	699
A.	Einleitung eines Bewilligungs- oder Konzessionsverfahrens	699
B.	Anstoss / Auslöser zur Aufnahme von Beobachtungs- und Überwachungshandlungen	700
C.	Verfahrenseröffnung	702

IV.	Zuständigkeit.....	705
V.	Parteien und Rechtsstellung Dritter	710
VI.	Feststellung des Sachverhalts	718
	A. Untersuchungsprinzip sowie Auskunft- und Mitwirkungspflichten.....	718
	B. Fachwissen, Spezialisierung und entsprechendes Sachverständigen- ermessen der Aufsichtsbehörden.....	719
	C. Risikobasierte Selektion der zu untersuchenden Fälle.....	724
VII.	Abgrenzung Aufsichts- / Zivilverfahren	727
VIII.	Vorsorgliche Massnahmen	729
IX.	Verfügungseröffnung und Vollstreckung	734
§ 2	Streitiges Aufsichtsverfahren.....	740
I.	Rechtswege und anwendbare Verfahrensregeln.....	740
II.	Die Stiftungsaufsichtsbeschwerde als Rechtsmittel <i>sui generis</i>	743
	A. Überblick.....	743
	B. Beschwerdegrund.....	745
	C. Beschwerdelegitimation.....	746
	D. Abgrenzung Stiftungsaufsichtsbeschwerde / zivilrechtliche Klage.....	748
III.	Nachträglicher Rechtsschutz gegenüber aufsichtsrechtlichen Realakten	749
IV.	Eingeschränkter Rechtsschutz gegenüber Verwaltungsverordnungen.....	754
V.	Gerichtliche Überprüfbarkeit der Aufsichtsentscheide.....	756
	A. Kognition des Bundesverwaltungsgerichts im Beschwerdeverfahren.....	756
	1. Die Beschwerde als «vollkommenes Rechtsmittel»	756
	2. Sachverständigenermessen und zurückhaltende Kognitionsausübung.....	758
	3. Aufsichtstypische Konstellationen.....	763
	B. Problematik gerichtlicher Zurückhaltung im Aufsichtskontext	767
	1. Kognitionseinschränkungen durch eine weite Auslegung des «technischen Ermessens»	767
	2. Rechtmässigkeit gerichtlicher Zurückhaltung bei Fachfragen?.....	771
	2.1 Vereinbarkeit des Sachverständigenermessens mit der umfassenden Prüfungsbefugnis des Bundesverwaltungsgerichts? ...	771
	2.2 Vereinbarkeit gerichtlicher Kognitionseinschränkungen mit der Rechtsweggarantie?.....	773
	2.3 Aufsichtsspezifische Problemkreise aufgrund gerichtlicher Zurückhaltung	775
	C. Ansätze zur Verbesserung des gerichtlichen Rechtsschutzes und der Stellung der Beaufsichtigten	777
	1. Spezialisierung der Gerichte	778
	2. Beizug externer Expertise	782
	3. Gerichtliche Nachprüfung von Verwaltungsverordnungen?.....	784
	4. Anpassung der Behördenorganisation	787
	5. Fokus auf das nichtstreitige Aufsichtsverfahren	788
§ 3	Verfahrensgarantien im nichtstreitigen Aufsichtsverfahren	792
I.	Vorbemerkungen.....	792
	A. Überblick.....	792
	B. Aufsichtshandeln und Aufsichtsverfahren – Sachlicher Geltungsbereich der Verfahrensgarantien.....	794

II.	Art. 6 EMRK im Aufsichtsverfahren	799
A.	«Zivilrechtliche» Aufsichtsverfahren i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK	800
B.	«Strafrechtliche» Aufsichtsverfahren i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK	801
III.	Gerichtliche Verfahrensgarantien im Aufsichtsverfahren? – Der Anspruch auf unabhängige und unbefangene Beurteilung im Besonderen ...	803
A.	Vorbemerkungen	803
1.	Überblick.....	803
2.	Terminologische Differenzierungen.....	806
B.	Anspruch auf eine (institutionell) unabhängige Aufsichtsbehörde?	808
1.	Materieller Anwendungsbereich von Art. 30 Abs. 1 BV	808
2.	Notwendige Differenzierungen im Aufsichtskontext.....	815
2.1	Aufsichtsbehörden in rechtsprechender Funktion und Aufsichtsausübung zwecks Wahrung öffentlicher Interessen	815
2.2	Institutionelle Unabhängigkeit in den Sachgesetzen	818
2.3	Erhöhte Unabhängigkeitsanforderungen aufgrund weitgehender Aufsichtskompetenzen	820
3.	Fazit.....	822
C.	Anspruch auf eine unbefangene Aufsichtsbehörde	823
1.	Überblick.....	823
2.	Zum Unbefangenheitsanspruch im Kontext informellen Aufsichtshandelns	827
3.	Befangenheits- und Ausstandsgründe	830
4.	Zur Vorbefassung im Besonderen	833
4.1	Mehrfachzuständigkeiten und Vorbefassung	833
4.2	Behördeninterne Organisation und Kompetenzverteilung zwecks Gewährleistung unvoreingenommener Entscheide.....	838
4.3	Zu Art. 19 VG im Besonderen	841
D.	Rechtsfolgen einer Verletzung – Heilbarkeit eines verletzten Anspruchs auf unabhängige und unbefangene Beurteilung?	846
IV.	Strafrechtliche Verfahrensgarantien im Aufsichtskontext – Zur strafprozessualen Selbstbelastungsfreiheit im Besonderen.....	851
A.	Vorbemerkungen	851
B.	Rechtliche Grundlagen	852
C.	Persönlicher Geltungsbereich der Selbstbelastungsfreiheit – Anwendbarkeit des Nemo-tenetur-Grundsatzes auf juristische Personen?....	858
D.	(Sachliche) Anwendbarkeit der strafprozessualen Selbstbelastungs- freiheit im Vorfeld eines Strafverfahrens	864
E.	Gehalt der Selbstbelastungsfreiheit.....	869
1.	Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrecht	869
2.	Zulässiger und unzulässiger Selbstbelastungszwang.....	872
2.1	Verbot aktiver Mitwirkungspflichten – Zulässigkeit passiver Duldungspflichten?	873
2.2	Zulässiger und unzulässiger Selbstbelastungszwang in der Praxis des EGMR	877
F.	Aufsichtsrechtliche Mitwirkungspflichten und der diametrale Widerspruch zum Nemo-tenetur-Grundsatz	884

G. Lösungsansätze.....	887
1. Lösungswege in der Rechtsprechung.....	888
1.1 Keine absolute Geltung von <i>nemo tenetur</i>	888
1.2 Unzulässigkeit sanktionierbarer Mitwirkungspflichten	890
1.3 Schuldindizierende Würdigung von Aussage- und Mitwirkungsverweigerung.....	892
1.4 Zwei Bundesgerichtsentscheide im Besonderen.....	893
2. Ansätze in der Lehre	901
2.1 Vorrang des Nemo-tenetur-Grundsatzes gegenüber verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten.....	902
2.2 Strafprozessuales Beweisverwertungsverbot?	904
2.3 Vermittelnder Vorschlag spezifisch für das Aufsichtsrecht?	910
3. Würdigung der diskutierten Lösungsansätze	913
§ 4 Zusammenführung der Erkenntnisse	920
Schlussbetrachtungen	925
§ 1 Zusammenfassung der Erkenntnisse	925
Kapitel I: Aufsichtsbeginn	925
Kapitel II: Aufsichtsbehörden.....	929
Kapitel III: Aufsichtsinstrumente	932
Kapitel IV: Aufsichtsverfahren.....	933
§ 2 Abschliessende Gedanken	935
Anhang.....	939

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
Aarhus-Konvention	Übereinkommen vom 25. Juni 1998 über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten (Aarhus-Konvention), SR 0.814.07
AB N / S	Amtliches Bulletin Nationalrat / Ständerat
aBEHG	BEHG alter Fassung = Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz), AS 1997 68 (aufgehoben)
Abkommen zwischen der Schweiz und der EG über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen	Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen, SR 0.946.526.81
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
aBV / aBV 1874	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (aufgehoben)
ABV-FINMA	Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht vom 21. Oktober 1996 über die ausländischen Banken in der Schweiz (Auslandbankenverordnung-FINMA), SR 952.111
aFDV	FDV alter Fassung = Verordnung vom 31. Oktober 2001 über Fernmeldedienste, AS 2001 2759 (aufgehoben)
aGWG	GWG alter Fassung = Bundesgesetz vom 10. Oktober 1997 über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereigesetz), Stand 1. Januar 2009
aHMG	HMG alter Fassung = Bundesgesetz vom 15. Dezember 2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz), Stand: 1. Januar 2018
AI	Artificial Intelligence (Künstliche Intelligenz)
AIFMD	Richtlinie 2011/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2011 über die Verwalter alternativer Investmentfonds und zur Änderung der Richtlinien 2003/41/EG und 2009/65/EG und der Verordnungen (EG) Nr. 1060/2009 und (EU) Nr. 1095/2010, ABl. L 174 vom 1.7.2011, S. 1–73
AJP / PJA	Aktuelle Juristische Praxis / Pratique Juridique Actuelle
AKW	Atomkraftwerk
AlkG	Bundesgesetz vom 21. Juni 1932 über die gebrannten Wasser (Alkoholgesetz), SR 680
AllGebV	Allgemeine Gebührenverordnung vom 8. September 2004, SR 172.041.1
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten

Abkürzungsverzeichnis

AMBV	Verordnung vom 14. November 2018 über die Bewilligungen im Arzneimittelbereich (Arzneimittel-Bewilligungsverordnung), SR 812.212.1
AO	Aufsichtsorganisationen
aOG	Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bundesrechtspflegegesetz), AS 60 271 (aufgehoben)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AOV	Verordnung vom 6. November 2019 über die Aufsichtsorganisationen in der Finanzmarktaufsicht (Aufsichtsorganisationenverordnung), SR 956.134
APK	Aargauische Pensionskasse
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung (bis 1947: Eidgenössische Gesetzesammlung, Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen; bis 1987: Sammlung der eidgenössischen Gesetze)
ASA	Archiv für Schweizerisches Abgaberecht
aSBG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1998 über Glücksspiele und Spielbanken (Spielbankengesetz), AS 2000 677 (aufgehoben)
Aufl.	Auflage
AVO	Verordnung vom 9. November 2005 über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen (Aufsichtsverordnung), SR 961.011
aVSBG	Verordnung vom 24. September 2004 über Glücksspiele und Spielbanken (Spielbankenverordnung), AS 2004 4395 (aufgehoben)
AWV	Verordnung vom 17. Oktober 2001 über die Arzneimittelwerbung (Arzneimittel-Werbeverordnung), SR 812.212.5
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAG	Bundesamt für Gesundheit
BAKOM	Bundesamt für Kommunikation
BankG	Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz), SR 952.0
Banknotengesetz 1881	Bundesgesetz vom 8. März 1881 über die Ausgabe und die Einlösung von Banknoten, BBl 1881 II 179 ff.
BankV	Verordnung vom 30. April 2014 über die Banken und Sparkassen (Bankenverordnung), SR 952.02
Basle Concordat	Basel Committee on Banking Regulations and Supervisory Practices, Report to the Governors on the supervision of banks' foreign establishments, 26 September 1975, abrufbar unter < https://www.bis.org → Committees & associations → Basel Committee on Banking Supervision → Publications> (besucht am 15.8.24)

Basle Concordat 1983	Basel Committee on Banking Supervision, Principles for the Supervision of Banks' Foreign Establishments, Mai 1983, abrufbar unter < https://www.bis.org → Committees & associations → Basel Committee on Banking Supervision → Publications> (besucht am 15.8.24)
BaZ	Basler Zeitung
BAZG	Bundesamt für Zoll und Grenzsicherheit
BB1	Bundesblatt
BCBS	Basel Committee on Banking Supervision – Basler Ausschuss für Bankenaufsicht
BCBS Charter	Basel Committee Charter, 5. Juni 2018, abrufbar unter < https://www.bis.org → Committees & associations → Basel Committee on Banking Supervision → About the BCBS → Charter> (besucht am 15.8.24)
BCBS, Core Principles for Effective Banking Supervision	BCBS, Core Principles for Effective Banking Supervision, Oktober 2006 / September 2012, abrufbar unter < https://www.bis.org → Committees & associations → Basel Committee on Banking Supervision → Publications> (besucht am 15.8.24)
BCBS, Core Principles Methodology	BCBS, Core Principles Methodology, Oktober 2006, abrufbar unter < https://www.bis.org → Committees & associations → Basel Committee on Banking Supervision → Publications> (besucht am 15.8.24)
BCBS, Minimum Standards for the Supervision of International Banking Groups and their Cross-Border Establishments	Basel Committee on Banking Supervision, Minimum Standards for the Supervision of International Banking Groups and their Cross-Border Establishments, Juli 1992, abrufbar unter < https://www.bis.org → Committees & associations → Basel Committee on Banking Supervision → Publications> (besucht am 15.8.24)
Bd.	Band
BEHG	Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz) [SR 954.1] (aufgehoben)
BEKJ	Bundesgesetz über die Plattformen für die elektronische Kommunikation in der Justiz
BFE	Bundesamt für Energie
Bfu	Schweizerische Beratungsstelle für Unfallverhütung
BG	Bundesgesetz
BGB1	Bundesgesetzblatt
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGer	Bundesgericht
BGFA	Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz), SR 935.61
BGG	Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz), SR 173.110

Abkürzungsverzeichnis

BGÖ	Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz), SR 152.3
BGS	Bundesgesetz vom 29. September 2017 über Geldspiele (Geldspielgesetz), SR 935.51
BIV-FINMA	Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht vom 30. August 2012 über die Insolvenz von Banken und Wertpapierhäusern (Bankeninsolvenzverordnung-FINMA), SR 952.05
BIZ	Bank für Internationalen Zahlungsausgleich
BJ	Bundesamt für Justiz
BK-RIEMER	HANS MICHAEL RIEMER, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Die juristischen Personen, Die Stiftungen, Art. 80–89c ZGB, 2. Aufl., Bern 2020
BNetzA	Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen
BPG	Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000, SR 172.220.1
BPV	Bundesamt für Privatversicherungen
BPV	Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001, SR 172.220.111.3
BR	Bundesrat
BSABB	BVG- und Stiftungsaufsicht beider Basel
BSE	Bovine spongiforme Enzephalopathie
BSK BankG	ROLF WATTER/NEDIM PETER VOGT/THOMAS BAUER/CHRISTOPH WINZELER (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bankengesetz, 2. Aufl., Basel 2013
BSK BGG	MARCEL ALEXANDER NIGGLI/PETER UEBERSAX/HANS WIPRÄCHTIGER/LORENZ KNEUBÜHLER (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018
BSK BV	BERNHARD WALDMANN/EVA MARIA BELSER/ASTRID EPINEY (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015
BSK BVG	MARC HÜRZELER/HANS-ULRICH STAUFFER (Hrsg.), Basler Kommentar Berufliche Vorsorge, BVG, FZG und weitere einschlägige Bestimmungen, Basel 2021
BSK FINMAG / FinfraG	ROLF WATTER/RASHID BAHAR (Hrsg.), Basler Kommentar zum Finanzmarktaufsichtsgesetz/Finanzmarktinfrastukturgesetz, 3. Aufl., Basel 2019
BSK HMG	THOMAS EICHENBERGER/URS JAISLI/PAUL RICHLI (Hrsg.), Basler Kommentar zum Heilmittelgesetz, 2. Aufl., Basel 2022
BSK KG	MARC AMSTUTZ/MANI REINERT (Hrsg.), Basler Kommentar zum Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2021
BSK StGB II	MARCEL ALEXANDER NIGGLI/HANS WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), Basler Kommentar zum Strafrecht II, 4. Aufl., Basel 2019

BSK StPO	MARCEL ALEXANDER NIGGLI/MARIANNE HEER/HANS WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung / Jugendstrafprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2023
BSK SVG	MARCEL ALEXANDER NIGGLI/THOMAS PROBST/BERNHARD WALDMANN, Basler Kommentar zum Strassenverkehrsgesetz, Basel 2014
BSK VAG	PETER CH. HSU/ERIC STUPP (Hrsg.), Basler Kommentar zum Versicherungsaufsichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2013
BSK VStrR	FRIEDRICH FRANK/ANDREAS EICKER/NORA MARKWALDER/JONAS ACHERMANN (Hrsg.), Basler Kommentar zum Verwaltungsstrafrecht, Basel 2020
BSK ZGB I	THOMAS GEISER/CHRISTIANA FOUNTOLAKIS (Hrsg.), Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl., Basel 2022
bspw.	beispielsweise
BStGer	Bundesstrafgericht
Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb	Bundesgesetz vom 25. Juni 1881 betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb, BBl 1881 III 549 ff.
Bundesgesetz betr. Massnahmen gegen gemeingefährliche Epidemien	Bundesgesetz betreffend Massnahmen gegen gemeingefährliche Epidemien vom 2. Juli 1886, BBl 1886 II 939 ff.
Bundesgesetz über polizeiliche Massregeln gegen Viehseuchen	Bundesgesetz über polizeiliche Massregeln gegen Viehseuchen vom 8. Hornung 1872, AS X 1029
Bundesrechtspflegegesetz (OG)	Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege, AS 60 271
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
BVerfGE	Entscheid des deutschen Bundesverfassungsgerichts
BVG	Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, SR 831.40
BVGE	Entscheide des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
BVV 1	Verordnung vom 22. Juni 2011 über die Aufsicht in der beruflichen Vorsorge, SR 831.435.1
BZP	Bundesgesetz vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess, SR 273
bzw.	beziehungsweise
CD-P-PH/CMED	Committee of Experts on Minimising Public Health Risks Posed by Falsification of Medical Products and Similar Crimes
CD-P-PH/PC	Committee of Experts on Quality and Safety Standards in Pharmaceutical Practices and Pharmaceutical Care
CD-P-PH/PHO	Committee of Experts on the Classification of Medicines as Regards their Supply

Abkürzungsverzeichnis

CFB	Commission fédérale des banques
CHF	Schweizer Franken
ComCom	Eidgenössische Kommunikationskommission
Comlot	Interkantonale Lotterie- und Wettkommission (abgelöst durch die Gespa)
COVID-19-Verordnung 2	Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19), Änderung vom 16. März 2020, AS 2020 783 (aufgehoben)
CPT	Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants
CR Concurrence	VINCENT MARTENET/CHRISTIAN BOVET/PIERRE TERCIER (Hrsg.), Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl., Basel 2013
CRD IV	Capital Requirements Directive (Richtlinie 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG und zur Aufhebung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG, ABl. L 176 vom 27.6.2013, S. 338–436)
CRR	Capital Requirements Regulation (Verordnung [EU] Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung [EU] Nr. 646/2012, ABl. L 176 vom 27.6.2013, S. 1–337)
CTD	Common Technical Document
Datenverordnung-FINMA	Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht vom 8. September 2011 über die Datenbearbeitung, SR 956.124
DBG	Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer, SR 642.11
d.h.	das heisst
DIKE-KG	ROGER ZÄCH/RUTH ARNET/MARINO BALDI/REGINA KIENER/OLIVIER SCHALLER/FELIX SCHRANER/ADRIAN SPÜHLER (Hrsg.), KG, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, Zürich/St. Gallen 2018
Diss.	Dissertation
DÖV	Die öffentliche Verwaltung, Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik
DSG	Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz, SR 235.1
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
E.	Erwägung
EAV	(frühere) Eidgenössische Alkoholverwaltung

EBG	Eisenbahngesetz vom 20. Dezember 1957, SR 742.101
EBK	Eidgenössische Bankenkommission
Ebd. / ebd.	Ebenda / ebenda
eCTD	Electronic Common Technical Document
EDI	Eidgenössisches Departement des Innern
EDÖB	Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeits-beauftragter
E-ESAG	Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht (Entwurf), BBl 2016 4833 ff.
EDF	Eidgenössisches Finanzdepartement
EFK	Eidgenössische Finanzkontrolle
EFTA	European Free Trade Association (Europäische Freihandelsassoziation)
EFV	Eidgenössische Finanzverwaltung
E-GasVG	Bundesgesetz über die Gasversorgung (Gasversorgungsgesetz) (Entwurf), abrufbar unter < https://www.fedlex.admin.ch > → Vernehmlassungen → Abgeschlossene Vernehmlassungen → 2019> (besucht am 15.8.24)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EG ZGB/TG	Einführungsgesetz vom 3. Juli 1991 zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch des Kantons Thurgau, RB 210.1
chem.	ehemalig / ehemals
EIDCOM	Eidgenössische E-ID-Kommission
Eidg.	Eidgenössisch(e)
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
E-KG	Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz) (Entwurf), BBl 2012 3989 ff.
ElCom	Eidgenössische Elektrizitätskommission
EMA	European Medicines Agency (Europäische Arzneimittel-Agentur)
EMBAG	Bundesgesetz vom 17. März 2023 über den Einsatz elektronischer Mittel zur Erfüllung von Behördenaufgaben, SR 172.019
EMIR	European Market Infrastructure Regulation (Verordnung [EU] Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister, ABl. L 201 vom 27.7.2012, S. 1–59)
EMKG	Bundesgesetz vom 20. Juni 1933 über die Kontrolle des Verkehrs mit Edelmetallen und Edelmetallwaren (Edelmetallkontrollgesetz), SR 941.31

Abkürzungsverzeichnis

EMMoU	Enhanced Multilateral Memorandum of Understanding
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, SR 0.101
ENA	Enforcementausschuss
EnCom	Energiekommission
EnG	Energiegesetz vom 30. September 2016, SR 730.0
ENHK	Eidgenössische Natur- und Heimatschutzkommission
ENSI	Eidgenössisches Nuklearsicherheitsinspektorat
ENSIG	Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat, SR 732.2
ENSIV	Verordnung vom 12. November 2008 über das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat, SR 732.21
Entwurf Landmann	JULIUS LANDMANN, Bundesgesetz betreffend den Betrieb und die Beaufsichtigung von Bankunternehmungen, Entwurf A., Bern 1916
ERI	Eidgenössisches Rohrleitungsinspektorat
ERV	Verordnung vom 1. Juni 2012 über die Eigenmittel und Risikoverteilung der Banken und Wertpapierhäuser (Eigenmittelverordnung), SR 952.03
ESBK	Eidgenössische Spielbankenkommission
ESchK	Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten
esisuisse	Einlagensicherung der Schweizer Banken und Effektenhändler
ESTI	Eidgenössisches Starkstrominspektorat
ESTI-Verordnung	Verordnung vom 7. Dezember 1992 über das Eidgenössische Starkstrominspektorat, SR 734.24
et al.	und andere
etc.	et cetera
ETH	Eidgenössische Technische Hochschule
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der EU
EU-Grundrechtecharta	Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 14. Dezember 2007, ABl. 2007 C 303, S. 1 ff.
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EU-Richtlinie 2001/83/EG	Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. November 2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel, ABl. L 311 vom 28.11.2001, S. 67–128
E-WBBG	Bundesgesetz über die Wettbewerbsbehörde (Wettbewerbsbehördengesetz) (Entwurf), BBl 2012 4007 ff.

XXX

EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EZV	Eidgenössische Zollverwaltung
f. / ff.	folgend(e)
Fabrikgesetz	Bundesgesetz vom 23. März 1977 betreffend die Arbeit in den Fabriken, AS III 241
Fabrikgesetz 1914	Bundesgesetz vom 18. Juni 1914 betreffend die Arbeit in den Fabriken, AS 30 535
FDV	Verordnung vom 9. März 2007 über Fernmeldedienste, SR 784.101.1
FeMKo	Kommission für Fernmeldewesen und elektronische Medien
FHG	Bundesgesetz vom 7. Oktober 2005 über den eidgenössischen Finanzhaushalt (Finanzhaushaltgesetz), SR 611.0
FIDLEG	Bundesgesetz vom 15. Juni 2018 über die Finanzdienstleistungen (Finanzdienstleistungsgesetz), SR 950.1
FinfraG	Bundesgesetz vom 19. Juni 2015 über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (Finanzmarktinfrastukturgesetz), SR 958.1
FINIG	Bundesgesetz vom 15. Juni 2018 über die Finanzinstitute (Finanzinstitutsgesetz), SR 954.1
FINIV	Verordnung vom 6. November 2019 über die Finanzinstitute (Finanzinstitutsverordnung), SR 954.11
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FINMAG	Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz), SR 956.1
FINMA-GebV	Verordnung vom 15. Oktober 2008 über die Erhebung von Gebühren und Abgaben durch die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA-Gebühren- und Abgabenverordnung), SR 956.122
FINMAG-VO	Verordnung vom 13. Dezember 2019 zum Finanzmarktaufsichtsgesetz, SR 956.11
FINMA-Personalverordnung	Verordnung vom 11. August 2008 über das Personal der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht, SR 956.121
FINMA-PV	Finanzmarktprüfverordnung vom 5. November 2014, SR 956.161
FINMA-RS 2008/10	FINMA-Rundschreiben 2008/10 (Selbstregulierung als Mindeststandard, Von der Eidg. Finanzmarktaufsicht als Mindeststandard anerkannte Selbstregulierung) vom 20. November 2008
FINMA-RS 2008/20	FINMA-Rundschreiben 2008/20 (Marktrisiken – Banken, Eigenmittelanforderungen für Marktrisiken bei Banken) vom 20. November 2008
FINMA-RS 2009/1	FINMA-Rundschreiben 2009/1 (Eckwerte zur Vermögensverwaltung, Eckwerte für die Anerkennung von Selbstregulierungen zur Vermögensverwaltung als Mindeststandard) vom 18. Dezember 2008

Abkürzungsverzeichnis

FINMA-RS 2010/1	FINMA-Rundschreiben 2010/1 (Vergütungssysteme, Mindeststandards für Vergütungssysteme bei Finanzinstituten) vom 21. Oktober 2009
FINMA-RS 2011/1	FINMA-Rundschreiben 2011/1 (Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG, Ausführungen zur Geldwäschereiverordnung [GwV]) vom 20. Oktober 2010
FINMA-RS 2011/2	FINMA-Rundschreiben 2011/2 (Eigenmittelpuffer und Kapitalplanung – Banken) vom 30. März 2011
FINMA-RS 2012/1	FINMA-Rundschreiben 2012/1 (Ratingagenturen, Anerkennung von Instituten zur Bonitätsbeurteilung) vom 29. Juni 2011
FINMA-RS 2013/2	FINMA-Rundschreiben 2013/2 (SST-Erleichterungen, Temporäre Erleichterungen im Schweizer Solvenzttest) vom 6. Dezember 2012 (alte Fassung)
FINMA-RS 2013/3	FINMA-Rundschreiben 2013/3 (Prüfwesen) vom 6. Dezember 2012
FINMA-RS 2013/4	FINMA-Rundschreiben 2013/4 (Prüfgesellschaften und leitende Prüfer) vom 6. Dezember 2012
FINMA-RS 2015/1	FINMA-Rundschreiben 2015/1 (Rechnungslegung Banken, Rechnungslegungsvorschriften für Banken, Effekthändler, Finanzgruppen und -konglomerate [RVB]) vom 27. März 2014
FINMA-RS 2015/2	FINMA-Rundschreiben 2015/2 (Liquiditätsrisiken – Banken, Qualitative Anforderungen an das Liquiditätsrisikomanagement und quantitative Anforderungen an die Liquiditätshaltung) vom 3. Juli 2014
FINMA-RS 2016/1	FINMA-Rundschreiben 2016/1 (Offenlegung – Banken, Aufsichtsrechtliche Offenlegungspflichten) vom 28. Oktober 2015
FINMA-RS 2016/2	FINMA-Rundschreiben 2016/2 (Offenlegung – Versicherer [<i>Public Disclosure</i>], Grundlagen zum Bericht über die Finanzlage) vom 3. Dezember 2015
FINMA-RS 2018/3	FINMA-Rundschreiben 2018/3 (Outsourcing – Auslagerungen Banken, Versicherungsunternehmen und ausgewählten Finanzinstituten nach FINIG) vom 21. September 2017
FINMA-RS 2020/1	FINMA-Rundschreiben 2020/1 (Rechnungslegung – Banken, Rechnungslegungsvorschriften für Banken, Wertpapierhäuser, Finanzgruppen und -konglomerate) vom 31. Oktober 2019
FINRA	Financial Industry Regulatory Authority
FiREG	Bundesgesetz vom 30. September 2022 über subsidiäre Finanzhilfen zur Rettung systemkritischer Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft, SR 734.91
FKG	Bundesgesetz vom 28. Juni 1967 über die Eidgenössische Finanzkontrolle (Finanzkontrollgesetz), SR 614.0
FK-N	Finanzkommission des Nationalrates

FLAG	Führen mit Leistungsauftrag und Globalbudget
FMG	Fernmeldegesetz vom 30. April 1997, SR 784.10
Fn.	Fussnote
FRC	Fédération Romande des Consommateurs
FSB	Financial Stability Board (Finanzstabilitätsrat)
FSI	Financial Stability Institute
FuW	Finanz und Wirtschaft
FZA	Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, SR 0.142.112.681
GDP	Good Distribution Practice
GebV-KG	Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG), SR 251.2
GebV-Swissmedic	Verordnung vom 14. September 2018 des Schweizerischen Heilmittelinstituts über seine Gebühren, SR 812.214.5
Geschäftsreglement ComCom	Geschäftsreglement vom 6. November 1997 der ComCom, SR 784.101.115
Geschäftsreglement ElCom	Geschäftsreglement vom 12. September 2007 der Elektrizitätskommission, SR 734.74
Geschäftsreglement ESBK	Geschäftsreglement vom 20. August 2018 der Eidgenössischen Spielbankenkommission, SR 935.524
Geschäftsreglement FINMA	Reglement über die Organisation der Geschäftsleitung und der nachgelagerten Bereiche der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA, genehmigt durch den Verwaltungsrat am 9. März 2023
Geschäftsreglement UBI	Geschäftsreglement vom 1. März 2007 der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen, SR 784.409
Geschäftsreglement WEKO	Geschäftsreglement vom 25. September 2015 der Wettbewerbskommission, SR 251.1
GesKR	Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
Gespa	Interkantonale Geldspielaufsicht
ggf.	gegebenenfalls
GMP	Good Manufacturing Practice (Gute Herstellungspraxis)
GPK-N / -S	Geschäftsprüfungskommission(en) des Nationalrates / des Ständerates
GS-EDI	Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements des Innern
GSK	Gesamtschweizerisches Geldspielkonkordat
GwG	Bundesgesetz vom 10. Oktober 1997 über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereigesetz), SR 955.0

Abkürzungsverzeichnis

GwV-ESBK	Verordnung vom 12. November 2018 der Eidgenössischen Spielbankenkommission über die Sorgfaltspflichten der Spielbanken zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereiverordnung ESBK), SR 955.021
Habil.	Habilitationsschrift
Handkommentar DSG	DAVID ROSENTHAL/YVONNE JÖHRI, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich/Basel/Genf 2008
Handkommentar EMRK	JENS MEYER-LADEWIG/MARTIN NETTESHEIM/STEFAN VON RAUMER (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 5. Aufl., Baden-Baden/Basel/Wien 2023
HAVE / REAS	Haftung und Versicherung / Responsabilité et Assurances
Heilmittel-Aufsichtsabgabeverordnung	Verordnung vom 21. September 2018 über die Aufsichtsabgabe an das Schweizerische Heilmittelinstitut, SR 812.214.6
HFG	Bundesgesetz vom 30. September 2011 über die Forschung am Menschen (Humanforschungsgesetz), SR 810.30
HMEC	Human Medicines Expert Committee
HMG	Bundesgesetz vom 15. Dezember 2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz), SR 812.21
HRK	Eidgenössische Rekurskommission für die Staatshaftung
Hrsg. / hrsg.	Herausgeber/-in, herausgegeben
HSK	Hauptabteilung für die Sicherheit der Kernanlagen (HSK)
IAASB	International Audit and Assurance Standards Board
IAIS	International Association of Insurance Supervisors (Internationale Vereinigung der Versicherungsaufsichtsbehörden)
ICDRA	International Conference of Drug Regulatory Authorities
ICH	International Council for Harmonisation of Technical Requirements for Pharmaceuticals for Human Use
ICH-GCP	ICH Guideline for Good Clinical Practice
i.d.R.	in der Regel
IGE	Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum
IKS	Interkantonale Kontrollstelle für Heilmittel
IKV	Interkantonale Vereinigung über die Kontrolle der Heilmittel
IMF	International Monetary Fund
insb. / insbes.	insbesondere
IOSCO	International Organization of Securities Commissions (Internationale Organisation für Effektenhandels- und Börsenaufsichtsbehörden)

IOSCO MMoU	IOSCO Multilateral Memorandum of Understanding concerning Consultation and Cooperation and the Exchange of Information (revised version May 2012), abrufbar unter < https://www.iosco.org > sowie < https://www.finma.ch → FINMA → Internationale Zusammenarbeit → Aufsichtsoperation → Vereinbarungen> (beide besucht am 15.8.24)
IPRP	International Pharmaceutical Regulators Programme
IRS	International Revenue Service
i.S.v.	im Sinne von
IVK 1954	Interkantonale Vereinbarung vom 16. Juni 1954 über die Kontrolle der Heilmittel (vom Bundesrat genehmigt am 25. Februar 1955), AS 1955 553
IVK 1971	Interkantonale Vereinbarung vom 3. Juni 1971 über die Kontrolle der Heilmittel (vom Bundesrat genehmigt am 23. Dezember 1971), AS 1972 1026
i.V.m.	in Verbindung mit
IWF	Internationaler Währungsfonds
Jg.	Jahrgang
JSG	Bundesgesetz vom 20. Juni 1986 über die Jagd und den Schutz wildlebender Säugetiere und Vögel (Jagdgesetz), SR 922.0
JZ	JuristenZeitung
KEG	Kernenergiegesetz vom 21. März 2003, SR 732.1
KESB	Kinder- und Erwachsenenschutzbehörde
KEV	Kernenergieverordnung vom 10. Dezember 2004, SR 732.11
KG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, SR 251
KG 62	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1962 über Kartelle und ähnliche Organisationen (Kartellgesetz), AS 1964 53 (aufgehoben)
KG 85	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1985 über Kartelle und ähnliche Organisationen (Kartellgesetz), AS 1986 874 (aufgehoben)
KGer BL	Kantonsgericht Basel-Landschaft
KKV	Verordnung vom 22. November 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagenverordnung), SR 951.311
KKW	Kernkraftwerk
KlinV	Verordnung vom 20. September 2013 über klinische Versuche mit Ausnahme klinischer Versuche mit Medizinprodukten (Verordnung über klinische Versuche), SR 810.305
KLV	Verordnung des EDI vom 29. September 1995 über Leistung in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Krankenpflege-Leistungsverordnung), SR 832.112.31

Abkürzungsverzeichnis

KNS	Eidgenössische Kommission für nukleare Sicherheit
KOMEM	Kommission für elektronische Medien
Kommentar aBV 1874	JEAN-FRANÇOIS AUBERT/KURT EICHENBERGER/JÖRG PAUL MÜLLER/RENÉ A. RHINOW/DIETRICH SCHINDLER (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1987–1996
Kommentar ParlG	MARTIN GRAF/ANDREA CARONI (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG) vom 13. Dezember 2002, 2. Aufl., Basel 2024
Kommentar VwVG	CHRISTOPH AUER/MARKUS MÜLLER/BENJAMIN SCHINDLER (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), 2. Aufl., Zürich 2019
Komm. KG	ERIC HOMBURGER/BRUNO SCHMIDHAUSER/FRANZ HOFFET/PATRIK DUCREY (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 und zu den dazugehörigen Verordnungen, Zürich 1997
KoSS	JACQUES-ANDRÉ SCHNEIDER/THOMAS GEISER/THOMAS GÄCHTER (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Sozialversicherungsrecht: BVG und FZG, Bundesgesetze über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung sowie über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung, 2. Aufl., Bern 2019
Kst GWG	Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei
KTI	Kommission für Technologie und Innovation
KUKO ZGB	ANDREA BÜCHLER/DOMINIQUE JAKOB (Hrsg.), Schweizerisches Zivilgesetzbuch – Kurzkomentar, 2. Aufl., Basel 2018
KVAG	Bundesgesetz vom 26. September 2014 betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung (Krankenversicherungsaufsichtsgesetz), SR 832.12
KVG	Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung, SR 832.10
KVV	Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung, SR 832.102
LBCGe	Loi sur la Banque cantonale de Genève (D 2 05) du 24 juin 1993
LCart	Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels), RS 251
LFG	Bundesgesetz vom 21. Dezember 1948 über die Luftfahrt (Luftfahrtgesetz), SR 748.0
LGV	Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung vom 16. Dezember 2016, SR 817.02

LiqV	Verordnung vom 30. November 2012 über die Liquidität der Banken und Wertpapierhäuser (Liquiditätsverordnung), SR 952.06
lit.	litera
LMG	Bundesgesetz vom 20. Juni 2014 über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (Lebensmittelgesetz), SR 817.0
LMG 1905	Bundesgesetz vom 8. Dezember 1905 betreffend den Verkehr mit Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen, BBl 1906 I 1 ff.
LMVV	Verordnung vom 27. Mai 2020 über den Vollzug der Lebensmittelgesetzgebung, SR 817.042
Lohnersatzordnung	Bundesratsbeschluss vom 20. Dezember 1939 über die provisorische Regelung der Lohnausfallentschädigungen an aktivdienstleistende Arbeitnehmer, AS 1939 1505
LRIC	long run incremental costs
MEA	modern equivalent assets
MedBG	Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die universitären Medizinalberufe (Medizinalberufegesetz), SR 811.11
MifID II	Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU, ABl. L 173 vom 12.6.2014, S. 349–496
MiFIR	Verordnung (EU) Nr. 600/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012, ABl. L 173 vom 12.6.2014, S. 84–148
MMoU	Multilateral Memorandum of Understanding
MoU	Memorandum of Understanding
MRA	Mutual Recognition Agreements
mSV	Millisievert
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
MWSTG	Bundesgesetz vom 12. Juni 2009 über die Mehrwertsteuer (Mehrwertsteuergesetz), SR 641.20
N	Note
NBG	Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über die Schweizerische Nationalbank (Nationalbankgesetz), SR 951.11
NDG	Bundesgesetz vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst, SR 121
nDSG	(neues) Bundesgesetz vom 25. September 2020 über den Datenschutz (Datenschutzgesetz), BBl 2020 7639 ff.
NEK	Nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin
NHG	Bundesgesetz vom 1. Juli 1966 über den Natur- und Heimatschutz, SR 451

Abkürzungsverzeichnis

No. / no.	Number / number
NPM	New Public Management
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
nZGB	Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Stärkung des Schweizer Stiftungsstandorts) vom 17. Dezember 2021, AS 2022 452 (Inkrafttreten: 1. Januar 2024)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OAK BV	Oberaufsichtskommission Berufliche Vorsorge
OECD	Organization for Economic Co-operation and Development (Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung)
OFSP	Office Fédéral de la Santé Publique
OGer BE	Obergericht Bern
OMCL	Official Medicines Control Laboratory
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), SR 220
Organisationsreglement ENSI	Organisationsreglement vom 5. März 2018 des Eidgenössischen Nuklearsicherheitsinspektorats
Organisationsreglement FINMA	Reglement vom 18. Dezember 2008 über die Organisation der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA
OV-EDI	Organisationsverordnung vom 28. Juni 2000 für das Eidgenössische Departement des Innern, SR 172.212.1
ParlG	Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz), SR 171.10
PatGG	Bundesgesetz vom 20. März 2009 über das Bundespatentgericht (Patentgerichtsgesetz), SR 173.41
PCAOB	Public Company Accounting Oversight Board
PfG	Pfandbriefgesetz vom 25. Juni 1930, SR 211.423.4
PG	Postgesetz vom 17. Dezember 2010, SR 783.0
PhaV	Verordnung vom 17. Oktober 2001 über die Pharmakopöe (Pharmakopöeverordnung), SR 812.211
PIC/S	Pharmaceutical Inspection Co-operation Scheme
PostCom	Eidgenössische Postkommission
PostReg	Postregulationsbehörde (Vorgängerbehörde der PostCom)
Praxiskommentar VwVG	BERNHARD WALDMANN/PATRICK L. KRAUSKOPF (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2023
Protokoll zum Übereinkommen über die Ausarbeitung einer Europäischen Pharmakopöe	Protokoll vom 16. November 1989 zu dem Übereinkommen über die Ausarbeitung einer Europäischen Pharmakopöe, SR 0.812.211

PrSG	Bundesgesetz vom 12. Juni 2009 über die Produktesicherheit, SR 930.11
PrSV	Verordnung vom 19. Mai 2010 über die Produktesicherheit, SR 930.111
PSAV	Verordnung vom 25. Oktober 2017 über die Sicherheit von persönlichen Schutzausrüstungen (PSA-Verordnung), SR 930.115
PSMV	Verordnung vom 12. Mai 2010 über das Inverkehrbringen von Pflanzenschutzmitteln (Pflanzenschutzmittelverordnung), SR 916.161
PSPVK	Verordnung vom 9. Juni 2006 über die Personensicherheitsprüfungen im Bereich Kernanlagen, SR 732.143.3
PublG	Bundesgesetz vom 18. Juni 2004 über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz), SR 170.512
PüG	Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985, SR 942.20
PUK	Parlamentarische Untersuchungskommission
PVK	Parlamentarische Verwaltungskontrolle
PwC	PricewaterhouseCoopers
RAB	Eidgenössische Revisionsaufsichtsbehörde
RAG	Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren (Revisionsaufsichtsgesetz), SR 221.302
RailCom	Kommission für den Eisenbahnverkehr
RAV	Verordnung vom 22. August 2007 über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren (Revisionsaufsichtsverordnung), SR 221.302.3
RegInfra	Regulierungsbehörden Infrastruktur
RegTech	Regulatory Technology
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen
RelV-FINMA	Verordnung vom 31. Oktober 2019 der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Rechnungslegung (Rechnungslegungsverordnung-FINMA), SR 952.024.1
Richtlinie ENSI-A03	ENSI, Periodische Sicherheitsüberprüfung von Kernkraftwerken, Richtlinie für die schweizerischen Kernanlagen, ENSI-A03, Ausgabe Oktober 2014
Richtlinie 65/65/EWG	Richtlinie 65/65/EWG des Rates vom 26. Januar 1965 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über Arzneispezialitäten, ABl. 22 vom 9.2.1965, S. 369–373
Richtlinie 2001/83/EG	Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. November 2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel, ABl. L 311 vom 28.11.2001, S. 67–128

Abkürzungsverzeichnis

RK-NR / -SR	Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates / des Ständerates
RLV	Verordnung vom 26. Juni 2019 über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe (Rohrleitungsverordnung), SR 746.11
RO	Recueil officiel du droit fédérale
Römer Statut des Internationalen Strafgerichtshofs	Römer Statut des Internationalen Strafgerichtshofs vom 17. Juli 1998, SR 0.312.1
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSDA	Revue suisse de droit des affaires et du marché financier
RTVG	Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen, SR 784.40
RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997, SR 172.010
RVOV	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998, SR 172.010.1
Rz.	Randziffer
S.	Seite(n)
SBB	Schweizerische Bundesbahnen
SBVg	Schweizerische Bankiervereinigung
SchKG	Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs, SR 281.1
SebG	Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über Seilbahnen zur Personenbeförderung (Seilbahngesetz), SR 743.01
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft
Seeschiffahrtsgesetz	Bundesgesetz vom 23. September 1953 über die Seeschiffahrt unter der Schweizer Flagge, SR 747.30
SERV	Schweizerische Exportrisikoversicherung
SES	Schweizerische Energie-Stiftung
SEV	Schweizerischer Elektrotechnischer Verein
SFAMA	Swiss Funds and Asset Management Association
SGHB Finanzmarktrecht I	PETER SESTER/BEAT BRÄNDLI/OLIVER BARTHOLET/ RETO SCHILTKNECHT (Hrsg.), St. Galler Handbuch zum Schweizer Finanzmarktrecht, Finanzmarktaufsicht und Finanzmarktinfrastrukturen, Zürich/St. Gallen 2018
SGHVR / SDRCA	Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht / Société suisse du droit de la responsabilité civile et des assurances

SG-Kommentar BV	BERNHARD EHRENZELLER/PATRICIA EGLI/PETER HETTICH/ PETER HONGLER/BENJAMIN SCHINDLER/STEFAN G. SCHMID/ RAINER J. SCHWEIZER (Hrsg.), Die schweizerische Bundes- verfassung: St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/Basel/ Genf 2023
SHK GwG	PETER V. KUNZ/THOMAS JUTZI/SIMON SCHÄREN (Hrsg.), Geldwäschereigesetz (GwG), Stämpfli Handkommentar, Bern 2017
SHK HFG	BERNHARD RÜTSCHKE (Hrsg.), Humanforschungsgesetz (HFG), Stämpfli Handkommentar, Bern 2015
SHK KG	BAKER & MCKENZIE (Hrsg.), Kartellgesetz, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Stämpfli Handkommentar, Bern 2007
SHK PrSG	HANS-JOACHIM HESS, Produktesicherheitsgesetz (PrSG), Stämpfli Handkommentar, Bern 2010
SIF	Staatssekretariat für internationale Finanzfragen
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SKE	Schiedskommission im Eisenbahnverkehr
SK FINIG	ROLF SETHE/RENÉ BÖSCH/OLIVIER FAVRE/ANSGAR SCHOTT (Hrsg.), Schulthess Kommentar zum Finanzinstitutsgesetz FINIG, Zürich/Basel/Genf 2021
SK StPO	ANDREAS DONATSCH/VIKTOR LIEBER/SARAH SUMMERS/ WOLFGANG WOHLERS (Hrsg.), Kommentar zur Schweizeri- schen Strafprozessordnung StPO (Schulthess Kommentar), 3. Aufl., Zürich 2020
SMEC	Swissmedic Medicines Expert Committees
SNB	Schweizerische Nationalbank
SNV	Schweizerische Normen-Vereinigung
sog.	sogenannt(e)
SR	Ständerat
SR	Systematische Rechtssammlung (Systematische Sammlung des Bundesrechts)
SRG	Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft
SRO	Selbstregulierungsorganisation(en)
StAhiG	Bundesgesetz vom 28. September 2012 über die interna- tionale Amtshilfe in Steuersachen (Steueramtshilfegesetz), SR 651.1
StAV	Stauanlagenverordnung vom 23. November 2022, SR 721.101.1
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
StHG	Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die Harmoni- sierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (Steuerharmonisierungsgesetz), SR 642.14

Abkürzungsverzeichnis

StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung), SR 312.0
StReG	Bundesgesetz vom 17. Juni 2016 über das Strafregister-Informationssystem VOSTRA (Strafregistergesetz), SR 330
StromVG	Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Stromversorgung (Stromversorgungsgesetz), SR 734.7
StromVV	Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008, SR 734.71
StSG	Strahlenschutzgesetz vom 22. März 1991, SR 814.50
StSV	Strahlenschutzverordnung vom 26. April 2017, SR 814.501
SuG	Bundesgesetz vom 5. Oktober 1990 über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz), SR 616.1
SUST	Schweizerische Sicherheitsuntersuchungsstelle
Suva	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt
SVG	Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958, SR 741.01
SVTI	Schweizerischer Verein für technische Inspektionen
SVVOR	Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht
Swissmedic Inspektions-Richtlinie	Swissmedic, Durchführung von Inspektionen in Betrieben, die Arzneimittel herstellen oder vertreiben oder Blut entnehmen, Version 3.0 (Dokumentenummer: I-SMI.RL.01d), Richtlinie vom 26. Mai 2020
Swissmedic-Personalverordnung	Verordnung vom 4. Mai 2018 des Schweizerischen Heilmittelinstituts über sein Personal, SR 812.215.4
switec	Schweizerisches Informationszentrum für technische Regeln
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
TCFD	Task Force on Climate-Related Financial Disclosures
Telekommunikationsmodernisierungsgesetz	Gesetz vom 23. Juni 2021 zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Neufassung) und zur Modernisierung des Telekommunikationsrechts, (deutsches) Bundesgesetzblatt (BGBl.) Jahrgang 2021 Teil I Nr. 35, S. 1858
THG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über die technischen Handelshemmnisse, SR 946.51
TPF	Entscheide des Schweizerischen Bundesstrafgerichts
Transplantationsgesetz	Bundesgesetz vom 8. Oktober 2004 über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen, SR 810.21

TrG	Bundesgesetz vom 29. März 1950 über die Trolleybusunternehmen (Trolleybus-Gesetz), SR 744.21
TUG	Bundesgesetz vom 30. April 1997 über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes (Telekommunikationsunternehmungsgesetz), SR 784.11
u.a.	unter anderem
Übereinkommen über die Ausarbeitung einer Europäischen Pharmakopöe	Übereinkommen vom 22. Juli 1964 über die Ausarbeitung einer Europäischen Pharmakopöe, SR 0.812.21
Übereinkommen über nukleare Sicherheit	Übereinkommen vom 17. Juni 1994 über nukleare Sicherheit, SR 0.732.020
Übereinkommen zur gegenseitigen Anerkennung von Inspektionen betreffend die Herstellung pharmazeutischer Produkte	Übereinkommen vom 8. Oktober 1970 zur gegenseitigen Anerkennung von Inspektionen betreffend die Herstellung pharmazeutischer Produkte, SR 0.812.101
Übereinkunft zwischen der Schweiz und dem Grossherzogtum Baden wegen der Regulierung der Grenze bei Konstanz	Übereinkunft vom 28. April 1878 zwischen der Schweiz und dem Grossherzogtum Baden wegen der Regulierung der Grenze bei Konstanz, SR 0.132.136.5
UBI	Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen
UK	United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (Vereinigtes Königreich Grossbritannien und Nordirland)
UNO-Pakt II	Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte, SR 0.103.2
u.U.	unter Umständen
UVEK	Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation
UVG	Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung, SR 832.20
v.	versus
v.a.	vor allem
VAG	Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz), SR 961.01
VAM	Verordnung vom 21. September 2018 über die Arzneimittel (Arzneimittelverordnung), SR 812.212.21
VAZV	Verordnung des Schweizerischen Heilmittelinstituts vom 22. Juni 2006 über die vereinfachte Zulassung von Arzneimitteln und die Zulassung von Arzneimitteln im Meldeverfahren, SR 812.212.23
VEJ	Verordnung vom 30. September 1991 über die eidgenössischen Jagdbanngebiete, SR 922.31

Abkürzungsverzeichnis

Vereinbarung vom 23.1.1900	Vereinbarung vom 23. Januar 1900 betreffend die Untersuchung und Begutachtung von Geheimmitteln und medizinischen Spezialitäten usw., Offizielle Sammlung der seit 10. März 1831 erlassenen Gesetze, Beschlüsse und Verordnungen des Eidgenössischen Standes Zürich, Band XXVII, 1 ff.
Verhaltenskodex ENSI	Verhaltenskodex des Eidgenössischen Nuklearsicherheitsinspektorats vom 11. Dezember 2012 (Stand 1. Januar 2013)
Verhaltenskodex FINMA	Verhaltenskodex der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht vom 19. November 2008 (Stand 1. April 2023)
Verhaltenskodex Swissmedic	Verhaltenskodex Swissmedic vom 6. September 2019 (Stand 1. Oktober 2022)
Verhaltenskodex WEKO	Verhaltenskodex WEKO und Sekretariat vom 7. Mai 2012 (Stand 21. Oktober 2019)
Verordnung der ComCom betreffend das Fernmeldegesetz	Verordnung der ComCom vom 23. Oktober 2020 betreffend das Fernmeldegesetz, SR 784.101.112
Verordnung des Schweizerischen Heilmittelinstituts über den Erlass der Pharmakopöe	Verordnung des Schweizerischen Heilmittelinstituts vom 9. November 2001 über den Erlass der Pharmakopöe und die Anerkennung von Arzneibüchern, SR 812.214.11
VG	Bundesgesetz vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz), SR 170.32
VGG	Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz), SR 173.32
vgl.	Vergleiche
VGR	Geschäftsreglement vom 17. April 2008 für das Bundesverwaltungsgericht, SR 173.320.1
VGS	Verordnung vom 7. November 2018 über Geldspiele (Geldspielverordnung), SR 935.511
VIG	Bundesgesetz vom 18. März 2005 über das Vernehmlassungsverfahren (Vernehmlassungsgesetz), SR 172.061
VIV	Verordnung vom 17. August 2005 über das Vernehmlassungsverfahren (Vernehmlassungsverordnung), SR 172.061.1
VKNS	Verordnung vom 12. November 2008 über die Eidgenössische Kommission für nukleare Sicherheit, SR 732.16
VKU	Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, SR 251.4
VMEC	Veterinary Medicines Expert Committee
VNEK	Verordnung vom 4. Dezember 2000 über die nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin, SR 810.113
Vol.	Volume

Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit	Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2019/1937, vom 23.2.2022, COM (2002) 71 final
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
VRPG	Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern, BSG 155.21
VStR	Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht, SR 313.0
VSZV	Verordnung vom 17. Dezember 2014 über die Sicherheitsuntersuchung von Zwischenfällen im Verkehrswesen, SR 742.161
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwVG	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz), SR 172.021
WAK-N	Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats
WBF	Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung
WEKO	Wettbewerbskommission
WHO	World Health Organization
Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge	Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge, SR 0.111
WRG	Bundesgesetz vom 22. Dezember 1916 über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (Wasserrechtsgesetz), SR 721.80
WWF	World Wide Fund for Nature
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins / Revue de la Société des Juristes Bernois
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZBSA	Zentralschweizer BVG- und Stiftungsaufsicht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert

Abkürzungsverzeichnis

ZK-EGGER	AUGUST EGGER, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, I. Band: Einleitung und Personenrecht, 2. Aufl., Zürich 1930
ZMG BE	Kantonales Zwangsmassnahmengericht Bern
ZStrR / RPS	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht / Revue Pénale Suisse / Rivista Penale Svizzera
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Literaturverzeichnis

- ANDREAS ABEGG, Der Verwaltungsvertrag zwischen Staatsverwaltung und Privaten, Habil. Zürich/Basel/Genf 2009
- ANDREAS ABEGG/HARALD BÄRTSCHI/ANDREAS DIETRICH, Prinzipien des Finanzmarktrechts, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021
- TILMANN ALTWICKER/ROGER PLATTNER, Rechtsfragen staatlicher Risikoinformationen, ZBl 122 (2021), 363 ff.
- LAURA AMEZ-DROZ, Finanzmarktenforcement und Kommunikation: Zum Kommunikationsverhalten der FINMA hinsichtlich einzelner Enforcementverfahren, SZW 2024, 188 ff.
- Matthias Amgwerd, Netzzugang in der Telekommunikation, Diss. Zürich/Basel/Genf 2008
- MARLENE AMSTAD, «Die CS hatte ein kulturelles Problem, das sich in fehlenden Verantwortlichkeiten niederschlug», NZZ am Sonntag vom 25.3.2023
- MARC AMSTUTZ/MANI REINERT (Hrsg.), Basler Kommentar zum Kartellgesetz, 2. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK KG-BEARBEITER/-IN)
- BERND ANDRICK/JOACHIM SUERBAUM, Stiftung und Aufsicht, München 2001
- ERICH ANGERMANN, Das Auseinandertreten von «Staat» und «Gesellschaft» im Denken des 18. Jahrhunderts, in: ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, Darmstadt 1976, 109 ff.
- IVO APPEL, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67 (2008), 226 ff.
- DOUGLAS W. ARNER/JÁNOS BARBERIS/ROSS P. BUCKLEY, FinTech, RegTech, and the Reconceptualization of Financial Regulation, Northwestern Journal of International Law & Business 3 (2017), 371 ff.
- RETO ARPAGAU/RALPH STADLER/THOMAS WERLEN (Hrsg.), Das Schweizerische Bankgeschäft, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021 (zit. BEARBEITER/-IN in: ARPAGAU/STADLER/WERLEN)
- NINA ARQUINT, Internationalisierung der Finanzmarktaufsicht, GesKR 2 (2014), 131 ff.
- OLIVER ARTER, Die Schweizerische Familienstiftung, in: PETER V. KUNZ/FLORIAN S. JÖRG/OLIVER ARTER (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VII, Bern 2012, 107 ff. (zit. ARTER, Familienstiftung)
- Bankenaufsichtsrecht in der Schweiz, Standortbestimmung und Zukunftsperspektiven am Vorabend der FINMA, Bern 2008 (zit. ARTER, Bankenaufsichtsrecht)
- OLIVER ARTER/ROMAN CINCELLI, Die Aufsicht über Stiftungen durch die Eidgenössische Stiftungsaufsicht – Grundlagen und Revisionsvorhaben, Jusletter 12. Juni 2017
- GUNTHER ARZT, Interessenkonflikte bei der Vertretung eines angeschuldigten Unternehmens, SZW 76 (2004), 357 ff. (zit. ARZT, Interessenkonflikte)
- Schutz juristischer Personen gegen Selbstbelastung, JZ 2003, 456 ff. (zit. ARZT, Schutz)
- ANDREW ASHWORTH, Self-Incrimination in European Human Rights Law – A Pregnant Pragmatism?, Cardozo Law Review 30 (2008), 751 ff.
- JEAN-FRANÇOIS AUBERT/KURT EICHENBERGER/JÖRG PAUL MÜLLER/RÉNÉ A. RHINOW/DIETRICH SCHINDLER (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1987–1996 (zit. BEARBEITER/-IN in: Kommentar aBV 1874)

- JEAN-FRANÇOIS AUBERT/PASCAL MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse* du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003
- Juri Auderset/Peter Moser, Rausch & Ordnung, Bern 2016
- CHRISTOPH AUER, Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, 17. November 2016, 5A_738/2016 = BGE 142 III 732, ZBI 118 (2017), 490 ff. (zit. AUER, Urteilsbesprechung)
- Das Verhältnis zwischen Nachsteuerverfahren und Steuerstrafverfahren, insbesondere das Problem des Beweisverwertungsverbots, ASA 66 (1997), 1 ff. (zit. AUER, Verhältnis)
- CHRISTOPH AUER/MARKUS MÜLLER/BENJAMIN SCHINDLER (Hrsg.), *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG)*, 2. Aufl., Zürich 2019 (zit. Kommentar VwVG-BEARBEITER/-IN)
- PETER BADURA, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, in: INGO MÜNCH/EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 9. Aufl., Berlin/Boston 1992 (Reprint 2021), 179 ff.
- BAKER & MCKENZIE (Hrsg.), *Kartellgesetz, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen*, Stämpfli Handkommentar, Bern 2007 (zit. SHK KG-BEARBEITER/-IN)
- MARINO BALDI, Überblick und allgemeine Bestimmungen – zwölf Charakteristika des neuen Kartellgesetzes, in: ROGER ZÄCH (Hrsg.), *Das neue Schweizerische Kartellgesetz*, Zürich 1996, 3 ff.
- ROBERT BALDWIN/MARTIN CAVE/MARTIN LODGE, Introduction: Regulation – The Field and the Developing Agenda, in: ROBERT BALDWIN/MARTIN CAVE/MARTIN LODGE (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford 2013, 3 ff.
- DOMINIK BALMER, Kein Persilschein für Atombehörden ENSI und Nagra, *Berner Zeitung* vom 4.12.2012
- ANDREAS BALSIGER BETTS, *Swissmedic – Brennpunkte beim Vollzug des Heilmittelrechts*, in: PETER HETTICH/STEFAN KOHLER (Hrsg.), *St. Galler Tagung zum Pharmarecht*, St. Gallen 2010, 31 ff. (zit. BALSIGER BETTS, *Swissmedic*)
- Das neue Heilmittelgesetz – Eine erste Bilanz, Vom Setzen der Prioritäten beim Vollzug des HMG, in: THOMAS EICHENBERGER/TOMAS POLEDNA (Hrsg.), *Das neue Heilmittelgesetz, Eine erste Bilanz, Referate der Tagung vom 19. November 2003 in Bern*, Zürich/Basel/Genf 2004, 79 ff. (zit. BALSIGER BETTS, *Heilmittelgesetz*)
- PETER BALZLI/CORDULA LANDGRAF, *Swissmedic setzt auf internationale Zusammenarbeit, pharmazeutische medizin* 2 (2016), 112 ff.
- SIMON BANGERTER, *Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen im Wettbewerbsrecht: unter vergleichender Berücksichtigung der StPO*, Diss. Zürich 2014
- SIMON BANGERTER/CHRISTOPH TAGMANN, *Ausgewählte Themen zum Verfahrensrecht*, in: ROGER ZÄCH (Hrsg.), *Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis*, Zürich/Basel/Genf 2006, 165 ff.
- HUGO BÄNZIGER, *Die Entwicklung der Bankenaufsicht in der Schweiz seit dem 19. Jahrhundert*, Diss. Bern/Stuttgart 1986 (zit. BÄNZIGER, *Entwicklung Bankenaufsicht*)
- Vom Sparerchutz zum Gläubigerschutz – die Entstehung des Bankengesetzes im Jahre 1934, in: EIDGENÖSSISCHE BANKENKOMMISSION (Hrsg.), *50 Jahre eidgenössische Bankenaufsicht: Jubiläumsschrift*, Zürich 1985, 3 ff. (zit. BÄNZIGER, *Entstehung Bankengesetz*)
- TRISTAN BARCZAK, *Der nervöse Staat*, 2. Aufl., Habil. Tübingen 2021
- HARALD BÄRTSCHI/STEPHANIE STOWASSER, *Aufsichtsrecht*, in: ANDREAS ABEGG/HARALD BÄRTSCHI/ANDREAS DIETRICH (Hrsg.), *Prinzipien des Finanzmarktrechts*, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, 105 ff. (§ 4)

- JÜRGEN BASEDOW, Entwicklungslinien des europäischen Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen. Von der Dezentralisierung über die Ökonomisierung zur privaten Durchsetzung, in: SUSANNE AUGENHOFER (Hrsg.), Die Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts, Tübingen 2009, 1 ff. (zit. BASEDOW, Entwicklungslinien)
- Kartellrecht im Land der Kartelle, WuW 2 (2008), 270 ff. (zit. BASEDOW, Kartellrecht)
- STEFANO BATTINI, Amministrazioni senza stato: profili di diritto amministrativo internazionale, Milano 2003
- CARL BAUDENBACHER, Kritische Bemerkungen zum geplanten Bundeswettbewerbsgericht, Jusletter 11. Juli 2011 (zit. BAUDENBACHER, Bundeswettbewerbsgericht)
- Gutachten zur Evaluation bestimmter Aspekte des schweizerischen Kartellgesetzes: Institutionelles Setting – Vertikalbeschränkungen – Individualsanktionen – Private Enforcement, St. Gallen, 31. August 2008 (zit. BAUDENBACHER, Gutachten)
- THOMAS BAUER, Governance im Fokus der Bankenaufsicht, Expert Focus 12 (2021), 608 ff. (zit. BAUER, Fokus)
- Governance-Aufsicht durch die FINMA, in: THOMAS GEISER/MARTIN HILB/KURT PÄRLI/MANUEL STENGEL/ANDREAS WITTMER (Hrsg.), Ein Kunstflug durch das Recht und die Governance, Zürich/St. Gallen 2021, 171 ff. (zit. BAUER, Governance-Aufsicht)
- PHIL BAUMANN, Wettbewerbsverzerrungen durch privatwirtschaftliche Staatstätigkeit, Diss. Zürich/Basel/Genf 2019
- ROMAN BAUMANN LORANT, Die Stiftungsaufsichtsbeschwerde, SJZ 109 (2013), 517 ff. (zit. BAUMANN LORANT, Stiftungsaufsichtsbeschwerde)
- Der Stiftungsrat, Das oberste Organ gewöhnlicher Stiftungen, Diss. Zürich/Basel/Genf 2009 (zit. BAUMANN LORANT, Stiftungsrat)
- MARK-OLIVER BAUMGARTEN/PETER BURCKHARDT/ALEXANDER ROESCH, Gewährsverfahren im Bankenrecht und Verhältnis zum Strafverfahren, AJP 2006, 169 ff.
- RICHARD BÄUMLIN, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, VVDStRL 28 (1970), 3 ff. (zit. BÄUMLIN, Gewissensfreiheit)
- Der Schweizerische Rechtsstaatsgedanke, ZBJV 101 (1965), 81 ff. (zit. BÄUMLIN, Rechtsstaatsgedanke)
 - Staat, Recht und Geschichte, Zürich 1961 (zit. BÄUMLIN, Recht)
- CHRISTOPHER A. BAYLY, Die Geburt der modernen Welt, Eine Globalgeschichte 1780–1914, Frankfurt am Main 2006
- CAROLE CLAUDIA BECK, Enforcementverfahren der FINMA und Dissonanz zum nemo tenetur-Grundsatz, Grundlagen Übersicht und Lösungsansätze unter spezieller Berücksichtigung der internen Untersuchung, Diss. Zürich/Basel/Genf 2019
- ULRICH BECK, Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne, Frankfurt am Main 1986
- FRANÇOIS BELLANGER, Le phénomène des autorités administratives indépendantes, in: FRANÇOIS BELLANGER/THIERRY TANQUEREL (Hrsg.), Les autorités administratives indépendantes, Zürich/Basel/Genf 2011, 9 ff. (zit. BELLANGER, Phénomène)
- Contrôle financier, contrôle de gestion et audit interne, in: FRANÇOIS BELLANGER/THIERRY TANQUEREL (Hrsg.), Surveillance et contrôles de l'administration, Journée de droit administratif 2008, Zürich/Basel/Genf 2008, 41 ff. (zit. BELLANGER, Contrôle)

- Droit de nécessité et état d'exception, in: DANIEL THÜRER/JEAN-FRANÇOIS AUBERT/JÖRG PAUL MÜLLER (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz / Droit constitutionnel suisse, Zürich 2001, 1261 ff. (§ 80) (zit. BELLANGER, Droit)
- EVA MARIA BELSER/BERNHARD WALDMANN/RENÉ WIEDERKEHR, Staatsorganisationsrecht, Zürich/Basel/Genf 2017
- GILLES BENEDICK, Das Aussagedilemma in parallelen Verfahren, AJP 2011, 169 ff.
- FRÉDÉRIC BERNARD, La loi sur les épidémies à l'épreuve du nouveau coronavirus, Jusletter 30. März 2020
- PAOLO BERNASCONI, Banken und Finanzintermediäre im Verfahrensgestrüpp, SZW 2011, 577 ff.
- CHRISTIAN BERRINGER, Regulierung als Erscheinungsform der Wirtschaftsaufsicht, Diss. München 2004
- CARLO ANTONIO BERTOSSA, Unternehmensstrafrecht – Strafprozess und Sanktionen, Diss. Bern 2003
- GIOVANNI BIAGGINI, Das Verfassungsgefüge im Stresstest der Pandemie, ZBl 123 (2022), 59 ff. (zit. BIAGGINI, Stresstest)
- Die öffentliche Verwaltung im Staatsgefüge, in: GIOVANNI BIAGGINI/THOMAS GÄCHTER/ REGINA KIENER (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021, 278 ff. (§ 20) (zit. BIAGGINI, öffentliche Verwaltung)
- «Notrecht» in Zeiten des Coronavirus – Eine Kritik der jüngsten Praxis des Bundesrates zu Art. 185 Abs. 3 BV, ZBl 121 (2020), 239 ff. (zit. BIAGGINI, Notrecht)
- Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. BIAGGINI, Kommentar BV)
- Legal Conceptions of Statehood, in: ARMIN VON BOGDANDY/PETER M. HUBER/SABINO CASSESE (Hrsg.), The Administrative State, Vol. I, Oxford 2017, 557 ff. (zit. BIAGGINI, Statehood)
- Aufsichtsrecht, in: GIOVANNI BIAGGINI/ISABELLE HÄNER/URS SAXER/MARKUS SCHOTT (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Expertenwissen für die Praxis, Zürich/Basel/Genf 2015, 781 ff. (Kapitel 19) (zit. BIAGGINI, Aufsichtsrecht)
- Rechtsgutachten zur Frage der Möglichkeiten und Grenzen parlamentarischer Oberaufsicht im Bereich des Eidgenössischen Nuklearinspektorats (ENSI) im Auftrag der Schweizerischen Eidgenossenschaft, vertreten durch die Geschäftsprüfungskommissionen des Ständes und des Nationalrates, Zürich 26. August 2013 (auch abgedruckt in: SCHWEIZERISCHE VEREINIGUNG FÜR VERWALTUNGSORGANISATIONSRECHT SVVOR [Hrsg.], Jahrbuch/Annuaire 2015, Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Bern 2016, 7 ff.) (zit. Biaggini, Gutachten ENSI)
- Die polizeiliche Generalklausel: ein verkanntes Rechtsinstitut, Urteilsbesprechung 2C_127/2010, ZBl 113 (2012), 35 ff. (zit. BIAGGINI, polizeiliche Generalklausel)
- Grundverständnisse von Staat und Verwaltung, in: ARMIN VON BOGDANDY/SABINO CASSESE/PETER M. HUBER (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Band III, Heidelberg 2010, 483 ff. (§ 53) (zit. BIAGGINI, Grundverständnisse)
- Unabhängige Regulierungsbehörden aus schweizerischer Sicht, in: JOHANNES MASING/GÉRARD MARCOU (Hrsg.), Unabhängige Regulierungsbehörden, Organisationsrechtliche Herausforderungen in Frankreich und Deutschland, Studien zum Regulierungsrecht (SRR), Band 1, Tübingen 2010, 379 ff. (zit. BIAGGINI, Unabhängige Regulierungsbehörden)
- Die Entwicklung eines Internationalen Verwaltungsrechts als Aufgabe der Rechtswissenschaft, VVDStRL 67 (2008), 413 ff. (zit. BIAGGINI, Internationales Verwaltungsrecht)

- Verfassungsfragen der Behördenorganisation im Bereich der Finanzmarktaufsicht, in: HANS-CASPAR VON DER CRONE/PETER FORSTMOSER/ROLF H. WEBER/ROGER ZÄCH (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Dieter Zobl zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2004, 35 ff. (zit. BIAGGINI, Behördenorganisation)
 - Sind öffentliche Unternehmen grundrechtsberechtigt?, in: HANS-CASPAR VON DER CRONE/ROLF H. WEBER/ROGER ZÄCH/DIETER ZOBL (Hrsg.), Neue Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2003, 623 ff. (zit. BIAGGINI, Öffentliche Unternehmen)
 - Rechtsstaatliche Anforderungen an die Auslagerung und an den ausgelagerten Vollzug staatlicher Aufgaben sowie Rechtsschutz, in: RENÉ SCHAFFHAUSER/TOMAS POLEDNA (Hrsg.), Auslagerung und Privatisierung von staatlichen und kommunalen Einheiten: Rechtsformen und ihre Folgen, St. Gallen 2002, 143 ff. (zit. BIAGGINI, Auslagerung)
 - Von der Handels- und Gewerbefreiheit zur Wirtschaftsfreiheit – Entwicklungsperspektiven unter der neuen Bundesverfassung, ZBl 102 (2001), 225 ff. (zit. BIAGGINI, Wirtschaftsfreiheit)
 - Die vollzugslenkende Verwaltungsverordnung: Rechtsnorm oder Faktum?, ZBl 98 (1997), 1 ff. (zit. BIAGGINI, Verwaltungsverordnung)
 - Theorie und Praxis des Verwaltungsrechts im Bundesstaat, Habil. Basel/Frankfurt am Main 1996 (zit. BIAGGINI, Theorie und Praxis)
- GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, Rechtsschutzlücken, in: FELIX UHLMANN (Hrsg.), Evaluation der Bundesrechtspflege, Zusammenfassung Studie «Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege» und «Studie Rechtsschutzlücken», Zürich/St. Gallen 2014, 35 ff.
- STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. Freiburg (Schweiz) 2002
- ANJA MARTINA BINDER, Besondere Fragen des Rechtsschutzes im Rahmen der staatlichen Aufsicht über die Wirtschaft, in: ISABELLE HÄNER/BERNHARD WALDMANN (Hrsg.), 7. Forum für Verwaltungsrecht, Staatliche Aufsicht über die Wirtschaft und ihre Akteure, Bern 2019, 153 ff. (zit. BINDER, Rechtsschutz)
- Expertenwissen und Verfahrensgarantien: Dargestellt an den verwaltungsgerichtlichen Verfahren auf Bundesebene, Diss. Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. BINDER, Expertenwissen)
- JOACHIM BLATTER, Demokratiedefizite, in: OLIVER DIGGELMANN/MAYA HERTIG RANDALL/BENJAMIN SCHINDLER (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 1, Zürich 2020, 445 ff. (Teil II.8)
- MANUEL BLATTER, Rechtsstaatliche Garantien im Enforcementverfahren der FINMA, Ausgewählte Aspekte in der Institutsaufsicht und in Unterstellungssachen, Diss. Zürich 2019
- JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI, Lehre vom modernen Staat, Band 1: Allgemeine Staatslehre, 6. Aufl., Stuttgart 1886 (Neudruck 1965) (zit. BLUNTSCHLI, Staatslehre)
- Allgemeines Staatsrecht, München 1852 (zit. BLUNTSCHLI, Staatsrecht)
- ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Die Zukunft politischer Autonomie, Demokratie und Staatlichkeit im Zeichen von Globalisierung, Europäisierung und Individualisierung, in: ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE (Hrsg.), Staat, Nation, Europa, Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie, Frankfurt am Main 1999, 103 ff. (zit. BÖCKENFÖRDE, Zukunft)
- Staat und Gesellschaft, in: GÖRRES-GESELLSCHAFT (Hrsg.), Staatslexikon, Recht, Wirtschaft, Gesellschaft, Fünfter Band, 7. Aufl., Freiburg im Breisgau 1989, 228 ff. (zit. BÖCKENFÖRDE, Staatslexikon)
 - Gesetz und gesetzgebende Gewalt, Diss. 2. Aufl., Berlin 1981 (zit. BÖCKENFÖRDE, Gesetz)

- Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit, in: ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, Darmstadt 1976, 395 ff. (zit. BÖCKENFÖRDE, Unterscheidung)
- Einleitung, in: ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, Darmstadt 1976, XI ff. (zit. BÖCKENFÖRDE, Einleitung)
- HERMANN BODENMANN, Die Unabhängigkeit der schweizerischen Bankenaufsicht von Regierung und Notenbank, EIDGENÖSSISCHE BANKENKOMMISSION (Hrsg.), 50 Jahre eidgenössische Bankenaufsicht: Jubiläumsschrift, Zürich 1985, 257 ff.
- ARMIN VON BOGDANDY, Demokratie, Globalisierung, Zukunft des Völkerrechts – eine Bestandsaufnahme, ZaöRV 63 (2003), 853 ff.
- ARMIN VON BOGDANDY/PHILIPP DANN, International Composite Administration: Conceptualizing Multi-Level and Network Aspects in the Exercise of International Public Authority, German Law Journal 9 (2008), Issue 11 (Special Issue): The Exercise of Public Authority by International Institutions, 2013 ff.
- URS BOLZ/THOMAS REITZE/CHRISTIAN ERZINGER, Der «dritte Kreis» im Bundesorganisationsrecht: Bericht, Bern 2001
- PHILIPPE BORENS, Die Rechtsstellung Dritter im Kartellverwaltungsverfahren der Europäischen Gemeinschaft und der Schweiz, Diss. Basel 2000
- JÜRGEN BORER, Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Aufl., Zürich 2011 (zit. BORER, Kommentar KG)
- MARTIN BÖSE, Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung, Habil. Tübingen 2005
- MICHAEL BOTHE, Private Normunternehmer im Völkerrecht: Gedanken zur Fortentwicklung des Völkerrechts durch nicht-staatliche Institutionen, in: HOLGER P. HESTERMEYER/DORIS KÖNIG/NELE MATZ-LÜCK ET AL. (Hrsg.), Coexistence, Cooperation and Solidarity, Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum, Volume II, Leiden/Boston 2012, 1399 ff.
- PIERRE BOURDIEU, Lecture of 7 March 1991, in: PATRICK CHAMPAGNE/REMI LENOIR/FRANCK POUPÉAU/MARIE-CHRISTINE RIVIÈRE (Hrsg.), Pierre Bourdieu on the State: Lectures at the Collège de France, 1989–1992 (übersetzt von David Fernbach), Cambridge 2014, 206 ff.
- BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, 2. Aufl., Bern 2015
- CHRISTIAN BOVET, Les autorités de surveillance et de regulation, in: FRANÇOIS BELLANGER/THIERRY TANQUEREL (Hrsg.), Les autorités administratives indépendantes, Zürich/Basel/Genf 2011, 63 ff. (zit. BOVET, Autorités)
- Composition et récusation des autorités de la concurrence: of tigers and pussy cats, in: BENOÎT BOVAY/MINH SON NGUYEN (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Pierre Moor, Bern 2005, 195 ff. (zit. BOVET, Composition)
- CHRISTIAN BOVET/ANNE HÉRITIER LACHAT, La garantie d'une activité irréprochable, in: CHRISTIAN BOVET (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XV: Finanzmarktaufsicht / Surveillance des marchés financiers, Basel 2016, 165 ff. (B N 366 ff.)
- GUILLAUME BRAIDI, L'individu en droit de la surveillance financière, Autorisation, obligations et interdiction d'exercer, Diss. Zürich 2016 (zit. BRAIDI, Individu)
- L'interdiction d'exercer selon l'art. 33 LFINMA: étendue, délimitations et qualification, SZW 3 (2013), 204 ff. (zit. BRAIDI, Interdiction)
- PETER BRATSCHI/URSULA EGGENBERGER STÖCKLI, Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte, Gesetzestext mit Erläuterungen, Bern 2002
- JÜRGEN BRECHBÜHL, Neuordnung von Aufsicht und Oberaufsicht in der beruflichen Vorsorge, HAVE / REAS 2012, 318 ff.

- CHRISTINE BREINING-KAUFMANN, Internationales Verwaltungsrecht, ZSR 125 (2006) II, 5 ff.
- STEPHAN BREITENMOSER, Grundrechtsschutz im Wettbewerbsrecht – ein Überblick, SZIER 2007, 415 ff.
- GABRIELE BRITZ, Organisation und Organisationsrecht der Regulierungsverwaltung in der öffentlichen Versorgungswirtschaft, in: MICHAEL FEHLING/MATTHIAS RUFFERT (Hrsg.), Regulierungsrecht, Tübingen 2010, 1148 ff. (§ 21)
- GABRIELE BRITZ/MARTIN EIFERT, Digitale Transformation der Verwaltung, in: ANDREAS VOSSKUHLE/MARTIN EIFERT/CHRISTOPH MÖLLERS (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 3. Aufl., München 2022, 1888 ff. (§ 26)
- JORGOS BROUZOS, Ohrfeige für die Finanzmarktaufsicht, Tages-Anzeiger vom 22.11.2017
- CHRISTIAN BRÜCKNER, Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000
- JÜRIG BRÜHWILER, Obligatorische berufliche Vorsorge, in: ULRICH MEYER (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV: Soziale Sicherheit, 2. Aufl., Basel 2007, 1977 ff.
- FLORIAN BRUNNER/MARTIN WILHELM/FELIX UHLMANN, Das Coronavirus und die Grenzen des Notrechts: Überlegungen zu einer ausserordentlichen ausserordentlichen Lage, AJP 2020, 685 ff.
- STEPHAN C. BRUNNER/LUZIUS MADER (Hrsg.), Öffentlichkeitsgesetz, Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 17. Dezember 2004 (BGÖ), Stämpfli Handkommentar, Bern 2008 (zit. SHK BGÖ-BEARBEITER/-IN)
- KONSTANTIN BÜCHEL/REGINA KIENER/ANDREAS LIENHARD/MARCUS ROLLER, Automatisierte Spruchkörperbildung an Gerichten, Grundlagen und empirische Erkenntnisse am Beispiel des Bundesverwaltungsgerichts, Justice – Justiz – Giustizia» 2021/4
- ANDREA BÜCHLER/DOMINIQUE JAKOB (Hrsg.), Schweizerisches Zivilgesetzbuch – Kurzkommentar, 2. Aufl., Basel 2018 (zit. KUKO ZGB-BEARBEITER/-IN)
- ANDREA BÜCHLER/MARGOT MICHEL, Medizin – Mensch – Recht, Eine Einführung in das Medizinrecht der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2014
- CHRISTOPH B. BÜHLER, Regulierung im Bereich der Corporate Governance, Habil. Zürich/St. Gallen 2009
- JACQUES BÜHLER/BARBARA WIDMER, Auf dem Weg zur digitalen Justiz – Ein Statusbericht, Anwaltsrevue 2021, 169 ff.
- THEODOR BÜHLER, Der Beitrag des revolutionären Frankreich an einer Wissenschaft des schweizerischen Rechts, in: TIZIANA J. CHIUSI/THOMAS GERGEN/HEIKE JUNG (Hrsg.), Das Recht und seine historischen Grundlagen, Festschrift für Elmar Wadle zum 70. Geburtstag, Berlin 2008, 23 ff.
- MARTIN BULLINGER, Staatsaufsicht in der Wirtschaft, Mitbericht zum zweiten Beratungsgegenstand: Staatsaufsicht in Verwaltung und Wirtschaft, VVDStRL 22 (1965), 264 ff.
- HEIDI BÜRGI, Richtlinien der Swissmedic zur Arzneimittelwerbung im Internet – kritische Bemerkungen, AJP 2007, 70 ff.
- MARTIN BURGI, Privatisierung, in: JOSEF ISENSEE/PAUL KIRCHHOF (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV: Aufgaben des Staates, 3. Aufl., Heidelberg 2006, 205 ff. (§ 75)
- LUTZ BURKART, Der kurze Traum immerwährender Prosperität: eine Neuinterpretation der industriell-kapitalistischen Entwicklung im Europa des 20. Jahrhunderts, Frankfurt am Main 1984

- MICHAEL BURRI, *Swissmedic als Verwaltungsstrafbehörde im «Sandwich» zwischen Verwaltungsverfahren und kantonaler Strafverfolgung: Herausforderungen, Schnittstellen, Zielkonflikte*, in: ANDREAS EICKER (Hrsg.), *Aktuelle Herausforderungen für die Praxis im Verwaltungsstrafverfahren*, Bern 2013, 91 ff.
- PETRA CAMINADA, *Staatliche Aufsicht in der beruflichen Vorsorge, Neuregelung infolge der Strukturreform*, Diss. Zürich/Basel/Genf 2012
- NADJA CAPUS/ALLISON BERETTA, *Droit pénal administratif, Précis de droit suisse*, Basel 2021
- PIO CARONI, «Privatrecht»: Eine sozialhistorische Einführung, Basel/Frankfurt am Main 1988
- FRANCA CONTRATTO, *Sanktionen – Neue Gretchenfrage im Ringen um den Marktzugang in die EU?*, SZW 6 (2018), 653 ff. (zit. CONTRATTO, Sanktionen)
- «RegTech»: Digitale Wende für Aufsicht und Compliance, Jusletter 15. August 2016 (zit. CONTRATTO, RegTech)
 - Verhaltensregeln für unabhängige Vermögensverwalter nach FINMA-Rundschreiben 2009/1: Nährboden für strukturelle Vollzugsdefizite?, in: SZW 82 (2010), 341 ff. (zit. CONTRATTO, Verhaltensregeln)
- WERNER CONZE, *Staat und Gesellschaft in der frührevolutionären Epoche Deutschlands, Historische Zeitschrift* 186 (1958), 1 ff. (auch abgedruckt in: ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE [Hrsg.], *Staat und Gesellschaft*, Darmstadt 1976, 37 ff.)
- HANS-JOACHIM CREMER, *Regulierung und Freiheit*, in: MICHAEL FEHLING/MATTHIAS RUFFERT (Hrsg.), *Regulierungsrecht*, Tübingen 2010, 212 ff. (§ 5)
- A. CLAIRE CUTLER, *Globalization, the Rule of Law, and the Modern Law Merchant: Medieval or Late Capitalist Associations?*, *Constellations* 8 (2001), 480 ff.
- ROLF DÄHLER, *Wettbewerbsbehörden: Ihre Aufgaben und Befugnisse*, in: ROLAND VON BÜREN/LUCAS DAVID (Hrsg.), *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Bd. 5: Wettbewerbsrecht, 2. Teilband: Kartellrecht, Basel 2000, 547 ff.
- DANIEL DEDEYAN, *Regulierung der Unternehmenskommunikation, Aktien- und Kapitalmarktrecht auf kommunikationstheoretischer Grundlage*, Habil. Zürich/Basel/Genf 2015
- VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN, *Gouvernement et administration dans les cantons et les communes*, in: OLIVER DIGGELMANN/MAYA HERTIG RANDALL/BENJAMIN SCHINDLER (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Bd. 3, Zürich 2020, 1833 ff. (Teil IV.9) (zit. DÉFAGO GAUDIN, *Gouvernement*)
- *Quelle autonomie pour l'État?*, ZSR 137 (2018) II, 239 ff. (zit. DÉFAGO GAUDIN, *Autonomie*)
- NICOLAS DELAMARE, *Traité de la police*, 2. Aufl., Amsterdam 1729
- ERHARD DENNINGER, *Der Präventions-Staat*, *Kritische Justiz* 21 (1988), 1 ff.
- SERAINA DENOTH, *Zur Anwendbarkeit des VwVG auf das Verfahren der Vorabklärung*, Jusletter 9. Januar 2006
- RAOUL DIAS, *Der Verein als herrschendes Unternehmen im Konzern, Unter besonderer Berücksichtigung der Sportvereine und Sportorganisationen*, SSHW 289 (2010) 157 ff.
- NICOLAS F. DIEBOLD/BERNHARD RÜTSCHKE/ALWIN KELLER, *Instrumente der laufenden Marktaufsicht*, in: ISABELLE HÄNER/BERNHARD WALDMANN (Hrsg.), *7. Forum für Verwaltungsrecht, Staatliche Aufsicht über die Wirtschaft und ihre Akteure*, Bern 2019, 47 ff.
- ANDREAS DIETRICH/HORST BIENERT, *Theorien des Finanzmarkts*, in: ANDREAS ABEGG/HARALD BÄRTSCHI/ANDREAS DIETRICH (Hrsg.), *Prinzipien des Finanzmarktrechts*, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, 1 ff. (§ 1)

- HANSPETER DIETZI/SANDRA LATOUR, Schweizerisches Börsenrecht: ein Grundriss mit ausgewählten Ausführungserlassen, Basel 2002
- GEORG DIEZ, Der Staat sind wir, Zeit Online vom 24. Januar 2022, abrufbar unter <<https://www.zeit.de/kultur/2022-01/corona-management-demokratie-staat-vertrauen>> (besucht am 15.8.24)
- UDO DI FABIO, Produktharmonisierung durch Normung und Selbstüberwachung, Köln 1996
- OLIVER DIGGELMANN, Verfassung und Völkerrecht, in: OLIVER DIGGELMANN/MAYA HERTIG RANDALL/BENJAMIN SCHINDLER (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 1, Zürich 2020, 265 ff. (Teil 1.11) (zit. DIGGELMANN, Verfassung)
- Verletzt die «Standardabkommen-Praxis» der Bundesversammlung die Bundesverfassung?, ZBl 115 (2014), 291 ff. (zit. DIGGELMANN, Standardabkommen)
 - Wohin treibt der Präventionsstaat? Das Unbehagen bei der Präventionsfrage, in: CHRISTINE ABBT/OLIVER DIGGELMANN (Hrsg.), Zweifelsfälle, Bern 2007, 173 ff. (zit. DIGGELMANN, Präventionsstaat)
 - Der liberale Verfassungsstaat und die Internationalisierung der Politik, Veränderungen von Staat und Demokratie in der Schweiz, Habil. Bern 2005 (zit. DIGGELMANN, Internationalisierung)
 - Präventionsstaat und Grundrechtsdogmatik, ZSR 124 (2005) I, 328 ff. (zit. DIGGELMANN, Präventionsstaat und Grundrechtsdogmatik)
- OLIVER DIGGELMANN/MAYA HERTIG RANDALL/BENJAMIN SCHINDLER, Verfassung, in: OLIVER DIGGELMANN/MAYA HERTIG RANDALL/BENJAMIN SCHINDLER (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 1, Zürich 2020, 3 ff. (Teil I.1)
- ANDREAS DONATSCH/VIKTOR LIEBER/SARAH SUMMERS/WOLFGANG WOHLERS (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO (Schulthess Kommentar), 3. Aufl., Zürich 2020 (zit. SK StPO-BEARBEITER/-IN)
- ANDREAS DONATSCH/SARAH SUMMERS/WOLFGANG WOHLERS, Strafprozessrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2023
- ANDREAS DONATSCH/JASMINA SMOKVINA, Der «Nemo-tenetur-Grundsatz» im Strafverfahren gegen Unternehmen – insbesondere unter Berücksichtigung der Kombination von Verwaltungs- und Strafverfahren, in: ROLF H. WEBER/WALTER A. STOFFEL/JEAN-LUC CHENAUX/ROLF SETHE (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2017, 863 ff.
- HORST DREIER, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, Habil. Tübingen 1991
- JEAN NICOLAS DRUEY, Unabhängigkeit als Gebot des allgemeinen Unternehmensrechts, in: SUSANNE KALSS/CHRISTIAN NOWOTNY/MARTIN SCHAUER (Hrsg.), Festschrift für Peter Doralt zum 65. Geburtstag, Wien 2004, 151 ff.
- JACQUES DUBEY/JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, Droit administratif général, Basel 2014
- Patrik Ducrey, Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, in: ROLAND VON BÜREN/LUCAS DAVID (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. 5: Wettbewerbsrecht, 2. Teilband: Kartellrecht, Basel 2000, 231 ff.
- WILHELM EBEL, Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland, Göttingen 1958
- MIRJAM EGGEN/RUPERT SCHAEFER, Regulierung grenzüberschreitender Tätigkeiten im Finanzmarktrecht, GesKR 3 (2013), 368 ff.
- URSULA EGGENBERGER STÖCKLI, Gesundheitsrecht: Heilmittel, in: GIOVANNI BIAGGINI/ISABELLE HÄNER/URS SAXER/MARKUS SCHOTT (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Experten-

- wissen für die Praxis, Zürich/Basel/Genf 2015, 573 ff. (Kapitel 15) (zit. EGGENBERGER STÖCKLI, Heilmittel)
- Arzneimittelwerbung – Einblick in die Rechtspraxis zu Werbung und Information, in: PETER HETTICH/STEFAN KOHLER (Hrsg.), St. Galler Tagung zum Pharmarecht, St. Gallen 2010, 89 ff. (zit. EGGENBERGER STÖCKLI, Arzneimittelwerbung)
 - Werbung für Heilmittel, in: TOMAS POLEDNA (Hrsg.), Gesundheit und Werbung, Zürich/Basel/Genf 2005, 61 ff. (zit. EGGENBERGER STÖCKLI, Werbung)
- AUGUST EGGER, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, I. Band: Einleitung und Personenrecht, 2. Aufl., Zürich 1930 (zit. ZK-EGGER)
- PATRICIA EGLI, Verwaltungsverordnungen als Rechtsquellen des Verwaltungsrechts?, AJP 2011, 1159 ff. (zit. P. EGLI, Verwaltungsverordnungen)
- Mehr Staat durch Beleihung Privater?, Überlegungen zum Beispiel der Berufsbildung, in: EVA MARIA BELSER/BERNHARD WALDMANN (Hrsg.), Mehr oder weniger Staat?, Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag, Bern 2015, 193 ff. (zit. P. EGLI, Beleihung)
 - Grundrechte, Aktuelle Entwicklungen im Sicherheits- und Polizeirecht, Sicherheit & Recht 3 (2012), 193 ff. (zit. P. EGLI, Grundrechte)
- PHILIPP EGLI, Was soll das Verwaltungsverfahren?, recht 2013, 65 ff. (zit. PH. Egli, Verwaltungsverfahren)
- Garantien eines rechtsstaatlichen Verfahrens – das MEDAS-Urteil aus Sicht der Verfahrensgarantien der Art. 6 EMRK und Art. 29 BV, HAVE / REAS 2012, 209 ff. (zit. PH. Egli, Garantien)
- DIRK EHLERS, Ziele der Wirtschaftsaufsicht, Köln/Berlin/Bonn/München 1997 (zit. EHLERS, Wirtschaftsaufsicht)
- Verwaltung in Privatrechtsform, Habil. Berlin 1984 (zit. EHLERS, Privatrechtsform)
- HORST EHMKE, «Staat» und «Gesellschaft» als verfassungstheoretisches Problem, in: ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, Darmstadt 1976, 241 ff. (zuerst publiziert in: HESSE/REICKE/SCHUENER [Hrsg.], Staatsverfassung und Kirchenordnung, Festgabe für Rudolf Smend zum 80. Geburtstag am 15. Januar 1962, Tübingen 1962, 23 ff.)
- BERNHARD EHRENZELLER, Bundesversammlung, in: OLIVER DIGGELMANN/MAYA HERTIG RANDALL/BENJAMIN SCHINDLER (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 3, Zürich 2020, 1699 ff. (Teil VI.4)
- BERNHARD EHRENZELLER/PATRICIA EGLI/PETER HETTICH/PETER HONGLER/BENJAMIN SCHINDLER/STEFAN G. SCHMID/RAINER J. SCHWEIZER (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung: St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2023 (zit. BEARBEITER/-IN, SG-Kommentar BV)
- PAUL EHRSAM, Die Bankenkrise der 30er Jahre in der Schweiz, in: EIDGENÖSSISCHE BANKENKOMMISSION (Hrsg.), 50 Jahre eidgenössische Bankenaufsicht: Jubiläumsschrift, Zürich 1985, 83 ff.
- KURT EICHENBERGER, Zur Problematik der Aufgabenverteilung zwischen Staat und Privaten, ZBl 91 (1990), 517 ff. (zit. EICHENBERGER, Aufgabenverteilung)
- Die Kontrolle in der rechtsstaatlichen Demokratie der Gegenwart, in: VERFASSUNGSRAT UND REGIERUNGSRAT DES KANTONS AARGAU (Hrsg.), Der Staat der Gegenwart, Ausgewählte Schriften von Kurt Eichenberger, Basel 1980, 127 ff. (ebenfalls abgedruckt in: ANDREAS KHOL [Hrsg.], Macht und Kontrolle, Wien 1978, 19 ff.) (zit. EICHENBERGER, Kontrolle)
 - Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Bern 1960 (zit. EICHENBERGER, richterliche Unabhängigkeit)

- THOMAS EICHENBERGER/URS JAISLI/PAUL RICHLI (Hrsg.), Basler Kommentar zum Heilmittelgesetz, 2. Aufl., Basel 2022 (zit. BSK HMG-BEARBEITER/-IN)
- ANDREAS EICKER/RAHEL GOLDENBERGER, Das Verwaltungsstrafrecht im Normensystem, in: ANDREAS EICKER (Hrsg.), Das Verwaltungsstrafrecht im Wandel, Bern 2017, 13 ff.
- ANDREAS EICKER/FRIEDRICH FRANK/JONAS ACHERMANN, Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafverfahrensrecht, Bern 2012
- MARTIN EIFERT, Regulierungsstrategien, in: ANDREAS VOSSKUHLE/MARTIN EIFERT/CHRISTOPH MÖLLERS (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 3. Aufl., München 2022, 1379 ff. (§ 19)
- ULRICH EISENHARDT, Deutsche Rechtsgeschichte, 7. Aufl., München 2019
- THOMAS ELLWEIN, Der Staat: Moloch oder Lückenbüsser?, Das Verhältnis von Staat und Gesellschaft in historischer Perspektive, in: HANS-GEORG WEHLING (Hrsg.), Zuviel Staat? Die Grenzen der Staatstätigkeit, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1982, 11 ff.
- DOMINIK ELSE, Die privatisierte Erfüllung staatlicher Aufgaben, Verfassungsrechtliche Probleme und Spielräume, Diss. Zürich 2020
- SUSAN EMMENEGGER, Die Haftung der EBK-Beauftragten, in: SUSAN EMMENEGGER (Hrsg.), Bankhaftungsrecht, Basel 2006, 1 ff.
- KARL ENGISCH, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl., Heidelberg 1963
- ASTRID EPINEY, Allgemeine Grundsätze, in: EVA MARIA BELSER/ASTRID EPINEY/BERNHARD WALDMANN (Hrsg.), Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern 2011, 510 ff. (§ 9) (zit. EPINEY, Grundsätze)
- Der Status Activus des Citoyen, Der Staat 34/4 (1995), 557 ff. (zit. EPINEY, Citoyen)
- CHRISTOPH ERRASS, Technikregulierungen zur Gewährleistung von Sicherheit, Sicherheit & Recht 2 (2016), 63 ff. (zit. ERRASS, Technikregulierungen)
- Innovationsfördernde Regulierung als Aufgabe des öffentlichen Rechts?, ZBl 111 (2010), 203 ff. (zit. ERRASS, Regulierung)
 - Kooperative Rechtssetzung, Habil. Zürich/St. Gallen 2010 (zit. ERRASS, Rechtssetzung)
- CARL FALLER, Pharmaka, Eine ökonomisch-soziologische Studie über die Entwicklung der Pharmaka zur Ware (unter besonderer Berücksichtigung der Schweiz), Diss. Lörrach 1953
- ANDREAS FANKHAUSER, Die Bedeutung der Helvetik für die Ausbildung moderner kantonaler Verwaltungsstrukturen, in: ULRICH PFISTER/MAURICE DE TRIBOLET (Hrsg.), Sozialdisziplinierung – Verfahren – Bürokraten, Entstehung und Entwicklung der modernen Verwaltung, Basel 1999, 79 ff.
- BARDO FASSBENDER, Wissen als Grundlage staatlichen Handelns, in: JOSEF ISENSEE/PAUL KIRCHHOF (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV: Aufgaben des Staates, 3. Aufl., Heidelberg 2006, 243 ff. (§ 76)
- MICHAEL FEHLING, Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht, VVDStRL 70 (2011), 278 ff. (zit. FEHLING, Eigenwert)
- Regulierung als Staatsaufgabe im Gewährleistungsstaat Deutschland – Zu den Konturen eines Regulierungsverwaltungsrechts, in: HERMANN HILL (Hrsg.), Die Zukunft des öffentlichen Sektors, Baden-Baden 2006, 91 ff. (zit. FEHLING, Regulierung)
 - Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, Habil. Tübingen 2001 (zit. FEHLING, Verwaltung)

- RETO FELLER/MARKUS MÜLLER, Die Prüfungszuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts – Probleme in der praktischen Umsetzung: Dargestellt am Urteil BVGer A-109/2008 vom 12. Februar 2009, ZBl 110 (2009), 442 ff.
- JEREMIAS FELLMANN/LUZIA VETTERLI, «Nemo tenetur» light bei strafähnlichen Verwaltungs-sanktionen?, *forumpoenale* 1 (2015), 43 ff.
- JOHANN GOTTLIEB FICHTE, Zweite Vorlesung: Ueber die Bestimmung des Menschen in der Gesellschaft, in: KLAUS VIEWEG/MICHAEL WINKLER (Hrsg.), Johann Gottlieb Fichte: Einige Vorlesungen über die Bestimmung des Gelehrten 1794, Reprint-Ausgabe, Jena 1994, 22 ff. (auch abrufbar unter <<https://www.projekt-gutenberg.org>> [besucht am 15.8.24])
- ALBRECHT FIEDLER, Staatliches Engagement im Stiftungswesen zwischen Formenwahlfreiheit und Formenmissbrauch, Berlin 2004
- ALEX FISCHER, Internationalisierung, in: PETER KNOEPFEL/YANNIS PAPADOPOULOS/PASCAL SCIARINI ET AL. (Hrsg.), Handbuch der Schweizer Politik, manuel de la politique suisse, 6. Aufl., Zürich 2017, 599 ff.
- DAMIAN FISCHER, Interessenkonflikte im Schweizer Privat- und Wirtschaftsrecht: Ein Beitrag zur dogmatischen Erfassung eines omnipräsenten Governance-Problems, Habil. Zürich 2019
- MICHAEL FISCHER, Eine Geschichte der Atomenergie in der Schweiz, Baden (Schweiz) 2019
- STEFAN FLACHSMANN/STEFAN WEHRENBURG, Aussageverweigerungsrecht und Informationspflicht, SJZ 97 (2001), 313 ff.
- HELLMUT FLASHAR (Hrsg.), Aristoteles, Werke in Deutscher Übersetzung, Band 9, Politik, Teil I, Berlin 1991
- FRITZ FLEINER, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928 (zit. FLEINER, Institutionen)
- Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923 (zit. FLEINER, Bundesstaatsrecht)
 - Entstehung und Wandlung moderner Staatstheorien in der Schweiz (Akademische Antrittsrede), Zürich 1916 (zit. FLEINER, Staatstheorien)
- FRITZ FLEINER/ZACCARIA GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949
- THOMAS FLEINER-GERSTER, Allgemeine Staatslehre: Über die konstitutionelle Demokratie in einer multikulturellen globalisierten Welt, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 1995
- KATHRIN FÖHSE/JOEL DRITTENBASS, Parteistellung und Rechtsschutz natürlicher Personen im Umfeld von Kernkraftwerken, *Sicherheit & Recht* 3 (2017), 167 ff.
- ERNST FORSTHOFF, Der Staat der Industriegesellschaft, dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., München 1971 (zit. FORSTHOFF, Industriegesellschaft)
- Die Daseinsvorsorge und die Kommunen, Ein Vortrag, Köln 1958 (FORSTHOFF, Daseinsvorsorge)
 - Die Verwaltung als Leistungsträger, Stuttgart/Berlin 1938 (zit. FORSTHOFF, Verwaltung)
- PETER FORSTMOSER/HANS-UELI VOGT, Einführung in das Recht, 5. Aufl., Bern 2012
- MICHEL FOUCAULT, Geschichte der Gouvernamentalität I, Sicherheit, Territorium, Bevölkerung, Vorlesung am Collège de France 1977–1978 (hrsg. von MICHEL SENNELART), Frankfurt am Main 2004
- FRIEDRICH FRANK/ANDREAS EICKER/NORA MARKWALDER/JONAS ACHERMANN (Hrsg.), Basler Kommentar zum Verwaltungsstrafrecht, Basel 2020 (zit. BSK VStrR-BEARBEITER/-IN)
- CLAUDIO FRANZIUS, Vom Gewährleistungsstaat zum Gewährleistungsrecht – Kommentar, in: GUNNAR FOLKE SCHUPPERT (Hrsg.), Der Gewährleistungsstaat – Ein Leitbild auf dem Prüfstand, Baden-Baden 2005, 53 ff. (zit. FRANZIUS, Gewährleistungsrecht)

- Der «Gewährleistungsstaat» – Ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat, *Der Staat* 42/4 (2003), 493 ff. (zit. FRANZIUS, Gewährleistungsstaat)
- MAX FRENKEL, Institutionen der Verwaltungskontrolle, Diss. Zürich 1969
- HANS FREYER, Soziologie als Wirklichkeitswissenschaft, Logische Grundlegung des Systems der Soziologie, 2. Aufl., Stuttgart 1964
- MIRJAM E. FREY HAESLER, Aufsicht über die Justiz, Diss. Basel 2017
- MICHEL FRIEDMAN/HARALD WELZER, Zeitenwende, 2. Aufl., Köln 2020
- CLAUDIA M. FRITSCH, Interne Untersuchungen in der Schweiz, Ein Handbuch für regulierte Finanzinstitute und andere Unternehmen, Zürich/St. Gallen 2013
- JOCHEN ABR. FROWEIN/WOLFGANG PEUKERT, Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl 2009
- THOMAS GEISER/CHRISTIANA FOUNTOULAKIS (Hrsg.), Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl., Basel 2022 (zit. BSK ZGB I-BEARBEITER/-IN)
- CARL FRIEDRICH VON GERBER, Grundzüge des Deutschen Staatsrechts, 3. Aufl., Leipzig 1880
- RAIMUND E. GERMANN, Öffentliche Verwaltung in der Schweiz, Band 1: Der Staatsapparat und die Regierung, Bern 1998 (zit. Germann, Verwaltung)
- Ausserparlamentarische Kommissionen: Die Milizverwaltung des Bundes, Bern 1981 (zit. GERMANN, Ausserparlamentarische Kommissionen)
- CHRISTOPHER GETH, Aufsichtsrechtliche Mitwirkungspflichten und nemo tenetur, in: SUSAN EMMENEGGER (Hrsg.), Banken zwischen Strafrecht und Aufsichtsrecht, Basel 2014, 141 ff. (zit. GETH, Mitwirkungspflichten)
- Selbstbelastungsfreiheit im Unternehmensstrafrecht – Konflikt zwischen Moderne und Tradition aus Schweizer Perspektive, *ZStW* 126:1 (2014), 105 ff. (zit. GETH, Selbstbelastungsfreiheit)
- ZACCARIA GIACOMETTI, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, 1. Band, Zürich 1960 (zit. GIACOMETTI, Allgemeine Lehren)
- Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949 (zit. GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht)
- Die Handels- und Gewerbefreiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln der Bundesverfassung, in: JURISTISCHE FAKULTÄTEN DER SCHWEIZERISCHEN UNIVERSITÄTEN (Hrsg.), Die Freiheit des Bürgers im Schweizerischen Recht, Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Zürich 1948, 175 ff. (zit. GIACOMETTI, Handels- und Gewerbefreiheit)
- Die gegenwärtige Verfassungslage der Eidgenossenschaft, Schweizerische Hochschulzeitung 1942, 139 ff. (zit. GIACOMETTI, Verfassungslage)
- Über die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtseinrichtungen in der Judikatur des schweizerischen Bundesgerichts, Habil. Tübingen 1924 (zit. Giacometti, Grenzziehung)
- OTTO VON GIERKE, Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887
- SABINE GLESS, Nemo tenetur se ipsum accusare und verwaltungsrechtliche Auskunftspflichten, Konflikt und Lösungsansätze am Beispiel der Schweizer Finanzmarktaufsicht, in: CHRISTIAN FAHL/ECKHART MÜLLER/HELMUT SATZGER/SABINE SWOBODA (Hrsg.), Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe, Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2015, 723 ff.
- MATTHIAS GOLDMANN, Internationales Verwaltungsrecht, in: ANDREAS VOSSKUHL/MARTIN EIFERT/CHRISTOPH MÖLLERS (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 3. Aufl., München 2022, 325 ff. (§ 6)

- MELANIE CATALINA GOTTINI/HANS CASPAR VON DER CRONE, Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, SZW 6 (2016), 640 ff.
- PATRICK GÖTZE, Dualistische Bankenaufsicht, Die Prüfgesellschaft im Spannungsfeld zwischen Aufsichtsbehörde und Auftraggeber, Diss. Bern 2012
- IAN D. GOW/STUART KELLS, The Big Four: The Curious Past and Perilous Future of the Global Accounting Monopoly, Oakland CA 2018
- CHRISTOPH GRABENWARTER/KATHARINA PABEL, Europäische Menschenrechtskonvention, Ein Studienbuch, 7. Aufl., München 2021
- CHRISTIAN GRAF VON KROCKOW, Staat, Gesellschaft, Freiheitswahrung, in: ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, Darmstadt 1976, 432 ff.
- DAMIAN K. GRAF, Berufsverbote im Straf- und Finanzmarktrecht, GesKR 3 (2019), 372 ff. (zit. GRAF, Berufsverbote)
- Strafrechtlicher Umgang mit Verfehlungen in der Finanzbranche, GesKR 1 (2018), 43 ff. (zit. GRAF, Verfehlungen)
 - Schweigen ist Blei: Aussageverweigerung als Schuldindiz im Strafprozessrecht?, SJZ 111 (2015), 189 ff. (zit. GRAF, Schweigen)
 - Berufsverbote für Gesellschaftsorgane: das Sanktionsregime im Straf- und Finanzmarktrecht, AJP 2014, 1195 ff. (zit. GRAF, Gesellschaftsorgane)
- MARTIN GRAF/ANDREA CARONI (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG) vom 13. Dezember 2002, 2. Aufl., Basel 2024 (zit. BEARBEITER/-IN, Kommentar ParlG)
- CHRISTOF GRAMM, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, Berlin 2001
- ALAIN GRIFFEL, Allgemeines Verwaltungsrecht im Spiegel der Rechtsprechung, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2022 (zit. GRIFFEL, Verwaltungsrecht)
- Rechtsschutz, in: OLIVER DIGGELMANN/MAYA HERTIG RANDALL/BENJAMIN SCHINDLER (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 2, Zürich 2020, 1073 ff. (Teil IV.8) (zit. GRIFFEL, Rechtsschutz)
- DIETER GRIMM, Die Zukunft der Verfassung II, Auswirkungen von Europäisierung und Globalisierung, Frankfurt am Main 2012 (zit. GRIMM, Zukunft der Verfassung II)
- Die Verfassung und die Politik, Einsprüche in Störfällen, München 2001 (zit. GRIMM, Politik)
 - Der Wandel der Staatsaufgaben und die Zukunft der Verfassung, in: DIETER GRIMM (Hrsg.), Staatsaufgaben, Baden-Baden 1996, 613 ff. (zit. GRIMM, Staatsaufgaben)
 - Die Zukunft der Verfassung, Frankfurt am Main 1991 (zit. GRIMM, Zukunft der Verfassung I)
 - Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats, in: DIETER GRIMM (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden 1990, 291 ff. (zit. GRIMM, Wandel)
 - Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, Frankfurt am Main 1987 (zit. GRIMM, bürgerliche Gesellschaft)
- ANDRÉ GRISEL, La Commission fédérale des banques sous le regard du juriste, in: EIDGENÖSSISCHE BANKENKOMMISSION (Hrsg.), 50 Jahre eidgenössische Bankenaufsicht: Jubiläumsschrift, Zürich 1985, 151 ff.
- STÉPHANE GRODECKI, Les autorités fédérales d'arbitrage et d'exécution de tâches publiques, in: FRANÇOIS BELLANGER/THIERRY TANQUEREL (Hrsg.), Les autorités administratives indépendantes, Zürich/Basel/Genf 2011, 85 ff.

- ROLF GRÖSCHNER, Das Überwachungsrechtsverhältnis, Wirtschaftsüberwachung in gewerbepolizeilicher Tradition und wirtschaftsverwaltungsrechtlichem Wandel, Habil. Tübingen 1992
- JOST GROSS, Aufsicht und Verantwortlichkeit, in: RENÉ SCHAFFHAUSER/TOMAS POLEDNA (Hrsg.), Auslagerung und Privatisierung von staatlichen und kommunalen Einheiten: Rechtsformen und ihre Folgen, Referate der Tagung vom 14. November 2001 in Luzern, St. Gallen 2002, 125 ff. (zit. GROSS, Aufsicht und Verantwortlichkeit)
- Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Stand und Entwicklungstendenzen, 2. Aufl., Bern 2001 (zit. GROSS, Staatshaftungsrecht)
- JOST GROSS/VOLKER PRIBNOW, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Ergänzungsband zur 2. Auflage, Bern 2013
- MIRINA GROSZ, Urteilsbesprechung: Bundesverwaltungsgericht, Abteilung I, Urteil A-3504/2016 vom 8. November 2017, A. gegen Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA, Staatshaftungsklage gegen die FINMA – Sistierung des Verfahrens, AJP 2018, 1267 ff. (zit. GROSZ, Urteilsbesprechung)
- Klimaabgaben, Stromabgaben, Energieabgaben – Rechtliche Verhaltenssteuerung hin zur Energiewende?, in: MIRINA GROSZ/SERAINA GRÜNEWALD (Hrsg.), Recht und Wandel, Festschrift für Rolf H. Weber, Zürich, Basel Genf 2016, 1 ff. (zit. GROSZ, Klimaabgaben)
- ERICH GRUNER, Die Arbeiter in der Schweiz im 19. Jahrhundert, Soziale Lage, Organisation, Verhältnis zu Arbeitgeber und Staat, Bern 1968 (zit. GRUNER, Arbeiter)
- 100 Jahre Wirtschaftspolitik, Etappen des Interventionismus in der Schweiz, Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik, Vol. 100/1 (1964), 35 ff. (zit. GRUNER, Wirtschaftspolitik)
- SERAINA GRÜNEWALD, Parteistellung im aufsichtsrechtlichen Verfahren der FINMA, Urteilsbesprechung BGE 139 II 279, GesKR 3 (2013), 432 ff.
- HANS GSTREIN, Das Kreisschreiben als Mittel der Bundesaufsicht, Diss. Zürich 1947
- WALTER GUT, Zum Dualismus von Staat und Gesellschaft, ZSR 109 (1990) I, 17 ff.
- MAX GUTZWILER, Die Stiftungen, in: MAX GUTZWILER (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Band II, Einleitung und Personenrecht, Basel 1967, 574 ff.
- FRITZ GYGI, Verwaltungsrecht, Eine Einführung, Bern 1986
- CARL FRIEDRICH HÄBERLIN, Handbuch des Teutschen Staatsrechts nach dem System des Herrn Geheimen Justizraths Pütter, Zweiter Band, Frankfurt und Leipzig 1794 (Nachdruck: Goldbach 2001)
- JÜRGEN HABERMAS, Theorie des kommunikativen Handelns, Frankfurt am Main 1995 (zit. HABERMAS, Theorie)
- Vorbereitende Bemerkungen zu einer Theorie der kommunikativen Kompetenz, in: JÜRGEN HABERMAS/NIKLAS LUHMANN (Hrsg.), Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie, Frankfurt am Main 1971, 101 ff. (zit. HABERMAS, Vorbereitende Bemerkungen)
- ALBERT HAENEL, Deutsches Staatsrecht, Erster Band: Die Grundlagen des deutschen Staates und die Reichsgewalt, Leipzig 1892
- ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 11. Aufl., Zürich/Genf 2024
- ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020
- CARL LUDWIG VON HALLER, Restauration der Staatswissenschaft oder, Theorie des Natürlich-Geselligen Zustands, der Chimäre des Künstlich-Bürgerlichen entgegengesetzt, 2. Aufl., Winterthur 1820–1834 (Neudruck 1964)

JEAN-LOUIS HALPÉRIN, L'exportation en Suisse des institutions politiques et juridiques françaises, in: ALFRED DUFOUR/TILL HANISCH/VICTOR MONNIER (Hrsg.), Bonaparte, la Suisse et l'Europe, Zürich/Basel 2003, 39 ff.

ISABELLE HÄNER, In den Fängen der Aufsichtsbehörden, Bratschi Öff. Verfahrensrecht Blog vom 30.11.2020, abrufbar unter <<https://www.bratschi.ch/en/attorney/isabelle-haener.html>> (besucht am 15.8.24) (zit. HÄNER, Aufsichtsbehörden)

- Verfahrensrechtliche Aspekte der laufenden Aufsicht, in: ISABELLE HÄNER/BERNHARD WALDMANN (Hrsg.), 7. Forum für Verwaltungsrecht, Staatliche Aufsicht über die Wirtschaft und ihre Akteure, Bern 2019, 77 ff. (zit. HÄNER, Verfahrensrechtliche Aspekte)
- Digitalisierung des Verwaltungsverfahrens, in: SCHWEIZERISCHE VEREINIGUNG FÜR VERWALTUNGSORGANISATIONSRECHT SVVOR (Hrsg.), Jahrbuch/Annuaire 2017/2018, Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Bern 2018, 23 ff. (zit. Häner, Digitalisierung)
- Kausalabgaben – Eine Einführung, in: ISABELLE HÄNER/BERNHARD WALDMANN (Hrsg.), Kausalabgaben, Bern 2015, 1 ff. (zit. HÄNER, Kausalabgaben)
- Organisationsrecht (ausgewählte Fragen), in: GIOVANNI BIAGGINI/ISABELLE HÄNER/URS SAXER/MARKUS SCHOTT (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Expertenwissen für die Praxis, Zürich/Basel/Genf 2015, 1165 ff. (Kapitel 28) (zit. HÄNER, Organisationsrecht)
- Verhaltenssteuerung im liberalen Rechtsstaat, in: EVA MARIA BELSER/BERNHARD WALDMANN (Hrsg.), Mehr oder weniger Staat?, Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag, Bern 2015, 29 ff. (zit. HÄNER, Verhaltenssteuerung)
- Mindestgarantien für Strafverfahren und ihre Bedeutung für verwaltungsrechtliche Sanktionen, in: ISABELLE HÄNER/BERNHARD WALDMANN (Hrsg.), Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, 19 ff. (zit. HÄNER, Mindestgarantien)
- Prozessieren im öffentlichen Recht, Anwaltsrevue 4/2009, 174 ff. (zit. HÄNER, Prozessieren)
- Grundrechtsgeltung bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben durch Private, AJP 2002, 1144 ff. (zit. HÄNER, Grundrechtsgeltung)
- Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Habil. Zürich 2000 (zit. HÄNER, Beteiligte)
- Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Referat zum Schweizerischen Juristentag 1997, ZSR 116 (1997), 253 ff. (zit. HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen)

YVO HANGARTNER, Aspekte des Verwaltungsverfahrensrechts nach dem revidierten Kartellgesetz von 2003, in: WALTER A. STOFFEL/ROGER ZÄCH (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, Zürich/Basel/Genf 2004, 251 ff. (zit. HANGARTNER, Verwaltungsverfahrensrecht)

- Recht auf Rechtsschutz, AJP 2002, 131 ff. (zit. HANGARTNER, Rechtsschutz)
- Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Erster Band: Organisation, Zürich 2001 (zit. HANGARTNER, Grundzüge)
- Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, Habil. Bern/Frankfurt am Main 1974 (zit. HANGARTNER, Kompetenzverteilung)

DOMINIQUE HÄNNI, Vers un principe d'intégrité de l'administration publique, La prévention de la corruption en droit administratif, Diss. Genf 2019 (abrufbar unter <<http://archive-ouverte.unige.ch/unige:121022>> [besucht am 15.8.24])

- PETER HÄNNI, Staatshaftung wegen Untätigkeit der Verwaltung, in: BENOÎT BOVAY/MINH SON NGUYEN, *Mélanges en l'honneur de Pierre Moor, Théorie du droit – Droit administratif – Organisation du territoire*, Bern 2005, 337 ff.
- PETER HÄNNI/ANDREAS STÖCKLI, *Schweizerisches Wirtschaftsrechtverwaltungsrecht*, Bern 2013
- ROBERT HAUSER/ERHARD SCHWERI/KARL HARTMANN, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, 6. Aufl., Basel 2005
- Heinz Hausheer/Regina E. Aebi-Müller, *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 5. Aufl., Bern 2020
- JAN HECKER, Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht, Öffentlich-rechtliche Probleme staatlicher Wirtschaftsinterventionen zur Steigerung der Funktionsfähigkeit des Marktes, *Habil. Tübingen* 2007
- GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts, oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, Auf der Grundlage der Werke von 1832–1845 neu edierte Ausgabe*, 15. Aufl., Frankfurt am Main 2017
- ANDREAS HEINEMANN, Demokratie und Marktwirtschaft, Direkte und indirekte Formen dezentraler Organisation, in: ANDREA GOOD/BETTINA PLATIPODIS (Hrsg.), *Direkte Demokratie, Herausforderungen zwischen Politik und Recht*, Festschrift für Andreas Auer zum 65. Geburtstag, Bern 2013, 121 ff. (zit. HEINEMANN, Demokratie)
- Rechtliche Transplantate zwischen Europäischer Union und der Schweiz, in: LUKAS FAHRLÄNDER/RETO A. HEIZMANN (Hrsg.), *Europäisierung der schweizerischen Rechtsordnung, Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich*, Zürich/St. Gallen 2013, 3 ff. (zit. HEINEMANN, Rechtliche Transplantate)
- EDUARD HENKE, *Oeffentliches Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Kantone der Schweiz*, Aarau 1824
- MAYA HERTIG RANDALL, *La Convention européenne des droit de l'homme*, in: OLIVER DIGGELMANN/MAYA HERTIG RANDALL/BENJAMIN SCHINDLER (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Bd. 2, Zürich 2020, 1267 ff. (Teil V.5)
- HANS-JOACHIM HESS, *Produktesicherheitsgesetz (PrSG), Stämpfli's Handkommentar*, Bern 2010 (zit. HESS, SHK PrSG)
- KONRAD HESSE, Bemerkungen zur heutigen Problematik und Tragweite der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE (Hrsg.), *Staat und Gesellschaft*, Darmstadt 1976, 484 ff. (zuerst publiziert in: *Die Öffentliche Verwaltung* Jg. 28, Heft 13/14, Juli 1975, 437 ff.)
- PETER HETTICH, *Infrastrukturverfassung*, in: OLIVER DIGGELMANN/MAYA HERTIG RANDALL/BENJAMIN SCHINDLER (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Bd. 3, Zürich 2020, 2283 ff. (Teil VIII.9) (zit. HETTICH, *Infrastrukturverfassung*)
- Kooperative Risikoversorge, Regulierte Selbstregulierung im Recht der operationellen und technischen Risiken, *Habil. Zürich/Basel/Genf* 2014 (zit. HETTICH, *Kooperative Risikoversorge*)
- PETER HETTICH/SIMON BÜHLER, Die Konzession als überholte Rechtsfigur?, in: ISABELLE HÄNER/BERNHARD WALDMANN (Hrsg.), *Die Konzession*, Zürich/Basel/Genf 2011, 105 ff.
- PETER HETTICH/JULIE FREYER, Demokratische Kontrolle unabhängiger Aufsichts- und Regulierungsbehörden: Ein Oxymoron, *ZBl* 123 (2022), 115 ff.
- PETER HETTICH/ROSANA PFAFFHAUSER, Vergütungen in der Finanzbranche, in: VISCHER AG (Hrsg.), *Corporate Governance – Pflicht oder Kür?*, Zürich/Basel 2011, 27 ff. (abrufbar

- unter <https://www.vischer.com/fileadmin/redaktion/Dokumente/publikationen/vischer_broschueren/Brosch_Corporate_Governance_DE_Web.pdf> [besucht am 15.8.24])
- PETER HETTICH/YANNICK WETTSTEIN, Rechtsfragen um Kostenanlastungssteuern, ASA 78 (2009/2010), 537 ff.
- HERMANN HILL, Das hoheitliche Moment im Verwaltungsrecht der Gegenwart, DVBl 7 (1989), 321 ff.
- WALTER E. HINDERMANN, Der Stiftungszweck, ZSR 47 (1928), 225 ff.
- EDUARD HIS, Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts, Erster Band: Die Zeit der Helvetik und der Vermittlungsakte, 1798 bis 1813, Basel 1920 (zit. His, Geschichte Band I)
- Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts, Zweiter Band: Die Zeit der Restauration und der Regeneration, 1814 bis 1848, Basel 1929 (zit. His, Geschichte Band II)
 - Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts, Dritter Band: Der Bundesstaat von 1848 bis 1914, Basel 1938 (zit. His, Geschichte Band III)
- CLAUDIA HÖCHNER, Parlamentarische Oberaufsicht über öffentliche Unternehmen des Bundes, Diss. Bern 2020
- WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, Das Recht des Gewährleistungsstaates, in: GUNNAR FOLKE SCHUPPERT (Hrsg.), Der Gewährleistungsstaat – Ein Leitbild auf dem Prüfstand, Baden-Baden 2005, 89 ff. (zit. HOFFMANN-RIEM, Gewährleistungsstaat)
- Modernisierung von Recht und Justiz, Frankfurt am Main 2001 (zit. HOFFMANN-RIEM, Modernisierung)
 - Verwaltungskontrolle – Perspektiven, in: EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN/WOLFGANG HOFFMANN-RIEM (Hrsg.), Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, 325 ff. (zit. HOFFMANN-RIEM, Verwaltungskontrolle)
 - Organisationsrecht als Steuerungsressource – Perspektiven der verwaltungsrechtlichen Systembildung, in: EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN/WOLFGANG HOFFMANN-RIEM (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden 1997, 355 ff. (zit. HOFFMANN-RIEM, Organisationsrecht)
 - Verwaltungsrechtsreform – Ansätze am Beispiel des Umweltschutzes, in: WOLFGANG HOFFMANN-RIEM/EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN/GUNNAR FOLKE SCHUPPERT (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Grundfragen, Baden-Baden 1993, 115 ff. (zit. HOFFMANN-RIEM, Verwaltungsrechtsreform)
- STEFAN HÖFLER, Legistische Herausforderungen, in: FELIX UHLMANN/STEFAN HÖFLER (Hrsg.), Notrecht in der Corona-Krise, 19. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre, Zürich/St. Gallen 2021, 81 ff.
- DAVID HOFSTETTER, Schematisierung und Verhältnismässigkeit, in: FELIX UHLMANN (Hrsg.), Verhältnismässigkeit als Grundsatz in der Rechtsetzung und Rechtsanwendung, 17. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre, Zürich/St. Gallen 2019, 87 ff.
- KARL HOFSTETTER, Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, Grundlagenbericht zur Revision, 2. Aufl., Zürich 2014
- JAKOB HÖHN/CHRISTOPH G. LANG/SEVERIN ROELLI, Öffentliche Übernahmen, Basel 2011
- ERIC HOMBURGER/BRUNO SCHMIDHAUSER/FRANZ HOFFET/PATRIK DUCREY (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 und zu den dazugehörigen Verordnungen, Zürich 1997 (zit. Komm. KG-BEARBEITER/-IN)
- PETER CH. HSU/ERIC STUPP (Hrsg.), Basler Kommentar zum Versicherungsaufsichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK VAG-BEARBEITER/-IN)

- EUGEN HUBER, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, Erster Band, 2. Aufl., Bern 1914, abrufbar unter <<https://doi.org/10.3931/e-rara-89303>> (besucht am 15.8.24) (zit. HUBER, Erläuterungen zum Vorentwurf 1914)
- Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, Erstes Heft, Bern 1901, abrufbar unter <<https://doi.org/10.3931/e-rara-89573>> (besucht am 15.8.24) (zit. HUBER, Erläuterungen zum Vorentwurf 1901)
- MAX HUBER, Der schweizerische Staatsgedanke, Referat vom 16. September 1915, in: MAX HUBER (Hrsg.), Heimat und Tradition, gesammelte Aufsätze, Zürich 1947, 13 ff.
- PETER M. HUBER, Überwachung, in: ANDREAS VOSSKUHLE/MARTIN EIFERT/CHRISTOPH MÖLLERS (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, 3. Aufl., München 2022, 1313 ff. (§ 43)
- ROMAN HUBER/DOMINIK LEIMGRUBER, Amtshilfe nach Art. 42 f. FINMAG, GesKR 3 (2020), 342 ff.
- FRIDOLIN HUNOLD, Staatshaftung für judikatives Unrecht, Diss. Zürich/Basel/Genf 2013
- MARC HÜRZELER/HANS-ULRICH STAUFFER (Hrsg.), Basler Kommentar Berufliche Vorsorge, BVG, FZG und weitere einschlägige Bestimmungen, Basel 2021 (zit. BSK BVG-BEARBEITER/-IN)
- KNUT IPSEN, Völkerrecht, 8. Aufl., München 2024
- JOSEF ISENSEE, Gemeinwohl im Verfassungsstaat, in: JOSEF ISENSEE/PAUL KIRCHHOF (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV: Aufgaben des Staates, 3. Aufl., Heidelberg 2006, 3 ff. (§ 71) (zit. ISENSEE, Gemeinwohl)
- Staatsaufgaben, in: JOSEF ISENSEE/PAUL KIRCHHOF (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV: Aufgaben des Staates, 3. Aufl., Heidelberg 2006, 117 ff. (§ 73) (zit. ISENSEE, Staatsaufgaben)
 - Staat, in: GÖRRES-GESELLSCHAFT (Hrsg.), Staatslexikon, Band 5, 7. Aufl., Freiburg im Breisgau/Basel/Wien 1989, 133 ff. (zit. ISENSEE, Staat)
 - Der Dualismus von Staat und Gesellschaft, in: ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, Darmstadt 1976, 317 ff. (zuerst publiziert als Bestandteil von: JOSEF ISENSEE, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft, Belin 1968, 149 ff.) (zit. ISENSEE, Dualismus)
- TOBIAS JAAG, Staats- und Beamtenhaftung, in: BENJAMIN SCHINDLER/THIERRY TANQUEREL/PIERRE TSCHANNEN/FELIX UHLMANN (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band I: Organisationsrecht, Teil 3, 3. Aufl., Basel 2017 (zit. JAAG, Staats- und Beamtenhaftung)
- Sanktionen, in: GIOVANNI BIAGGINI/ISABELLE HÄNER/URS SAXER/MARKUS SCHOTT (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Expertenwissen für die Praxis, Zürich/Basel/Genf 2015, 933 ff. (Kapitel 23) (zit. Jaag, Sanktionen)
 - Mehr oder weniger Staat?, ZBl 116 (2015), 627 ff. (zit. JAAG, Mehr oder weniger Staat?)
 - FINMA, Parlament und Bundesrat, in: PETER NOBEL (Hrsg.), St. Galler Bankrechtstag 2009, Institutionengefüge zum Finanzmarkt, Bern 2010, 1 ff. (zit. JAAG, FINMA)
 - Verwaltungsrechtliche Sanktionen: Einführung, in: ISABELLE HÄNER/BERNHARD WALDMANN (Hrsg.), Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, 1 ff. (zit. JAAG, Verwaltungsrechtliche Sanktionen)
 - Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Formen, Voraussetzungen und Rahmenbedingungen, in: TOBIAS JAAG (Hrsg.), Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Referate einer Tagung vom 29. September 1999, Zürich 2000, 23 ff. (zit. JAAG, Dezentralisierung und Privatisierung)

- LOUIS L. JAFFE, *The Effective Limits of the Administrative Process: A Reevaluation*, *Harvard Law Review* 67/7 (1954), 1105 ff.
- DOMINIQUE JAKOB, *Die Reform des Stiftungsrechts ist beschlossen – Was ist gewonnen, was ist verloren, was bleibt?*, *CEPS Forschung und Praxis – Band 28: Der Schweizer Stiftungsreport 2022* (abrufbar unter <<http://www.stiftungsreport.ch>> [besucht am 15.8.24]), 22 ff. (zit. JAKOB, *Reform beschlossen*)
- *Reform des Schweizer Stiftungsrechts – Was jetzt wichtig wäre*, *CEPS Forschung und Praxis – Band 23: Der Schweizer Stiftungsreport 2021* (abrufbar unter <<http://www.stiftungsreport.ch>> [besucht am 15.8.24]), 22 ff. (zit. JAKOB, *Reform*)
 - *Die Schweizer Stiftungsaufsicht – Grundlagen und Entwicklungen*, in: BEATE ECKHARDT/THOMAS SPRECHER (Hrsg.), *Beste Stiftungsratspraxis – Welche Aufsicht haben und welche brauchen wir?*, Zürich/Basel/Genf 2019, 7 ff. (zit. JAKOB, *Grundlagen und Entwicklungen*)
 - *Das Stiftungsrecht der Schweiz im Europa des dritten Jahrtausends*, *SJZ* 104 (2008), 533 ff. (zit. JAKOB, *Stiftungsrecht*)
 - *Schutz der Stiftung: Die Stiftung und ihre Rechtsverhältnisse im Widerstreit der Interessen*, *Habil. Tübingen* 2006 (zit. JAKOB, *Schutz der Stiftung*)
- HANS JECHT, *Die Öffentliche Anstalt, Wandlungen und gegenwärtige Struktur*, Berlin 1963
- GEORG JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl., Berlin 1914
- CHRISTOPH JENNI, *Forschungskontrolle durch Ethikkommissionen aus verwaltungsrechtlicher Sicht*, *Geschichte, Aufgaben, Verfahren*, Diss. Zürich/St. Gallen 2010
- BOB JESSOP, *The State, Past, Present, Future*, Cambridge 2016
- PHILIP C. JESSUP, *Transnational Law*, New Haven, Connecticut 1956
- MATTHIAS JESTAEDT/ANNA-BETTINA KAISER, *Kritik ja, Verfassungskrise nein: Das staatliche Pandemiemanagement im Lichte des Verfassungsrechts*, *Verfassungsblog* vom 31.3.2021, abrufbar unter <<https://verfassungsblog.de/kritik-ja-verfassungskrise-nein>, DOI:10.17176/20210331-195214-0> (besucht am 15.8.24)
- JACINT JORDANA/DAVID LEVI-FAUR/XAVIER FERNÁNDEZ I MARÍN, *The Global Diffusion of Regulatory Agencies, Channels of Transfer and Stages of Diffusion*, *IBEI Working Papers* 2009/28, Barcelona 2009, abrufbar unter <<https://ssrn.com/abstract=1557142>> (besucht am 15.8.24)
- DANIEL JOSITSCH/NIKLAUS SCHMID, *Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts*, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023
- VALÉRIE JUNOD, *Les conflits d'intérêts dans l'administration, en particulier a l'OFSP et chez Swissmedic*, in: OLIVIER GUILLOD (Hrsg.), *Conflits d'intérêts dans le système de santé: 15e Journée de droit de la santé de l'Institut de droit de la santé (IDS)*, Neuchâtel 2009, 89 ff.
- THOMAS JUTZI, *Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Recht der kollektiven Kapitalanlagen*, *AJP* 2015, 5 ff. (zit. JUTZI, *Einfluss*)
- *Anerkannte Mindeststandards als «Zwitterform» der Finanzmarkt(selbst)regulierung*, in: PETER V. KUNZ/JONAS WEBER/ANDREAS LIENHARD/IOLE FARGNOLI/JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ (Hrsg.), *Berner Gedanken zum Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014*, Bern 2014, 197 ff. (zit. JUTZI, *Mindeststandards*)
- THOMAS JUTZI/KSENIA WESS/DAMIAN SIERADZKI, *Die neue Finanzmarktarchitektur im europäischen Regulierungskontext*, *AJP* 2020, 572 ff.
- WERNER KÄGI, *Persönliche Freiheit, Demokratie und Föderalismus (vom Verhältnis der drei grundlegenden Freiheiten unserer Rechtsgemeinschaft)*, in: *JURISTISCHE FAKULTÄTEN DER*

- SCHWEIZERISCHEN UNIVERSITÄTEN (Hrsg.), Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht, Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Zürich 1948, 53 ff. (zit. KÄGI, Freiheiten)
- Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Untersuchungen über die Entwicklungstendenzen im modernen Verfassungsrecht, Habil. Zürich 1945 (zit. KÄGI, Verfassung)
- REGULA KÄGI-DIENER, Kommissionen in der modernen föderalistischen Demokratie, in: EVA MARIA BELSER/BERNHARD WALDMANN (Hrsg.), Mehr oder weniger Staat?, Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag, Bern 2015, 45 ff.
- WOLFGANG KAHL, Kontrolle der Verwaltung und des Verwaltungshandelns, in: ANDREAS VOSSKUHLE/MARTIN EIFERT/CHRISTOPH MÖLLERS (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, 3. Aufl., München 2022, 1557 ff. (§ 45) (zit. KAHL, Kontrolle)
- Verwaltung unter den Bedingungen überstaatlicher Verflechtung, in: WOLFGANG KAHL/MARKUS LUDWIGS (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Band I, Heidelberg 2021, 1189 ff. (§ 30) (zit. KAHL, Verflechtung)
 - Rechts- und Sachkontrolle in grenzüberschreitenden Sachverhalten, in: JOSEF ISENSEE/PAUL KIRCHHOF (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band XI: Internationale Bezüge, 3. Aufl., Heidelberg 2013, 1091 ff. (§ 253) (zit. KAHL, Rechts- und Sachkontrolle)
 - Die Staatsaufsicht, Entstehung, Wandel und Neubestimmung unter besonderer Berücksichtigung der Aufsicht über die Gemeinden, Habil. Tübingen 2000 (zit. KAHL, Staatsaufsicht)
- SIMON KAISER, Schweizerisches Staatsrecht in drei Büchern, Zweites Buch: Das Staatsrecht, St. Gallen 1859 (zit. KAISER, II. Buch)
- WALTER KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, Funktionen der staatsrechtlichen Beschwerde, Bern 1987
- WALTER KÄLIN/ASTRID EPINEY/MARTINA CARONI/JÖRG KÜNZLI/BENEDIKT PIRKER, Völkerrecht, Eine Einführung, 5. Aufl., Bern 2022
- CARL KALTENBORN VON STACHAU, Einleitung in das Constitutionelle Verfassungsrecht, Leipzig 1863
- IMMANUEL KANT, Die Metaphysik der Sitten in zwey Theilen, Königsberg 1803
- PETER KARLEN, Schweizerisches Verwaltungsrecht: Gesamtdarstellung unter Einbezug des europäischen Kontextes, Zürich 2018 (zit. KARLEN, Verwaltungsrecht)
- Konzessionsabgaben, in: ISABELLE HÄNER/BERNHARD WALDMANN (Hrsg.), Die Konzession, Zürich/Basel/Genf 2011, 73 ff. (zit. KARLEN, Konzessionsabgaben)
- ANN-KATRIN KAUFHOLD, Systemaufsicht, Habil. Tübingen 2016
- CHRISTINE KAUFMANN/ROLF H. WEBER, Haftung für mangelnde staatliche Aufsicht im Finanzmarktbereich, HAVE/REAS 2008, 270 ff.
- ALLISTER KEANE/ALAIN SCHAT, Analyse de la concentration du marché de l’audit bancaire, Expert Focus 9 (2020), 652 ff.
- HELEN KELLER/DAVID SUTER, Ne bis in idem und nemo tenetur im Steuerstrafrecht – 1. Teil, StR 73 (2018), 908 ff. (zit. KELLER/SUTER, 1. Teil)
- Ne bis in idem und nemo tenetur im Steuerstrafrecht – 2. Teil, StR 74 (2019), 4 ff. (zit. KELLER/SUTER, 2. Teil)
- ANDREAS KELLERHALS, Überlegungen zur institutionellen Reform der Wettbewerbsbehörden, in: HENRIQUE SCHNEIDER/ANDREAS KELLERHALS (Hrsg.), 25 Jahre Kartellgesetz – ein kriti-

- scher Ausblick, Zürich 2022, 67 ff. (abrufbar unter <<https://eizpublishing.ch>> [besucht am 15.8.24])
- HANS Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960
- SIMON KEMPNY, Verwaltungskontrolle, Habil. Tübingen 2017
- JENS KERSTEN, Die Entwicklung des Konzepts der Daseinsvorsorge im Werk von Ernst Forsthoff, Der Staat 44 (2005), 543 ff.
- HERMANN KIEFER, Das Aufsichtsrecht des Reiches über die Einzelstaaten, Breslau 1909
- REGINA KIENER, Urteilsbesprechung: 5C_2/2012, Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, 17. Dezember 2012, zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen, ZBl 114 (2013), 265 ff. (zit. KIENER, Urteilsbesprechung)
- Richterliche Unabhängigkeit, Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Habil. Bern 2001 (zit. KIENER, Richterliche Unabhängigkeit)
- REGINA KIENER/WALTER KÄLIN/JUDITH WYTENBACH, Grundrechte, 4. Aufl., Bern 2024
- REGINA KIENER/BERNHARD RÜTSCHÉ/MATHIAS KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021
- UELI KIESER, Heilmittel, in: TOMAS POLEDNA/UELI KIESER (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band VIII: Gesundheitsrecht, Basel 2005 (zit. KIESER, Heilmittel)
- SABINE KILGUS, Expertengutachten betreffend die Regulierungs- und Kommunikationstätigkeit der FINMA zu Handen des Eidgenössischen Finanzdepartements vom 4. August 2014 (zit. KILGUS, Expertengutachten)
- Effektivität von Regulierung im Finanzmarktrecht, Habil. Zürich/St. Gallen 2007 (zit. KILGUS, Regulierung)
- BENEDICT KINGSBURY/NICO KRISCH/RICHARD B. STEWART, The Emergence of Global Administrative Law, Law and Contemporary Problems, 68 (2005), 15 ff.
- KURT KISTER, Atomarer Glaubenskrieg, Die Bundesrepublik und die Kernenergie, Süddeutsche Zeitung vom 19.3.2011
- JAN KLABBERS, An Introduction to International Organizations Law, 4. Aufl., Cambridge 2022 (zit. KLABBERS, Introduction)
- Institutional Ambivalence by Design: Soft Organizations in International Law, Nordic Journal of International Law 70 (2001), 403 ff. (zit. KLABBERS, Soft Organizations)
- KARL. E. KLARE, The Public/Private Distinction in Labor Law, University of Pennsylvania Law Review 130/6 (1982), 1358 ff.
- ANDREAS KLEY, Eigenheiten des schweizerischen Verfassungsrechts, in: OLIVER DIGGELMANN/MAYA HERTIG RANDALL/BENJAMIN SCHINDLER (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 1, Zürich 2020, 85 ff. (Teil I.4) (zit. KLEY, Eigenheiten)
- Geschichte des schweizerischen Verfassungsrechts von 1798 bis in die Gegenwart, in: OLIVER DIGGELMANN/MAYA HERTIG RANDALL/BENJAMIN SCHINDLER (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 1, Zürich 2020, 57 ff. (Teil I.3) (zit. KLEY, Verfassungsrecht)
 - Kontexte der Demokratie: Herrschaftsausübung in Arbeitsteilung, VVDStRL 77 (2018), 125 ff. (zit. KLEY, Demokratie)
 - Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015 (zit. KLEY, Geschichte)
 - Die UBS-Rettung im historischen Kontext des Notrechts, ZSR 130 (2011) I, 123 ff. (zit. KLEY, Notrecht)

- Entbündelung per Express: Die gesetzliche Grundlage der vom Bundesrat angeordneten Entbündelungspflicht des Fernmelde-Anschlussnetzes, sic ! 2003, 873 ff. (zit. KLEY, Entbündelung)
- BLAISE KNAPP, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I (deutschsprachige Ausgabe von Précis de droit administratif, 4. Aufl.), Basel 1992 (zit. KNAPP, Bd. I)
- Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II (deutschsprachige Ausgabe von Précis de droit administratif, 4. Aufl.), Basel 1993 (zit. KNAPP, Bd. II)
- PIERRE KOBEL, Sanctions du droit des cartels et problèmes de droit administratif pénal, AJP 2004, 1150 ff.
- PETER KOCH, Der schweizerische Beitrag zur Entwicklung des Versicherungswesens, Schweizerische Versicherungs-Zeitschrift 1985, 310 ff.
- JULIANE KOKOTT, Soft Law Standards under Public International Law, in: PETER NOBEL (Hrsg.), International Standards and the Law, Bern 2005, 15 ff.
- MATTHIAS KOLLER, Die Vorabklärung im Kartellverwaltungsrecht, Diss. Zürich 2016
- PETER KOLLER, Theorie des Rechts, Eine Einführung, 2. Aufl., Wien/Köln/Weimar 1997
- ALFRED KÖLZ, Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte, Ihre Grundlinien vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848, Bern 1992 (zit. KÖLZ, Band I)
- Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte, Ihre Grundlinien in Bund und Kantonen seit 1848, Bern 2004 (zit. KÖLZ, Band II)
- Von der Herkunft des schweizerischen Verwaltungsrechts, in: WALTER HALLER/ALFRED KÖLZ/GEORG MÜLLER/DANIEL THÜRER (Hrsg.), Im Dienst an der Gemeinschaft, Festschrift für Dietrich Schindler zum 65. Geburtstag, Basel/Frankfurt am Main 1989, 597 ff. (zit. KÖLZ, Verwaltungsrecht)
- ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013
- BRIGITTA KRATZ, Der Strommarkt wird liberalisiert – und die neue Regulierungsbehörde ElCom tritt auf den Plan, in: GAUDENZ G. ZINDEL/PATRIK R. PEYER/BERTRAND SCHOTT (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Bewegung, Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich/Basel/Genf 2008, 423 ff.
- PATRICK KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER/SIMON BANGERTER, Verhandlungs- und Verfahrensführung vor den Wettbewerbsbehörden, in: THOMAS GEISER/PATRICK KRAUSKOPF/PETER MÜNCH (Hrsg.), Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Basel 2005, 471 ff. (§ 12)
- CHRISTOPH KRÖNKE, Öffentliches Digitalwirtschaftsrecht, Habil. Tübingen 2020
- HERBERT KRÜGER, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., Stuttgart 1966
- DANIEL KUNZ, Verfahren und Rechtsschutz bei der Vergabe von Konzessionen, Diss. Bern 2004
- PETER V. KUNZ, Wirtschaftsrecht, Grundlagen und Beobachtungen, Bern 2019 (zit. P. KUNZ, Wirtschaftsrecht)
- Die wirtschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2014/2015: Gesellschaftsrecht sowie Finanzmarktrecht, ZBJV 1 (2018), 1 ff. (zit. P. KUNZ, Rechtsprechung)
- FINMA-Regulierung(en): Macht des Faktischen versus Rechtsstaatlichkeit, Jusletter 7. Mai 2018 (zit. P. KUNZ, FINMA-Regulierung)
- Gewaltenteilung in Frage gestellt, Finanz und Wirtschaft (FuW) 35 (2018), 3 (zit. P. KUNZ, Gewaltenteilung)
- Finanzmarktregulierung, Basel 2016 (zit. P. KUNZ, Finanzmarktregulierung)

- Amerikanisierung, Europäisierung sowie Internationalisierung im schweizerischen (Wirtschafts-)Recht, recht 2012, 37 ff. (zit. P. KUNZ, Amerikanisierung)
- PETER V. KUNZ/THOMAS JUTZI/SIMON SCHÄREN (Hrsg.), Geldwäschereigesetz (GwG), Stämpfli Handkommentar, Bern 2017 (zit. SHK GwG-BEARBEITER/-IN)
- PAUL LABAND, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl., Erster Band, Tübingen 1911
- KARL-HEINZ LADEUR, Global Administrative Law: A Transnational Perspective, in: PEER ZUMBANSEN (Hrsg.), The Oxford Handbook of Transnational Law, New York 2021, 157 ff. (zit. LADEUR, Global Administrative Law)
- Staat und Gesellschaft. Von der liberalen zur postmodernen Gesellschaft, in: OTTO DEPENHEUER/CHRISTOPH GRABENWARTER (Hrsg.), Verfassungstheorie, Tübingen 2010, 599 ff. (§ 18) (zit. LADEUR, Staat)
- STEFAN LANGE, Niklas Luhmanns Theorie der Politik, Ein Abklärung der Staatsgesellschaft, Wiesbaden 2003
- MARCO LANTER, Die Verantwortlichkeit von Stiftungsorganen, Die zivilrechtliche Haftung von Organpersonen mit Verwaltungs- und Aufsichtsaufgaben in privatrechtlichen Stiftungen unter Berücksichtigung der Vorschriften des BVG, Diss. Zürich 1984
- MARTIN LANZ, Finanzmarkt: Aufsichtsregime, in: GIOVANNI BIAGGINI/ISABELLE HÄNER/URS SAXER/MARKUS SCHOTT (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Expertenwissen für die Praxis, Zürich/Basel/Genf 2015, 3 ff. (Kapitel 1)
- GUIDO LAZZARINI, Öffentlich-rechtliche Anstalten des Bundes im Vergleich, Diss. Zürich 1982
- EUN-KYUNG LEE, Umweltrechtlicher Instrumentenmix und kumulative Grundrechtseinwirkungen, Überlegungen am Beispiel des Energierechts, Diss. Tübingen 2013
- JOACHIM LEGE «Markt oder Staat?», Über eine schiefe, ideologische Alternative, in: EVA MARIA BELSER/BERNHARD WALDMANN (Hrsg.), Mehr oder weniger Staat?, Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag, Bern 2015, 339 ff.
- JUSTUS CHRISTOPH LEIST, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 2. Aufl., Göttingen 1805 (Nachdruck: Goldbach 2004)
- OLIVER LEPSIUS, Standardsetzung und Legitimation, in: CHRISTOPH MÖLLERS/ANDREAS VOSSKUHLE/CHRISTIAN WALTER (Hrsg.), Internationales Verwaltungsrecht, Tübingen 2007, 345 ff.
- DAVID LEVI-FAUR, The Global Diffusion of Regulatory Capitalism, The Annals of the American Academy of Political and Social Science 598 (2005), 12 ff.
- ANDREAS LIENHARD, Steuerung und Kontrolle ausgelagerter Verwaltungsträger durch das Parlament, Parlament – Mitteilungsblatt der Schweizerischen Gesellschaft für Parlamentsfragen 3 (2008), 5 ff. (zit. LIENHARD, Steuerung und Kontrolle)
- Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates, Übersicht und erste Würdigung, in: SCHWEIZERISCHE VEREINIGUNG FÜR VERWALTUNGSORGANISATIONSRRECHT SVVOR (Hrsg.), Jahrbuch/Annuaire 2006, Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Bern 2007, 3 ff. (zit. Lienhard, SVVOR)
- Organisation und Steuerung der ausgelagerten Aufgabenerfüllung, AJP 2002, 1163 ff. (zit. LIENHARD, Organisation und Steuerung)
- ANDREAS LIENHARD/URS BOLZ/DAVID WÜEST-RUDIN, Evaluation zur Sicherstellung der Unabhängigkeit der Aufsichts- und Regulierungsbehörden der dezentralen Bundesverwaltung, Normanalyse im Auftrag der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle (PVK), Bern 2015 (auch abrufbar als Materialienband zum Bericht der PVK zuhanden der GPK-S vom 2. Februar 2015, Evaluation der Unabhängigkeit von Aufsichts- und Regulierungsbehörden der dezentralen Bundesverwaltung, <<https://www.parlament.ch>>)

- ANDREAS LIENHARD/STEFAN RIEDER/ROGER W. SONDEREGGER/ANDREAS LADNER/CLAUDIA HÖCHNER/
MANUEL RITZ/ZILLA ROOSE, Beurteilung der Corporate Governance des Bundes anhand der
Analyse von vier Unternehmen, Bericht zuhanden der Eidgenössischen Finanzverwaltung
(EFV), Bern/Luzern/St. Gallen/Lausanne 2019
- HANS LIERMANN, Handbuch des Stiftungsrechts, 1. Band: Geschichte des Stiftungsrechts, Tü-
bingen 1963
- WOLF LINDER, Der Supervisionsstaat – eine Zuspitzung aus schweizerischer Sicht, in:
EIDGENÖSSISCHES PERSONALAMT (Hrsg.), Staatsfunktionen neu denken, Schriftenreihe des
Eidgenössischen Personalamtes Band 12, Bern 2000, 103 ff.
- HANNS-RUDOLF LIPPHARDT, Grundrechte und Rechtsstaat, EuGRZ 113 (1986), 149 ff.
- ALEXANDER LOCHER, Sanktionen des Verwaltungsrechts und des Verwaltungsstrafrechts, in:
ANDREAS EICKER (Hrsg.), Das Verwaltungsstrafrecht im Wandel, Herausforderung für Straf-
verfolgung und Strafverteidigung, Bern 2017, 33 ff. (zit. LOCHER, Sanktionen)
- Verwaltungsrechtliche Sanktionen, Rechtliche Ausgestaltung, Abgrenzung und Anwendbar-
keit der Verfahrensgarantien, Diss. Zürich 2013 (zit. LOCHER, Verwaltungsrechtliche Sank-
tionen)
- MARTIN LODGE, Regulation, the Regulatory State and European Politics, West European Politics
31 (2008), 280 ff.
- NIKLAS LUHMANN, Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: NIKLAS LUHMANN
(Hrsg.), Soziologische Aufklärung 4, Beiträge zur funktionalen Differenzierung der Gesell-
schaft, 3. Aufl., Wiesbaden 2005, 69 ff. (zit. LUHMANN, Unterscheidung)
- Die Wirtschaft der Gesellschaft, 4. Aufl., Frankfurt am Main 2002 (zit. LUHMANN, Wirt-
schaft)
 - Die Wissenschaft der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1990 (zit. LUHMANN, Wissenschaft)
 - Einige Probleme mit «reflexivem Recht», Zeitschrift für Rechtssoziologie 6/1 (1985), 1 ff.
(zit. LUHMANN, Probleme)
 - Die Legeshierarchie und die Trennung von Staat und Gesellschaft, in: ERNST-WOLFGANG
BÖCKENFÖRDE (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, Darmstadt 1976, 275 ff. (auch abgedruckt
in: NIKLAS LUHMANN, Grundrechte als Institution, Ein Beitrag zur politischen Soziologie,
Berlin 1965, 26 ff.) (zit. LUHMANN, Legeshierarchie)
- LAURA MACULA, Erzwungene Selbstbelastung oder freiwillige Auskunft? Zur Verwertbarkeit
von Unternehmensdossiers zuhanden der FINMA, Zugleich Besprechung von BGE 142 IV
207, ZStrR/RPS 136 (2018), 30 ff. (zit. MACULA, Selbstbelastung)
- «Alles, was Sie schreiben, kann gegen Sie verwendet werden»: Verwaltungs(aufsichts)recht-
liche Mitwirkungspflichten und strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit, IMPULSE – Im-
pulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft Band/Nr. 12, Zürich 2016 (zit. MACULA,
Mitwirkungspflichten)
- MARTINO MAGGETTI, De facto independence after delegation: A fuzzy-set analysis, Regulation
& Governance 1 (2007), 271 ff.
- PASCAL MAHON, Le principe de la séparation des pouvoirs, in: DANIEL THÜRER/JEAN-FRANÇOIS
AUBERT/JÖRG PAUL MÜLLER (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz / Droit constitutionnel
suisse, Zürich 2001, 1011 ff. (§ 65)
- GIANDOMENICO MAJONE, From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences
of Changes in the Mode of Governance, Journal of Public Policy 17 (1997), 139 ff.
(zit. MAJONE, Regulatory State)

- The rise of the regulatory state in Europe, *West European Politics* 17 (1994), 77 ff. (zit. MAJONE, Rise)
- GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER/MAYA HERTIG RANDALL/ALEXANDRE FLÜCKIGER, *Droit constitutionnel suisse*, Vol. I: L'État, 4. Aufl., Bern 2021 (zit. MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Vol. I)
- *Droit constitutionnel suisse*, Vol. II: Les droits fondamentaux, 4. Aufl., Bern 2021 (zit. MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Vol. II)
- PIERRE-LOUIS MANFRINI, *Nature et effets juridiques des ordonnances administratives*, Diss. Genève 1978
- FRITZ MARBACH, Die «Preisbildungskommission» des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements, in: HUGO SIEBER/EGON TUCHTFELDT (Hrsg.), *Wettbewerbspolitik in der Schweiz*, Festgabe zum 80. Geburtstag von Fritz Marbach, Bern 1972, 229 ff. (zuerst erschienen in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 1/2 [1951/52], 747 ff.) (zit. MARBACH, Preisbildungskommission)
- Rückblick auf die Tätigkeit der Preisbildungskommission, in: HUGO SIEBER/EGON TUCHTFELDT (Hrsg.), *Wettbewerbspolitik in der Schweiz*, Festgabe zum 80. Geburtstag von Fritz Marbach, Bern 1972, 243 ff. (zuerst erschienen in: *Die Volkswirtschaft* 38 [1965], 316 ff.) (zit. MARBACH, Rückblick)
- BENJAMIN MÄRKLI, *Notrecht in der Anwendungsprobe – Grundlegendes am Beispiel der COVID-19-Verordnungen*, *Sicherheit & Recht* 2 (2020), 59 ff. (zit. MÄRKLI, Notrecht)
- Aufhebung der Befristung der Betriebsbewilligung für das Kernkraftwerk Mühleberg, *Urteilsbesprechung BGE 139 II 185*, *Sicherheit & Recht* 1 (2014), 94 ff. (zit. MÄRKLI, Mühleberg)
- VINCENT MARTENET, *La séparation des pouvoirs*, in: OLIVER DIGGELMANN/MAYA HERTIG RANDALL/BENJAMIN SCHINDLER (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Bd. 2, Zürich 2020, 999 ff. (Teil IV.5) (zit. MARTENET, *Séparation des pouvoirs*)
- *La Constitution et l'économie*, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Bd. 3, Zürich 2020, 2061 ff. (Teil VIII.1) (zit. MARTENET, *Constitution*)
- *Architecture des pouvoirs, Enjeux et perspectives pour un État, une union d'États et les Nations Unies*, Genf/Zürich/Paris 2016 (zit. MARTENET, *Architecture*)
- *Le contrôle judiciaire et la surveillance politique des autorités administratives fédérales indépendantes*, in: FRANÇOIS BELLANGER/THIERRY TANQUEREL (Hrsg.), *Les autorités administratives indépendantes*, Zürich/Basel/Genf 2011, 183 ff. (zit. MARTENET, *Contrôle*)
- VINCENT MARTENET/CHRISTIAN BOVET/PIERRE TERCIER (Hrsg.), *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, 2. Aufl., Basel 2013 (zit. CR Concurrence-BEARBEITER/-IN)
- MARIO MARTINI, *Digitalisierung der Verwaltung*, in: WOLFGANG KAHL/MARKUS LUDWIGS (Hrsg.), *Handbuch des Verwaltungsrechts*, Band I, Heidelberg 2021, 1105 ff. (§ 28)
- JOHANNES MASING, *Die US-amerikanische Tradition der Regulated Industries und die Herausbildung eines europäischen Regulierungsverwaltungsrechts*, *AöR* 128 (2003), 558 ff.
- PHILIPPE MASTRONARDI, *Kriterien der demokratischen Verwaltungskontrolle, Analyse und Konzept der parlamentarischen Obergewalt im Bund*, Habil. Basel 1991
- ROMEO MAURENBRECHER, *Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts*, Frankfurt am Main 1843
- OTTO MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, I. und II. Band, 3. Aufl., Berlin 2004 (unveränderter Nachdruck der 1924 erschienenen dritten Auflage) (zit. MAYER, Bd. I/Bd. II)

- NADINE MAYHALL, Aufsicht und Staatshaftung, Diss. Zürich/Basel/Genf 2008
- RENATE MAYNTZ, Politische Steuerung und gesellschaftliche Steuerungsprobleme – Anmerkungen zu einem theoretischen Paradigma, in: THOMAS ELLWEIN/JOACHIM JENS HESSE/RENATE MAYNTZ/FRITZ W. SCHARPF (Hrsg.), Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft, Band 1/1987, Baden-Baden 1987, 89 ff.
- RENATE MAYNTZ/FRITZ W. SCHARPF, Der Ansatz des akteurzentrierten Institutionalismus, in: RENATE MAYNTZ/FRITZ W. SCHARPF (Hrsg.), Gesellschaftliche Selbstregelung und politische Steuerung, Frankfurt am Main/New York 1995, 39 ff.
- FRANZ MEHRING (Hrsg.), Gesammelte Schriften von Karls Marx und Friedrich Engels, 1841 bis 1850, Erster Band, Aus dem literarischen Nachlass von Karl Marx, Friedrich Engels und Ferdinand Lassalle, 2. Aufl., Stuttgart 1913
- INES MEIER, Der Dualismus von Verwaltungs- und Strafverfahren illustriert am Recht des Straßenverkehrs, der Finanzmarktaufsicht und der Heilmittelordnung, Diss. Zürich 2017
- VALÉRIE MENOUD, The Supervision of Financial Conglomerates, Diss. Zürich/Basel/Genf 2010
- HANS MERZ, Das Schweizerische Kartellgesetz, Grundlagen und Hauptprobleme, Bern 1967
- CHRISTOPH METTLER, Staatsanwaltschaft, Position innerhalb der Gewaltentrias, Funktion im Strafprozess und aufsichtsrechtliche Situation sowie ein Vorschlag zur Neuordnung, Diss. Basel 2000
- CHRISTIAN MEYER, Die Mitwirkungsmaxime im Verwaltungsverfahren des Bundes, Ein Beitrag zur Sachverhaltsfeststellung als arbeitsteiligem Prozess, Diss. Zürich 2019
- JENS MEYER-LADEWIG/MARTIN NETTESHEIM/STEFAN VON RAUMER (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 5. Aufl., Baden-Baden/Basel/Wien 2023 (zit. BEARBEITER/-IN, Handkommentar EMRK)
- TIMOTHY MITCHELL, The Limits of the State: Beyond Statist Approaches and their Critics, American Political Science Review 85 (1991), 77 ff.
- DANIEL MOECKLI, Grundrechte in Zeiten von Corona, ZBl 121 (2020), 237 f.
- DANIEL MOECKLI/ANDREA TÖNDURY, Vom Störerbild zum Störerprinzip – und zurück?, in: MARKUS RÜSSLI/JULIA HÄNNI/RETO HÄGGI-FURRER (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich/Basel/Genf 2012, 25 ff.
- ROBERT VON MOHL, Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats, 3. Aufl., Tübingen 1866
- CHRISTOPH MÖLLERS, Separation of Powers, in: ROGER MASTERMAN/ROBERT SCHÜTZE (Hrsg.), The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law, Cambridge 2019, 230 ff. (zit. MÖLLERS, Separation)
- Die drei Gewalten, Legitimation der Gewaltengliederung in Verfassungsstaat, Europäischer Integration und Internationalisierung, 2. Aufl., Weilerswist 2015 (zit. MÖLLERS, Drei Gewalten)
 - Gewaltengliederung, Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich, Tübingen 2005 (zit. MÖLLERS, Gewaltengliederung)
 - Netzwerk als Kategorie des Organisationsrechts, Zur juristischen Beschreibung dezentraler Steuerung, in: JANBERND OEBBECKE (Hrsg.), Nicht-normative Steuerung in dezentralen Systemen, Stuttgart 2005, 285 ff. (zit. MÖLLERS, Netzwerk)
 - Transnationale Behördenkooperation, Verfassungs- und völkerrechtliche Probleme transnationaler administrativer Standardsetzung, ZaöRV 65 (2005), 351 ff. (zit. MÖLLERS, Transnationale Behördenkooperation)

- Transnational Governance without Public Law?, in: CHRISTIAN JOERGES/INGER-JOCHANNE SAND/GUNTHER TEUBNER (Hrsg.), Transnational Governance and Constitutionalism, Oxford/Portland Oregon 2004, 329 ff. (zit. MÖLLERS, Public Law)
- Staat als Argument, Diss. München 2000 (zit. MÖLLERS, Staat)
- CHRISTOPH MÖLLERS/ANDREAS VOSSKUHLE/CHRISTIAN WALTER (Hrsg.), Internationales Verwaltungsrecht, Tübingen 2007
- PIERRE MOOR, Pour une théorie micropolitique du droit, Paris 2005 (zit. MOOR, Théorie)
- Systématique et illustration du principe de la proportionnalité, in: CONSTANCE GREWE/DENIS BROUSSOLLE/OLIVIER JOUANJAN/BERTRAND MATHIEU/MICHEL VERPEAUX (Hrsg.), Les droits individuels et le juge en Europe, Mélanges en l'honneur de Michel Fromont, Strasbourg 2001, 317 ff. (zit. MOOR, Proportionnalité)
- Intérêts publics et intérêts privés, in: CHARLES-ALBERT MORAND (Hrsg.), La pesée globale des intérêts: droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire, Basel/Frankfurt am Main 1996, 17 ff. (zit. MOOR, Intérêts)
- PIERRE MOOR/FRANÇOIS BELLANGER/THIERRY TANQUEREL, Droit administratif, Volume III: L'organisation des activités administratives, Les biens de l'État, 2. Aufl., Bern 2018
- PIERRE MOOR/ALEXANDRE FLÜCKIGER/VINCENT MARTENET, Droit administratif, Volume I: Les fondements, 3. Aufl., Bern 2012
- PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, Droit administratif, Volume II: Les actes administratifs et leur contrôle, 3. Aufl., Bern 2011
- HUBERT MOOSER, Nuklearexperte teilt gegen UVEK aus, BaZ vom 5.12.2012
- HEINZ MÖSBAUER, Staatsaufsicht über die Wirtschaft, Köln/Berlin/Bonn/München 1990
- ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER/MARTIN KAYSER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3. Aufl., Basel 2022
- GEORG MÜLLER, Mehr denken beim Lenken, in: ALAIN GRIFFEL (Hrsg.), Vom Wert einer guten Gesetzgebung, Bern 2014, 63 ff. (zit. G. MÜLLER, Lenken)
- Gerichtliche Beschwerdeinstanz gemäss Art. 450 ZGB im Kanton Zürich, ZBl 114 (2013), 59 ff. (zit. G. MÜLLER, Gerichtliche Beschwerdeinstanz)
- Die Aufsicht über die selbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalten im Kanton Zürich, ZBl 110 (2009), 473 ff. (zit. G. MÜLLER, Aufsicht)
- Zuständigkeit und Überprüfungsbefugnis der Verwaltungsgerichte, in: MICHAEL LEUPOLD/DAVID RÜETSCHI/DEMIAN STAUBER/MEINRAD VETTER (Hrsg.), Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, Zürich/Basel/Genf 2008, 335 ff. (zit. G. MÜLLER, Zuständigkeit)
- Rechtssetzung im Gewährleistungsstaat, in: MAX-EMANUEL GEIS/DIETER LORENZ, Staat – Kirche – Verwaltung, Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag, München 2001, 227 ff. (zit. G. MÜLLER, Gewährleistungsstaat)
- Legitimation und Kognition in der Verwaltungsrechtspflege, ZBl 83 (1982), 281 ff. (zit. G. MÜLLER, Legitimation)
- Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, Habil. Basel 1979 (zit. G. MÜLLER, Rechtssetzung)
- GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN/STEFAN HÖFLER, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2024
- GEORG MÜLLER/STEFAN VOGEL, Oberaufsicht der Bundesversammlung über verselbständigte Träger von Bundesaufgaben, ZBl 111 (2010), 649 ff.

- JÖRG PAUL MÜLLER, Entstehung und Entwicklung der Grundrechte in der Schweiz, in: OLIVER DIGGELMANN/MAYA HERTIG RANDALL/BENJAMIN SCHINDLER (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 2, Zürich 2020, 1167 ff. (Teil V.1) (zit. J.P. MÜLLER, Entstehung)
- Grundrechtliche Anforderungen an Entscheidungsstrukturen, in: GEORG MÜLLER/RENÉ A. RHINOW/GERHARD SCHMID/LUZIUS WILDHABER (Hrsg.), Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel, Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel 1982, 169 ff. (zit. J.P. MÜLLER, Entscheidungsstrukturen)
- JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz: Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008
- MARKUS MÜLLER, Von Krisen und Schulhausabwarten. Oder: Was ist Aufsicht?, ZBl 121 (2020), 405 f. (zit. M. MÜLLER, Aufsicht)
- Grenzsituationen in der Verwaltungsrechtspflege, ZBl 120 (2019), 295 ff. (zit. M. MÜLLER, Grenzsituationen)
 - Bemerkungen zum Bundesgerichtsentscheid 1C_517/2016 vom 12. April 2017, ZBl 118 (2017), 437 ff. (zit. M. MÜLLER, Bemerkungen)
 - Verhältnismässigkeit, Gedanken zu einem Zauberwürfel, 2. Aufl., Bern 2023 (zit. M. MÜLLER, Verhältnismässigkeit)
 - Verwaltungsrecht, Eigenheit und Herkunft, Bern 2006 (zit. M. MÜLLER, Verwaltungsrecht)
 - Die Rechtsweggarantie – Chancen und Risiken – Ein Plädoyer für mehr Vertrauen in die öffentliche Verwaltung, ZBJV 140 (2004), 161 ff. (zit. M. MÜLLER, Rechtsweggarantie)
 - Das besondere Rechtsverhältnis, Ein altes Rechtsinstitut neu gedacht, Habil. Bern 2003 (zit. M. MÜLLER, Rechtsverhältnis)
- MARKUS MÜLLER/UELI FRIEDRICH, Aufsicht und Oberaufsicht über «andere Träger öffentlicher Aufgaben», Ausgewählte Fragen zur Beaufsichtigung staatlicher Aktiengesellschaften, am Beispiel des Kantons Bern, in: SCHWEIZERISCHE VEREINIGUNG FÜR VERWALTUNGSORGANISATIONSRECHT SVVOR (Hrsg.), Jahrbuch/Annuaire 2020/2021, Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Bern 2022, 69 ff.
- PETER MÜLLER, Regelungskompetenzen und Ermessensspielräume auf dem Gebiet der Infrastrukturgebietsgesetzgebung, Bericht im Auftrag des BFE vom 12. Mai 2016, abrufbar unter <<http://www.bfe.admin.ch>> (besucht am 15.8.24)
- RETO PATRICK MÜLLER/HERBERT ZECH, Was ist Technikrecht?, Sicherheit & Recht 2 (2019), 72 ff.
- ROGER MÜLLER, Verwaltungsrecht als Wissenschaft, Fritz Fleiner 1867 – 1937, Diss. Frankfurt am Main 2006
- LAURA MÜNKLER, Expertokratie, Zwischen Herrschaft kraft Wissens und politischem Dezisionismus, Habil. Tübingen 2020
- ALBERT VON MUTIUS, Die Steuerung des Verwaltungshandelns durch Haushaltsrecht und Haushaltskontrolle, VVDStRL 42 (1984), 147 ff.
- SIMONE NADELHOFER DO CANTO, Vermögenseinziehung bei Wirtschafts- und Unternehmensdelikten (Art. 70 f. StGB), Diss. Zürich/Basel/Genf 2008
- JUDITH NATTERER GARTMANN, Rechte und Pflichten des Beschuldigten im Verwaltungsstrafverfahren, in: ANDREAS EICKER (Hrsg.), Das Verwaltungsstrafrecht im Wandel, Bern 2017, 103 ff.
- MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Höchstrichterlicher Schabernack beim FINMAG Berufsverbot 1, Vom kuriosen Umgang des Bundesgerichts mit Literatur (BGE 142 II 243), ContraLegem 2 (2018), 53 ff. (zit. NIGGLI, Höchstrichterlicher Schabernack 1)

- Höchststrichterlicher Schabernack beim FINMAG Berufsverbot 2, Vom kuriosen Umgang des Bundesgerichts mit Entscheiden (BGE 142 II 243), *ContraLegem* 2 (2018), 62 ff. (zit. NIGGLI, Höchststrichterlicher Schabernack 2)
- Das Berufsgeheimnis gilt auch für angestellte Rechtsanwälte, *NZZ* am Sonntag vom 22.1.2006, 19 (zit. NIGGLI, Berufsgeheimnis)
- MARCEL ALEXANDER NIGGLI/MARIANNE HEER/HANS WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), *Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung / Jugendstrafprozessordnung*, 3. Aufl., Basel 2023 (zit. BSK StPO-BEARBEITER/-IN)
- MARCEL ALEXANDER NIGGLI/STEFAN MAEDER, *Verwaltungsstrafrecht, Strafrecht und Strafprozessrecht – Grundprobleme*, in: ANDREAS EICKER (Hrsg.), *Aktuelle Herausforderungen für die Praxis im Verwaltungsstrafverfahren*, Bern 2013, 27 ff.
- MARCEL ALEXANDER NIGGLI/THOMAS PROBST/BERNHARD WALDMANN (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Strassenverkehrsgesetz*, Basel 2014 (zit. BSK SVG-BEARBEITER/-IN)
- MARCEL ALEXANDER NIGGLI/CHRISTOF RIEDO, *Verwaltungsstrafrecht, Teil 2: Eine Lösung, viele Probleme, einige Beispiele und kein Märchen*, in: ISABELLE HÄNER/BERNHARD WALDMANN (Hrsg.), *Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht*, Zürich/Basel/Genf 2010, 51 ff.
- MARCEL ALEXANDER NIGGLI/PETER UEBERSAX/HANS WIPRÄCHTIGER/LORENZ KNEUBÜHLER (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz*, 3. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK BGG-BEARBEITER/IN)
- MARCEL ALEXANDER NIGGLI/HANS WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Strafrecht II*, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK StGB II-BEARBEITER/IN)
- PETER NOBEL, *Entwicklungen im Bank- und Kapitalmarktrecht / Le point sur le droit bancaire et des marchés des capitaux*, *SJZ* 116 (2020), 19 ff. (zit. NOBEL, *Entwicklungen*)
- *Schweizerisches Finanzmarktrecht*, 4. Aufl., Bern 2019 (zit. NOBEL, *Finanzmarktrecht*)
- Was heisst «Internationale Standards»? , *SZW* 6 (2015), 556 ff. (zit. NOBEL, *Internationale Standards*)
- *Sanktionen gemäss FINMAG*, *GesKR* 1 (2009), 59 ff. (zit. NOBEL, *Sanktionen*)
- *Das Finanzmarktaufsichtsrecht Mitte 2006 bis Mitte 2007*, *SZW* 5 (2007) 391 ff. (zit. NOBEL, *SZW*)
- ANDREAS NOLL, *Fernwirkung des strafprozessualen Nemo-tenetur-Satzes in andere Rechtsgebiete, forumpoenale Sondernummer* (2020), 177 ff.
- MATTHIAS OESCH, *Europarecht, Band I: Grundlagen, Institutionen, Verhältnis Schweiz–EU*, 2. Aufl., Bern 2019
- MARCEL OGG, *Die verwaltungsrechtlichen Sanktionen und ihre Rechtsgrundlagen*, Diss. Zürich 2002
- WILHELM OSWALD, *Die Gewaltentrennung im Schweizerischen Staatsrecht*, *ZSR* 62 (1943), 403a ff.
- DOMINIQUE OTT, *Der Grundsatz «nemo tenetur se ipsum accusare» unter besonderer Berücksichtigung der strassenverkehrsrechtlichen Pflichten*, Diss. Zürich/Basel/Genf 2012
- RENÉ PAHUD DE MORTANGES, *Schweizerische Rechtsgeschichte, Ein Grundriss*, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2024
- JOOST PAUWELYN, *Informal International Lawmaking: Framing the Concept and Research Questions*, in: JOOST PAUWELYN/RAMESSE A. WESSEL/JAN WOUTERS (Hrsg.), *Informal International Law Making*, Oxford 2012, 13 ff. (zit. PAUWELYN, *Informal International Lawmaking*)

- Is It International Law or Not, and Does It Even Matter?, in: JOOST PAUWELYN/RAMES A. WESSEL/JAN WOUTERS (Hrsg.), *Informal International Law Making*, Oxford 2012, 125 ff. (zit. PAUWELYN, *International Law*)
- JOOST PAUWELYN/RAMES A. WESSEL/JAN WOUTERS, When Structures Become Shackles: Stagnation and Dynamics in International Lawmaking, *European Journal of International Law* 25 (2014), 733 f.
- RAVI AFONSO PEREIRA, Why Would International Administrative Activity Be Any Less Legitimate? – A Study of the Codex Alimentarius Commission, *German Law Journal* 9/11 (2008), Special Issue: The Exercise of Public Authority by International Institutions, 1693 ff.
- INGOLF PERNICE, *Staat und Verfassung in der Digitalen Konstellation*, Tübingen 2020
- ANNE PETERS, Managing conflict of interest: lessons from multiple disciplines and settings, in: ANNE PETERS/LUKAS HANDSCHIN (Hrsg.), *Conflict of Interest in Global, Public and Corporate Governance*, Cambridge 2012, 357 ff. (zit. PETERS, *Conflict*)
- Privatisierung, Globalisierung und die Resistenz des Verfassungsstaates, in: PHILIPPE MASTRONARDI/DENIS TAUBERT (Hrsg.), *Staats- und Verfassungstheorie im Spannungsfeld der Disziplinen*, Stuttgart 2006, 100 ff. (zit. PETERS, *Globalisierung*)
- ANNA PETRIG, Democratic Participation in International Lawmaking in Switzerland after the «Age of Treaties», in: HELMUT PHILIPP AUST/THOMAS KLEINLEIN (Hrsg.), *Encounters between Foreign Relations Law and International Law: Bridges and Boundaries*, Cambridge 2021, 180 ff. (zit. PETRIG, *Democratic Participation*)
- Sind die parlamentarische Genehmigung und das Referendum im Aussenbereich auf völkerrechtliche Verträge beschränkt? Eine Untersuchung anhand von Kompetenztransfers an Völkerrechtsakteure, *ZaöRV* 2018, 93 ff. (zit. PETRIG, *Völkerrechtliche Verträge*)
- Das Referendum zum Beitritt zu internationalen Organisationen: Nach 40 Jahren Bestand ein (überflüssiges) Relikt?, *ZSR* 136 (2017) I, 339 ff. (zit. PETRIG, *Referendum*)
- Die demokratische Mitwirkung an der Entstehung und Umsetzung rechtsetzender Beschlüsse internationalen Rechts, *SZIER* 4 (2015), 507 ff. (zit. PETRIG, *Beschlüsse*)
- LUKAS PFISTERER, *Verwaltungsverordnungen des Bundes*, Diss. Zürich/Basel/Genf 2007
- SONJA PFLAUM/WOLFGANG WOHLERS, *Kurs- und Marktmanipulation*, *GesKR* 4 (2013), 523 ff.
- MARK PIETH/CHRISTOPHER GETH, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, 4. Aufl., Basel 2023
- TOMAS POLEDNA, *Staatliche Bewilligungen und Konzessionen*, Habil. Bern 1994
- TOMAS POLEDNA/LORENZO MARAZZOTTA, Interkonnektion – verfassungsrechtliche Sonderstellung der Swisscom? Eine Replik auf den Beitrag von Andreas Kley, *sic!* 2003, 923 ff.
- ETIENNE POLTIER, La surveillance des entités décentralisées, in: FRANÇOIS BELLANGER/THIERRY TANQUEREL (Hrsg.), *Surveillance et contrôles de l'administration*, *Journée de droit administratif* 2008, Zürich/Basel/Genf 2008, 67 ff.
- ROSCOE POUND, *Interpretations of Legal History*, Gloucester, MA 1923 (nachgedruckt 1967)
- HERIBERT PRANTL, *Not und Gebot, Grundrechte in Quarantäne*, München 2021 (zit. PRANTL, *Not und Gebot*)
- Der Terrorist als Gesetzgeber, *NZZ-Folio* vom 1.9.2007 (zit. PRANTL, *Terrorist*)
- PETER PREU, *Polizeibegriff und Staatszwecklehre, Die Entwicklung des Polizeibegriffs durch die Rechts- und Staatswissenschaften des 18. Jahrhunderts*, Diss. Göttingen 1983
- ULRICH K. PREUSS, Risikovorsorge als Staatsaufgabe, in: DIETER GRIMM (Hrsg.), *Staatsaufgaben*, Baden-Baden 1994, 523 ff.

- ALEXANDER PROELSS, Zukunftsperspektiven für das internationale Verwaltungsrecht, in: WOLFGANG KAHL/MARKUS LUDWIGS (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Band II, Heidelberg 2021, 1069 ff. (§ 57)
- AUGUST PÜNTENER, Das Schweizerische Bankwesen, Geschichte und Struktur, Bern 1977
- JOHANN STEPHAN PÜTTER, Institutiones Iuris Publici Germanici, 5. Aufl., Göttingen 1792 (zit. PÜTTER, Institutiones)
- Litteratur des Deutschen Staatsrechts, Dritter und letzter Theil, Göttingen 1783 (zit. PÜTTER, Litteratur)
- NADINE QUECK, Die Geltung des nemo-tenetur-Grundsatzes zugunsten von Unternehmen, Diss. Berlin 2005
- PATRICK RAAFLAUB, Entscheidende Phase für Schweizer Banken, NZZ vom 29.11.2013
- MATTHIAS RAMSAUER, Behördenorganisation und Rechtswege, in: ROLF H. WEBER (Hrsg.), Neues Fernmelderecht, Zürich 1998, 199 ff.
- KAL RAUSTIALA, The Architecture of International Cooperation: Transgovernmental Networks and the Future of International Law, Virginia Journal of International Law 43/1 (2002), 1 ff.
- RUDOLF RECHSTEINER, Schweizer Atomaufsicht spielt Blinde Kuh: Weckruf an unsere deutsche Nachbarn, Solarzeitalter 1 (2019), 48 ff.
- JOHANNES REICH, Odysseus als Vorbild: Weitblick durch Recht statt kurzatmiger Politik, ZBI 119 (2018), 59 ff. (zit. REICH, Odysseus)
- Regulierung, Regulierungsrecht und Regulatory State, forum historiae iuris (Artikel vom 22. Mai 2013), abrufbar unter: <https://www.zora.uzh.ch/id/eprint/85299/1/Reich_Forum_Historiae_Iuris_2013.pdf> (besucht am 15.8.24) (zit. REICH, Regulierung)
 - Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, Evolution und Dogmatik von Art. 94 Abs. 1 und 4 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, Diss. Zürich/St. Gallen 2011 (zit. REICH, Wirtschaftsfreiheit)
- ROBERT REIMANN, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 und zur Vollziehungsverordnung vom 30. August 1961 mit der Verordnung des Bundesgerichts betreffend das Nachlassverfahren von Banken und Sparkassen vom 11. April 1935 / 26. Februar 1936, Zürich 1963
- NINA REISER, Verfügt die FINMA über genügend wirksame und scharfe Instrumente gegen (höchste) Bankmanager?, SZW 1 (2024), 80 ff. (zit. REISER, Instrumente)
- Durchsetzung heterogener börsengesellschaftsrechtlicher Normen, Habil. Zürich 2017 (zit. REISER, Durchsetzung)
- NINA REISER/THOMAS BERNDT, Aufsichtsinstrumente und Warnindikatoren für Banken in der Krise, Interdisziplinäre Denkanstösse, GesKR 2 (2024), 255 ff.
- RENÉ A. RHINOW, Grundprobleme der schweizerischen Demokratie, ZSR 103 (1984), 111 ff. (zit. RHINOW, Demokratie)
- RENÉ A. RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS/DANIELA THURNHERR/DENISE BRÜHLMOSER, Öffentliches Prozessrecht, Grundlagen und Bundesrechtspflege, 4. Aufl., Basel 2021 (zit. RHINOW ET AL.)
- RENÉ A. RHINOW/MARKUS SCHEFER/PETER UEBERSAX, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016
- RENÉ A. RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011

- PAUL RICHLI, Regelungsschwerpunkte des Heilmittelgesetzes, unter besonderer Berücksichtigung formeller Rechtsfragen, in: THOMAS EICHENBERGER/TOMAS POLEDNA (Hrsg.), Das neue Heilmittelgesetz, Eine erste Bilanz, Referate der Tagung vom 19. November 2003 in Bern, Zürich/Basel/Genf 2004, 47 ff. (zit. RICHLI, Regelungsschwerpunkte)
- Instrumente des Gesundheits- und Lebensschutzes im neuen Heilmittelgesetz vor dem Hintergrund der Grundrechte, AJP 2002, 340 ff. (zit. RICHLI, Instrumente)
 - Interdisziplinäre Daumenregeln für eine faire Rechtsetzung: Ein Beitrag zur Rechtssetzungslehre im liberalen sozial und ökologisch orientierten Rechtsstaat, Basel 2000 (zit. RICHLI, Rechtsetzung)
 - Zum Rechtsschutz gegen verfügbungsfreies Staatshandeln in der Totalrevision der Bundesrechtspflege, AJP 1998, 1426 ff. (zit. RICHLI, Rechtsschutz)
 - Zum Vernehmlassungsentwurf für ein eidgenössisches Heilmittelgesetz, in: PAUL RICHLI (Hrsg.), Auf dem Weg zu einem eidgenössischen Heilmittelgesetz, Muri 1997, 237 ff. (zit. RICHLI, Vernehmlassungsentwurf)
- MANFRED RIEDEL, Hegels «bürgerliche Gesellschaft» und das Problem ihres geschichtlichen Ursprungs, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 48 (1962), 539 ff.
- CHRISTOF RIEDO, Anmerkungen zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 26. Juni 2013 (B-4830/2011), AJP 2013, 1525 ff.
- CHRISTOF RIEDO/JASMIN MEILE, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Strafprozessrecht im Jahr 2021, ZBJV 1 (2023), 16 ff.
- CHRISTOF RIEDO/MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Verwaltungsstrafrecht, Teil 1: Ein Märchen, eine Lösung, ein Problem und ein Beispiel, in: ISABELLE HÄNER/BERNHARD WALDMANN (Hrsg.), Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, 41 ff.
- HANS MICHAEL RIEMER, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Die juristischen Personen, Die Stiftungen, Art. 80–89c ZGB, 2. Aufl., Bern 2020 (zit. BK-RIEMER)
- HANS MICHAEL RIEMER/GABRIELA RIEMER-KAFKA, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, 2. Aufl., Bern 2006
- ERNST-HASSO RITTER, Das Recht als Steuerungsmedium im kooperativen Staat, in: DIETER GRIMM (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden 1990, 69 ff.
- GERHARD A. RITTER, Der Sozialstaat, Entstehung und Entwicklung im internationalen Vergleich, 3. Aufl., München 2010
- ENRICO RIVA, Wohlerworbene Rechte – Eigentum – Vertrauen, Bern 2007
- HANS CHRISTIAN RÖHL, Internationale Standardsetzung, in: CHRISTOPH MÖLLERS/ANDREAS VOSSKUHLE/CHRISTIAN WALTER (Hrsg.), Internationales Verwaltungsrecht, Tübingen 2007, 319 ff. (zit. RÖHL, Internationale Standardsetzung)
- Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, JZ 17 (2006), 831 ff. (zit. RÖHL, Regulierungsverwaltung)
- ANDREA G. RÖLLIN, Kirchliche Stiftungen, Im Besonderen die privatrechtlichen im Sinne von Art. 87 i.V.m. Art. 80 ff. ZGB, Zürich 2010
- DAVID ROSENTHAL/YVONNE JÖHRI, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich/Basel/Genf 2008 (zit. BEARBEITER/-IN, Handkommentar DSG)
- SIMON ROTH, Zum Zweiten: Die Geltung von nemo tenetur im Verwaltungsverfahren, Jusletter 24. November 2014 (zit. ROTH, Zum Zweiten)

- Die Geltung von nemo tenetur im Verwaltungsverfahren, Jusletter 17. Februar 2014 (zit. ROTH, Geltung)
- Das Verhältnis zwischen verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten und dem Grundsatz «nemo tenetur se ipsum accusare», ZStrR/RPS 129 (2011), 296 ff. (zit. ROTH, Verhältnis)
- ALEXANDER RUCH, Regulierungsfragen der Gentechnologie und des Internet, ZSR 123 (2004) II, 373 ff. (zit. RUCH, Regulierungsfragen)
- Recht der Technik – Rechtstechnik, ZBl 96 (1995), 1 ff. (zit. RUCH, Recht der Technik)
- Die parlamentarische Kontrolle der mittelbaren Verwaltung im Bund, ZBl 93 (1992), 241 ff. (zit. RUCH, parlamentarische Kontrolle)
- BEAT RUDIN, Völlig unabhängige Datenschutzaufsicht, digma 2 (2010), 79 ff.
- PASCAL RÜEDI, Zeitungsartikel als Instrument der Finanzmarktaufsicht?, AJP 2015, 77 ff.
- ANNA RÜEFLI, Spezialisierung an Gerichten, Justice – Justiz – Giustizia 2013/2
- MATTHIAS RUFFERT, Begriff, in: MICHAEL FEHLING/MATTHIAS RUFFERT (Hrsg.), Regulierungsrecht, Tübingen 2010, 332 ff. (§ 7) (zit. RUFFERT, Begriff)
- Völkerrechtliche Impulse und Rahmen des Europäischen Verfassungsrechts, in: MICHAEL FEHLING/MATTHIAS RUFFERT (Hrsg.), Regulierungsrecht, Tübingen 2010, 95 ff. (§ 3) (zit. RUFFERT, Impulse)
- Verselbständigte Verwaltungseinheiten: Ein europäischer Megatrend im Vergleich, in: HANS-HEINRICH TRUTE/THOMAS GROSS/HANS CHRISTIAN RÖHL/CHRISTOPH MÖLLERS (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, Tübingen 2008, 431 ff. (zit. RUFFERT, Verwaltungseinheiten)
- CHRISTINA RUGGLI, Die behördliche Aufsicht über Vorsorgeeinrichtungen, Diss. Basel/Frankfurt am Main 1992
- EMIL RÜMELIN, Das Beaufsichtigungsrecht des deutschen Reichs und dessen organisatorische Gestaltung, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 39 (1883), 195 ff.
- HANS HEINRICH RUPP, Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: JOSEF ISENSEE/PAUL KIRCHHOF (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band II: Verfassungsstaat, 3. Aufl., Heidelberg 2004, 879 ff. (§ 31)
- BERNHARD RÜTSCHKE, Verhältnismässigkeitsprinzip, in: OLIVER DIGGELMANN/MAYA HERTIG RANDALL/BENJAMIN SCHINDLER (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 2, Zürich 2020, 1049 ff. (Teil IV.7) (zit. RÜTSCHKE, Verhältnismässigkeitsprinzip)
- (Hrsg.), Humanforschungsgesetz (HFG), Stämpfli Handkommentar, Bern 2015 (zit. SHK HFG-BEARBEITER/-IN)
- Was sind öffentliche Aufgaben, recht 2013, 153 ff. (zit. RÜTSCHKE, Öffentliche Aufgaben)
- MARIANNE RYTER, Staatshaftungsrecht, in: GIOVANNI BIAGGINI/ISABELLE HÄNER/URS SAXER/ MARKUS SCHOTT (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Expertenwissen für die Praxis, Zürich/Basel/Genf 2015, 1211 ff. (Kapitel 29)
- THOMAS SÄGESSER, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG) vom 21. März 1997, 2. Aufl., Bern 2022 (zit. SÄGESSER, Kommentar RVOG)
- Entwicklungen im Regierungs- und Verwaltungsorganisationsrecht des Bundes für das Jahr 2016/2017, in: SCHWEIZERISCHE VEREINIGUNG FÜR VERWALTUNGSORGANISATIONSGESCHICHTE SVVOR (Hrsg.), Jahrbuch/Annuaire 2016/17, Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Bern 2017, 405 ff. (zit. SÄGESSER, Verwaltungsorganisationsrecht)
- Oberaufsicht der Bundesversammlung, SJZ 109 (2013), 125 ff. (zit. SÄGESSER, Oberaufsicht)

- Kommentar zum 5. Teil der schweizerischen Bundesverfassung, in: THOMAS SÄGESEER (Hrsg.), Die Bundesbehörden, Bundesversammlung – Bundesrat – Bundesgericht, Kommentar, Beiträge und Materialien zum 5. Teil der schweizerischen Bundesverfassung, Bern 2000, 135 ff. (zit. SÄGESEER, Kommentar 5. Teil BV)
- PETER SALADIN, Wozu noch Staaten? Zu den Funktionen eines modernen demokratischen Rechtsstaats in einer zunehmend überstaatlichen Welt, Bern 1995 (zit. SALADIN, Staaten)
- Verantwortung als Staatsprinzip, Ein neuer Schlüssel zur Lehre vom modernen Rechtsstaat, Bern/Stuttgart 1984 (zit. SALADIN, Verantwortung)
- JÜRGEN SALZWEDEL, Staatsaufsicht in der Verwaltung, VVDStRL 22 (1965), 206 ff.
- SASKIA SASSEN, Territory, Authority, Rights: From Medieval to Global Assemblages, 2. Aufl., Princeton/Oxford 2008
- JÜRGEN SCHÄR, Die eidgenössische Revisionsaufsichtsbehörde, in: SCHWEIZERISCHE VEREINIGUNG FÜR VERWALTUNGSORGANISATIONSRECHT SVVOR (Hrsg.), Jahrbuch/Annuaire 2006, Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Bern 2007, 21 ff.
- FRITZ W. SCHARPF, Versuch über Demokratie im verhandelnden Staat, in: ROLAND CZADA/MANFRED G. SCHMIDT (Hrsg.), Verhandlungsdemokratie, Interessenvermittlung, Regierbarkeit, Festschrift für Gerhard Lehmbuch, Opladen 1993, 25 ff.
- BERNHARD SCHAUB, Die Aufsicht des Bundes über die Kantone, Diss. Aarau 1957
- MARKUS SCHEFER, Die Kerngehalte von Grundrechten: Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Habil. Bern 2001
- HEINRICH GODFRIED SCHEIDEMANTEL, Das allgemeine Staatsrecht überhaupt und nach der Regierungsform, Jena 1775
- OTTO SCHERER, Die schweizerischen Sparkassen, Bern 1887
- BENJAMIN SCHINDLER, 16 Jahre Bundesverwaltungsgericht – Zeit zur Beseitigung der Kinderkrankheiten, ZBl 125 (2023) 1 f. (zit. B. SCHINDLER, Bundesverwaltungsgericht)
- Regierung, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: ARMIN VON BOGDANDY (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Band IX, Heidelberg 2021, 587 ff. (§ 152) (zit. B. SCHINDLER, Regierung)
- Kontinuität und Wandel im Verwaltungsrecht, Miszelle zum Energierecht der Barockzeit, in: MICHEL HOTTELLIER/MAYA HERTIG RANDALL/ALEXANDRE FLÜCKIGER (Hrsg.), Études en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel, Genf/Zürich 2019, 277 ff. (zit. B. SCHINDLER, Kontinuität)
- Evolution and *Gestalt* of the Swiss State, in: ARMIN VON BOGDANDY/PETER M. HUBER/SABINO CASSESE (Hrsg.), The Administrative State, Vol. I, Oxford 2017, 414 ff. (zit. B. SCHINDLER, Evolution)
- Polizeibegriff(e) im Verwaltungsrecht – Versuch einer Klärung, Sicherheit & Recht 2 (2017), 63 ff. (zit. B. SCHINDLER, Polizeibegriff)
- Verwaltungsermessen, Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz, Habil. Zürich/St. Gallen 2010 (zit. B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen)
- Die «formelle Natur» von Verfahrensgrundrechten: Verfahrensfehlerfolgen im Verwaltungsrecht – ein Abschied von der überflüssigen Figur der «Heilung», ZBl 106 (2005), 169 ff. (zit. B. SCHINDLER, formelle Natur)
- Die Befangenheit der Verwaltung, Der Ausstand von Entscheidungsträgern der Verwaltung im Staats- und Verwaltungsrecht von Bund und Kantonen, Diss. Zürich/Basel/Genf 2002 (zit. B. SCHINDLER, Befangenheit)

- DIETRICH SCHINDLER, Die Staatslehre in der Schweiz, in: GERHARD LEIBHOLZ (Hrsg.), Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart, Band 25, Tübingen 1976, 255 ff. (zit. D. SCHINDLER, Staatslehre)
- Verfassungsrecht und soziale Struktur, 5. Aufl., Zürich 1970 (zit. D. SCHINDLER, Verfassungsrecht)
 - Notrecht und Dringlichkeit, Separatabdruck aus der NZZ Nr. 1669 vom 19.10.1942, Nr. 1671 vom 20.10.1942 und Nr. 1973 vom 6.12.1942 (zit. D. SCHINDLER, Notrecht)
- REGULA SCHLAURI, Das Verbot des Selbstbelastungszwangs im Strafverfahren, Konkretisierung eines Grundrechts durch Rechtsvergleichung, Diss. Zürich/Basel/Genf 2003
- PETER SCHLEGEL, Heilmittelgesetzgebung im Bund und im Kanton Zürich, Diss. Zürich 1981
- STEPHAN SCHLEGEL, Die Verwirklichung des Rechts auf Wahlverteidigung, Diss. Zürich 2010
- BRUNO SCHLETTI, Heikle Sonderregel für FINMA-Verwaltungsräte, Tages-Anzeiger vom 15.9.2014
- NIKLAUS SCHMID, Einziehung unrechtmässig erlangter Vorteile, in: ISABELLE HÄNER/BERNHARD WALDMANN (Hrsg.), Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, 75 ff. (zit. SCHMID, Einziehung)
- Stellungnahme zur Frage der Unterstellung der Bundesanwaltschaft, Gutachten vom 28. Oktober 2007, VPB 2008.9, 161 ff. (zit. SCHMID, Stellungnahme)
- REINER SCHMIDT, Internationalisierung des Verwaltungsrechts, in: WOLFGANG KAHL/MARKUS LUDWIGS (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Band I, Heidelberg 2021, 339 ff. (§ 9) (zit. SCHMIDT, Internationalisierung)
- Staatliche Verantwortung für die Wirtschaft, in: JOSEF ISENSEE/PAUL KIRCHHOF (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV: Aufgaben des Staates, 3. Aufl., Heidelberg 2006, 885 ff. (§ 92) (zit. SCHMIDT, Staatliche Verantwortung)
 - Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allgemeiner Teil, Berlin/Heidelberg 1990 (zit. SCHMIDT, Wirtschaftsrecht)
- EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, The Internationalization of Administrative Relations as a Challenge for Administrative Law Scholarship, German Law Journal 9/11 (2008), Special Issue: The Exercise of Public Authority by International Institutions, 2061 ff. (zit. SCHMIDT-ASSMANN, Internationalization)
- Die Herausforderung der Verwaltungsrechtswissenschaft durch die Internationalisierung der Verwaltungsbeziehungen, Der Staat 45/4 (2006), 315 ff. (zit. SCHMIDT-ASSMANN, Herausforderung)
 - Internationalisierung des Verwaltungsrechts – Einwirkungspfade und Rechtsprobleme, in: HARTMUT BAUER/DETLEF CZYBULKA/WOLFGANG KAHL/ANDREAS VOSSKUHL (Hrsg.), Wirtschaft im offenen Verfassungsstaat, Festschrift für Reiner Schmidt zum 70. Geburtstag, München 2006, 149 ff. (zit. SCHMIDT-ASSMANN, Internationalisierung des Verwaltungsrechts)
 - Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004 (zit. SCHMIDT-ASSMANN, Ordnungsidee)
 - Verwaltungskontrolle: Einleitende Problemskizze, in: EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN/WOLFGANG HOFFMANN-RIEM (Hrsg.), Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, 9 ff. (zit. SCHMIDT-ASSMANN, Verwaltungskontrolle)
 - Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts – Reformbedarf und Reformansätze, in: WOLFGANG HOFFMANN-RIEM/EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN/GUNNAR FOLKE SCHUPPERT

- (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Grundfragen, Baden-Baden 1993, 11 ff. (zit. SCHMIDT-ASSMANN, Reform)
- EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN/BETTINA SCHÖNDORF-HAUBOLD, Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund, in: ANDREAS VOSSKUHLE/MARTIN EIFERT/CHRISTOPH MÖLLERS (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 3. Aufl., München 2022, 247 ff. (§ 5)
- CARL SCHMITT, Staat, Bewegung, Volk, Die Dreigliederung der politischen Einheit, Hamburg 1933 (zit. SCHMITT, Staat)
- Verfassungslehre, 1. Aufl., München/Leipzig 1928 (zit. SCHMITT, Verfassungslehre)
- JACQUES-ANDRÉ SCHNEIDER/THOMAS GEISER/THOMAS GÄCHTER (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Sozialversicherungsrecht: BVG und FZG, Bundesgesetze über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung sowie über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung, 2. Aufl., Bern 2019 (zit. KoSS-BEARBEITER/-IN)
- HANSUELI SCHÖCHLI, «Haben viel mehr gemacht, als öffentlich bekannt ist» – die Finma fühlt sich im Fall Credit Suisse zu Unrecht kritisiert, NZZ Online vom 5.4.2023
- Johann Jacob Schollenberger, Das Bundesstaatsrecht der Schweiz, Geschichte und System, 2. Aufl., Berlin 1920
- NICOLE SCHOLZ, Arzneimittel in der Europäischen Union, Der Rechtsrahmen für Humanarzneimittel, Eingehende Analyse des Wissenschaftlichen Diensts des Europäischen Parlaments, April 2015, abrufbar unter <<https://op.europa.eu>> (besucht am 15.8.24)
- MARKUS SCHOTT, Aufsicht über den Marktzutritt, in: ISABELLE HÄNER/BERNHARD WALDMANN (Hrsg.), 7. Forum für Verwaltungsrecht, Staatliche Aufsicht über die Wirtschaft und ihre Akteure, Bern 2019, 21 ff.
- CLAUDIA SCHOTT-VOLM, Policy in der Schweiz: Das Beispiel Zürich, in: MICHAEL STOLLEIS (Hrsg.), Policy im Europa der Frühen Neuzeit, Frankfurt am Main 1996, 489 ff.
- STEFAN SCHULTHESS/RENÉ WIEDERKEHR, Aufsicht und Legalitätsprinzip, ZBl 110 (2009), 181 ff.
- SYLVIA SCHÜPBACH EASTUS, Artikel 33 HMG – Ausgewählte Aspekte des Artikels und der Revisionsvorlage, in: PETER HETTICH/STEFAN KOHLER (Hrsg.), St. Galler Tagung zum Pharma-recht, St. Gallen 2010, 117 ff.
- GUNNAR FOLKE SCHUPPERT, Verwaltungsorganisation und Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsfaktoren, in: ANDREAS VOSSKUHLE/MARTIN EIFERT/CHRISTOPH MÖLLERS (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 3. Aufl., München 2022, 1235 ff. (§ 17) (zit. SCHUPPERT, Verwaltungsorganisation)
- Verflochtene Staatlichkeit, Globalisierung als Governance-Geschichte, Frankfurt am Main 2014 (zit. SCHUPPERT, Verflochtene Staatlichkeit)
 - Governance und Rechtsetzung, Grundfragen einer modernen Regelungswissenschaft, Baden-Baden 2011 (zit. SCHUPPERT, Governance)
 - Der Gewährleistungsstaat – modisches Label oder Leitbild sich wandelnder Staatlichkeit?, in: GUNNAR FOLKE SCHUPPERT (Hrsg.), Der Gewährleistungsstaat – Ein Leitbild auf dem Prüfstand, Baden-Baden 2005, 11 ff. (zit. SCHUPPERT, Gewährleistungsstaat)
 - Staatswissenschaft, Baden-Baden 2003 (zit. SCHUPPERT, Staatswissenschaft)
 - Verwaltungswissenschaft, Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre, Baden-Baden 2000 (zit. SCHUPPERT, Verwaltungswissenschaft)

- Zur notwendigen Neubestimmung der Staatsaufsicht im verantwortungsteilenden Verwaltungsstaat, in: GUNNAR FOLKE SCHUPPERT (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und «schlanke» Staat*, Baden-Baden 1999, 299 ff. (zit. SCHUPPERT, Neubestimmung)
 - Staatsaufsicht im Wandel, DÖV 1998, 831 ff. (zit. SCHUPPERT, Wandel)
 - Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft, Zur Steuerung des Verwaltungshandelns durch Verwaltungsrecht, in: WOLFGANG HOFFMANN-RIEM/EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN/GUNNAR FOLKE SCHUPPERT (Hrsg.), *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, Grundfragen, Baden-Baden 1993, 65 ff. (zit. SCHUPPERT, Steuerungswissenschaft)
 - Grenzen und Alternativen von Steuerung durch Recht, in: DIETER GRIMM (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, Baden-Baden 1990, 217 ff. (zit. SCHUPPERT, Grenzen)
- LEO SCHÜRMANN, Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 20. Dezember 1962, Textausgabe mit Erläuterungen und Sachregister, Zürich 1964 (zit. SCHÜRMANN, Kommentar KG 62)
- LEO SCHÜRMANN/WALTER R. SCHLUEP, Kartellgesetz und Preisüberwachungsgesetz, Zürich 1988
- RAINER J. SCHWEIZER, Verteilung der Staatsaufgaben zwischen Bund und Kantonen, in: OLIVER DIGGELMANN/MAYA HERTIG RANDALL/BENJAMIN SCHINDLER (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Bd. 1, Zürich 2020, 691 ff. (Teil III.7)
- GORAN SEFEROVIC, Verwaltungsrechtlicher Konsumentenschutz, in: HELMUT HEISS/LEANDER D. LOACKER (Hrsg.), *Grundfragen des Konsumentenrechts*, Zürich/Basel/Genf 2020, 353 ff. (§ 11) (zit. SEFEROVIC, Konsumentenschutz)
- Volksinitiative zwischen Recht und Politik, Habil. Bern 2018 (zit. SEFEROVIC, Volksinitiative)
- IGNAZ SEIDL-HOHENVELDERN/GERHARD LOIBL, *Das Recht der Internationalen Organisationen einschliesslich der Supranationalen Gemeinschaften*, 7. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 2000
- HANSJÖRG SEILER, Fehlentwicklungen des Verhältnismässigkeitsprinzips, ZBl 123 (2022), 397 f. (zit. SEILER, Fehlentwicklungen)
- Einführung in das Recht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009 (zit. SEILER, Einführung)
 - Das (Miss-)Verhältnis zwischen strafprozessualen Schweigerecht und verwaltungsrechtlicher Mitwirkungs- und Auskunftspflicht, recht 2005, 11 ff. (zit. SEILER, [Miss-]Verhältnis)
 - Recht und technische Risiken, Grundzüge des technischen Sicherheitsrechts, Zürich 1997 (zit. SEILER, Risiken)
 - Gewaltenteilung, Allgemeine Grundlagen und schweizerische Ausgestaltung, Bern 1994 (zit. SEILER, Gewaltenteilung)
- PHILIP SELZNICK, Focusing Organizational Research on Regulation, in: ROGER G. NOLL (Hrsg.), *Regulatory Policy and the Social Sciences*, Berkeley/Los Angeles 1985, 363 ff.
- MICHEL SENELLART, *Les arts de gouverner, Du regimen médiéval au concept de gouvernement*, Paris 1995
- PETER SESTER/BEAT BRÄNDLI/OLIVER BARTHOLET/RETO SCHILTKNECHT (Hrsg.), *St. Galler Handbuch zum Schweizer Finanzmarktrecht, Finanzmarktaufsicht und Finanzmarktinfrakstrukturen*, Zürich/St. Gallen 2018 (zit. SGHB Finanzmarktrecht I-BEARBEITER/-IN)
- ROLF SETHE, Rechtsangleichung im Schweizer Finanzmarktrecht – Heteronomer und autonomer Nachvollzug, Äquivalenz, Swiss Finish, in: WOLFHARD KOHTE/NADINE ABSENGER (Hrsg.), *Menschenrechte und Solidarität im internationalen Diskurs*, Festschrift für Armin Höland, Baden-Baden 2015, 345 ff. (zit. SETHE, Rechtsangleichung)

- Das Drittstaatenregime von MiFIR und MiFID II, SZW 6 (2014), 615 ff. (zit. SETHE, Drittstaatenregime)
- ROLF SETHE/RENÉ BÖSCH/OLIVIER FAVRE/ANSGAR SCHOTT (Hrsg.), Schulthess Kommentar zum Finanzinstitutsgesetz FINIG, Zürich/Basel/Genf 2021 (zit. SK FINIG-BEARBEITER/-IN)
- GREGORY SHAFFER/TERENCE HALLIDAY, With, Within, and beyond the State: The Promise and Limits of Transnational Legal Ordering, in: PEER ZUMBANSEN (Hrsg.), The Oxford Handbook of Transnational Law, New York 2021, 987 ff.
- RAOUL SIDLER, Die Einziehung nach Art. 35 FINMAG, Zürich/Basel/Genf 2009
- STEPHAN SKALWEIT, Der «moderne Staat», Ein historischer Begriff und seine Problematik, Opladen 1975
- ANNE-MARIE SLAUGHTER, A New World Order, Princeton 2004
- RUDOLF SMEND, Heinrich Triepel, in: KARL DIETRICH BRACHER/CHRISTOPHER DAWSON/WILLI GEIGER/RUDOLF SMEND (Hrsg.), Die moderne Demokratie und ihr Recht, Festschrift für Gerhard Leibholz zum 65. Geburtstag, Zweiter Band: Staats- und Verfassungsrecht, Tübingen 1966, 107 ff.
- ADAM SMITH, An Inquiry into the Nature and Causes of Wealth of Nations, London 1776
- WILHELM SNELL, Naturrecht nach den Vorlesungen von Dr. Wilhelm Snell (hrsg. von einem Freund des Verewigten), Langnau 1857
- PATRICK SOMMER/ALAIN RAEMY, Rechtliche Fragen bei Hausdurchsuchungen im Rahmen des Schweizer Kartellrechts, sic! 2004, 758 ff.
- MINH SON NGUYEN, Droit administratif international, ZSR 125 (2006) II, 75 ff.
- DANIEL SORID, Timely Measures, Columbia Magazine, Winter 2009-2010, abrufbar unter <<https://magazine.columbia.edu/article/timely-measures>> (besucht am 15.8.24)
- MICHAEL SOUKOUP/CHRISTIAN BRÖNIMANN, Der Netzwerker wird zum Aufseher, Der Bund vom 14.7.2013
- HELMUT STALDER, Bundesrat präzisiert Regeln für AKW-Erdbebensicherheit, NZZ Online vom 7.12.2018
- HANS-ULRICH STAUFFER, Berufliche Vorsorge, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012
- EKKEHART STEIN, Die Wirtschaftsaufsicht, Habil. Tübingen 1967
- LORENZ VON STEIN, Handbuch der Verwaltungslehre, Erster Theil: Der Begriff der Verwaltung und das System der positiven Staatswissenschaften, 3. Aufl., Stuttgart 1888 (zit. VON STEIN, Handbuch, 1. Teil)
- Handbuch der Verwaltungslehre, Zweiter Theil: Das Verwaltungssystem des persönlichen und des wirtschaftlichen Lebens, 3. Aufl., Stuttgart 1888 (zit. VON STEIN, Handbuch, 2. Teil)
- RUDOLF STEINBERG, Politik und Verwaltungsorganisation, Habil. Baden-Baden 1979
- GEORGE J. STIGLER, The Theory of Economic Regulation, Bell Journal of Economics and Management Science 2/1 (1971), 3 ff.
- ANDREAS STÖCKLI, Bundesrat und Bundesverwaltung, in: OLIVER DIGGELMANN/MAYA HERTIG RANDALL/BENJAMIN SCHINDLER (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 3, Zürich 2020, 1723 ff. (Teil VI.5) (zit. STÖCKLI, Bundesrat)
- Staatliche Aufsicht über die Wirtschaft und ihre Akteure – Organisatorische Fragen, in: ISABELLE HÄNER/BERNHARD WALDMANN (Hrsg.), 7. Forum für Verwaltungsrecht, Staatliche Aufsicht über die Wirtschaft und ihre Akteure, Bern 2019, 105 ff. (zit. STÖCKLI, Organisatorische Fragen)

- Verwaltungskontrolle – eine Einführung, in: SCHWEIZERISCHE VEREINIGUNG FÜR VERWALTUNGSORGANISATIONSGESAMT SVVOR (Hrsg.), Jahrbuch/Annuaire 2018/19, Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Bern 2019, 3 ff. (zit. Stöckli, Verwaltungskontrolle)
- MICHAEL STOLLEIS, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Erster Band, Reichspublizistik und Policywissenschaft 1600–1800, 2. Aufl., München 2012 (zit. STOLLEIS, Geschichte Bd. I)
- Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Zweiter Band, Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800–1914, München 2016 (zit. STOLLEIS, Geschichte Bd. II)
- Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Dritter Band, Staats- und Verwaltungswissenschaft in Republik und Diktatur 1914–1945, München 1999 (zit. STOLLEIS, Geschichte Bd. III)
- Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Vierter Band, Staats- und Verwaltungswissenschaft in West und Ost 1945–1990, München 2012 (zit. STOLLEIS, Geschichte Bd. IV)
- Die Idee des souveränen Staates, in: REINHARD MUSSGNUG (Hrsg.), Entstehen und Wandel verfassungsrechtlichen Denkens, Tagung der Vereinigung für Verfassungsgeschichte in Hofgeismar vom 15. bis 17. März 1993, Beiheft 11 zu Der Staat, Berlin 1996, 63 ff. (zit. STOLLEIS, Idee)
- MICHAEL STOLLEIS/CARSTEN KREMER, Geschichte der Polizei in Deutschland, in: HANS LISKEN/ERHARD DENNINGER (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts: Gefahrenabwehr, Strafverfolgung, Rechtsschutz, 7. Aufl., München 2021, 1 ff.
- RUPERT GRAF STRACHWITZ, Stiftungen im gesellschaftlichen Diskurs, Zur Rezeption und Akzeptanz der Institution Stiftung im 19. und 20. Jahrhundert, in: THOMAS ADAM/MANUEL FREY/RUPERT GRAF STRACHWITZ (Hrsg.), Stiftungen seit 1800, Kontinuitäten und Diskontinuitäten, Stuttgart 2009, 1 ff.
- SARAH SUMMERS, Das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen, Verkehrsdelikte und der Fall O'Halloran und Francis gegen Vereinigtes Königreich, in: RENÉ SCHAFFHAUSER (Hrsg.), Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2009, St. Gallen 2009, 639 ff.
- PATRICK SUTTER, Zunehmende Diskrepanzen im Verhältnis von Staatsintervention und Staatshaftung, SJZ 105 (2009), 568 ff.
- CARL GOTTLIEB SVAREZ, Über das Recht der Oberaufsicht, in: HERMANN CONRAD/GERD KLEINHEYER (Hrsg.), Vorträge über Recht und Staat, Köln 1960, 46 ff.
- CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, Diss. Zürich/Basel/Genf 2007
- THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2e édition, Zürich/Genf 2018 (zit. TANQUEREL, Manuel)
- Le contrôle de l'opportunité, in: FRANÇOIS BELLANGER/THIERRY TANQUEREL (Hrsg.), Le contentieux administratif, Genève 2013, 209 ff. (zit. TANQUEREL, Opportunité)
- La responsabilité des autorités administratives indépendantes, in: FRANÇOIS BELLANGER/THIERRY TANQUEREL (Hrsg.), Les autorités administratives indépendantes, Zürich/Basel/Genf 2011, 153 ff. (zit. TANQUEREL, Responsabilité)
- ADRIANO TEIXEIRA, Der nemo-tenetur-Grundsatz und ausserstrafrechtliche Mitwirkungspflichten, ZStW 135:2 (2023), 253 ff.
- ANDRÉ TERLINDEN, Der Untersuchungsbeauftragte der FINMA als Instrument des Finanzmarktenforcements, Diss. Zürich/St. Gallen 2010

- GUNTHER TEUBNER, Gesellschaftsordnung durch Gesetzgebungslärm? Autopoietische Geschlossenheit als Problem für die Rechtsetzung, in: DIETER GRIMM/WERNER MAIHOFFER (Hrsg.), Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik, Opladen 1988, 45 ff.
- FRIEDRICH TEZNER, Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte, Wien 1888
- JOHN THIBAUT/LAURENS WALKER, Procedural Justice: A Psychological Analysis, Hillsdale N.J. 1975 (zit. THIBAUT/WALKER, Procedural Justice)
- A Theory of Procedure, California Law Review 66 (1978), 541 ff. (zit. THIBAUT/WALKER, Theory)
- FLORENT THOUVENIN/BURKHARD STILLER, Netzsperrern, Gutachten vom 16. September 2016
- FLORENT THOUVENIN/BURKHARD STILLER/PETER HETTICH/THOMAS BOCEK/KENTO REUTIMANN, Keine Netzsperrern im Urheberrecht, sic! 2017, 701 ff.
- DANIELA THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, in: OLIVER DIGGELMANN/MAYA HERTIG RANDALL/BENJAMIN SCHINDLER (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 2, Zürich 2020, 1477 ff. (Teil V.13) (zit. THURNHERR, Verfahrensgrundrechte)
- Organisation der Verwaltungsjustiz: Herausforderungen und Perspektiven, ZSR 138 (2019) II, 101 ff. (zit. THURNHERR, Organisation)
 - Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln, Habil. Zürich/St. Gallen 2013 (zit. THURNHERR, Verwaltungshandeln)
- CHRISTIAN TIETJE, Internationalisiertes Verwaltungshandeln, Berlin 2001
- ALEXIS DE TOCQUEVILLE, De la Démocratie en Amérique, in: JACOB-PETER MAYER (Hrsg.), Œuvres, Papiers et Correspondances d’Alexis de Tocqueville, Paris 1951
- ESTHER TOPHINK, Das Grundrecht der Unschuldsvermutung: aus historischer Sicht und im Lichte der Praxis des schweizerischen Bundesgerichts, der EMRK-Organen und des UNO-Menschenrechtsausschusses, Diss. Bern 2000
- RENATA TRAJKOVA, Das klassische Stiftungsaufsichtsrecht, Grundlagen der Aufsicht über klassische Stiftungen in der Schweiz, Diss. Zürich/Genf 2023
- STEFAN TRECHSEL, Bankgeheimnis – Strafverfahren – Menschenrechte – Nemo tenetur bei Steuerhinterziehung, ZStrR/RPS 123 (2005), 256 ff.
- LAURENCE H. TRIBE, Structural Due Process, Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, 10 (1975), 269 ff.
- HEINRICH TRIEPEL, Die Reichsaufsicht, Untersuchungen zum Staatsrecht des Deutschen Reiches, Berlin 1917
- HANS-HEINRICH TRUTE, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: ANDREAS VOSSKUHL/MARTIN EIFERT/CHRISTOPH MÖLLERS (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 3. Aufl., München 2022, 551 ff. (§ 9) (zit. TRUTE, Legitimation)
- Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, in: GUNNAR FOLKE SCHUPPERT (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und «schlankem» Staat, Baden-Baden 1999, 13 ff. (zit. TRUTE, Verantwortungsteilung)
- PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021 (zit. TSCHANNEN, Staatsrecht)
- Zentral, dezentral, ausserhalb – oder: Wie zeichne ich das Organigramm der Bundesverwaltung?, in: MARKUS RÜSSELI/JULIA HÄNNI/RETO HÄGGI-FURRER (Hrsg.), Staats- und Ver-

- waltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich/Basel/Genf 2012, 517 ff. (zit. TSCHANNEN, Organigramm)
- Systeme des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Bern 2008 (zit. TSCHANNEN, Systeme)
 - Amtliche Warnungen und Empfehlungen, ZSR 118 (1999), 353 ff. (zit. TSCHANNEN, Warnungen)
- PIERRE TSCHANNEN/MARKUS MÜLLER/MARKUS KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022
- AXEL TSCHENTSCHER, Grundprinzipien des Rechts, Einführung in die Rechtswissenschaft mit Beispielen aus dem schweizerischen Recht, Bern 2003
- HANS PETER TSCHUDI, Entstehung und Entwicklung der schweizerischen Sozialversicherungen, Basel 1989
- PAUL TUCKER, Unelected Power, The Quest for Legitimacy in Central Banking and the Regulatory State, Princeton/Oxford 2018
- ANNE ROBERT JACQUE TURGOT, Fondation, in: JEAN LE ROND D'ALEMBERT/DENIS DIDEROT (Hrsg.), Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers, Tome 7, Paris 1757, 72 ff.
- PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, § 14 Die Einstellung des Gesetzgebers zu den juristischen Personen in: PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID/ALEXANDRA JUNGO/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP (Hrsg.), Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 15. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2023, 127 ff. (zit. TUOR/SCHNYDER/HÜRLIMANN-KAUP, Einstellung)
- § 17 Die Stiftung, in: PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID/ALEXANDRA JUNGO/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP (Hrsg.), Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 15. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2023, 158 ff. (zit. TUOR/SCHNYDER/HÜRLIMANN-KAUP, Stiftung)
- PETER UEBERSAX, Unabhängige Verwaltungsinstanzen und offene Gesetze im öffentlichen Wirtschaftsrecht des Bundes – ein rechtliches Risiko?, in: THOMAS SUTTER-SOMM/FELIX HAFNER/GERHARD SCHMID/KURT SEELMANN (Hrsg.), Risiko und Recht: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, Basel 2004, 683 ff. (zit. UEBERSAX, Verwaltungsinstanzen)
- Privatisierung der Verwaltung, ZBl 102 (2001), 393 ff. (zit. UEBERSAX, Privatisierung)
- FELIX UHLMANN, Legalitätsprinzip, in: OLIVER DIGGELMANN/MAYA HERTIG RANDALL/BENJAMIN SCHINDLER (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. 2, Zürich 2020, 1025 ff. (Teil IV.6) (zit. UHLMANN, Legalitätsprinzip)
- Die Kontrolle des Verwaltungshandelns, ZBl 118 (2017), 471 ff. (zit. UHLMANN, Kontrolle)
 - Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Zürich/St. Gallen 2017 (zit. UHLMANN, Staatshaftungsrecht)
 - Kriterien der Bemessung von Kausalabgaben in der Praxis, in: ISABELLE HÄNER/BERNHARD WALDMANN (Hrsg.), Kausalabgaben, Bern 2015, 87 ff. (zit. UHLMANN, Kausalabgaben)
 - Gutachten zu Handen der Geschäftsprüfungskommissionen des Stände- und des Nationalrates (GPK) betreffend Obergericht über die eidgenössische Finanzmarktaufsichtsbehörde (FINMA) vom 28. August 2013, Zürich 2014 (zit. UHLMANN, Gutachten FINMA)
 - Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, SZW 85 (2011), 437 ff. (zit. UHLMANN, Berufsverbot)
 - Die Einleitung eines Verwaltungsverfahrens, in: ISABELLE HÄNER/BERNHARD WALDMANN (Hrsg.), Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2008, 1 ff. (zit. UHLMANN, Einleitung)

- Der Risikobegriff im schweizerischen und europäischen Heilmittelrecht, in: THOMAS SUTTER-SOMM/FELIX HAFNER/GERHARD SCHMID/KURT SEELMANN (Hrsg.), Risiko und Recht, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004, Basel 2004, 517 ff. (zit. UHLMANN, Risikobegriff)
- FELIX UHLMANN/GIOVANNI BIAGGINI, Rechtsschutzlücken: Evaluation der Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege: Teilprojekt Rechtsschutzlücken: Schlussbericht, Bern 2013
- FELIX UHLMANN/IRIS BINDER, Verwaltungsverordnungen in der Rechtsetzung: Gedanken über Pechmarie, LeGes 2 (2009), 151 ff.
- FELIX UHLMANN/JASMINA BUKOVAC, Das Verhältnismässigkeitsprinzip aus dem Blickwinkel der Rechtsetzungslehre, in: FELIX UHLMANN (Hrsg.), Verhältnismässigkeit in der Rechtsetzung und Rechtsanwendung, 17. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre, Zürich/Baden-Baden 2019, 33 ff.
- FELIX UHLMANN/FLORIAN FLEISCHMANN, Kurzgutachten zuhanden des Eidgenössischen Finanzdepartements (EFD) und des Staatssekretariats für internationale Finanzfragen (SIF) betreffend Informationspflicht von FINMA und SNB gegenüber EFD vom 3. Januar 2019
- FELIX UHLMANN/JUDITH KASPAR, Meldepflichten im Verwaltungsrecht, recht 2013, 135 ff.
- FELIX UHLMANN/BEAT STALDER, «Unverhältnismässig, weil unwirksam»? Zur Verhältnismässigkeit von Zugangssperren im Internet, sic! 2018, 365 ff.
- FELIX UHLMANN/MARTIN WILHELM, Verwaltungsrechtliche Herausforderungen, in: FELIX UHLMANN/STEFAN HÖFLER (Hrsg.), Notrecht in der Corona-Krise, 19. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre, Zürich/St. Gallen 2021, 49 ff.
- MARTIN USTERI, Das Verhältnis von Staat und Recht zur Wirtschaft in der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 1981 (zit. USTERI, Verhältnis)
- Handels- und Gewerbefreiheit nach der Abstimmung über die Kartellinitiative, Schweizerische Arbeitgeber-Zeitung 53 (1958), 175 ff. (zit. USTERI, Handels- und Gewerbefreiheit)
- FELICITY VABULAS/DUNCAN SNIDAL, Organization without delegation: Informal intergovernmental organizations (IIGOs) and the spectrum of intergovernmental arrangements, The Review of International Organizations 8 (2013), 193 ff.
- KLAUS A. VALLENDER, Grundzüge der «neuen» Wirtschaftsverfassung, AJP 1999, 677 ff. (zit. VALLENDER, Grundzüge)
- Nachführung der Wirtschaftsverfassung, ZBl 98 (1997), 489 ff. (zit. VALLENDER, Wirtschaftsverfassung)
- KLAUS A. VALLENDER/PETER HETTICH/JENS LEHNE, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, Grundzüge des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts, 4. Aufl., Bern 2006
- ANNE VAN AAKEN, Transnationales Kooperationsrecht nationaler Aufsichtsbehörden als Antwort auf die Herausforderung globalisierter Finanzmärkte, in: CHRISTOPH MÖLLERS/ANDREAS VOSSKUHLE/CHRISTIAN WALTER (Hrsg.), Internationales Verwaltungsrecht, Tübingen 2007, 219 ff.
- FRÉDÉRIC VARONE/KARIN INGOLD, L'indépendance des agences nationales de régulation, in: FRANÇOIS BELLANGER/THIERRY TANQUEREL (Hrsg.), Les autorités administratives indépendantes, Zürich/Basel/Genf 2011, 37 ff.
- JUANA VASELLA, Das heilmittelrechtliche Vorteilsverbot, Korruptionsbekämpfung im Gesundheitswesen, Diss. Zürich 2016
- MILOŠ VEC, Staatliche Aufgaben und private Akteure in der Rechtsgeschichte, Methodischer Etatismus als historiografisches Problem, in: CLAUDIA FUCHS/FRANZ MERLI/MAGDALENA

- PÖSCHL/RICHARD STURN/EWALD WIEDERIN/ANDREAS W. WIMMER (Hrsg.), Staatliche Aufgaben, private Akteure, Band 1: Erscheinungsformen und Effekte, Wien 2015, 1 ff.
- ALFRED VERDROSS/BRUNO SIMMA, Universelles Völkerrecht, Theorie und Praxis, 3. Aufl., Berlin 1984
- ISABELLE VETTER-SCHREIBER, BVG / FZG-Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2021 (zit. VETTER-SCHREIBER, BVG-Kommentar)
- Staatliche Haftung bei mangelhafter BVG-Aufsichtstätigkeit unter besonderer Berücksichtigung der Vorschriften des Bundes sowie des Kantons Zürich, Diss. Zürich 1996 (zit. VETTER-SCHREIBER, Haftung)
- PARISIMA VEZ, Thesen zu einem neuen Stiftungsverständnis, ZBJV 143 (2007), 229 ff. (zit. VEZ, Thesen)
- La fondation: lacunes et droit désirable: une analyse critique et systématique des articles 80 à 89 CC, Diss. Bern 2004 (zit. VEZ, Fondation)
- FRANK VIBERT, The Rise of the Unelected, Democracy and the New Separation of Powers, Cambridge 2007
- ALFRED VIERKANDT, Gesellschaftslehre, Hauptprobleme der philosophischen Soziologie, Stuttgart 1923
- PAUL VOGEL, Hegels Gesellschaftsbegriff und seine geschichtliche Fortbildung durch Lorenz Stein, Marx, Engels und Lassalle, Berlin 1925
- STEFAN VOGEL, Einheit der Verwaltung – Verwaltungseinheiten: Grundprobleme der Verwaltungsorganisation: rechtliche Rahmenbedingungen, Konzepte, Strukturen und Formen für die Organisation von Aufgabenträgern der öffentlichen Verwaltung, Zürich 2008 (zit. S. VOGEL, Einheit)
- Vorsorgliche Massnahmen, in: ISABELLE HÄNER/BERNHARD WALDMANN (Hrsg.), Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2008, 87 ff. (zit. S. VOGEL, Vorsorgliche Massnahmen)
- STÉPHANE VOISARD, L'auxiliaire dans la surveillance administrative, Du droit bancaire et financier au droit administratif général, Diss. Zürich/Basel/Genf 2014
- UWE VOLKMANN, Der Ausnahmezustand, Verfassungsblog vom 20.3.2020, abrufbar unter <<https://verfassungsblog.de/der-ausnahmezustand>, DOI: 10.17176/20200320-122803-0> (besucht am 15.8.24)
- HANS CASPAR VON DER CRONE/KATJA ROTH PELLANDA, Der Sarbanes-Oxley Act und seine extraterritoriale Bedeutung, AJP 2003, 131 ff.
- ANDREAS VOSSKUHLE, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: ANDREAS VOSSKUHLE/MARTIN EIFERT/CHRISTOPH MÖLLERS (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 3. Aufl., München 2022, 3 ff. (§ 1) (zit. VOSSKUHLE, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft)
- Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), 268 ff. (zit. VOSSKUHLE, Beteiligung)
- BERNHARD WALDMANN, Staatsrechtliche Herausforderungen, in: FELIX UHLMANN/STEFAN HÖFLER (Hrsg.), Notrecht in der Corona-Krise, 19. Jahrestagung des Zentrums für Rechtssetzungslehre, Zürich/St. Gallen 2021, 3 ff. (zit. WALDMANN, Herausforderungen)
- Das Klagelied der Überregulierung – Einige Gedanken zur Normenflut und Normendichte, in: EVA MARIA BELSER/BERNHARD WALDMANN (Hrsg.), Mehr oder weniger Staat?, Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag, Bern 2015, 167 ff. (zit. WALDMANN, Klagelied)
 - Vom Umgang mit organisatorischen, innerdienstlichen und anderen Anordnungen ohne Verfügungscharakter, ZSR 133 (2014) I, 489 ff. (zit. WALDMANN, Anordnungen)

- Die Konzession – Eine Einführung, in: ISABELLE HÄNER/BERNHARD WALDMANN (Hrsg.), Die Konzession, Zürich/Basel/Genf 2011, 1 ff. (zit. WALDMANN, Konzession)
 - Das Disziplinarwesen, in: ISABELLE HÄNER/BERNHARD WALDMANN (Hrsg.), Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, 95 ff. (zit. WALDMANN, Disziplinarwesen)
 - Staatliche Monopole in der Schweiz, in: SCHWEIZERISCHE VEREINIGUNG FÜR VERWALTUNGSORGANISATIONSRECHT SVVOR (Hrsg.), Jahrbuch/Annuaire 2007, Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Bern 2008, 75 ff. (zit. Waldmann, Monopole)
- BERNHARD WALDMANN/EVA MARIA BELSER/ASTRID EPINEY (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BSK BV-BEARBEITER/-IN)
- BERNHARD WALDMANN/PATRICK L. KRAUSKOPF (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2023 (zit. Praxiskommentar VwVG-BEARBEITER/-IN)
- BERNHARD WALDMANN/MAGNUS OESCHGER, Aufsicht, in: EVA MARIA BELSER/ASTRID EPINEY/BERNHARD WALDMANN (Hrsg.), Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern 2011, 915 ff. (§ 15)
- BERNHARD WALDMANN/RENÉ WIEDERKEHR, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2019
- MICHAEL WALZER, Sphären der Gerechtigkeit, 2. Aufl., Frankfurt am Main 2006
- ROLF WATTER/RASHID BAHAR (Hrsg.), Basler Kommentar zum Finanzmarktaufsichtsgesetz / Finanzmarktinfrastrukturgesetz, 3. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK FINMAG-BEARBEITER/-IN bzw. BSK FinfraG-BEARBEITER/-IN)
- ROLF WATTER/NEDIM PETER VOGT/THOMAS BAUER/CHRISTOPH WINZELER (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bankengesetz, 2. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK BankG-BEARBEITER/-IN)
- ROLF H. WEBER, Digitalisierung und der Kampf ums Recht, in: ALEXANDRA DAL MOLIN-KRÄNZLIN/ANNE MIRJAM SCHNEUWLY/JASNA STOJANOVIC (Hrsg.), Digitalisierung – Gesellschaft – Recht, Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich, Zürich/St. Gallen 2019, 3 ff. (zit. WEBER, Digitalisierung)
- Big Data – Rechtliche Grenzen von unbegrenzten Möglichkeiten, in: STEPHAN FUHRER (Hrsg.), Jahrbuch SGHVR/SDRCA 2018, Zürich/Basel/Genf 2018, 87 ff. (zit. WEBER, Big Data)
 - RegTech as a new legal challenge, CAPCO Journal of Financial Transformation 2017, 10 ff. (zit. WEBER, RegTech)
 - Wettbewerb zwischen internationalen Standards, SZW 6 (2015), 579 ff. (zit. WEBER, Internationale Standards)
 - Zugang zu Kabelnetzen, Spannungsfeld zwischen Netzbetreiberfreiheit und offenem Netzzugang, Zürich/Basel/Genf 2003 (zit. WEBER, Zugang)
 - Kartellrecht – Einleitung, in: ROLAND VON BÜREN/LUCAS DAVID (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. 5: Wettbewerbsrecht, 2. Teilband: Kartellrecht, Basel 2000, 1 ff. (zit. WEBER, Kartellrecht)
 - Der Übergang zur neuen Telekommunikationsordnung, in: ROLF H. WEBER (Hrsg.), Neues Fernmelderecht, Zürich 1998, 7 ff. (zit. WEBER, Übergang)
 - Wirtschaftsregulierung in wettbewerbspolitischen Ausnahmebereichen, Habil. Baden-Baden 1986 (zit. WEBER, Wirtschaftsregulierung)
- ROLF H. WEBER/RAINER BAISCH, Versicherungsaufsichtsrecht, Bern 2017

- ROLF H. WEBER/GIOVANNI BIAGGINI, Rechtliche Rahmenbedingungen für verwaltungsunabhängige Behördenkommissionen, Untersuchung am Beispiel der geplanten Fernmelde- und Medienkommission, Zürich/Basel/Genf 2002
- ROLF H. WEBER/HANS GEIGER/CHRISTINE BREINING-KAUFMANN/RONNIE SCHMITZ/ANSELM S. TROTT, Integrierte Finanzmarktaufsicht, Rechtliche und ökonomische Beurteilung des FINMA-Projekts, Zürich/Basel/Genf 2006 (zit. WEBER ET AL.)
- ROLF H. WEBER/ROLF SETHE, Äquivalenz als Regelungskriterium im Finanzmarktrecht, SJZ 110 (2014), 569 ff.
- THOMAS WERLEN, Konzeptionelle Grundlagen des schweizerischen Kapitalmarktrechts, Diss. Zürich 1994
- HELGA WESSEL, Zweckmässigkeit als Handlungsprinzip in der deutschen Regierungs- und Verwaltungslehre der frühen Neuzeit, Berlin 1978
- BARBARA WIDMER, Der lange Weg der digitalen Grundbuchzugriffe: Die Aufsicht über die Plattform Terravis, Oder: Wie die Verantwortlichen die Aufsicht über die Plattform Terravis und deren Nutzer wahrnehmen, AJP 2020, 30 ff. (zit. WIDMER, Aufsicht)
- Der lange Weg der digitalen Grundbuchzugriffe: Die Plattform Terravis, Oder: Wer kann elektronisch gestützt worauf, wie und auf welche Grundbuchdaten zugreifen?, AJP 2019, 1303 ff. (zit. WIDMER, Plattform)
- RENÉ WIEDERKEHR, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2022
- RENÉ WIEDERKEHR/PAUL RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Eine systematische Analyse der Rechtsprechung, Band I, Bern 2012 (zit. WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. I)
- Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Eine systematische Analyse der Rechtsprechung, Band II, Bern 2014 (zit. WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. II)
- LUZIUS WILDHABER, EMRK, Wettbewerbsrecht und Verwaltungsstrafen, Zu den Swisscom-Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichts in Sachen Terminierungspreise Mobilfunk, Jusletter 4. Juli 2011 (zit. WILDHABER, Wettbewerbsrecht)
- Jurisdiktionsgrundsätze und Jurisdiktionsgrenzen im Völkerrecht, in: SCHWEIZERISCHE VEREINIGUNG FÜR INTERNATIONALES RECHT (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht, Band XLI (1985), Zürich 1986, 99 ff. (zit. WILDHABER, Jurisdiktionsgrundsätze)
- HELMUT WILLKE, Supervision des Staates, Frankfurt am Main 1997
- HANS GEROLD WIRZ, Die Personal-Wohlfahrtseinrichtungen der Schweizerischen Privatwirtschaft, Ihre Stellung im Steuerrecht und ihre Beaufsichtigung, Stäfa 1955
- NICOLAS WISARD, Les autorités administratives indépendantes cantonales, in: FRANÇOIS BELLANGER/THIERRY TANQUEREL (Hrsg.), Les autorités administratives indépendantes, Zürich/Basel/Genf 2011, 105 ff.
- LUDWIG WITTGENSTEIN, Philosophische Untersuchungen (hrsg. von GERTRUDE ELIZABETH MARGARET-ANScombe/RUSH REES/GEORG HENRIK VON WRIGHT), Ludwig Wittgenstein Werkausgabe, Band 1, Frankfurt am Main 1999, 231 ff.
- WOLFGANG WOHLERS, Selbstregulierung – Aufsichtsrecht – Strafrecht: (Ziel-)Konflikte und Interdependenzen, in: JÜRG-BEAT ACKERMANN/WOLFGANG WOHLERS (Hrsg.), Finanzmarkt ausser Kontrolle?, Selbstregulierung – Aufsichtsrecht – Strafrecht, 3. Zürcher Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Zürich/Basel/Genf 2009, 267 ff. (zit. WOHLERS, Selbstregulierung)
- Anmerkung zum Urteil des EGMR, Grand Chamber, Case of O'Halloran and Francis v. the United Kingdom, Urteil vom 29.6.2007 – Application nos. 15809/02 and 25624/02, in: forumpoenale 2008, 2 ff. (zit. WOHLERS, Anmerkung)

- Nemo tenetur se ipsum accusare – «an obstruction to the administration of justice»? in: MICHAEL HETTINGER/JAN ZOPFS/THOMAS HILLENKAMP/MICHAEL KÖHLER/JÜRGEN RATH/FRANZ STRENG/JÜRGEN WOLTER (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2007, 691 ff. (zit. WOHLERS, Nemo tenetur)
 - Reformbedarf bei der Börsenaufsicht, in: WOLFGANG WOHLERS (Hrsg.), Neuere Entwicklungen im schweizerischen und internationalen Wirtschaftsstrafrecht, Zürich/Basel/Genf 2007, 41 ff. (zit. WOHLERS, Börsenaufsicht)
- WOLFGANG WOHLERS/GUNHILD GODENZI, Strafbewehrte Verhaltenspflichten nach Verkehrsunfällen – unzulässiger Zwang zur Selbstbelastung?, *AJP* 2005, 1045 ff.
- CHRISTIAN WOLFF, Vernünftige Gedanken von dem gesellschaftlichen Leben der Menschen und insonderheit dem gemeinen Wesen (4. Aufl., Frankfurt und Leipzig 1736), in: HASSO HOFMANN (Hrsg.), Christian Wolff, Deutsche Politik, München 2004, 53 ff.
- DUNCAN WOOD, *Governing Global Banking, The Basel Committee and the Politics of Financial Globalisation*, Aldershot/Burlington 2005
- ANDREAS WÜRGLER, Geschichte des schweizerischen Verfassungsrechts bis 1798, in: OLIVER DIGGELMANN/MAYA HERTIG RANDALL/BENJAMIN SCHINDLER (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Bd. 1, Zürich 2020, 31 ff. (Teil I.3)
- MARCEL WÜRMLI, *Die Haftung der Finanzmarktaufsicht*, Bern 2010
- FELIX WÜST, *Die Interkantonale Vereinbarung über die Kontrolle der Heilmittel vom 16. Juni 1954*, Diss. Bern 1969
- MARTIN PHILIPP WYSS, *Öffentliche Interessen – Interessen der Öffentlichkeit? Das öffentliche Interesse im schweizerischen Staats- und Verwaltungsrecht*, Habil. Bern 2001
- ROGER ZÄCH, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2. Aufl., Bern 2005
- ROGER ZÄCH/RUTH ARNET/MARINO BALDI/REGINA KIENER/OLIVIER SCHALLER/FELIX SCHRANER/ADRIAN SPÜHLER (Hrsg.), *KG, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar*, Zürich/St. Gallen 2018 (zit. BEARBEITER/-IN, DIKE-KG)
- ROGER ZÄCH/RETO HEIZMANN, *Schweizerisches Kartellrecht*, 3. Aufl., Bern 2023
- JAN ZIEKOW, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 6. Aufl., München 2024
- JACQUES ZILLER, *Verwaltungsorganisation*, in: ARMIN VON BOGDANDY/SABINO CASSESE/PETER M. HUBER (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Band V, Heidelberg 2014, 893 ff. (§ 87)
- ULRICH ZIMMERLI, *Le contrôle parlementaire*, in: FRANÇOIS BELLANGER/THIERRY TANQUEREL (Hrsg.), *Surveillance et contrôles de l'administration*, Zürich/Basel/Genf 2008, 111 ff. (zit. ZIMMERLI, Contrôle)
- REINHOLD ZIPPELIUS, *Allgemeine Staatslehre*, 17. Aufl., München 2017
- REINHOLD ZIPPELIUS/THOMAS WÜRTENBERGER, *Deutsches Staatsrecht*, 32. Aufl., München 2008
- MARTIN ZOBEL/DANIEL THÜRER/KERN ALEXANDER, Die Legitimation der G-20, *Kritik aus völkerrechtlicher Sicht*, *Archiv des Völkerrechts* 2013, 143 ff.
- HEINRICH ZOEPFL, *Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechts*, Zweiter Theil, Leipzig/Heidelberg 1863
- DANIEL ZUBERBÜHLER, Oligopol der Prüfgesellschaften als Aufsichtsproblem, in: ROBERT WALDBURGER/CHARLOTTE M. BAER/URSULA NOBEL/BENNO BERNET (Hrsg.), *Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts*, Festschrift für Peter Nobel zum 60. Geburtstag, Bern 2005, 795 ff.

Literaturverzeichnis

- JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, La responsabilité de l'État pour la surveillance des marchés financiers, in: ANNE-CHRISTINE FAVRE/VINCENT MARTENET/ETIENNE POLTIER (Hrsg.), La responsabilité de l'État, Genf/Zürich/Basel 2012, 173 ff.
- JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/FRANCA CONTRATTO, FINMA, The Swiss Financial Market Supervisory Authority, Basel 2009
- URS ZULAUF, Koregulierung statt Selbstregulierung, Jusletter 4. November 2013 (zit. ZULAUF, Koregulierung)
- Procédure devant la CFB («Enforcement»): Drame en cinq actes et épilogue, in: CHRISTIAN BOVET/MARIO GIOVANOLI/NICOLAS JEANDIN ET AL. (Hrsg.), Journée 2006 de droit bancaire et financier, Zürich/Basel/Genf 2007, 165 ff. (zit. ZULAUF, Procédure)
- URS ZULAUF/ROY GAVA, FINMA's Enforcement in Court – An empirical and legal assessment of the court rulings regarding the Swiss Financial Markets Supervisory Authority's financial regulation enforcement, SZW 2 (2019), 99 ff.
- URS ZULAUF/DAVID WYSS (Hrsg.), Finanzmarktenforcement, 3. Aufl., Bern 2022 (zit. BEARBEITER/-IN, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement)
- PEER ZUMBANSEN, Transnational Legal Pluralism, Transnational Legal Theory 1/2 (2010), 141 ff.
- WERNER ZUPPINGER, Der Schutz gegen sich selbst im Polizeirecht, Diss. Winterthur 1956

Materialienverzeichnis

BAG, Bericht künftige Heilmittelregelung	BAG, Bericht an den Bundesrat über die künftige Heilmittelregelung vom 5. August 1994
Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates	Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates vom 23. Oktober 2003, Parlamentarische Initiative, Revision des Stiftungsrechtes, BBl 2003 8153 ff.
Bericht FINMA I	Integrierte Finanzmarktaufsicht, I. Teilbericht der vom Bundesrat eingesetzten Expertenkommission (Expertenkommission Zimmerli) vom Juli 2003
Bericht Zufferey	Expertengruppe Finanzmarktaufsicht, Finanzmarktregulierung und -aufsicht in der Schweiz (Banken, Versicherungen, Allfinanz und Finanzkonglomerate, andere Finanzdienstleistungen), Schlussbericht vom November 2000
BFE, Erläuterungsbericht Teilrevision KEV et al.	BFE, Teilrevision der Kernenergieverordnung, Teilrevision der Kernenergiehaftpflichtverordnung und Teilrevision der Ausserbetriebnahmeverordnung sowie der Gefährdungsannahmenverordnung, Erläuterungsbericht vom 10. Januar 2018
BJ, Gesetzgebungsleitfaden 2019	BJ, Gesetzgebungsleitfaden, Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes, Bern 2019
Botschaft AlkG	Botschaft zur Teilrevision des Bundesgesetzes über die gebrannten Wasser (Alkoholgesetz) vom 6. April 2016, BBl 2016 3649 ff.
Botschaft Änderung Obligationenrecht	Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl 2008 1589 ff.
Botschaft aRTVG	Botschaft zum Bundesgesetz über Radio und Fernsehen vom 28. September 1987, BBl 1987 III 689 ff.
Botschaft Aufsicht über Revisionsunternehmen	Botschaft zur Bündelung der Aufsicht über Revisionsunternehmen und Prüfgesellschaften vom 28. August 2013, BBl 2013 6857 ff.
Botschaft BankG	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 2. Februar 1934 betreffend den Entwurf eines Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen, BBl 1934 I 171 ff.
Botschaft Bearbeitung von Personendaten	Botschaft vom 24. November 1999 über die Anpassung und Harmonisierung der gesetzlichen Grundlagen für die Bearbeitung von Personendaten in den Sozialversicherungen, BBl 2000 255 ff.

Materialienverzeichnis

Botschaft betr. Volksabstimmung vom 11.7.1897	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 31. August 1897 betreffend die eidgenössische Volksabstimmung vom 11. Juli 1897, BBl 1897 IV 81 ff.
Botschaft BGS	Botschaft zum Geldspielgesetz vom 21. Oktober 2015, BBl 2015 8387 ff.
Botschaft BÖG	Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBl 2003 1963 ff.
Botschaft Bundesrechtspflege	Botschaft des Bundesrats vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 4202 ff.
Botschaft BV	Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 ff.
Botschaft DSG	Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15. September 2017, BBl 2017 6941 ff.
Botschaft Eidg. Stiftungsaufsicht	Botschaft vom 25. Mai 2016 zum Bundesgesetz über das Stabilisierungsprogramm 2017–2019 sowie zum Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht, BBl 2016 4691 ff.
Botschaft ENSIG	Botschaft zum Bundesgesetz über das Eidgenössische Nuklear-Sicherheitsinspektorat vom 18. Oktober 2006, BBl 2006 8831 ff.
Botschaft Entwurf BG betr. Geheimmittel, Patentmedizinen und Spezialitäten	Botschaft des Bundesrates an die hohe Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend Ankündigung und Vertrieb von sogenannten Geheimmitteln, Patentmedizinen und Spezialitäten vom 12. November 1879, BBl 1879 III 668 ff.
Botschaft Ergänzung BV	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 26. April 1957 über die Ergänzung der Bundesverfassung durch einen Artikel betreffend Atomenergie und Strahlenschutz, BBl 1957 I 1137 ff.
Botschaft FIDLEG/FINIG	Botschaft zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG) vom 4. November 2015, BBl 2015 8901 ff.
Botschaft FinfraG	Botschaft zum Finanzmarktinfrastukturgesetz (FinfraG) vom 3. September 2014, BBl 2014 7483 ff.
Botschaft FINMAG	Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz; FINMAG) vom 1. Februar 2006, BBl 2006 2829 ff.
Botschaft FMG	Botschaft zum revidierten Fernmeldegesetz (FMG) vom 10. Juni 1996, BBl 1996 III 1405 ff.

Botschaft HMG 2012	Botschaft zur Änderung des Heilmittelgesetzes vom 7. November 2012, BBl 2013 1 ff.
Botschaft HMG	Botschaft zu einem Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG) vom 1. März 1999, BBl 1999 III 3453 ff.
Botschaft KG 2012	Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde vom 22. Februar 2012, BBl 2012 3905 ff.
Botschaft KG 2001	Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2002 2022 ff.
Botschaft KG 1995	Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468 ff.
Botschaft KG 1981	Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen (KG) vom 13. Mai 1981, BBl 1981 II 1293 ff.
Botschaft KG 1961	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 18. September 1961 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über Kartelle und ähnliche Organisationen, BBl 1961 II 553 ff.
Botschaft LMG	Botschaft zum Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände vom 25. Mai 2011, BBl 2011 5571 ff.
Botschaft LMG 1905	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 28. Februar 1899 zum Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend den Verkehr mit Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen, BBl 1899 I 610 ff.
Botschaft Modernisierung der Aufsicht	Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (Modernisierung der Aufsicht in der 1. Säule und Optimierung in der 2. Säule der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge) vom 20. November 2019, BBl 2020 1 ff.
Botschaft NBG	Botschaft über die Revision des Nationalbankgesetzes vom 26. Juni 2002, BBl 2002 6097 ff.
Botschaft Neuordnung ausserparl. Kommissionen	Botschaft über die Neuordnung der ausserparlamentarischen Kommissionen (Änderung des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes und weiterer Erlasse) vom 12. September 2007, BBl 2007 6641 ff.
Botschaft obligatorisches Referendum für völkerrechtliche Verträge mit Verfassungscharakter	Botschaft zum obligatorischen Referendum für völkerrechtliche Verträge mit Verfassungscharakter (Änderung von Art. 140 der Bundesverfassung) vom 15. Januar 2020, BBl 2020 1243 ff.
Botschaft PrSG	Botschaft zum Produktesicherheitsgesetz (Totalrevision des Bundesgesetzes über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten) vom 25. Juni 2008, BBl 2008 7407 ff.

Materialienverzeichnis

Botschaft RAG	Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juni 2004, BBl 2004 3969 ff.
Botschaft revBankG	Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 20. November 2002, BBl 2002 8060 ff.
Botschaft RTVG	Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (RTVG) vom 18. Dezember 2002, BBl 2003 1569 ff.
Botschaft SBG	Botschaft zum Bundesgesetz über das Glücksspiel und über die Spielbanken (Spielbankengesetz, SBG) vom 26. Februar 1997, BBl 1997 III 145 ff.
Botschaft Strukturreform	Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Strukturreform) vom 15. Juni 2007, BBl 2007 5669 ff.
Botschaft StSG	Botschaft zu einem Strahlenschutzgesetz (StSG) vom 17. Februar 1988, BBl 1988 II 181 ff.
Botschaft Teilrevision THG	Botschaft zur Teilrevision des Bundesgesetzes über die technischen Handelshemmnisse vom 25. Juni 2008, BBl 2008 7275 ff.
Botschaft Überwachung der Preise	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 18. März 1935 betreffend die Überwachung der Preise, BBl 1935 I 536 ff.
Botschaft Wirtschaftsartikel 1937	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 10. September 1937 über eine Partialrevision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung, BBl 1937 II 833 ff.
Botschaft zur Genehmigung und zur Umsetzung des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung des Terrorismus	Botschaft vom 14. September 2018 zur Genehmigung und zur Umsetzung des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung des Terrorismus mit dem dazugehörigen Zusatzprotokoll sowie zur Verstärkung des strafrechtlichen Instrumentariums gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität, BBl 2018 6427 ff.
BR, Bericht Bankenstabilität	BR, Bericht zur Bankenstabilität einschliesslich Evaluation gemäss Artikel 52 des Bankengesetzes vom 10.4.2024, BBl 2024 1023 ff.
BR, Bericht Einsatz innovativer Technologien im Bereich der Finanzmarktaufsicht und -regulierung (RegTech)	BR, Einsatz innovativer Technologien im Bereich der Finanzmarktaufsicht und -regulierung (RegTech), Bericht vom 27. Juni 2018 in Erfüllung des Postulats 16.3256 Landolt vom 18.3.2016
BR, Bericht Evaluation Bundesrechtspflege	BR, Bericht über die Gesamtergebnisse der Evaluation der neuen Bundesrechtspflege vom 30. Oktober 2013, BBl 2013 9077 ff.

BR, Bericht FINMA und ihre Regulierungs- und Aufsichtstätigkeit	BR, Die FINMA und ihre Regulierungs- und Aufsichtstätigkeit, Bericht des Bundesrates vom 18. Dezember 2014 in Erfüllung der Postulate 12.4095 Graber, 12.4121 de Courten, 12.4122 Schneeberger und 13.3282 de Buman
BR, Bericht Regulierungsbremse	BR, Regulierungsbremse: Möglichkeiten und Grenzen unterschiedlicher Ansätze und Modelle, Bericht des Bundesrates vom 7. Dezember 2018 in Erfüllung des Postulats Caroni 15.3421
BR, Bericht Steigerung der Attraktivität des Stiftungsstandortes Schweiz	BR, Steigerung der Attraktivität des Stiftungsstandortes Schweiz, Bericht vom 27. Februar 2013 zur Abschreibung der Motion 09.3344 Luginbühl vom 20. März 2009, BBl 2013 2213 ff.
BR, Bericht Verhalten Finanzmarktaufsicht in der Finanzmarktkrise	BR, Das Verhalten der Finanzmarktaufsicht in der Finanzmarktkrise – Lehren für die Zukunft, Bericht vom 12. Mai 2010 in Beantwortung des Postulats 08.4039 David und der Motion 09.3010 WAK-N
BR, Beschluss vom 1.3.1879	BR, Aus den Verhandlungen des schweiz. Bundesrates, Bundesratsbeschluss vom 1. März 1879, BBl 1879 I 342
BR, Beschluss vom 18.9.1916	Bundesratsbeschluss vom 18. September 1916 betreffend die eidgenössische Kriegsgewinnsteuer, AS 1916 351
BR, Beschluss vom 20.12.1939 betr. Lohnersatzordnung	Bundesratsbeschluss vom 20. Dezember 1939 über die provisorische Regelung der Lohnausfallentschädigungen an aktivdienstleistende Arbeitnehmer (Lohnersatzordnung), AS 55 1505
BR, Beschluss vom 14.6.1940 betr. Verdienstersatzordnung	Bundesratsbeschluss vom 14. Juni 1940 über eine provisorische Regelung der Verdienstaufallentschädigung an aktivdienstleistende Selbständigerwerbende (Verdienstersatzordnung), AS 56 917
BR, Bundesbeschluss Gesundheitsamt	Bundesbeschluss vom 28. Juni 1893 betreffend Organisation einer besonderen Abteilung für Gesundheitswesen (schweizerisches Gesundheitsamt) beim eidgenössischen Departement des Innern, BBl 1893 III 679 ff.
BR, Eignerstrategie	BR, Eignerstrategie des Bundesrates für die selbstständigen Einheiten des Bundes, Bericht des Bundesrates vom 26. Mai 2021 in Erfüllung des Postulates 18.4274 Abate vom 13.12.2018, abrufbar unter < https://www.efv.admin.ch → Themen → Corporate Governance → Grundlagen> (besucht am 15.8.24)
BR, Erwerbsbeschluss vom 1.10.1947	BR, Beschluss vom 1. Oktober 1947 betreffend die Erwerbsbeschlüsse der Volksabstimmung vom 6. Juli 1947 betreffend die Revision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung, AS 63 1041

Materialienverzeichnis

BR, Erwerbsbeschluss vom 20.9.1947	BR, Beschluss vom 20. September 1947 betreffend die Erwerbs des Ergebnisses der Volksabstimmung vom 6. Juli 1947 betreffend das Bundesgesetz vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, BBl 1947 III 176 ff.
BR, Erwerbsbeschluss vom 17.12.1890	BR, Beschluss vom 17. Dezember 1890 betreffend die Erwerbs der Volksabstimmung vom 26. Oktober 1890 über theilweise Abänderung der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, AS XI 737
BR, Evaluationsbericht FLAG	BR, Bericht über das Führen mit Leistungsauftrag und Globalbudget – Evaluation und weiteres Vorgehen (Evaluationsbericht FLAG) vom 19. Dezember 2001, BBl 2002 3535 ff.
BR, Pekuniäre Verwaltungssanktionen	BR, Pekuniäre Verwaltungssanktionen, Bericht des Bundesrates vom 23. Februar 2022 in Erfüllung des Postulates 18.4100 SPK-N vom 1.11.2018, BBl 2022 776 ff.
BR, Stellungnahme Parlamentarische Initiative	BR, Stellungnahme vom 19. Mai 2010 zum Bericht der FK-N vom 29. März 2010, Parlamentarische Initiative, Parlamentarisches Instrumentarium zu den strategischen Zielen der verselbstständigten Einheiten, BBl 2010 3413 ff.
BR, Stellungnahme Unabhängigkeit 2015	BR, Stellungnahme vom 18. Dezember 2015 zum Bericht der GPK-S vom 6. Oktober 2015 betreffend die Sicherstellung der Unabhängigkeit von Aufsichts- und Regulierungsbehörden der dezentralen Bundesverwaltung, BBl 2016 1763 ff.
BR, Strategie Digitale Schweiz	BR, Strategie «Digitale Schweiz» vom 20. April 2016, BBl 2016 3985 ff.
BR, Umsetzungsplanung CG-Bericht	BR, Umsetzungsplanung zum Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates vom 25. März 2009, abrufbar unter < https://www.efv.admin.ch → Themen → Corporate Governance → Grundlagen> (besucht am 15.8.24)
BR, Zusatzbericht CG	BR, Zusatzbericht zum Corporate-Governance-Bericht vom 25. März 2009 – Umsetzung der Beratungsergebnisse des Nationalrats, BBl 2009 2659 ff.
Bundesbeschluss Konjunkturartikel vom 7.10.1977	Bundesbeschluss vom 7. Oktober 1977 über den Konjunkturartikel der Bundesverfassung, AS 1978 484
Bundesbeschluss PUK-Einsetzung vom 8.6.2023	Bundesbeschluss vom 8. Juni 2023 über die Einsetzung einer Parlamentarischen Untersuchungskommission zur Untersuchung der Geschäftsführung der Behörden im Zusammenhang mit der Notfusion der Credit Suisse mit der UBS, BBl 2023 1369

Bundesbeschluss über das obligatorische Referendum für völkerrechtliche Verträge mit Verfassungscharakter	Bundesbeschluss über das obligatorische Referendum für völkerrechtliche Verträge mit Verfassungscharakter (Entwurf) (undatiert), BBl 2020 1271
Bundesbeschluss über die Aufhebung der ausserordentlichen Vollmachten vom 18.12.1950	Bundesbeschluss vom 18. Dezember 1950 über die Aufhebung der ausserordentlichen Vollmachten des Bundesrates, AS 1950 1493
Bundesbeschluss über die Beteiligung des Bundes vom 8.12.1933	Bundesbeschluss vom 8. Dezember 1933 über die Beteiligung des Bundes am Genossenschaftskapital der Schweizerischen Volksbank, AS 1933 975
Corporate-Governance-Bericht	Bericht des Bundesrates zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben (Corporate-Governance-Bericht) vom 13. September 2006, BBl 2006 8233 ff.
CPT, Rapport Suisse	CPT, Rapport au Conseil fédéral suisse relatif à la visite effectuée en Suisse du 10 au 20 octobre 2011, CPT/Inf (2012) 26
EBK, Jahresberichte 2002 / 2003 / 2008	EBK, Jahresberichte 2002 / 2003 / 2008, abrufbar unter < https://www.finma.ch >
EBK, Sanktionenbericht	EBK, Bericht über die Sanktionsbefugnisse in der Aufsicht über Banken, Effektenhändler und Fondsleitungen («Institutsaufsicht») und in der Überwachung der Märkte hinsichtlich Insiderdelikten, Kursmanipulationen und anderen Marktverhaltensregeln («Marktaufsicht») im Hinblick auf die Neugestaltung der Finanzmarktaufsicht, Bern 2003
EFD, Erläuternder Bericht FINMAG-VO	EFD, Verordnung zum Finanzmarktaufsichtsgesetz, Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens vom 1. Mai 2019
EFD, Erläuterungsbericht Vernehmlassung FIDLEG / FINIG	EFD, Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (FIDLEG) / Bundesgesetz über die Finanzinstitute (FINIG), Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage vom 25. Juni 2014
EFD, Muster-Anforderungsprofil Verwaltungs- bzw. Institutsrat	EFD, Muster-Anforderungsprofil für Mitglieder des Verwaltungs- bzw. des Institutsrats von verselbstständigten Organisationen des Bundes, November 2019, abrufbar unter < https://www.efv.admin.ch > → Themen → Corporate Governance → Grundlagen> (besucht am 15.8.24)
EFK, Evaluation der Wirksamkeit	EFK, Die Stiftungsaufsicht, Evaluation der Wirksamkeit der Aufsicht über die «klassischen» Stiftungen, Bericht vom 9. Februar 2017, abrufbar unter < https://www.efk.admin.ch > (besucht am 15.8.24)
EFK, Jahresbericht 2002	EFK, Jahresbericht 2002 über ihre Tätigkeit an die Finanzdelegation der eidgenössischen Räte und an den Bundesrat vom 14. März 2003, BBl 2003 6985 ff.

Materialienverzeichnis

EFV, Bemerkungen zu den Bestimmungen des Mustererlasses	EFV, Bemerkungen zu den Bestimmungen des Mustererlasses für Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht vom 1. Juli 2016, abrufbar unter < https://www.efv.admin.ch → Themen → Corporate Governance → Grundlagen> (besucht am 15.8.24)
EFV, Erläuternder Bericht zum Corporate-Governance-Bericht	EFV, Erläuternder Bericht zum Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates vom 13. September 2006, abrufbar unter < https://www.efv.admin.ch → Themen → Corporate Governance → Grundlagen> (besucht am 15.8.24)
ElCom, Markttransparenz 2021	ElCom, Markttransparenz 2021, Bern, Mai 2022, abrufbar unter < https://www.elcom.admin.ch > (besucht am 15.8.24)
ElCom, Tätigkeitsbericht 2021	ElCom, Tätigkeitsbericht 2021, Bern, Juni 2022, abrufbar unter < https://www.elcom.admin.ch > (besucht am 15.8.24)
ENSI, Aufsichtsbericht 2019	ENSI, Aufsichtsbericht 2019 zur nuklearen Sicherheit in den schweizerischen Kernanlagen, abrufbar unter < https://www.ensi.ch > (besucht am 15.8.24)
ESBK, Tätigkeitsbericht 2021	ESBK, Tätigkeitsbericht 2022, Bern, Juli 2022, abrufbar unter < https://www.esbk.admin.ch > (besucht am 15.8.24)
Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Synthesebericht	Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Evaluation gemäss Art. 59a KG, Synthesebericht der Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Bern, 5. Dezember 2008
EVD, Erläuternder Bericht Änderung KG vom 30.6.2010	EVD, Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 30.6.2010, abrufbar unter < https://www.fedlex.admin.ch → Vernehmlassungen → Abgeschlossene Vernehmlassungen → 2010> (besucht am 15.8.24)
FINMA*, Anhörungsbericht vom 6.5.2021	FINMA, Rundschreiben 2016/1 «Offenlegung – Banken» und 2016/2 «Offenlegung – Versicherer (<i>Public Disclosure</i>)» – Teilrevision, Bericht vom 6.5.2021 über die Ergebnisse der Anhörung vom 10. November 2020 bis 19. Januar 2021
FINMA, Jahresbericht 2022	FINMA, Jahresbericht 2022 vom 28. März 2023
FINMA, Jahresbericht 2019	FINMA, Jahresbericht 2019 vom 20. April 2020
FINMA, Leitlinien Enforcement	FINMA, Leitlinien zum Enforcement, 25. September 2014
FINMA, Leitlinien Finanzmarktregulierung	FINMA, Leitlinien zur Finanzmarktregulierung, 5. Dezember 2019

* Alle aufgeführten Materialien der FINMA sind online abrufbar unter <<https://www.finma.ch>>.

FINMA, Leitlinien Kommunikation	FINMA, Leitlinien zur Kommunikation, 25. September 2014
FINMA, Stellungnahme FINMAG-VO	FINMA, Stellungnahme zur Vernehmlassung über eine Verordnung zum Finanzmarktaufsichtsgesetz vom 11. Juli 2019
FINMA, Strategische Ziele 2021 bis 2024	FINMA, Strategische Ziele 2021 bis 2024, 18. November 2020
FK-N, Parlamentarische Initiative, Instrumentarium	FK-N, Parlamentarische Initiative, Parlamentarisches Instrumentarium zu den strategischen Zielen der selbstständigen Einheiten, Bericht der Finanzkommission vom 29. März 2010, BBl 2010 3377 ff.
GPK, Handlungsgrundsätze	Handlungsgrundsätze der Geschäftsprüfungskommissionen, verabschiedet am 29. August 2003 und am 4. September 2003, BBl 2015 4841 ff.
GPK, Jahresbericht 2020	Jahresbericht 2020 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 26. Januar 2021, BBl 2021 570 ff.
GPK, Jahresbericht 2018	Jahresbericht 2018 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2019, BBl 2019 2729 ff.
GPK, Jahresbericht 2002/2003	Jahresbericht 2002/2003 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 23. Januar 2004, BBl 2004 1673 ff.
GPK-N/-S, Ausserparlamentarische Kommissionen	Geschäftsprüfungskommissionen des Nationalrates und des Ständerates, Ausserparlamentarische Kommissionen, Bericht vom 22 und 31. August 1990 an die Räte über die Wiederwahlen für die Amtsperiode 1989–1992, BBl 1990 III 337 ff.
GPK-N/-S, Druck der Finanzkrise	Geschäftsprüfungskommissionen des Nationalrates und des Ständerates, Die Behörden unter dem Druck der Finanzkrise und der Herausgabe von UBS-Kundendaten an die USA, Bericht vom 30. Mai 2010, BBl 2011 3099 ff.
GPK-S, Swissmedic-Bericht	GPK-S, Probleme von Swissmedic anlässlich der Inbetriebnahme und Beurteilung der heutigen Lage, Bericht vom 25. August 2004, BBl 2005 273 ff.
GPK-S, Unabhängigkeit 2022	GPK-S, Sicherstellung der Unabhängigkeit von Aufsichts- und Regulierungsbehörden der dezentralen Bundesverwaltung: Stand der Umsetzung der Empfehlungen der GPK-S, Bericht vom 21. Oktober 2022, BBl 2022 2979 ff.

Materialienverzeichnis

GPk-S, Unabhängigkeit 2017	GPk-S, Sicherstellung der Unabhängigkeit von Aufsichts- und Regulierungsbehörden der dezentralen Bundesverwaltung, Bericht vom 9. Mai 2017, BBl 2017 4513 ff.
GPk-S, Unabhängigkeit 2015	GPk-S, Sicherstellung der Unabhängigkeit von Aufsichts- und Regulierungsbehörden der dezentralen Bundesverwaltung, Bericht vom 6. Oktober 2015, BBl 2016 1711 ff.
Interpellation Keller (17.4082)	Interpellation Keller (17.4082) «Verfassungswidrigkeit der internen Organisation der FINMA gemäss Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes» vom 13. Dezember 2017
Interpellation Leuthard (02.3762)	Interpellation Leuthard (02.3762) «Missstände bei Swissmedic?» vom 13. Dezember 2002
Interpellation Zanetti (18.3213)	Interpellation Zanetti (18.3213) «Nachfassen wegen ungenügender Beantwortung der Interpellationen 17.4022 und 17.4082» vom 15. März 2018
Interpellation Zanetti (17.4022)	Interpellation Zanetti (17.4022) «Verfassungswidrigkeit der internen Organisation der FINMA gemäss Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes» vom 6. Dezember 2017
Motion Ettlin (18.3612)	Motion Ettlin (18.3612) «Finanzmarktaufsicht soll sich auf ihren Kernauftrag fokussieren» vom 15. Juni 2018
Motion Landolt (17.3317)	Motion Landolt (17.3317) «Klare Verantwortlichkeiten zwischen Finanzmarktpolitik und Finanzmarktaufsicht» vom 4. Mai 2017
Motion WAK-N (17.3976)	Motion WAK-N (17.3976) «Gewaltentrennung in der Finanzmarktregulierung» vom 13. November 2017
Motion Wyss (10.3081)	Motion Wyss (10.3081) «Finanzkrise und UBS. Einsetzung einer PUK» vom 11. März 2010
Mustererlass	EFV, Mustererlass für Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht, Stand: 1. Juli 2016, abrufbar unter < https://www.efv.admin.ch → Themen → Corporate Governance → Grundlagen> (besucht am 15.8.24); der Mustererlass ist im <u>Anhang</u> dieser Arbeit abgedruckt
Postulat Abate (18.4274)	Postulat Abate (18.4274) «Eignerstrategie des Bundesrates für die verselbstständigten Einheiten des Bundes» vom 13. Dezember 2018
Postulat Birrer-Heimo (21.4628)	Postulat Birrer-Heimo (21.4628) «Wirksame Sanktionen der FINMA gegen fehlbare Finanzinstitute» vom 17. Dezember 2021
Postulat Caroni (15.3421)	Postulat Caroni (15.3421) «Einführung einer Regulierungsbremse» vom 5. Mai 2015

Postulat Cassis (11.3899)	Postulat Cassis (11.3899) «Freie Berufe. Stellenwert in der Volkswirtschaft?» vom 29. September 2011
Postulat de Buman (13.3282)	Postulat de Buman (13.3282) «Für eine Verbesserung der Arbeitsmethoden der FINMA» vom 22. März 2013
Postulat de Courten (12.4121)	Postulat de Courten (12.4121) «Konsequenzen der FINMA-Regulierungen auf den Finanzplatz und den Wirtschaftsstandort Schweiz» vom 12. Dezember 2012
Postulat GPK-S (04.3441)	Postulat GPK-S (04.3441) «Verwaltungsführung im dritten Kreis» vom 13. September 2004
Postulat Graber (12.4095)	Postulat Graber (12.4095) «Externe und unabhängige Beurteilung der FINMA» vom 11. Dezember 2012
Postulat Schneeberger (12.4122)	Postulat Schneeberger (12.4122) «Stopp der Bürokratieflut aus der FINMA. Für eine starke, aber effiziente FINMA» vom 12. Dezember 2012
Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich von 1888	Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, auf Grundlage des Bluntschli'schen Kommentars, erläutert durch Prof. Albert Schneider, Zürich 1888
PVK, Evaluation Unabhängigkeit	PVK, Evaluation der Unabhängigkeit von Aufsichts- und Regulierungsbehörden der dezentralen Bundesverwaltung, Bericht zuhanden der GPK-S vom 2. Februar 2015, BBl 2016 1723 ff.
RAB, Strategische Ziele 2020–2023	RAB, Strategische Ziele 2020–2023, 13. September 2019
Regulativ betreffend die Untersuchung und Begutachtung von Geheimmitteln, medizinischen Spezialitäten u.s.w.	Regulativ betreffend die Untersuchung und Begutachtung von Geheimmitteln, medizinischen Spezialitäten u.s.w., Offizielle Sammlung der seit 10. März 1831 erlassenen Gesetze, Beschlüsse und Verordnungen des Eidgenössischen Standes Zürich, Band XXVII, 3 ff.
SECO, Teilrevision KG, Bericht Vernehmlassungsverfahren	SECO, Teilrevision des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens vom 30. Juni 2010
Swissmedic**, Leistungsauftrag 2011–2015	Swissmedic, Leistungsauftrag 2011 bis 2015 vom 1. Januar 2011
Swissmedic, Leistungsvereinbarung 2016	Swissmedic, Leistungsvereinbarung 2016 vom 8. März 2016
Swissmedic, Reglement SMEC	Swissmedic, Reglement der Swissmedic Medicines Expert Committees (SMEC) vom 9. Mai 2014 (Stand: 7. März 2023)
Swissmedic, Strategische Ziele 2019–2022	Swissmedic, Strategische Ziele 2019 bis 2022, 24. Oktober 2018

** Alle aufgeführten Materialien von Swissmedic sind online abrufbar unter <<https://www.swissmedic.ch>>.

Materialienverzeichnis

Verzeichnis der Geheimmittel, Amtsblatt des Kantons Zürich 1901, 483 ff.	Verzeichnis der Geheimmittel, sogen. medizinischen Spezialitäten etc., deren Ankündigung, Verkauf und Verbreitung von der Direktion des Gesundheitswesens des Kantons Zürich verboten worden ist, 1. Juni 1901, Amtsblatt des Kantons Zürich vom Jahre 1901, 483 ff.
Vollmachtenbeschluss vom 30.8.1939	Vollmachtenbeschluss vom 30. August 1939, AS 1939 769
Vollmachtenbeschluss vom 3.8.1914	Vollmachtenbeschluss vom 3. August 1914, AS 1914 347
WEKO ^{***} , Jahresbericht 2021	WEKO, Jahresbericht 2021 vom April 2022
WEKO-Sekretariat, BEURET/ZIRLICK, Marktbeobachtungen	WEKO-Sekretariat, CARLA BEURET/BEAT ZIRLICK, Marktbeobachtungen, Bern, Präsentation vom 21. November 2022
WEKO-Sekretariat, Merkblatt Ermittlungsinstrumente	WEKO-Sekretariat, Merkblatt, Ausgewählte Ermittlungsinstrumente, 6. Januar 2016
WEKO-Sekretariat, Merkblatt Vorabklärung	WEKO-Sekretariat, Merkblatt, Der Ablauf der Vorabklärung – einfach erklärt, 19. Februar 2020

*** Alle aufgeführten Materialien der WEKO sind online abrufbar unter <<https://www.weko.admin.ch>>.

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Unabhängigkeitsrichtungen	338
Abbildung 2: Unabhängigkeitsdimensionen	339
Abbildung 3: Eingliederung von Aufsichtsbehörden (öffentlich-rechtliche Anstalten)	400
Abbildung 4: Eingliederung von Aufsichtsbehörden (Behördenkommissionen)	457
Abbildung 5: Ergebnisübersicht Evaluation Unabhängigkeit (LIENHARD/BOLZ/WÜEST-RUDIN, 41 [Tabelle 2])	473
Abbildung 6: Übersicht Aufsichtsphasen / Aufsichtsinstrumente	489
Abbildung 7: Aufsichtsrechtliche Durchsetzungsmassnahmen	571

Einleitung

I. Ausgangslage

A. Weite Verbreitung und vielfältige Verwendung des Aufsichtsbegriffs

Unterschiedliche Akteure und Tätigkeiten sind der staatlichen Aufsicht unterstellt und aufsichtsrechtliche Normen in der Gesetzgebung weitverbreitet. Das Aufsichtsrecht wird sowohl als Ergebnis zunehmend detaillierter materieller Regelungen¹ als auch als Folge von Deregulierungsprozessen verstanden.² Was bedeutet allerdings «Aufsicht», und was ist mit «Aufsichtsrecht» und «Aufsichtsverfahren» gemeint? Welche Instanzen qualifizieren sich als «Aufsichtsbehörden», und welche Kompetenzen kommen ihnen zu?

Im juristischen Sprachgebrauch fällt der Aufsichtsbegriff durch seine heterogene Verwendung in verschiedenen Zusammenhängen auf. Eine (allgemein anerkannte) Legaldefinition von «Aufsicht» findet man in der schweizerischen Gesetzgebung nicht. Vielmehr knüpfen die rechtlichen Bestimmungen oftmals an unterschiedliche Wortbedeutungen an, wenn sie den Begriff «Aufsicht» heranziehen, sodass «aufsichtsrechtliche Massnahmen», «Aufsichtsinstrumente» oder bspw. auch «die Aufsichtstätigkeit» einer Behörde je nach dem konkreten Anwendungsbereich einer Norm Unterschiedliches bedeuten können.³ Divergierende Begriffsverwendungen lassen sich u.U. sogar innerhalb ein und desselben Gesetzes feststellen.⁴ Der Aufsichtsbegriff bestätigt den berühmten Satz WITTGENSTEINS, wonach «[d]ie

¹ So etwa KAUFMANN/WEBER, 270.

² Vgl. etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 43 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 85 ff.; vgl. auch KAHL, Staatsaufsicht, 32, Fn. 197.

³ Vgl. auch BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.6 f.

⁴ Während etwa Art. 31 Abs. 1 LMG von der «Aufsicht» der amtlichen Tierärztin oder des amtlichen Tierarztes über die amtlichen Fachassistentinnen und -assistenten im öffentlichen Veterinärdienst spricht, geht es in Art. 42 Abs. 1 LMG um die staatsinterne Bundesaufsicht über den Gesetzesvollzug durch die Kantone. Schliesslich enthält Art. 55 Abs. 6 LMG eine Regelung, die die staatliche Aufsicht «über die Mitarbeit Dritter» vorsieht und sich damit an Unternehmen und Organisationen richtet, die gemäss Art. 55 Abs. 1 LMG (öffentliche) Aufgaben und Befugnisse aus dem Bereich der amtlichen Kontrollen übertragen erhalten haben.

Bedeutung eines Worts (...) sein Gebrauch in der Sprache»⁵ ist, in anschaulicher Art und Weise.

- 3 Die Aufgaben und Tätigkeiten von Aufsichtsbehörden werden darüber hinaus nicht immer als «Aufsicht» bezeichnet. Oftmals heisst es, die Aufsichtsbehörde «prüfe»⁶ oder «wache darüber»,⁷ dass die gesetzlichen Vorschriften eingehalten werden. Manchmal werden Aufsichtsbehörden zum «Schutz» eingesetzt oder zum «Einschreiten gegen Missstände».⁸ In Art. 84 Abs. 2 ZGB heisst es schlicht, die Aufsichtsbehörde habe «dafür zu sorgen, dass das Stiftungsvermögen seinen Zwecken gemäss verwendet wird». In wiederum anderen Erlassen, z.B. im Kartellgesetz, fehlt der Begriff «Aufsicht» gänzlich, obschon «aufsichtsrechtliche» Kompetenzen einer bestimmten Behörde zugewiesen werden.
- 4 Materielle Unterschiede lassen sich aus solchen Formulierungsnuancen nicht generell ableiten.⁹ Auch aus der Verwendung des Begriffs «Aufsichtsbehörde» sind keine allgemeinen Rückschlüsse auf die konkreten Befugnisse oder Pflichten solcher Gremien möglich.¹⁰ Im Einzelfall müssen vielmehr die anwendbaren Bestimmungen konsultiert werden, die das Aufsichtsverhältnis sowie die spezifisch vorgesehenen Aufsichtsinstrumente einer Regulierung zuführen, um Aufschlüsse über die konkreten Aufsichtsaufgaben und -kompetenzen der Behörden zu erhalten. Insgesamt scheint ein solcher Aufsichtsbegriff somit das Ergebnis eines zunehmend spezialisierten und fragmentierten Verwaltungsrechts zu sein. Mangels eines klar ausgeformten Rechtsbegriffs «der Aufsicht» lässt sich durchaus die Frage aufwerfen, ob es sich beim «Aufsichtsrecht» überhaupt um ein eigenes Rechtsgebiet oder eine eigenständige rechtswissenschaftliche Unterdisziplin handelt.¹¹

⁵ WITTGENSTEIN, § 43.

⁶ So Art. 72 Abs. 1 KEG; vgl. auch Art. 32 ff. KG zur «Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen» oder Art. 24 ff. FINMAG zur «Prüfung der Beaufsichtigten».

⁷ So Art. 72 Abs. 1 KEG, Art. 86 Abs. 1 RTVG, Art. 46 Abs. 1 lit. a, c und d VAG, Art. 62 Abs. 1 BVG.

⁸ Vgl. etwa Art. 46 Abs. 1 lit. f und g VAG, wonach die FINMA die Versicherten gegen Missbräuche der Versicherungsunternehmen und der Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler schützt und ausserdem gegen Missstände einschreitet, die die Interessen der Versicherten gefährden.

⁹ BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.5.

¹⁰ BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.7.

¹¹ Vgl. so auch HECKER, 9 ff. für die sog. Wirtschaftsaufsicht; vgl. auch KAHL, Staatsaufsicht, 11 f. m.w.H., wonach sich (auch) die sog. Staatsaufsicht (zu Staats- und Wirtschaftsaufsicht vgl. hinten N 62 ff.) durch «terminologisches Chaos und Beliebigkeit einerseits sowie durch eine weitgehend unreflektierte Historizität andererseits» aus-

B. Harmonisierungstendenzen

Der heterogenen, verbreiteten Begriffsverwendung stehen allerdings unterschiedliche Bestrebungen gegenüber, die seit geraumer Zeit darauf hinwirken, das Gefüge «des Aufsichtsrechts», oder zumindest ausgewählte Aspekte davon, systematisch zu erfassen, zu ordnen und auch rechtsgebietsübergreifend zu vereinheitlichen.¹²

Nennen lässt sich etwa der Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates vom 13. September 2006, der in Weiterentwicklung des sog. Vier-Kreise-Modells versuchte,¹³ einheitliche Kriterien für die Auslagerung von Aufgaben an verselbstständigte Einheiten des Bundes aufzustellen sowie Grundsätze für deren rechtliche Verfassung und Steuerung festzulegen.¹⁴ Als Ausgangspunkt diente eine Aufgabentypologie, die die von der Bundesverwaltung bzw. von den verselbstständigten Verwaltungseinheiten des Bundes erfüllten Aufgaben idealtypisch nach auslagerungs- und steuerungsrelevanten Eigenschaften zu erfassen versuchte und dabei insb. die Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht einer eigenen Kategorie zuführte.¹⁵ Zusätzlich wurden Leitsätze formuliert (inzwischen sind es 37 an der Zahl), die bei der Ausgestaltung, Steuerung und Kontrolle von entsprechend verselbstständigten Einheiten des Bundes – und damit auch von «Aufsichtsbehörden» – seither als Richtlinien berücksichtigt werden.¹⁶ Ausserdem

zeichne. Gemäss SCHAUB ist Aufsicht «also, anders etwa als «Kauf» im Schuldrecht, nicht ein Gesetzessbegriff, sondern ein Begriff, der von der Rechtswissenschaft an den Rechtsstoff herangetragen wird» (SCHAUB, 13).

¹² Ähnlich wie Versuche, «das Verwaltungsrecht» als Teil eines überlegten Systems zu begreifen und in ein «geordnetes Gefüge» zu bringen, wie es bspw. TSCHANNEN (Systeme) wagte, lassen sich solche Bemühungen als Gegenteilstendenzen gegen die im öffentlichen Recht wirkenden Zentrifugalkräfte begreifen.

¹³ Das Modell wurde vom Bundesrat im Zusammenhang mit dem Projekt FLAG (Führen mit Leistungsauftrag und Globalbudget) zur Einführung von New Public Management (NPM) erarbeitet und in der Folge mehrfach angepasst (vgl. dazu BR, Evaluationsbericht FLAG, BBl 2002 3538 ff.; Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8248 ff.; vgl. dazu auch hinten N 597 f.).

¹⁴ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8241. In der Folge wurden die Arbeiten laufend weiterentwickelt. Dazu hinten N 599 ff. sowie insb. N 601 f.

¹⁵ Daneben wurden die Aufgabentypen der Ministerialaufgaben, der Dienstleistungen mit Monopolcharakter und der Dienstleistungen am Markt unterschieden (vgl. Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8258 ff. zur Bildung der Aufgabentypen sowie 8262 ff. zu den Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht; vgl. dazu auch hinten N 600).

¹⁶ Die Leitsätze sind abrufbar unter <<https://www.efv.admin.ch> → Themen → Corporate Governance → Grundlagen> (besucht am 15.8.24). Zu den Leitsätzen vgl. auch hinten N 601 f.

wurde (u.a.) ein Mustererlass «für Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht» entwickelt,¹⁷ der eine Art Vorlage für eine leitsatzkonforme Ausgestaltung der Aufsichtsgesetze auf Bundesebene zur Verfügung stellt.¹⁸ Er ist dieser Arbeit als Anhang beigelegt.¹⁹ Wie im Rahmen dieser Untersuchung aufzuzeigen sein wird, ist eine harmonisierende Wirkung dieser Hilfsmittel sowohl auf die Wahl der Rechtsform als auch auf die interne Ausgestaltung von Aufsichtsbehörden nicht ausgeblieben.²⁰

- 7 Vereinheitlichung wurde auch seitens der Geschäftsprüfungskommission des Ständerats (GPK-S) gefordert, die sich im Jahre 2013 der Thematik der Sicherstellung der Unabhängigkeit von «Aufsichts- und Regulierungsbehörden der dezentralen Bundesverwaltung» annahm. Seither brachte sie wiederholt – zuletzt in ihrem Abschlussbericht vom Oktober 2022 – deutlich zum Ausdruck, dass insb. eine Harmonisierung der Unabhängigkeitsvorschriften in den Spezialgesetzen nötig sei und es dafür auch der Ausarbeitung eines Gesamtkonzepts bedürfe.²¹ In ihrem Abschlussbericht äusserte sie sich darüber hinaus sogar kritisch zur Tatsache, dass Aufsichtsbehörden aktuell in unterschiedlichen Rechtsformen organisiert sind.²²
- 8 Selbst die Gerichte scheuen sich nicht davor, in ihren Erläuterungen zu Fragestellungen, die ein spezifisches Aufsichtsrechtsverhältnis betreffen, aufsichtsbereichsübergreifend zu argumentieren und in ihren Erwägungen entsprechende Hinweise anzubringen: Als das Bundesgericht etwa mit der Frage konfrontiert war, ob sich die UBI als «Gericht» i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK qualifizieren lasse, verwies es u.a. auf seine Rechtsprechung zu anderen weisungsunabhängigen Behördenkommissionen, die es nicht als «Gerichte» in diesem Sinne eingestuft hatte. Es nannte die WEKO, die ComCom sowie die frühere EBK bzw. die heutige FINMA.²³

¹⁷ Auch die Mustererlasse sind abrufbar unter <<https://www.efv.admin.ch> → Themen → Corporate Governance → Grundlagen> (besucht am 15.8.24).

¹⁸ Dazu hinten N 602.

¹⁹ Vgl. hinten S. 939 ff.

²⁰ Dazu hinten insb. N 916 ff. und N 923 ff.

²¹ Vgl. etwa GPK-S, Unabhängigkeit 2015, BBl 2016 1717 (Empfehlung 2); GPK-S, Unabhängigkeit 2017, BBl 2017 4515 ff.; sowie zuletzt GPK-S, Unabhängigkeit 2022, BBl 2022 2979, 17, 28 f. und 29 f. Dazu hinten N 948 ff.

²² GPK-S, Unabhängigkeit 2022, BBl 2022 2979, 23 f. und 30.

²³ BGE 138 I 154, E. 2.7. Der Verweis auf die FINMA erstaunte besonders angesichts der Tatsache, dass es sich bei der FINMA ja um eine selbstständige öffentlich-rechtliche Anstalt handelt (vgl. Art. 5 Abs. 1 FINMAG). Vgl. zu diesem Entscheid auch hinten N 537 f.

Aufführen lässt sich auch ein Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts, in dem es um eine Amtspflichtverletzung des EDI als Stiftungsaufsichtsbehörde ging, das Gericht für seine Begründung jedoch auf Präjudizien verwies, die sich mit der Stiftungsaufsicht kaum vergleichen liessen:²⁴ Die genannten Bundesgerichtsentscheide befassten sich einerseits mit einer Amtspflichtverletzung in Auslieferungsfragen durch das Bundesamt für Justiz,²⁵ andererseits mit der Aufsicht eines Kantons über eine Gemeinde.²⁶ Ein eigenes Urteil des Gerichts, das es ebenfalls anführte, betraf die Finanzmarktaufsichtsausübung durch die damalige EBK.²⁷ In der Logik des Gerichts schien der gemeinsame Nenner «Aufsichtsrecht» ein solches Vorgehen zu rechtfertigen. Dass die zitierten Entscheide ganz unterschiedliche Rechtsbereiche und Rechtsverhältnisse betrafen, kümmerte das Gericht offenbar wenig.

Die Lehre thematisiert solche Vereinheitlichungstendenzen ebenfalls und versucht immer wieder, spezifische Aspekte des «Aufsichtsrechts» rechtsgebietsübergreifend zu erfassen. Insgesamt äussert sie sich aber eher zurückhaltend und befürchtet allzu weit gehende Harmonisierungsbestrebungen.²⁸ Ausdrücklich zur Vorsicht mahnt etwa BIAGGINI, wenn es um die «Übertragung von Erkenntnissen oder Argumenten aus dem einen Aufsichtsbereich in einen anderen» gehen soll, auch wenn man dies «aus einer rechtssystematischen Perspektive» bedauern mag: «Kurzfristig dürfte sich daran kaum etwas ändern lassen. Ausgangspunkt für die Beantwortung von Einzelfragen muss die Auseinandersetzung mit den Aufsichtsaufgaben und -befugnissen gemäss der spezifischen Gesetzgebung sein.»²⁹

In diesem Sinne finden sich in der juristischen Fachliteratur v.a. Beiträge zu spezifischen «Aufsichtsrechtsbereichen» (so z.B. zur Finanzmarktaufsicht) oder zu aufsichtsrechtlichen Aspekten bestimmter Rechtsbereiche (etwa zu Rolle und Funktion der Wettbewerbskommission oder der Stiftungsaufsichtsbehörden). Demgegenüber scheinen sich Autorinnen und Autoren insgesamt eher zurückzuhalten, «Aufsichtsrecht» als solches oder «die staatliche Aufsicht über private

²⁴ Vgl. Urteil BVGer, A-798/2014, 14.10.2014, E. 7.5.1.

²⁵ Urteil BGer, 2C_834/2009, 19.10.2010.

²⁶ Urteil BGer, 2C.4/2000, 3.7.2003.

²⁷ Urteil BVGer, A-2526/2011, 7.8.2012.

²⁸ Vgl. etwa zu organisationsrechtlichen Harmonisierungsbestrebungen STÖCKLI, Organisatorische Fragen, 151; HÄNER, Organisationsrecht, N 28.49; BIAGGINI, Behördenorganisation, 44 f. Dazu auch hinten N 936.

²⁹ BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.7.

Akteure der Wirtschaft» einer eigenen, eingehenden Studie zuzuführen.³⁰ Die vorliegende Untersuchung knüpft hier an und versucht, diese Lücke zu schliessen.

II. Untersuchungsgegenstand

A. Erkenntnisziel und Methode

- 12 Basierend auf der Studie ausgewählter aufsichtsrechtlicher Normen des schweizerischen Rechts und der daran anknüpfenden Lehre und Rechtsprechung verfolgt die vorliegende Untersuchung das Ziel, eine Synthese der staatlichen Aufsicht über private Akteure der Wirtschaft zu entwickeln und einer rechtsgebietsübergreifenden Dogmatik zuzuführen. Zu diesem Zweck werden Grundsätze und gemeinsame Regelungsansätze aus unterschiedlichen aufsichtsrechtlichen Vorschriften «induktiv» herausdestilliert und auf einem höheren Abstraktionsniveau betrachtet, um sie in den grösseren Kontext des Staats- und Verwaltungsrechts einordnen zu können.³¹
- 13 Die vorgenommene Gesamtbetrachtung und der darauf aufbauende Ordnungsversuch schaffen einen Überblick über den untersuchten Bestand des «Aufsichtsrechts». Dieser Bestandesaufnahme kommt an sich bereits ein Erkenntniswert zu. Überdies werden die juristische Systembildung und die rechtsdogmatische Erfassung unterschiedlicher Aspekte und Problemkreise des Aufsichtsrechts unterstützt. Die Untersuchung eines breiten Spektrums ermöglicht es, auf Gemeinsamkeiten der unterschiedlichen Aufsichtsbereiche und ihrer normativen Vorgaben hinzuweisen sowie auf Besonderheiten differenziert aufmerksam zu machen. Auf dieser Grundlage können Zusammenhänge aufgezeigt werden, die grundsätzliche

³⁰ Verweisen lässt sich allerdings auf das Kapitel «Aufsichtsrecht» von BIAGGINI im Fachhandbuch Verwaltungsrecht (hrsg. von BIAGGINI/HÄNER/SAXER/SCHOTT, Zürich/Basel/Genf 2015, 781 ff. [Kapitel 19], zit. BIAGGINI, Aufsichtsrecht), in dem ein wertvoller Überblick über Grundbegriffe und Grundfragen des Aufsichtsrechts gegeben wird. Auch zu nennen ist etwa der von HÄNER/WALDMANN herausgegebene Tagungsband zum 7. Forum für Verwaltungsrecht unter dem Titel «Staatliche Aufsicht über die Wirtschaft und ihre Akteure», der wichtige und weiterführende Beiträge enthält, ebenso wie der von BELLANGER/TANQUEREL herausgegebene Sammelband «Les autorités administratives indépendantes» (Zürich/Basel/Genf 2011). Weitere Untersuchungen zum Thema befassen sich v.a. mit bestimmten Aspekten der Aufsicht, bspw. mit der Staatshaftung oder dem Legalitätsprinzip.

³¹ Es gelangt damit eine Methode zur Anwendung, die (im Gegensatz zum Verfahren der Deduktion) etwa in der Rechtsetzung oder auch in der Rechtswissenschaft verwendet wird, um aus Einzelfall Erfahrungen allgemeingültige Regeln oder Fallgruppen abzuleiten (vgl. dazu etwa FORSTMOSER/VOGT, § 1 N 8 ff.).

Fragestellungen zum Konzept des Aufsichtsrechts zutage treten lassen und damit auch Ansatzpunkte für künftige Forschungsarbeiten sein können.

Im Rahmen dieser Untersuchung geht es nicht darum, eine Vereinheitlichung des Aufsichtsrechts «herbeizuformulieren» bzw. von einer einheitlichen juristischen Kategorie «des Aufsichtsrechts» mit eigenen Gesetzmässigkeiten auszugehen, wo eine solche nicht etabliert ist. Die vorliegende Untersuchung anerkennt vielmehr, dass es zahlreiche unterschiedliche Aufsichtsrechtsverhältnisse gibt, die mal mehr und mal weniger Parallelitäten und Unterschiede aufweisen.³² Wenn im Folgenden die Rede von «Aufsicht» und/oder «Aufsichtsrecht» ist, wird mit anderen Worten bewusst von einer Arbeitshypothese ausgegangen.

Selbstverständlich beabsichtigen die nachfolgenden Ausführungen auch nicht, die staatliche Aufsicht über private Akteure der Wirtschaft vollständig darzustellen. Der weite Fokus dieser Untersuchung, der materiell-rechtliche, organisationsrechtliche ebenso wie verfahrensrechtliche Aspekte der Thematik beleuchtet, bringt es mit sich, dass manche Themenkreise tiefer untersucht werden als andere und sich auch gewisse Unschärfen nicht gänzlich vermeiden lassen. Mit dem Ziel, eine sachbereichsübergreifende Gesamtschau abzubilden, gehen automatisch Verallgemeinerungen einher, auch wenn versucht wird, wo möglich, Besonderheiten ausgewählter Rechtsbereiche zu berücksichtigen. Zudem muss eine Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands vorgenommen werden und damit auch eine Klärung des dieser Untersuchung zugrunde liegenden Aufsichtsbegriffs.

B. Eingrenzungen

Die staatliche Aufsicht über private Akteure der Wirtschaft gibt als Gegenstand der vorliegenden Untersuchung die öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehung vor, die nachfolgend vertieft wird.³³ Das Aufsichtsrecht interessiert im Rahmen dieser Untersuchung als Berührungspunkt und Verbindungsstelle zwischen den beiden als getrennt wahrgenommenen Sphären «Staat» und «Private», «Staat» und «Gesellschaft» bzw. «Staat» und «Wirtschaft». Entsprechend bleiben gewisse Aufsichtsformen aus den nachfolgenden Ausführungen ausgeklammert:

Nicht vertieft wird die staatsinterne Aufsicht und somit (i) die Aufsicht des Bundes über die Kantone sowie (ii) die Aufsicht der Kantone über die Gemeinden

³² KAHL spricht auch von einem «bunte[n] Aufsichtspluralismus» (KAHL, Staatsaufsicht, 383).

³³ Dazu hinten N 31 ff.

und über vergleichbare eigenständige Körperschaften.³⁴ Auf die (iii) vom Bundesrat wahrgenommene Aufsicht über die Bundesverwaltung und andere Träger von Bundesaufgaben sowie (iv) die parlamentarische Obergaufsicht wird nur am Rande eingegangen, und zwar mit Blick auf die Ausübung der Aufsicht über die hier interessierenden Aufsichtsbehörden.³⁵ Auch der formlose Rechtsbehelf der Aufsichtsbeschwerde (v), mit der sich Verfügungen und andere Handlungen von Verwaltungsbehörden bei deren (staatsinternen) Aufsichtsbehörden nach Art. 71 VwVG beanstanden lassen, wird nachfolgend nicht weiter untersucht.

- 18 Abgrenzungsfragen werden aufgeworfen, wenn die Behörden zur Erfüllung ihrer Aufsichtsaufgaben «Private» beiziehen.³⁶ Die Konturen zwischen «Staat» und «Privaten» werden auch verwischt, wenn gesellschaftliche Aufgaben «entstaatlicht» bzw. «privatisiert» werden, mithin Verwaltungsträger z.B. privatrechtliche Organisationsformen annehmen, gemischtwirtschaftliche Unternehmen gegründet oder Verwaltungsaufgaben auf Private übertragen werden.³⁷ Regelmässig werden solche Akteure beaufsichtigt.³⁸ Für die Zwecke dieser Untersuchung stellt sich dann die Frage nach ihrer «Privatheit» bzw. «Staatlichkeit». Werden sie grundsätzlich dem Gemeinwesen zugeordnet,³⁹ stehen solche Aufsichtsverhältnisse nicht im Hauptfokus dieser Studie. Sie lassen sich allerdings auch nicht ganz aus dem Untersuchungsgegenstand ausklammern. Folgende Differenzierungen sind nötig:

³⁴ Dazu hinten N 32 ff.

³⁵ Dazu hinten N 777 ff. sowie N 907 ff.

³⁶ Dazu hinten etwa N 40 ff. sowie N 372 f. m.w.H. und N 719 ff. (zum Einbezug privater Experten und Hilfspersonen in die Aufsichtstätigkeit von Aufsichtsbehörden in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Anstalten).

³⁷ Für einen Überblick über sog. öffentliche Unternehmen und beliebige Private vgl. etwa TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 228 ff.; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, 190 ff.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 18 N 31 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1707 ff., 1806 ff. sowie N 1817 ff.

³⁸ Die staatliche Aufsicht ist sogar eine der Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit von einer zulässigen Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf Private ausgegangen wird (dazu hinten N 41 sowie N 371).

³⁹ Vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. e VwVG, wonach als «Behörden» auch «andere Instanzen oder Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung» gelten, «soweit sie in Erfüllung ihnen übertragener öffentlich-rechtlicher Aufgaben des Bundes verfügen». – Aus der Lehre vgl. dazu etwa ELSEY, 5 ff. und insb. 7 ff.; RÜTSCHKE, Öffentliche Aufgaben, 162; eingehend, insb. mit Blick auf den Anwendungsbereich von Art. 35 Abs. 2 BV, DÉFAGO GAUDIN, Autonomie, 258 ff. m.w.H.; zurückhaltend äussert sich hingegen JAAG, Mehr oder weniger Staat?, 630.

Im Rahmen dieser Studie nicht vertieft wird die Aufsicht über spezialgesetzliche 19
 Aktiengesellschaften,⁴⁰ die in der Lehre mehrheitlich dem Gemeinwesen zuge-
 ordnet werden,⁴¹ wie etwa die Post AG,⁴² die Swisscom AG,⁴³ die SBB AG⁴⁴ oder
 die Schweizerische Nationalbank.⁴⁵ Demgegenüber berücksichtigt diese Unter-
 suchung Normen, die der Aufsichtsausübung über gewisse Infrastruktur- und
 Versorgungsbetriebe zugrunde liegen, wie etwa das Eisenbahngesetz (EBG), das
 Stromversorgungsgesetz (StromVG), das Kernenergiegesetz (KEG) sowie das
 Bundesgesetz über das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat (ENSIG),
 das Fernmeldegesetz (FMG) und das Bundesgesetz über Radio und Fernsehen
 (RTVG). Somit wird auch auf die Aufsicht über Eisenbahnunternehmen, Kern-
 kraftwerke (bzw. deren Betreibergesellschaften), Fernmelde- sowie Rundfunkan-
 bieter einzugehen seien – i.d.R. Akteure in privatrechtlicher Organisationsform,
 deren «reine Privatheit» jedoch insb. aufgrund ihrer Aufgaben, u.U. aber auch
 aufgrund einer Kapitalbeteiligung des Staates oder der Entsendung einer Staats-
 vertretung in die Organe der Gesellschaft in Frage gestellt werden kann.

Generell kann es sich als nützlich erweisen, hilfsweise einen vergleichenden Blick 20
 auf die Praxis und ausgewählte Literatur zu weiteren Aufsichtsrechtskonstellationen
 zu werfen, insb. um Einzelfälle zu lösen oder einer genaueren Analyse zuzuführen.
 Wie aufzuzeigen sein wird, haben im Übrigen sowohl die «staatsinterne» als auch
 die «staatsexterne Aufsicht» mit dem «*ius supremæ inspectionis*» einen gemeinsa-
 men Ausgangspunkt, auf dessen Grundlage sie sich historisch entwickelt haben.⁴⁶

Anzufügen bleibt, dass die vorliegende Arbeit primär auf der schweizerischen 21
 Rechtslage basiert und sich vorwiegend auf die Aufsichtsrechtsverhältnisse auf
 Bundesebene konzentriert. Nicht im Vordergrund stehen hingegen kantonale so-
 wie kommunale Aufsichtsmechanismen, würde ihr Einbezug doch den Rahmen

⁴⁰ Zu den spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften vgl. etwa TSCHANNEN/MÜLLER/
 KERN, N 242 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1695 ff.; MOOR/BELLANGER/
 TANQUEREL, 320 ff.

⁴¹ Vgl. dazu etwa TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 244 m.w.H.; HÄFELIN/MÜLLER/
 UHLMANN, N 1696; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, 323 (auf Französisch werden die
 spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften denn auch als «*sociétés anonymes de droit
 public*» bezeichnet).

⁴² Art. 2 Abs. 1 POG.

⁴³ Art. 2 Abs. 1 TUG.

⁴⁴ Vgl. Art. 2 Abs. 1 SBBG. Vereinzelt kommen im Rahmen dieser Untersuchung aller-
 dings die Kompetenzen der RailCom zur Sprache.

⁴⁵ Art. 1 Abs. 1 NBG.

⁴⁶ Vgl. dazu hinten N 183 ff.; vgl. so auch BULLINGER, 275 ff. sowie 323 f. (Leitsätze 4 bis 7).

dieses Werks sprengen. Dadurch soll jedoch keineswegs der Eindruck vermittelt werden, dass die staatliche Aufsicht über Private ausschliesslich auf der Stufe des Bundes stattfinden würde – das wäre falsch.

- 22 Abschliessend sei noch der Hinweis angebracht, dass bewusst eine möglichst genderneutrale Sprache gewählt wurde. Wo dies nicht möglich war, beziehen sich die verwendeten Personenbezeichnungen – sofern nicht anders kenntlich gemacht – selbstverständlich jeweils auf alle Geschlechter.

III. Gliederung

- 23 Die Untersuchung ist in vier Teile gegliedert:
- 24 Im *ersten Kapitel* wird versucht, in einem ersten Abschnitt (§ 1), die «staatliche Aufsicht über private Akteure der Wirtschaft» begrifflich genauer zu fassen. Für eilige Leserinnen und Leser eignet sich die Lektüre dieses ersten Unterkapitels besonders, um einen Überblick über wesentliche Merkmale des untersuchten Aufsichtsverhältnisses zu erhalten. Die Grundzüge des hier verwendeten Aufsichtsbegriffs basieren auf z.T. vor langer Zeit geleisteten begrifflichen Vorarbeiten v.a. in der Literatur.⁴⁷ Die Konturen des verwendeten Aufsichtsbegriffs werden ausserdem durch ein «Hin- und Herwandern des Blicks»⁴⁸ «induktiv»⁴⁹ aus der Untersuchung aufsichtsrechtlicher Normen verifiziert und geschärft. In einem zweiten Abschnitt (§ 2) wird auf die historische Entwicklung des Aufsichtsrechts und damit auch des ihm zugrunde liegenden Aufsichtsbegriffs eingegangen. Wie sich zeigt, lassen sich Vorläufer des Aufsichtsrechts bis in die Frühe Neuzeit zurückverfolgen und liegen z.T. heute noch unserem Verständnis von und unseren Erwartungen an staatliche Aufsicht zugrunde. Ein dritter Abschnitt (§ 3) geht schliesslich auf aus-

⁴⁷ Angespielt wird damit auf das Werk «Die Reichsaufsicht» von TRIEPEL aus dem Jahre 1917 (vgl. dazu hinten insb. N 81). Zudem wird in § 1 an die wertvolle Übersicht über das Aufsichtsrecht von BIAGGINI (vgl. Fn. 30 vorne) angeknüpft.

⁴⁸ ENGISCH beschrieb mit der Formulierung des «Hin- und Herwandern[s] des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt» (ENGISCH, 15) die Methode der Rechtsanwendung in der Praxis, wonach einerseits der konkret vorliegende Sachverhalt anhand der anzuwendenden Norm festgestellt wird und dadurch oftmals an Konturen gewinnt und andererseits die möglicherweise anzuwendenden Rechtsnormen mit Blick auf den konkreten Sachverhalt gewählt werden (vgl. dazu etwa SEILER, Einführung, 210; P. KOLLER, 188 ff.; TSCHENTSCHER, 79 ff.).

⁴⁹ Oder in den Worten SCHAUBS: «[D]ie Tatbestände der Rechtswirklichkeit werden geordnet und kritisch gesichtet, und als Resultat dieser Tätigkeit kristallisiert sich dann der gesuchte Begriff (...) heraus» (SCHAUB, 13).

gewählte Einflüsse ein, die das Aufsichtsrecht der Gegenwart besonders prägen. Dabei wird ein besonderer Fokus auf das transnationale Aufsichtsrecht gelegt.

Im *zweiten Kapitel* werden die Aufsichtsbehörden näher beleuchtet. Zu diesem Zweck wird zunächst ihre Tätigkeit innerhalb der Gewaltentrias des modernen Staates eingeordnet (§ 1). Im Vordergrund stehen dabei Fragen zu den oftmals sehr weitgehenden Kompetenzen der Behörden, die auch Aufgaben der Rechtsetzung und der Rechtsprechung umfassen. Sodann wird in § 2 auf die organisationsrechtliche Ausgestaltung der aufsichtsausübenden Instanzen eingegangen und ihre Unabhängigkeit diskutiert. Dabei stehen die dezentralen Aufsichtsbehörden im Rahmen eines Behördenvergleichs besonders im Fokus. 25

Das *dritte Kapitel* hat verschiedene Aufsichtsmechanismen und -instrumente zum Gegenstand und versucht, diese dogmatisch zu systematisieren (§ 1). Herausgegriffen werden insb. Fragen rund um ihre gesetzlichen Grundlagen und den durch das Verhältnismässigkeitsprinzip abgesteckten Rahmen ihrer Zulässigkeit (§ 2) – verfassungsrechtliche Fragestellungen, die trotz ihrer Abstraktheit in der Praxis regelmässig angerufen werden, wenn z.B. auf dem Rechtsweg gegen Aufsichts-massnahmen vorgegangen wird. 26

Im *vierten Kapitel* wird schliesslich das Aufsichtsverfahren – sowohl das nicht-streitige als auch das Streitige – untersucht (§ 1 und § 2). Der Problematik des informellen Verwaltungshandelns wird ein besonderer Abschnitt gewidmet, ebenso der Thematik der gerichtlichen Überprüfbarkeit von Aufsichtsentscheiden. Schliesslich wird auf die Verfahrensgarantien im (nichtstreitigen) Aufsichtskontext näher eingegangen (§ 3). 27

Abgerundet wird die Untersuchung mit einer Zusammenfassung der Forschungsergebnisse. 28

Erstes Kapitel: Aufsichtsbegriff

§ 1 Wesentliche Merkmale der staatlichen Aufsicht über private Akteure der Wirtschaft

I. Überblick

Zu den wesentlichen Merkmalen des in dieser Untersuchung verwendeten Aufsichtsbegriffs gehören: 29

- das öffentlich-rechtliche (Aufsichts-)Rechtsverhältnis zwischen der staatlichen Aufsicht einerseits und den beaufsichtigten Privaten andererseits,⁵⁰
- die mit der Aufsicht verfolgten Zwecke⁵¹ sowie
- die Tätigkeit der beaufsichtigenden Instanzen.⁵²

Diese Aspekte werden nachfolgend näher beleuchtet.

Ferner ist die hier analysierte staatliche Aufsicht über private Akteure der Wirtschaft von weiteren, scheinbar «wesensverwandten» Formen staatlicher Einflussnahme auf Private – der Kontrolle, Überwachung, Regulierung und (Wirtschafts-) Lenkung sowie Steuerung – abzugrenzen mit dem Ziel, dem Aufsichtsbegriff 30
deutlichere Konturen zu verleihen.⁵³ Ziel ist es, einen Aufsichtsbegriff zu verwenden, der zum einen weit genug ist, um keine für die vorliegende Arbeit interessierenden Konstellationen auszublenden. Zum anderen sollte der Aufsichtsbegriff für die Zwecke dieser Untersuchung genügend klar und bestimmt sein, um «die Aufsicht» fassen und von anderen Bereichen und Funktionen des Verwaltungsrechts unterscheiden zu können.

⁵⁰ Dazu sogleich N 31 ff.

⁵¹ Dazu hinten N 72 ff.

⁵² Dazu hinten N 104 ff.

⁵³ Dazu hinten N 121 ff.

II. (Aufsichts-)Rechtsverhältnis

A. Staatliche Aufsicht

- 31 Staatliche Aufsicht wird auf den unterschiedlichen Ebenen des föderalistischen Bundesstaates und von sämtlichen Staatsgewalten in der einen oder anderen Form ausgeübt. Trotz des im deutschen Sprachgebrauch gemeinsam verwendeten (Ober-)Begriffs «Aufsicht» unterscheiden sich die dadurch angesprochenen Rechtsverhältnisse:
- 32 – Mit der sog. Bundesaufsicht wird etwa die Rechtsaufsicht⁵⁴ des Bundes gegenüber den Kantonen angesprochen, die in Art. 49 Abs. 2 BV ihre verfassungsrechtliche Verankerung findet.⁵⁵
- 33 – Die Aufsicht der Kantone über die Gemeinden (sog. Gemeindeaufsicht) ist in den kantonalen Verfassungen vorgesehen.⁵⁶
- 34 – Auf Bundesebene beaufsichtigt sodann der Bundesrat die Bundesverwaltung und die anderen Trägerinnen und Träger von Bundesaufgaben.⁵⁷

Die Aufsichtsausübung über die Verwaltung lässt sich unterscheiden in die sog. *Dienstaufsicht* einerseits sowie die sog. *Verbands-* oder *Organisationsaufsicht* andererseits. Während die Dienstaufsicht grundsätzlich nur innerhalb eines hierarchisch organisierten Verwaltungsträgers spielt (innerhalb der Zentralverwaltung oder innerhalb eines Trägers der dezentralen Verwaltung), bezieht sich die Verbands- oder Organisationsaufsicht auf das Verhältnis des Gemeinwesens zu den Trägern seiner dezentralen Verwaltung als solchen. Auch umfangmässig bestehen Unterschiede zwischen diesen beiden Aufsichtsformen: Die Dienstaufsicht umfasst den gesamten Aufgabenbereich der beaufsichtigten Einheit oder Person und bezieht auch Angemessenheitsfragen mit ein. Demgegenüber ist die Verbands- oder Organisa-

⁵⁴ Dazu hinten N 80 ff.

⁵⁵ Vgl. dazu etwa BSK BV-WALDMANN, Art. 49 N 32 ff.; SCHWEIZER, N 22 ff.; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Vol. I, N 1146 ff.; vgl. auch BIAGGINI, Theorie und Praxis, 134 ff. zur Bundesaufsicht als Instrument zur Wahrung der Einheit des Verwaltungshandelns. – Die Bundesaufsicht über die Kantone wurde schon früh als Gegenstand des Schweizerischen Bundesstaatsrechts thematisiert. Vgl. etwa FLEINER/GIACOMETTI, § 12 (S. 127 ff.); vgl. auch SCHAUB.

⁵⁶ Zur Aufsicht über die Gemeinden vgl. etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1947 ff.; DÉFAGO GAUDIN, Gouvernement, N 44 m.w.H. insb. auch auf die einschlägigen kantonalen Verfassungsbestimmungen.

⁵⁷ Vgl. Art. 187 Abs. 1 lit. a BV i.V.m. Art. 8 Abs. 3 und 4 RVOG und Art. 24 ff. RVOV.

tionsaufsicht grundsätzlich auf eine Rechtsaufsicht reduziert und sieht insb. von Leitungs- und Weisungsbefugnissen ab.⁵⁸

- Der Bundesversammlung kommt die Oberaufsicht über den Bundesrat, die Bundesverwaltung sowie die eidgenössischen Gerichte und die anderen Träger von Aufgaben des Bundes zu.⁵⁹ Dazu gehören namentlich auch die hier interessierenden Aufsichtsbehörden.⁶⁰ 35
- Auch die Justiz nimmt im Rahmen ihrer Rechtsschutzaufgaben gewisse Kontrollaufgaben wahr, wenn sie – wie die Aufsicht auch – die Einhaltung des Rechts zu gewährleisten sucht.⁶¹ 36

Während es sich bei diesen Aufsichtsformen um verschiedene Ausprägungen der staatsinternen Aufsicht handelt,⁶² richtet sich der Fokus dieser Untersuchung auf die seitens der *Bundesverwaltung* (und damit der Exekutive)⁶³ ausgeübte Aufsicht *über Private*.⁶⁴ Angesprochen wird damit eine staatsexterne⁶⁵ Aufsichtsausübung. Sie ist für beide Seiten zwingender Natur: Weder kann sich eine Behörde auf den Standpunkt stellen, sie wolle einen bestimmten Beaufsichtigten nicht beaufsichtigen, noch können die Beaufsichtigten vorbringen, sie bräuchten keine Aufsicht.⁶⁶ 37

⁵⁸ Zur Organisations- oder Verbandsaufsicht sowie Dienstaufsicht vgl. bereits GYGI, 73 f.; vgl. auch TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 138; TSCHANNEN, Systeme, N 60 und 66 sowie N 329 f.; ELSE, 110 f.; DUBÉY/ZUFFEREY, N 41; HÄNNI/StÖCKLI, 1798; SCHULTHESS/WIEDERKEHR, 202 f.; KARLEN, Verwaltungsrecht, 140, 143 und 154; MÜLLER/FRIEDERICH, 91 ff. insb. mit Blick auf die kantonale Rechtslage; vgl. auch generell zum Unterschied zwischen einem verwaltungsinternen Aufsichtssystem und einem hierarchischen System KNAPP, Bd. I, N 4 ff. – Die beiden Aufsichtsformen kommen auch in Kapitel II zur Sprache (N 618 sowie N 777 m.w.H.).

⁵⁹ Art. 169 Abs. 1 BV. Vgl. allgemein dazu etwa EHRENZELLER, N 25 f.; vgl. auch K. EHRENZELLER, SG-Kommentar BV, Art. 169 N 1 ff.; BSK BV-HÄGGI FURRER/MERKER, Art. 169 N 1 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1724 ff.

⁶⁰ Dazu hinten N 812 ff. sowie N 914.

⁶¹ Vgl. so auch MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, 374; KAHL, Kontrolle, § 45 N 143 ff., der allerdings nicht von einer Aufsichts-, sondern einer Kontrollausübung durch die Gerichte spricht. Zur Abgrenzung zwischen Aufsicht und Kontrolle vgl. hinten N 122 ff.

⁶² Vgl. zu dieser Begriffsverwendung etwa VOISARD, N 85 ff.

⁶³ Dazu hinten N 400 ff.

⁶⁴ Dazu hinten N 39 ff.

⁶⁵ Zur «*surveillance externe*» vgl. etwa VOISARD, N 89 f.

⁶⁶ So zur Stiftungsaufsicht JAKOB, Grundlagen und Entwicklungen, 11.

- 38 Unterschiedlich ausgestaltete Verwaltungseinheiten sind auf Bundesebene mit Aufsichtsaufgaben betraut.⁶⁷ Oftmals sind die Aufsichtsbehörden fachlich spezialisiert und übernehmen Aufsichtsaufgaben für eine bestimmte Branche. Wie aufzuzeigen sein wird, sind ihre Zusammensetzung und Organisation sachbereichsspezifisch verschieden geregelt. Gewisse Aufsichtsaufgaben werden von der Zentralverwaltung übernommen,⁶⁸ andere, v.a. technische Aufsichtsfunktionen obliegen Behörden, die vom Bund z.T. auch zusammen mit privaten Fachverbänden gegründet wurden.⁶⁹ Sodann werden aus der zentralen Bundesverwaltung ausgelagerte und in unterschiedlichem Umfang und rechtlicher Ausgestaltung eigenständige Aufsichtsbehörden tätig.⁷⁰ Regelmässig wird die Unabhängigkeit der Aufsicht als Ziel und Grund für ihre dezentralisierte Stellung angeführt.⁷¹ Obwohl die Rechtsform solcher Aufsichtsbehörden von der Gesetzgebung im Grundsatz frei gewählt werden kann, lassen sich in der Praxis hauptsächlich zwei Modelle feststellen: die öffentlich-rechtlichen Anstalten einerseits und die Behördenkommissionen andererseits.⁷² Interessante Fragen werden ausserdem aufgeworfen, wenn Private die staatliche Aufsichtsausübung (z.T.) massgeblich unterstützen.⁷³

⁶⁷ Zur organisationsrechtlichen Ausgestaltung der Aufsichtsbehörden vgl. hinten N 574 ff.

⁶⁸ Dazu hinten N 588 ff.

⁶⁹ Als Beispiele hierfür lassen sich etwa das Eidgenössische Starkstrominspektorat (ESTI) oder das Eidgenössische Rohrleitungsinspektorat (ERI) anführen: Während das ESTI als besondere Dienststelle von Electrosuisse (dem Fachverband für Elektro-, Energie- und Informationstechnik) geführt wird, ist das ERI eine besondere Dienststelle des Schweizerischen Vereins für technische Inspektionen (SVTI). Sowohl das ESTI als auch das ERI sind mit spezifischen, technischen Kontroll- und Überwachungsaufgaben betraut zwecks Gewährleistung der Sicherheit der in ihren Zuständigkeitsbereich fallenden Hochspannungs- bzw. Rohrleitungsanlagen und Spezialinstallationen. Vgl. für weitere Informationen zu diesen beiden Behörden <<https://www.esti.admin.ch>> sowie <<https://www.svti.ch/eidg-rohrleitungsinspektorat>>; vgl. ausserdem die Vorgaben in den einschlägigen Verordnungen (ESTI-Verordnung vom 7.12.1992 sowie RLV vom 26.6.2019).

⁷⁰ Zu den dezentralen Aufsichtsbehörden vgl. hinten N 595 ff. sowie N 666 ff. mit einem Behördenvergleich.

⁷¹ Dazu hinten N 605 ff.

⁷² Dazu hinten N 668 ff. und N 917 ff. sowie N 676 ff. und N 828 ff. mit einer Untersuchung ausgewählter organisationsrechtlicher Aspekte beider Rechtsformen.

⁷³ Dazu hinten N 372 f. m.w.H. sowie etwa N 719 ff. zum Einbezug privater Experten und Hilfspersonen in die Aufsichtstätigkeit von Aufsichtsbehörden in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Anstalten.

B. Beaufsichtigte private Akteure der Wirtschaft

Als beaufsichtigte «private Akteure der Wirtschaft» werden natürliche und juristische Personen des Privatrechts betrachtet,⁷⁴ wobei v.a. Letztere im Fokus der nachfolgenden Ausführungen stehen werden. Typische Adressaten der Aufsicht sind dabei die juristischen Personen als solche und nicht etwa ihre Organe, Organisationseinheiten oder die für sie handelnden Einzelpersonen.⁷⁵ Grundsätzlich nicht entscheidend ist die Rechtsform der Unternehmen.⁷⁶ 39

Die Rechtsform ist auch *de lege lata* i.d.R. kein verbreiteter Anknüpfungspunkt für eine Aufsichtsübung, soll doch auch verhindert werden, dass die Aufsicht allein durch die Rechtsformenwahl umgangen werden kann.⁷⁷ Eine Ausnahme bildet allerdings die Stiftungsaufsicht, bei welcher gerade die Rechtsform der Beaufsichtigten die staatliche Beaufsichtigung veranlasst.⁷⁸

⁷⁴ Wie aufzuzeigen sein wird, lässt sich die so verstandene staatliche Aufsicht über private Akteure der Wirtschaft historisch auf die sog. «Untertanenaufsicht» zurückführen. Dieser Begriff wurde bereits 1917 von TRIEPEL verwendet (vgl. TRIEPEL, 145 ff.). Heute gilt das Wort «Untertan» aufgrund des damit implizierten Über- und Unterordnungsverhältnisses als nicht mehr zeitgemäss. Aus diesem Grund wird die «Untertanenaufsicht» oftmals – wie hier – in Anführungs- und Schlusszeichen gesetzt und die Begriffe der «Jedermannsaufsicht» (EHLERS, Privatrechtsform, 130) oder der «Aufsicht über die Einzelnen» grundsätzlich vorgezogen (vgl. so etwa GSTREIN, 17 f.; vgl. auch SCHAUB, 17, welcher allerdings noch davon abriet, den Begriff der Aufsicht im Verhältnis zum Einzelnen bzw. zu Körperschaften des Privatrechts überhaupt zu verwenden). Vgl. zum Ganzen KAHL, Staatsaufsicht, Fn. 215 (S. 379) m.w.H. auf die deutsche Literatur; vgl. auch HILL, 321 f.

⁷⁵ Es sei allerdings schon hier der Hinweis angebracht, dass sich eine zunehmende Tendenz beobachten lässt, mittels aufsichtsrechtlicher Massnahmen unmittelbar auf die hinter den Unternehmen stehenden Einzelpersonen zugreifen zu wollen. Vgl. dazu hinten etwa N 1246 ff. und N 1308 ff. (zu disziplinarisch wirkenden Massnahmen im Allgemeinen), N 1264 ff. (zur Abberufung und Neueinsetzung von Stiftungsorganen als pönale Massnahme) sowie N 1250 ff. (zu Berufs- und Tätigkeitsverboten nach Art. 33 und Art. 33a FINMAG).

⁷⁶ Die Rechtsform sagt auch nicht zwingend etwas über die «private» Zuordnung eines Unternehmens aus, wenn man staatliche Beteiligungen an privatrechtlichen Gesellschaften bedenkt (dazu sogleich N 40) oder etwa die staatliche Aufgabenerfüllung durch «Private» (dazu hinten etwa N 372 f. und N 719 ff.).

⁷⁷ Vgl. in diesem Sinne zur finanzmarktrechtlichen Aufsicht BGE 136 II 43, E. 4.3.1.

⁷⁸ Vgl. Art. 84 ZGB. Zu den historischen Hintergründen der Stiftungsaufsicht vgl. N 242 ff.

- 40 Fragen zur «Privatheit» der Beaufsichtigten stellen sich, wenn es sich dabei zwar um privatrechtliche Organisationsformen handelt (so etwa um Aktiengesellschaften oder Vereine), diese jedoch vom Gemeinwesen eingesetzt werden, um dezentrale Verwaltungstätigkeiten auszuüben, wie dies etwa bei staatlichen Versorgungsbetrieben nicht selten der Fall ist.⁷⁹ Auch gemischtwirtschaftliche Unternehmen, oftmals in privatrechtlicher Rechtsform,⁸⁰ sowie Private, die übertragene Verwaltungsaufgaben erfüllen,⁸¹ lassen die Konturen der Begriffe «Staat»/«Private» verschwimmen.
- 41 Die staatliche Aufsicht ist in solchen Konstellationen Voraussetzung für die Zulässigkeit der Aufgabenübertragung.⁸² Der dezentralisierte Staat überlässt zwar die Wahrnehmung der Verwaltungsaufgaben (den) privaten Akteuren, ohne aber die Verantwortung für die Aufgabenerfüllung und die Erreichung eines bestimmten Ergebnisses vollständig aus der Hand zu geben. Vielfach ist die Rede vom

⁷⁹ Beispielsweise befindet sich die Axpo Holding AG, deren Tochtergesellschaft Axpo Power AG Betreiberin des Kernkraftwerks Beznau ist, im Besitz der Kantone und der Kantonswerke der Nordostschweiz. – Generell zu öffentlichen Unternehmen in Privatrechtsform vgl. etwa TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 238 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1707 ff.; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, 337 ff.

⁸⁰ Als Beispiel lässt sich etwa die Rhätische Bahn AG nennen, deren Hauptaktionäre aber der Kanton Graubünden und der Schweizerische Bundesstaat sind. Auch verschiedene Kantonalbanken sind als gemischtwirtschaftliche Unternehmen aufgestellt. – Für einen Überblick über gemischtwirtschaftliche Unternehmen vgl. etwa TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 234 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1806 ff.; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, 347 ff.

⁸¹ Als Beispiele lassen sich etwa die Eisenbahninfrastruktur- und Eisenbahnbetriebskonzessionäre aufführen, ebenso die Anbieter von Fernmelde- und Rundfunkdiensten oder die Krankenkassen, welche die obligatorische Krankenpflegeversicherung sicherzustellen haben. – Für einen Überblick vgl. etwa TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 245 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1817 ff.; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, 221 ff.

⁸² Dazu auch hinten N 76 m.w.H. Vgl. ausserdem MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, 215 ff., 373 ff. sowie 383 f.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN sprechen in diesem Zusammenhang von «*Organisationsaufsicht*» (N 256 und N 138), während HÄNNI/STÖCKLI unterschiedliche Begriffe verwenden, u.a. abhängig davon, ob es sich beim dezentralen Verwaltungsträger um ein öffentliches Unternehmen in öffentlich-rechtlicher Organisationsform handelt oder um ein privatrechtlich organisiertes Unternehmen; im ersten Fall sprechen sie von der sog. «*Verbandsaufsicht*», im zweiten schlagen sie vor – in Anlehnung an die deutsche Lehre –, den Begriff der «*Inhaberaufsicht*» zu verwenden (N 1798 m.w.H.). – Generell zu den Voraussetzungen der Aufgabenübertragung vgl. MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, 208 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 252 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1817 ff. sowie N 1850 ff.

sog. «Gewährleistungsstaat», der an die Stelle des «Leistungs-» bzw. «klassischen Wohlfahrts-» oder «Interventionsstaats» trete.⁸³

Dabei gilt es zu beachten, dass ausgelagerte Träger von Verwaltungsaufgaben regelmässig von der Aufsicht mehrerer Behörden erfasst sind. So unterstehen etwa viele Kantonalkassen als selbstständige, öffentlich-rechtliche Anstalten sowohl der Aufsicht des Trägerkantons als auch der Aufsicht der FINMA⁸⁴ und auch die Transportunternehmen im öffentlichen Verkehr werden sowohl von der zuständigen Gebietskörperschaft als auch von der zuständigen Bundesaufsichtsbehörde⁸⁵ beaufsichtigt, wenn es sich dabei um Konzessionäre handelt.⁸⁶

Die staatliche Aufsicht über private Akteure der Wirtschaft ist generell darauf aus- 42
gerichtet, ganz bestimmte, in spezifischen Bereichen tätige Unternehmen zu kontrollieren (so etwa Banken, Revisionsunternehmen, Arzneimittelhersteller) und/oder⁸⁷ bestimmte Betätigungen der Beaufsichtigten zu überwachen, namentlich solche, denen ein gewisses Gefährdungspotenzial für die Rechte anderer innewohnt. So knüpfen verschiedene aufsichtsrechtliche Vorgaben der sog. «sach-» oder «produktbezogenen» Aufsicht an bestimmte Waren, Dienstleistungen, Anlagen oder Produktions- oder Produktentwicklungsprozesse an, um bereichsspezifische, oftmals (wirtschafts-)polizeiliche oder andere öffentliche Interessen zu schützen oder zu verwirklichen.⁸⁸ Diejenigen Personen, deren Verhalten so geregelt wird, werden i.d.R. beaufsichtigt.⁸⁹

Wie aufzuzeigen sein wird, erfasst die staatliche Aufsicht oftmals den Zugang zum 43
Markt und stellt entsprechend Marktzutrittsregeln auf.⁹⁰ Darüber hinaus wird aber

⁸³ Dazu hinten N 367 ff.

⁸⁴ Vgl. etwa § 1 sowie § 17 und §§ 18–20 des Gesetzes über die Basler Kantonalkasse vom 9.12.2015 (SG 915.200); vgl. auch Art. 5 Abs. 1 und 3 *Loi sur la Banque cantonale de Genève* (LBCGe) vom 24.6.1993 (D 2 05).

⁸⁵ So etwa vom BAV gemäss Art. 7 Abs. 1 TrG.

⁸⁶ Dies ist i.d.R. der Fall. Vgl. beispielsweise Art. 52 PBG. Grundsätzlich zu diesen Überschneidungen vgl. etwa MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, 374 f. und 384.

⁸⁷ Auch Mischformen werden in der Praxis angetroffen. So auch der Hinweis bei BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.53; vgl. auch BULLINGER, 311 f., der terminologisch zwischen der «Unternehmensaufsicht» einerseits und der «Sonderaufsicht» andererseits unterschied. Unter der sog. «Sonderaufsicht» verstand er die Aufsicht über einzelne spezifische Aspekte der wirtschaftlichen Tätigkeit wie z.B. die Preisüberwachung.

⁸⁸ Dazu hinten N 95 ff.

⁸⁹ JAAG, Mehr oder weniger Staat?, 636; vgl. auch VOISARD, N 28 m.w.H., wonach die Aufsichtskompetenzen regelmässig auf bestimmte Beaufsichtigte ausgerichtet sind und sich weniger auf bestimmte Tätigkeiten beziehen.

⁹⁰ Dazu hinten N 972 ff. sowie N 980 ff.

auch die Ausübung der Unternehmenstätigkeit an sich beaufsichtigt bzw. die Einhaltung der (Markt-)Verhaltensregeln.⁹¹ Nicht selten werden Marktzutrittschürden in Form von Bewilligungs- oder Konzessionserfordernissen mit einer behördlichen Überwachung des entsprechenden Marktes bzw. Marktauftritts des beaufsichtigten Unternehmens verbunden.⁹²

- 44 Regelmässig tangiert wird somit die Wirtschaftsfreiheit der Beaufsichtigten i.S.v. Art. 27 BV.⁹³ Sowohl natürliche als auch juristische Personen sind grundsätzlich Träger dieses in Art. 27 BV verankerten Grundrechts.⁹⁴ Wie aufzuzeigen sein wird, werden allerdings Fragen aufgeworfen, wenn die beaufsichtigten «privaten» Akteure der Wirtschaft öffentliche oder gemischtwirtschaftliche Unternehmen in Privatrechtsform sind, die «öffentliche Aufgaben» zu erfüllen haben – ebenso wenn Private Verwaltungsaufgaben übertragen erhalten. Nach aktuellem Stand von Lehre und Rechtsprechung sind Private, die in Erfüllung öffentlicher Aufgaben tätig sind, prinzipiell nicht grundrechtsberechtigt, wohl aber an die Grundrechte gebunden (Art. 35 Abs. 2 BV).⁹⁵
- 45 Für die Zwecke dieser Untersuchung wird die Aufsicht über öffentliche und gemischt-wirtschaftliche Unternehmen in Privatrechtsform sowie über beliebige Private nicht vollständig vom Untersuchungsgegenstand ausgeklammert, sind ihre Rechtsgrundlagen doch vielfach von Interesse, wie aufzuzeigen sein wird.⁹⁶ Sie stehen allerdings nicht im Hauptfokus, weil ihnen oftmals andere Grundgedanken und entsprechend zu unterscheidende Rechtsverhältnisse zugrunde liegen als etwa im Aufsichtsverhältnis, das von dem durch die Gegenüberstellung von «Staat» und «Privaten» bewirkten Spannungsfeld geprägt ist. Die Diskussionen, die rund um die Trägerschaft der Wirtschaftsfreiheit geführt wurden und anhalten, veranschaulichen dies besonders deutlich.

⁹¹ Dazu hinten N 80 ff. (zur Rechtsaufsicht), N 972 ff. (mit einem Überblick über die regelmässig zur Verfügung stehenden Aufsichtsinstrumente), N 1059 ff. (zu den Instrumenten der laufenden Aufsicht) und N 1162 ff. (zu aufsichtsrechtlichen Durchsetzungsmassnahmen).

⁹² BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.48 ff. sowie hinten N 972 m.w.H. – In zeitlicher Hinsicht lassen sich idealtypisch verschiedene Phasen der Aufsicht unterscheiden, die namentlich von der Prüfung der Bewilligungs- bzw. Konzessionsvoraussetzungen bis zur Sanktionierung von Fehlverhalten reicht (dazu hinten N 973 ff. m.w.H.).

⁹³ Dazu hinten N 1338. – Auch andere Grundrechte können durch aufsichtsrechtliche Eingriffe tangiert sein (dazu hinten N 1339 ff.).

⁹⁴ Dazu hinten N 1344 f. m.w.H.

⁹⁵ Dazu hinten N 1346 ff.

⁹⁶ Zur Eingrenzung der vorliegenden Untersuchung vgl. vorne N 16 ff.

C. Prägende Gegenüberstellung

1. Dichotomie «Staat» – «Private»

Die Unterscheidung und Gegenüberstellung der zwei Sphären «Staat» und «Private» bzw. «Staat» und «Gesellschaft»⁹⁷ hat eine lange Tradition. Ihr Auseinandertreten wird auf das Ende des 18. bzw. den Beginn des 19. Jahrhunderts zurückgeführt⁹⁸ und prägt bis heute – wenn auch in veränderter Form⁹⁹ und häufig weitgehend unbewusst,¹⁰⁰ jedoch keineswegs unhinterfragt¹⁰¹ – das geltende Staats- und Verfassungsverständnis im europäischen Rechtsraum.¹⁰² Es hat verschiedene rechtliche Verankerungen erfahren¹⁰³ und scheint unserem zeitgenössischen Denken über Staatskonzepte inzwischen immanent zu sein. Angetrieben wird es immer wieder

⁹⁷ LADEUR hält fest, dass die Bestimmung des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft «auch und gerade die Individuen in den Blick nehmen muss» (LADEUR, Staat, § 18 N 23 m.w.H.). Für eine genauere Definition der Begriffe «Staat» und «Gesellschaft» (wozu auch eine Verortung des Menschen gehört) vgl. etwa GUT, 24 ff.

⁹⁸ Dazu hinten N 200 ff. m.w.H.; vgl. auch BÖCKENFÖRDE, Staatslexikon, 228 f. – Allerdings wurde bereits zu Zeiten des Absolutismus eine Unterscheidung zwischen der hoheitlichen Gewalt und dem Volk vorgenommen (vgl. dazu etwa JESSOP, 22; vgl. auch ZIPPELIUS, 216; LADEUR, Staat, § 18 N 1 ff.).

⁹⁹ Während das deutsche Verfassungsverständnis des 19. Jahrhunderts von einer strengen Trennung zwischen Staat und Gesellschaft ausging, hat sich mit der Anerkennung von Mitwirkungsrechten der Bürgerinnen und Bürger im demokratischen Staat auch die Auffassung durchgesetzt, dass «Staat und Gesellschaft nicht beziehungslos nebeneinander stehen» (vgl. dazu EPINEY, Citoyen, insb. 562 f.).

¹⁰⁰ LUHMANN spricht z.B. von einer «Gewohnheit» (vgl. LUHMANN, Unterscheidung, 69). Vgl. auch die Reaktion MERKLS auf das Referat BULLINGERS an der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Saarbrücken im Oktober 1963, abgedruckt in BULLINGER, 338 f.

¹⁰¹ BÖCKENFÖRDE verortet eine kritische Diskussion des Dualismus von Staat und Gesellschaft als staats- und verfassungstheoretisches Problem in Deutschland erstmals gegen Ende der 1920er Jahre sowie ein vollumfängliches Wiederaufbrechen der Diskussionen nach 1945 (vgl. BÖCKENFÖRDE, Einleitung, XII f.; BÖCKENFÖRDE, Staatslexikon, 229). Eine Zusammenstellung wegleitender wissenschaftlicher Auseinandersetzungen bis in die 1970er-Jahre zum Thema findet sich im Buch «Staat und Gesellschaft», das von BÖCKENFÖRDE 1976 herausgegeben wurde.

¹⁰² BÖCKENFÖRDE, Staatslexikon, 228 f.; vgl. auch LUHMANN, Legeshierarchie, 277; vgl. LUHMANN, Unterscheidung, 69 ff.

¹⁰³ Die rechtliche Verankerung verstärkt und legitimiert wiederum die Auffassung, die historisch bedingte Trennungsidee sei notwendig und unausweichlich. Vgl. so z.B. SASSEN, 201 f. m.w.H., allerdings zur Rolle des Rechts im Bereich von Finanz- und Entwicklungshilfe im Besonderen; vgl. auch KLARE, 1358.

durch die herrschenden, politischen Strömungen unserer Zeit, die v.a. mit den Begriffen «Markt» und «Staat» unterschiedliche Werte assoziieren:¹⁰⁴

- 47 Nach der herkömmlichen, liberal-rechtsstaatlich-demokratischen Staatstheorie übernimmt der Staat die Aufgabe, den unterschiedlichen partikulären gesellschaftlichen Kräften als regulierende, ausgleichende und koordinierende Instanz mit überlegener Entscheidungsmacht gegenüberzutreten, insb. um ein hohes Mass an öffentlicher Wohlfahrt und sozialer Gerechtigkeit verwirklichen zu helfen.¹⁰⁵ Während im staatlichen Bereich Fremdbestimmung herrscht, die allerdings demokratisch legitimiert ist, gilt im nicht staatlichen Bereich (freie) Selbstbestimmung,¹⁰⁶ u.a. ausgedrückt in zivilrechtlicher Handlungs- und Vertragsfreiheit.¹⁰⁷
- 48 Die freiheitliche (defensive) Grundrechtsdogmatik betont, der liberale demokratische Staat zeichne sich dadurch aus, dass die Gesellschaft, «verstanden als die Welt freier Bürger», dem Staat «als Obrigkeit[] geradezu gegnerisch gegenüber[steht]», mit der Folge, «dass Eingriffe des Staates in Freiheit und Eigentum dieser seiner Bürger einer Rechtfertigung bedürfen».¹⁰⁸ Insbesondere die in den 1970er-Jahren von BÖCKENFÖRDE geprägte deutsche Staatsrechtslehre hob die Bedeutung hervor, die der Dichotomie als Grundbedingung für die Freiheitssicherung zukomme, v.a. wenn man sich die Alternative einer Identität von Staat und Gesellschaft in totalitären Staaten oder Gesellschaften vor Augen führe.¹⁰⁹ Würde

¹⁰⁴ Vgl. kurz und prägnant LEGE, 339 f., der deshalb deren Gegenüberstellung als eine «schiefe, ideologische Alternative» auffasst.

¹⁰⁵ Vgl. so etwa ZIPPELIUS, 215 f. sowie 217.

¹⁰⁶ Vgl. SEILER, Gewaltenteilung, 359; vgl. allerdings zur «(Privat-)Autonomie» des Staates DÉFAGO GAUDIN, Autonomie, insb. 276 ff. m.w.H.

¹⁰⁷ Anknüpfend an dieses Verständnis, stellt die Dichotomie zwischen «Staat» und «Gesellschaft» aus Sicht marxistisch-leninistischer Staatsauffassungen ein konstitutives Element des Kapitalismus dar. Vgl. dazu RUPP, § 31 N 10 ff.; vgl. auch SASSEN, 184 (mit Verweis auf WALZER, 416 ff.).

¹⁰⁸ LEGE, 341 m.w.H., der diese Aussage allerdings als Frage formuliert. – Die «Wirtschaftsaufsicht» wurde in der deutschen Lehre etwa auch als «Freiheitskorrelat» bezeichnet, setzt sie doch immer auch eine gesellschaftliche und individuelle Freiheit vom Staat und damit einen gewissen «Autonomiebereich» voraus. Vgl. so GRÖSCHNER, 52; vgl. auch KAHL, Kontrolle, § 45 N 132; KAHL, Staatsaufsicht, 377 f.; u.a. SALZWEDEL, 211, nennt in diesem Sinne die Staatsaufsicht als «die Kehrseite der staatlichen Verleihung des freiheitlichen Selbstverwaltungsstatus an öffentlich-rechtliche Verwaltungsträger».

¹⁰⁹ BÖCKENFÖRDE, Unterscheidung, 395 ff.; BÖCKENFÖRDE, Staatslexikon, 228 ff. Vgl. ebenfalls als Vertreter dieser verfassungsdogmatischen Position aus der deutschen Literatur etwa GRIMM, Zukunft der Verfassung I, 170 ff. und insb. 273 ff.; HESSE, 491 und

die Gesellschaft verstaatlicht werden, so würden nämlich Staat und Gesellschaft identisch werden und liesse sich auch das gesellschaftliche Interesse der Bürgerinnen und Bürger nicht vom staatlichen Willen unterscheiden. Dies hätte zur Folge, dass die Freiheitsrechte hinfällig werden würden, stimmten dann doch staatlicher Wille und Wille der Bürgerinnen und Bürger (angeblich) überein.¹¹⁰ Aber auch im Rahmen einer Vergesellschaftung des Staates, wenn sich einzelne Gruppeninteressen für das Ganze ausgeben, sich durchsetzen und dadurch «die Allgemeinheit des Staatlichen deformieren» würden, hätte eine solche Verschmelzung wohl Freiheitsbeschränkungen «der anderen» zur Folge.¹¹¹

Solchen Befürchtungen halten andere Stimmen jedoch ein «ganzheitliches Verfassungsverständnis»¹¹² entgegen, nach dem Staat und Gesellschaft gerade nicht als getrennte Bereiche einander gegenüberstehen, sondern verschiedene Aspekte derselben Sache darstellen.¹¹³ In der Schweiz fasste in diesem Sinne BÄUMLIN den Staat als «menschliche Wirklichkeit» und «umgreifende[n] menschliche[n] Verantwortungszusammenhang» auf¹¹⁴ sowie als «Funktion»¹¹⁵ und «Aufgabe»¹¹⁶ der Gesellschaft.

D. SCHINDLER führte etwa aus:

«Diese Gegenüberstellung ist aber durchaus irreführend. Es ist zwar aus methodischen Gründen zweckmässig, Staat und Gesellschaft zu unterscheiden, aber es ist falsch, sie einander entgegensetzen. Staat und Gesellschaft bilden ein Ganzes, sie sind miteinander vermengt und verbunden, sie gehören notwendig zusammen, wie etwa im menschlichen Organismus die roten und die weissen Blutkörperchen. Es ist deshalb besser, den Ausdruck «Gesellschaft» mit dem die irreführende Vorstellung einer neben dem Staat

501; RUPP § 31 N 27 f.; STOLLEIS, Geschichte Bd. III, 338 ff.; ZIPPELIUS, § 27; vgl. auch FORSTHOFF, Industriegesellschaft, 21 ff.; KAHL, Staatsaufsicht, 366 m.w.H.

¹¹⁰ Vgl. so EPINEY, Citoyen, 563 m.w.H.; BÖCKENFÖRDE, Staatslexikon, 233 f.; vgl. auch GUT, 39: «Die Identifikation von Staat und Gesellschaft zerstört die freie Gesellschaft und erhebt den Staat zum allesverschlingenden Leviathan.»

¹¹¹ EICHENBERGER, Aufgabenverteilung, 380 f.; vgl. auch BÖCKENFÖRDE, Staatslexikon, 233 f.

¹¹² So LIPPARDT, 149 ff.; vgl. auch EPINEY, Citoyen, 561 f.

¹¹³ So etwa statt vieler EHMKE, 241 ff.; GRAF VON KROCKOW, 432 ff.; vgl. zur Kontroverse auch RUPP, § 31 N 1 m.w.H.

¹¹⁴ BÄUMLIN, Rechtsstaatsgedanke, 89 f.

¹¹⁵ BÄUMLIN, Gewissensfreiheit, 7 u.a. mit Verweis auf BÄUMLIN, Rechtsstaatsgedanke, 81 ff.

¹¹⁶ BÄUMLIN, Rechtsstaatsgedanke, 90.

bestehenden geschlossenen Einheit verbunden ist, zu vermeiden und einfach vom Außerstaatlichen, resp. wenn vom Recht ausgegangen wird, vom Außerrechtlichen zu sprechen (...).»¹¹⁷

- 51 Einige Autoren warnen denn auch vor Gefahren, die mit einer strikten Unterscheidung einhergehen können. HESSE hielt etwa fest, dass «mit der Unterscheidung als solcher noch nichts gewonnen» sei:

«Man kann unter der Flagge der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft vieles segeln lassen, und deshalb ist nicht nur die Identität, sondern auch die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft nicht frei von Gefahren, auch wenn diese einer auf die Gefahr des Ausgriffs in eine neue Totalität gerichteten Betrachtung weniger in den Blick kommen mögen. Sie bestehen sozusagen von der anderen Seite her in einer zu weitgehenden Ablösung des Staates von der Gesellschaft, in der Entwicklung zu einem Staat, der sich über die Gesellschaft stellenden, ihr immer mehr entfremdenden Macht.»¹¹⁸

- 52 Abgesehen von ausgewählten Beiträgen einzelner Autoren wurde der Dualismus «Staat und Gesellschaft» in der Schweiz im Laufe der Zeit wenig thematisiert.¹¹⁹ Immerhin löste wohl das sich wandelnde Staatsbild in den 80er- und 90er-Jahren¹²⁰ einige Diskussionen aus.¹²¹

Verweisen lässt sich etwa auf die «Allgemeine Staatslehre» von FLEINER-GERSTER¹²² sowie auf das Werk «Verantwortung als Staatsprinzip» von SALADIN, in welchem er – noch vor Erhebung der Grundsatzfrage «Wozu noch Staaten?» –, über Staatsaufgaben nachdenkend, u.a. die Bedeutung von «Komplementarität» und «Kooperation» zwischen Staat und Gesellschaft betonte.¹²³ Auch EICHENBERGER widmete der Aufgabenverteilung zwischen Staat und Privaten differenzierte Gedanken¹²⁴ ebenso wie GUT, welcher den Dualismus von Staat und Gesellschaft mit einer eingehenden Betrachtung insb. der Konzeption von «Staat» und «Gesellschaft» näher beleuchtete.¹²⁵

¹¹⁷ D. SCHINDLER, Verfassungsrecht, 61 f. m.w.H. u.a. auf FREYER, 9, der den Gegensatz Staat – Gesellschaft als «den geistigen Ursprung und das unverlierbare Ausgangsproblem unseres soziologischen Denkens» bezeichnete; vgl. auch VIERKANDT, 320 ff.

¹¹⁸ HESSE, 491 f.

¹¹⁹ Vgl. so auch GUT, 20.

¹²⁰ Dazu hinten N 367 ff.

¹²¹ Vgl. auch GUT, 20 m.w.H.

¹²² § 37 trägt den Titel «Trennung von Staat und Gesellschaft».

¹²³ SALADIN, Verantwortung, 112 ff., 118 ff. und 161 ff.

¹²⁴ EICHENBERGER, Aufgabenverteilung, 517 ff.

¹²⁵ GUT, 17 ff.

Bis heute kommt die Thematik in der schweizerischen staatsrechtlichen Literatur in Lehrbüchern, Grundlagenwerken und Kommentaren, wenn überhaupt, eher am Rande vor. Soweit ersichtlich, wird die Zweiteilung zwischen Staat und Privaten vorwiegend als Faktum bzw. «soziale Realität» akzeptiert.¹²⁶ Besonders häufig wird in der Schweiz das damit angesprochene Spannungsfeld im Hinblick auf den «freien Markt» bzw. «die Wirtschaft» diskutiert, wobei der Grenzverlauf zwischen Wirtschaft und Staat stets umstritten war und ist und letztlich laut GUT einem «pausenlosen politischen Kräftespiel» unterworfen ist.¹²⁷ Dabei sind Auffassungen verbreitet, wonach der Staat das freie Spiel innovativer und lösungsstarker Kräfte tendenziell bremse, das in einem fairen Wettbewerb zu mehr Wohlstand führen würde; die marktwirtschaftliche Ordnung gilt als effizient, agil sowie neutral und wird der langwierigen, bürokratischen und «politischen Ordnung» des Staates gegenübergestellt.¹²⁸ Verglichen mit der Lehre in Deutschland wird das Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft jedoch weit weniger verfassungsdogmatisch diskutiert oder ernsthaft hinterfragt.

Dies liegt vermutlich auch an einem gewissermassen «schweizerischen» Verständnis dieses Verhältnisses, das voraussetzt, dass die Bürgerinnen und Bürger in besonders weitreichendem Masse in die staatliche Willensbildung und die Ausübung hoheitlicher Gewalt durch den Staat miteinbezogen werden, und zwar insb. mittels direktdemokratischer Einwirkungsmöglichkeiten. Die demokratischen Volksrechte sichern der «Gesellschaft» politische Mitbestimmungsrechte zu, die sicherstellen, dass kein autonomer Staat im Sinne einer «vorfindlichen, über und ausserhalb der Gesellschaft stehenden substanzhaften Einheit» einer «von politischer Mitbestimmung weithin ausgeschlossenen Gesellschaft»¹²⁹ gegenübersteht. Das *direktdemokratische* Prinzip begründet dabei eine besondere «Zementierung» des Staates *in* der Gesellschaft; sie ist seine Basis.¹³⁰ Der Staat entstammt zwar

¹²⁶ Vgl. ebenfalls mit dieser Vermutung, GUT, 20 und 37. Vgl. in diesem Sinne etwa RÜTSCH, Öffentliche Aufgaben, 153 sowie 162, der von den «im Recht funktional getrennt[en]» «Sphären des Staates auf der einen und der Gesellschaft und Wirtschaft auf der anderen Seite» spricht.

¹²⁷ GUT, 31 f.

¹²⁸ So etwa auch kürzlich mit Blick auf das «Corona-Management», wenn auch v.a. in Deutschland, DIEZ. Vgl. generell zu dieser Diskussion LEGE, 339 f.

¹²⁹ HESSE, 489.

¹³⁰ Vgl. so bereits FLEINER, Bundesstaatsrecht, 18, wonach in der Schweiz Staat und Gesellschaft im Wesentlichen zusammenfallen (vgl. dazu auch KLEY, Eigenheiten, N 31); vgl. auch BÄUMLIN, Rechtsstaat, 88 ff. in diesem Sinne. Zur Stellung der Volksinitiative innerhalb des heutigen liberal-demokratischen, politischen Systems: SEFEROVIC,

der Gesellschaft, ist jedoch nicht mit ihr identisch.¹³¹ Ein solches Verständnis ermöglicht eine vermittelnde Auffassung vom Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft, ein Bewusstsein dessen, dass beide Sphären aufeinander einwirken.¹³² Gleichwohl wird die zweigeteilte Betrachtung von «Staat» und «Gesellschaft» besonders deutlich im Hinblick auf das hier untersuchte Aufsichtsrecht.

2. Bedeutsamkeit für den verwendeten Aufsichtsbegriff

- 55 Die staatliche Aufsicht über private Akteure der Wirtschaft tangiert das Verhältnis zwischen der grundrechtlich geschützten, prinzipiell freien Betätigung Privater (v.a. im Wirtschaftsbereich) einerseits und der staatlichen Kontrolle dieser Betätigung «im Dienst» öffentlicher Interessen andererseits.¹³³ Nach SCHUPPERT fungiert die Aufsicht als «Scharnier (...) zwischen Staat und Gesellschaft» und hilft, das (sich fortlaufend verändernde) Verhältnis zwischen öffentlichem und privatem Sektor auszubalancieren.¹³⁴
- 56 Im Aufsichtsrecht wird dabei grundsätzlich von einer Hierarchie zwischen der aufsichtsausübenden Stelle und den beaufsichtigten Privaten ausgegangen;¹³⁵ die Aufsicht übt gewissermassen einen Kontrollblick «von oben» aus. Es handelt sich somit um eine gewissermassen antagonistische Sichtweise¹³⁶ in Zeiten, in denen

Volksinitiative, N 318 ff.; vgl. auch KLEY, Eigenheiten, N 39, zum Prozess der direkten Demokratie, der die Stimmbevölkerung zu einer politischen und die Herrschaftsordnung mittragenden Gemeinschaft integriert. Vgl. dazu auch hinten N 203 f.

¹³¹ Mit den Begrifflichkeiten der Systemtheorie ausgedrückt gehört der Staat zu einem Teil- oder Subsystem innerhalb des gesellschaftlichen Gesamtsystems; vgl. so LUHMANN, Unterscheidung, 69 ff.; vgl. dazu auch HESSE, 490 f. m.w.H.; LEGE, 343 ff.; GUT, 24, der mit Verweis auf BÖCKENFÖRDE (Einleitung, XV) vorschlägt, sämtliche sozialen Beziehungen, Prozesse und Interaktionen als «Gesamtgesellschaft» zu bezeichnen, innerhalb derer es einerseits den Staat gibt («*societas cum imperio*») und andererseits die ihn umgebende Gesellschaft («*societas extra imperium*»), die sich wiederum in eine rein private, nicht öffentliche Sphäre und eine öffentliche Sphäre unterscheiden lässt.

¹³² Vgl. so etwa GUT, 33 f.; BÖCKENFÖRDE, Staatslexikon, 229 und 231; vgl. auch P. HUBER, § 43 N 29, der den Status der Bürgerinnen und Bürger als dem Staat gegenüber «ebenbürtige Rechtssubjekte» auffasst.

¹³³ Vgl. BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.91; vgl. auch SALZWEDEL, 211, der beim Aufsichtsrecht von einem «Grenzfall staatlicher Beschneidung der natürlichen Handlungsfreiheit» spricht.

¹³⁴ So SCHUPPERT, Neubestimmung, 328.

¹³⁵ Vgl. so etwa auch DUBEY/ZUFFEREY, N 36.

¹³⁶ Vgl. in diese Richtung etwa auch SCHUPPERT, Neubestimmung, 300.

der «paktierende» und «verhandelnde»,¹³⁷ «privatrechtlich tätige»¹³⁸ oder «kooperative»¹³⁹ Staat zu einer «Ent-Hierarchisierung»¹⁴⁰ der Beziehungen zwischen Staat und Gesellschaft beiträgt.

Auch wenn die Gegenüberstellung von «Staat» und «Privaten» (besonders) im aufsichtsrechtlichen Kontext als selbstverständlich angesehen wird, ist diese Trennlinie allerdings nicht «natürlich» vorgegeben.¹⁴¹ Sie ist vielmehr im Laufe der Zeit «konstruiert» worden, musste sie doch erst einmal gezogen werden. TSCHANNEN spricht von einer «funktionalen Differenzierung».¹⁴² Das Begriffspaar kennzeichne «das Bestehen zweier typischer Arten von Handlungsgefügen innerhalb ein und desselben Gemeinwesens. Der Staat erscheint zwar als eine besondere, aus der planlos organisierten Gesellschaft herausgehobene Wirkungseinheit. Das Besondere daran sind aber nur die qualifizierten Regelungsbefugnisse des Staats und die daraus folgenden spezifischen Rollen der Funktionsträger im Staat. Davon abgesehen basiert die Wirkungseinheit Staat wesentlich auf den gleichen Menschen, aus denen sich auch die gewöhnliche Gesellschaft rekrutiert.»¹⁴³ 57

Diese Erkenntnis hat weitere Implikationen für das Rechtsverhältnis zwischen dem beaufsichtigenden Staat und den beaufsichtigten Privaten: 58

- Sie macht insb. die Sicht frei auf den Umstand, dass es letztlich ein (politischer) Entscheid der Gesetzgebung ist, welche Themen bzw. Regulierungsfragen welcher Seite (der «privaten» oder der «staatlichen») zugeordnet werden 59

¹³⁷ Vgl. SCHARPF, 25 ff.

¹³⁸ Vgl. dazu, statt vieler, DÉFAGO GAUDIN, Autonomie, insb. 245 ff.

¹³⁹ Vgl. ABEGG, 35 ff.; HETTICH spricht u.a. von «kooperativer Risikovorsorge» und «kooperativer Steuerung» (*ebd.*, vgl. etwa N 512 ff.).

¹⁴⁰ Vgl. dazu statt vieler etwa PETERS, Globalisierung, 119 f.

¹⁴¹ Vgl. etwa WYSS, N 12; vgl. auch SASSEN, 184 sowie 187 ff. m.w.H., wo sie aufzuzeigen versucht, dass die Trennung zwischen einer privaten und einer öffentlichen Sphäre historisch zu unterschiedlichen Zeiten und in unterschiedlichen Ländern verschieden konstruiert wurde und entsprechend auch jeweils andere Interessen und Kräfte widerspiegelte.

¹⁴² TSCHANNEN, Staatsrecht, N 21; vgl. ebenso RUPP, § 31 N 26; KAHL, Kontrolle, § 45 N 127.

¹⁴³ TSCHANNEN, Staatsrecht, N 21 f., wo er ausserdem auf das enge Geflecht wechselseitiger Abhängigkeiten zwischen Staat und Gesellschaft hinweist; vgl. auch ZIPPELIUS, 217 f., der die Gegenüberstellung von Staat und Gesellschaft in diesem Sinne als sinnvoll erachtet, sofern dadurch Funktionen- und Rollenunterscheidungen besser beschrieben und insb. spezifische Handlungsgrundsätze für den staatlichen Bereich formuliert werden können.

bzw. über welche «privaten» Bereiche die staatliche Aufsicht ausgeübt werden soll und über welche nicht.¹⁴⁴ Auch das Ausmass an «Privatheit» oder «Staatlichkeit» der involvierten Akteure im Aufsichtsrechtsverhältnis steht nicht ein für alle Mal fest.¹⁴⁵ Teilweise werden die erforderlichen Regulierungsentscheidungen unter dem Eindruck von Sachzwängen getroffen (zu denken ist etwa an transnationale Vorgaben, die eine Aufsichtsstruktur erforderlich machen,¹⁴⁶ oder auch an politische Kompromisse¹⁴⁷), sie können aber auch auf ideellen Überlegungen gründen. Deutlich wurde dies bspw. im Rahmen der Privatisierungswellen in den 1980er- und 1990er-Jahren, als die Übertragung «öffentlicher Aufgaben» auf Private mit den damit einhergehenden Forderungen nach einem «schlanken Staat» diskutiert wurde.¹⁴⁸ Die mit dem Entscheid für eine aufsichtsrechtliche Struktur einhergehende Unterscheidung zwischen Staat und Privaten ist somit nicht nur eine neutrale, technische Differenzierung, sondern auch ein Instrument der Wirtschaftspolitik,¹⁴⁹ deren Ausrichtung und Auswirkungen von zeitlichen und örtlichen Gegebenheiten sowie von den verschiedenen involvierten Interessen und Kräften abhängen.¹⁵⁰

- 60 – Die gesetzgeberische Einführung einer Aufsichtsstruktur ist i.d.R. ein bewusster Entscheid, dem Staat *Aufsichtsaufgaben* zuzuweisen und keine anderen, auch weiterführenden Funktionen. Mit einer «staatlichen Aufsichtslösung» gehen denn auch bestimmte Erwartungen darüber einher, *wie* (sachlich, unabhängig etc.) und *zu welchem Zweck* die Aufsicht ausgeübt werden soll.

¹⁴⁴ Vgl. etwa JESSOP, 47 f. m.w.H., der insb. betont, dass mit dieser Unterscheidung auch ein Entscheid darüber ergeht, was zur politischen Sphäre gehören solle und was nicht. Vgl. bspw. auch die Ausführungen von MITCHELL, 95: «*The state should be addressed as an effect of detailed processes of spatial organization, temporal arrangement, functional specification, and supervision and surveillance, which create the appearance of a world fundamentally divided into state and society. The essence of modern politics is not policies formed on one side of this division being applied to or shaped by the other, but the producing and reproducing of this line of difference*».

¹⁴⁵ Vgl. dazu etwa auch SEILER, Gewaltenteilung, insb. 724, der zu bedenken gibt, dass ein allzu strikter Fokus auf den Dualismus von Staat und Gesellschaft beaufsichtigte Akteure, die weder exklusiv dem Staat noch exklusiv der Gesellschaft zugeordnet werden könnten, aussen vor lasse.

¹⁴⁶ Dazu hinten N 355 ff.

¹⁴⁷ Dazu hinten N 380.

¹⁴⁸ Dazu hinten N 367 ff.

¹⁴⁹ Vgl. etwa SCHMIDT, Staatliche Verantwortung, § 92 N 7, wonach Wirtschaftsrecht immer auch ein Instrumentarium der Wirtschaftspolitik ist; vgl. auch SASSEN, 187.

¹⁵⁰ SASSEN, 187. Vgl. auch SCHMIDT, Staatliche Verantwortung, § 92 N 7, wonach für die rechtliche Betrachtung immer auch mitentscheidend sei, im Dienste welcher wirtschaftspolitischen Grundsätze dieses Recht stehe.

- Insgesamt ist die konkrete Ausgestaltung der Aufsicht für einen bestimmten Sachbereich entscheidend. Massgeblich sind somit die Regelungen, was zu den staatlichen und was zu den «privaten» Aufgaben zu zählen ist, welche Kompetenzen der staatlichen Aufsicht zukommen und welche nicht, welche Aufsichtsinstrumente zur Verfügung stehen und welche Verfahrensvorschriften zu beachten sind – Aspekte, auf die im Verlaufe dieser Untersuchung näher eingegangen wird. Mit der theoretischen Unterscheidung zwischen «Staat» und «Privaten» alleine wird über solche konkreten Fragestellungen noch nichts ausgesagt.¹⁵¹ Im Übrigen vermag die Trennung an sich selbstverständlich auch nicht die Freiheitssphären der Beaufsichtigten ausreichend zu schützen. Vielmehr ist die konkrete Ausformung des Zusammenspiels zwischen «Staat» und «Privaten», «das «richtige» Mass von Trennung und Verbindung»,¹⁵² entscheidend.¹⁵³ 61

D. Begriffsklärung

1. Staatsaufsicht und Wirtschaftsaufsicht

Die Differenzierung zwischen «staatsinterner» Aufsicht und der staatlichen Aufsicht über («staatsexterne») private Akteure der Wirtschaft entspricht der im deutschen Recht anzutreffenden Differenzierung zwischen «Staatsaufsicht» einerseits und der «wesensverschiedenen»¹⁵⁴ «Wirtschaftsaufsicht» andererseits.¹⁵⁵ 62

¹⁵¹ HESSE, 492 ff. und 494 ff., der daraus folgert, dass der Unterscheidung deshalb nicht die Bedeutung eines «fundamentalen Strukturelements der Staatlichkeit» zukommen könne.

¹⁵² HESSE, 501.

¹⁵³ Vgl. so etwa auch EPINEY, Citoyen, 564–566; LEGE, 342 f. und 348 f.; EICHENBERGER, Aufgabenverteilung, 402; vgl. auch HESSE, 496 ff., der betont, dass es «unter dem Aspekt der Wahrung menschlicher Freiheit über die Unterscheidung hinaus wesentlich auch auf eine Verbindung von Staat und Gesellschaft ankommt». Diese sei «eine Frage der «politischen Form», mithin der Demokratie» und von deren «konkrete[r] Ausformung» (S. 496). Vgl. in diesem Sinne auch ISENSEE, Dualismus, 323, wo er ausführt, dass nicht die Existenz des Dualismus von Staat und Gesellschaft bestimmt werden müsse, «sondern ihre Essenz».

¹⁵⁴ Vgl. so z.B. SALZWEDEL, 208 und 210; vgl. auch KAHL, Staatsaufsicht, 376; KAHL, Kontrolle, § 45 N 130.

¹⁵⁵ Vgl. KAHL, Staatsaufsicht, 366 ff. m.w.H. u.a. auf EHLERS, Wirtschaftsaufsicht, 6; MÖSBAUER, 29 (Fn. 157). A.A. allerdings BULLINGER, 275 ff. und 368 f. mit dem Hinweis, dass beide Aufsichtsarten auf das *ius supremæ inspectionis* zurückgeführt werden könnten (vgl. dazu hinten N 183 ff.) und deren Entwicklung parallel und in Wechselwirkung stattgefunden habe.

Namentlich KAHL spricht dabei von «zwei Grundtypen»,¹⁵⁶ die sich historisch unterschiedlich entwickelt haben und inzwischen tief verwurzelter Bestandteil der deutschen Rechtstradition geworden sind.¹⁵⁷ In ihrer Unterscheidung spiegle sich die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft «*en miniature*» wider.¹⁵⁸ Während es bei der Staatsaufsicht um Eingriffsbefugnisse innerhalb der Staatsverwaltung gehe, richte sich die Wirtschaftsaufsicht an die selbstverantwortlichen Marktteilnehmer.¹⁵⁹ Als «dualistisches Grobraster» erfasse diese Typologie auch weitere Formen der Aufsicht¹⁶⁰ als «Spielarten» oder «Untertypen» entweder der Staats- oder der Wirtschaftsaufsicht.¹⁶¹

- 63 Tatsächlich werden wesentliche Elemente des hier verwendeten Aufsichtsbegriffs von einer gebräuchlichen Wirtschaftsaufsichtsdefinition in der deutschen Lehre abgedeckt. Regelmässig wird die «Wirtschaftsaufsicht» nämlich als staatliche Tätigkeit aufgefasst, die das selbstverantwortliche Verhalten der Teilnehmer am Wirtschaftsleben mit den dafür geltenden Rechtsregeln in Einklang halten soll.¹⁶²

¹⁵⁶ KAHL, Staatsaufsicht, 382.

¹⁵⁷ *Ebd.*, 383; vgl. dazu KAHL, Kontrolle, § 45 N 127 ff.

¹⁵⁸ KAHL, Kontrolle, § 45 N 130.

¹⁵⁹ *Ebd.*, § 45 N 132.

¹⁶⁰ SCHUPPERT unterscheidet etwa vier Grundtypen von Aufsicht, nämlich neben der Staats- und Wirtschaftsaufsicht auch die Steuerungs- und die Gewährleistungsaufsicht (vgl. SCHUPPERT, Neubestimmung, 299 ff.).

¹⁶¹ KAHL, Staatsaufsicht, 393 m.w.H., der etwa auf die sog. «Einwirkungsaufsicht» im Bereich der Staatsaufsicht und die sog. «Gewährleistungsaufsicht» im Bereich der Wirtschaftsaufsicht verweist. Eine weitergehende Ausdifferenzierung von Aufsichtstypologien – wie sie etwa von SCHUPPERT vorgeschlagen wird (vgl. soeben Fn. 160 [ebenfalls N 62]) – lehnt KAHL jedoch ab, nicht zuletzt mit dem Hinweis, durch eine «zu unkritische – Umgießung von empirischen Befunden in eine vorgeblich oder latent normative Begrifflichkeit [werde] (...) der Eindruck von auch juristischen Eigengesetzlichkeiten erweckt, die sich so nicht verifizieren lassen» (KAHL, Staatsaufsicht, 382). Insb. liessen sich auch die weiteren Aufsichtstypen mit den Kategorien von Staats- und Wirtschaftsaufsicht «dogmatisch einfangen» und bewältigen, «vorausgesetzt man wird sich der Tatsache gewahr, dass es «die» Staatsaufsicht ebenso wenig gibt wie «die» Wirtschaftsaufsicht, sondern dass sich unter diesen integrativen Oberbegriffen eine Vielzahl von abgestuften, mehr oder weniger unterschiedlichen Aufsichtsformen, ja ein bunter Aufsichtspluralismus verbirgt» (KAHL, Staatsaufsicht, 382 f.; vgl. auch den Überblick über die «Modernisierungsforderungen» von SCHUPPERT bei KAHL, Staatsaufsicht, 316 ff. m.w.H.).

¹⁶² Vgl. so etwa BERRINGER, 3 m.w.H.; KAHL, Staatsaufsicht, 362; HECKER, 9 m.w.H.; EHLERS, Wirtschaftsaufsicht, 6; vgl. auch MÖSBAUER, § 1, Fn. 1 (der allerdings die «Staatsaufsicht» in diesem Sinne definiert); BADURA, N 75.

Gerechtfertigt werden solche staatlichen Eingriffe i.d.R. mit dem Schutz von Polizeigütern oder auch mit dem Schutz der Funktion bestimmter Institutionen.¹⁶³ Dennoch werden für die Zwecke dieser Arbeit sowohl der Begriff der Staatsaufsicht als auch der Begriff der Wirtschaftsaufsicht mit Zurückhaltung eingesetzt – dies aus verschiedenen Gründen:

Eine wichtige Rolle spielt, dass die Aufsichtskategorien nicht einheitlich verwendet werden. Bis heute existiert kein homogener Begriff der «Staats-» oder der «Wirtschaftsaufsicht».¹⁶⁴ Vertreter eines engen Staatsaufsichtsbegriffs verstehen Staatsaufsicht regelmässig als einen Vorgang der staatsinternen Verwaltungskontrolle.¹⁶⁵ Vertreter eines weiteren Staatsaufsichtsbegriffs verwenden ihn hingegen zum Teil¹⁶⁶ als Oberbegriff für die staatliche Aufsichtstätigkeit sowohl über Verwaltungsträger als auch über private Wirtschaftssubjekte.¹⁶⁷ Entsprechend kommt

¹⁶³ Dazu hinten N 95 ff.

¹⁶⁴ Vgl. dazu etwa KAHL, Staatsaufsicht, 362 f., der sogar von einem «Eindruck völliger Konzeptlosigkeit (...) bei der Verwendung des Begriffs *Staatsaufsicht*» im deutschen Recht spricht (Hervorhebung im Original). Auch E. STEIN sprach mit Blick auf «das Recht der Wirtschaftsaufsicht» von einem «unüberschaubare[n] Chaos von Einzelgesetzen» (E. STEIN, Vorwort [S. V]) und warf die Frage auf, ob es überhaupt «eine «Wirtschaftsaufsicht» als funktionale Einheit» gebe oder ob «nur von «Staatsaufsicht in der Wirtschaft» gesprochen werden dürfe (*ebd.*, 20).

¹⁶⁵ In der deutschen Lehre wird als Objekt der Staatsaufsicht dann regelmässig ein öffentlich-rechtlich organisierter Verwaltungsträger der Zentralverwaltung und deren Amtswalter oder auch eine verselbstständigte Verwaltungseinheit verlangt, wobei Letztere öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich organisiert sein kann, sofern ihr Schwerpunkt in der Erfüllung öffentlicher Aufgaben liegt (vgl. KAHL, Kontrolle, § 45 N 106–108). In Abgrenzung zu diesem Aufsichtsverständnis wird die Aufsicht über Private im Sinne der Wirtschaftsaufsicht dann zum Teil als «Überwachung» betitelt (vgl. KAHL, Staatsaufsicht, 363 m.w.H.).

¹⁶⁶ Die Staatsaufsicht lässt sich aber auch sowohl in einem engen als auch in einem weiten Sinne als *staatsinterne* Aufsicht gegenüber öffentlich-rechtlichen Verwaltungsträgern auffassen, wobei der weitere Begriff sämtliche Aufsichtsformen umfasst, während sich der engere Begriff auf dezentralisierte, verselbstständigte Verwaltungsträger bezieht (vgl. so KAHL, Kontrolle, § 45 N 106 f.).

¹⁶⁷ So hiess z.B. das zweite Thema der Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer vom 9. bis 12.10.1963 in Saarbrücken «Staatsaufsicht in Verwaltung und Wirtschaft» (VVDStRL 22 [1965]). Vgl. dazu auch KAHL, Staatsaufsicht, 363 m.w.H. auf die deutsche Lehre; in der schweizerischen Lehre geht offenbar VOISARD von einer solchen Begriffsverwendung aus, wenn er «die Staatsaufsicht» als «*surveillance externe*» auffasst (VOISARD, N 89).

es vor, dass die «Staatsaufsicht» auch zur Bezeichnung von «Wirtschaftsaufsicht» verwendet wird.¹⁶⁸

- 65 Das Begriffspaar «Staats- und Wirtschaftsaufsicht» ist im Übrigen in der Schweiz wenig gebräuchlich. Eine mit der deutschen vergleichbare Dogmatik zum Aufsichtsrecht hat sich in der Schweiz bislang nicht etabliert. Zwar findet der Begriff der «Wirtschaftsaufsicht» hie und da Verwendung,¹⁶⁹ allerdings mit zum Teil unterschiedlichen Inhaltszuschreibungen.
- 66 So differenzierte etwa auch der Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates vom 13. September 2006 zwischen Aufgaben der «Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht».¹⁷⁰ Zu den Aufgaben der «Wirtschaftsaufsicht» zählte der Bericht «sämtliche Aufsichtstätigkeiten, die sich mit der Funktionsweise von Märkten befassen und die bei Marktversagen bei der Allokation von Gütern und Dienstleistungen sowie bei der Preisbildung das korrigierende Eingreifen umfassen».¹⁷¹ Exemplarisch wurden in diesem Zusammenhang die Tätigkeiten der ComCom, der PostReg, der WEKO und des Preisüberwachers genannt.¹⁷² Demgegenüber betonte der Bericht bei den Aufgaben der «Sicherheitsaufsicht» die prudenziellen Aspekte. Ziel sei der «Schutz der Öffentlichkeit oder von Marktteilnehmenden vor Gefahren in Zusammenhang mit spezifischen Marktleistungen». In diesem Zusammenhang wurden etwa die FINMA, das ENSI, die ESBK, Swissmedic, HSK, das Büro für Flugun-

¹⁶⁸ Vgl. z.B. den Titel des Werks von MÖSBAUER («Staatsaufsicht über die Wirtschaft»); vgl. auch SCHMIDT-ASSMANN, Verwaltungskontrolle, 13; SALZWEDEL, 208, der allerdings betont, dass auch dann, wenn der Terminus Staatsaufsicht für den wirtschaftlichen Bereich verwendet werde, es notwendig sei zu betonen, dass «Körperschaftsaufsicht» und «Wirtschaftsaufsicht» «voneinander wesensverschieden sind». Vgl. dazu auch KAHL, Staatsaufsicht, 363 m.w.H., der diese Begriffsverwendung ablehnt.

¹⁶⁹ Vgl. aus der Lehre: BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.9; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 15 N 6 und 52 sowie § 16 N 87 insb. mit Verweis auf die Banken-, Versicherungs- und Wettbewerbsaufsicht; HETTICH, Infrastrukturverfassung, N 40; vgl. auch KARLEN, Verwaltungsrecht, 143, der in klassischer Weise zwischen Staats- und Wirtschaftsaufsicht unterscheidet.

¹⁷⁰ Der Bericht fasste die «Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht» zu einem Aufgabentypus zusammen, der sich grundsätzlich für eine Auslagerung an verselbstständigte Einheiten des Bundes (in der Organisationsform der öffentlich-rechtlichen Anstalt) eigne. Vgl. Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8233 ff., 8234 f., 8262 ff. und 8285 f. Zu den Hintergründen des Corporate-Governance-Berichts vgl. hinten N 599 ff.

¹⁷¹ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8233 ff., 8263.

¹⁷² *Ebd.*, 8262 f.

falluntersuchung und die Untersuchungsstelle Bahnen und Schiffe aufgeführt.¹⁷³ Wie aufzuzeigen sein wird, erfasst der für die vorliegende Untersuchung verwendete Begriff der staatlichen Aufsicht über private Akteure der Wirtschaft Aspekte beider so differenzierter Aufsichtstypen, wobei die Rechtsaufsicht im Vordergrund steht.¹⁷⁴ Der marktorientierte Wirtschaftsaufsichtsbegriff des Corporate-Governance-Berichts alleine eignet sich somit nicht für den hier gewählten Ansatz.

Demgegenüber lassen sich zahlreiche «marktorientierte Kommissionen» i.S.v. Art. 8m lit. b RVOV als Aufsichtsbehörden im Sinne dieser Untersuchung klassifizieren,¹⁷⁵ während die sog. «gesellschaftsorientierten Kommissionen» nach Art. 8m lit. a RVOV, welche die Bundesversammlung sowie den Bundesrat und die Bundesverwaltung v.a. bei politischen, gesellschaftlichen Fragen beratend unterstützen,¹⁷⁶ nicht erfasst werden.¹⁷⁷ Anhang 2 Ziff. 2 RVOV führt unter der Kategorie «marktorientierte Kommissionen» etwa die ESBK, die WEKO, die ComCom sowie z.B. auch die Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) auf. Gleichwohl vermag auch eine solche «Marktaufsicht» nicht sämtliche der hier untersuchten Aufsichtskonstellationen zu berücksichtigen.

Ganz grundsätzlich bereitet die weit gefasste Bezugsgrösse «Wirtschaft» einer präzisen juristischen Erfassung Schwierigkeiten.¹⁷⁸ «Die» Wirtschaft als bestimmter «Sachbereich der Gesellschaft»¹⁷⁹ wird auch nicht beaufsichtigt, sondern vielmehr einzelne Akteure, die allerdings wirtschaftsrelevant tätig sein können, insb.

¹⁷³ Vgl. Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8233 ff., 8262 f. Eine ähnliche Begriffsverwendung findet sich etwa bei WOHLERS, der die prudenzielle Aufsicht über bestimmte natürliche und juristische Personen einer allgemeinen, sektoralen oder punktuellen Marktaufsicht, die «das Verhalten auf dem Markt als solches» beaufsichtigt, gegenüberstellt (WOHLERS, Selbstregulierung, 285).

¹⁷⁴ Dazu hinten N 72 ff., N 80 ff. und N 95 ff.

¹⁷⁵ Gemäss Art. 8m lit. b RVOV beaufsichtigen und unterstützen solche Kommissionen das Funktionieren eines bestimmten Marktes.

¹⁷⁶ Zu ihnen gehören bspw. die Eidgenössische Kommission für Strahlenschutz, die Nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin, die Eidgenössische Natur- und Heimatschutzkommission sowie zahlreiche Prüfungskommissionen (vgl. Anhang 2 Ziff. 1 RVOV).

¹⁷⁷ In die Kategorien der «marktorientierten» bzw. «gesellschaftsorientierten» Kommissionen werden die ausserparlamentarischen Verwaltungs- und Behördenkommissionen in Bezug auf die Entschädigung ihrer Mitglieder unterteilt.

¹⁷⁸ So auch HECKER, 11 sowie 26 f. m.w.H.

¹⁷⁹ So die Wortwahl von GUT, 31 f.

Unternehmen.¹⁸⁰ Auch wenn von einer «Marktaufsicht» die Rede ist,¹⁸¹ werden die Adressaten einer aufsichtsrechtlichen Verfügung i.d.R. die beaufsichtigten natürlichen oder juristischen Personen sein.¹⁸² – So erklärt sich auch die verwendete Begriffswahl hier. Sie erfasst zudem die staatliche Aufsicht über private Akteure, die *nicht nur* «wirtschaftliche Zwecke» verfolgen. Zu denken ist z.B. an politische, religiöse, wissenschaftliche, künstlerische, wohltätige oder gesellige Zwecke, die ebenfalls unternehmerische Zielsetzungen sein können.¹⁸³

2. Systemaufsicht

- 68 Eine dritte Form ergänzt die Staats- und Wirtschaftsaufsicht, nämlich die sog. «Systemaufsicht», auch wenn strittig ist, inwiefern es sich dabei um eine eigenständige Aufsichtskategorie handelt.¹⁸⁴ Die Systemaufsicht knüpft nicht an die Unterscheidung zwischen «staatsinterner» und «staatsexterner» Aufsichtsausübung an, sondern erfasst sowohl Private als auch Hoheitsträger im Hinblick auf eine makroprudenzielle Aufsichtsausübung,¹⁸⁵ die auf die Risiken bestimmter Muster und Entwicklungen innerhalb eines bestimmten Systems gerichtet ist.¹⁸⁶ Im Zu-

¹⁸⁰ Vgl. so auch GRÖSCHNER, 126 sowie in diesem Zusammenhang 53 ff., u.a. mit einer Kritik am «seinswissenschaftlichen» Wirtschaftsaufsichtsbegriff, der E. STEIN in der ersten eingehenden deutschen Monografie zum Themenbereich aus dem Jahre 1967 verwendet hat.

¹⁸¹ Zur grundsätzlichen Ausrichtung der staatlichen Aufsichtsausübung auf den Marktzugang und das Marktverhalten vgl. hinten N 972 ff.

¹⁸² In Einzelfällen findet sich allerdings eine Aufsicht über Teilmärkte, die sich auch auf nicht beaufsichtigte Personen erstrecken kann, bspw. im Fall der Verfolgung von Marktmissbräuchen durch die FINMA unter Art. 145 des FinfraG.

¹⁸³ So bspw. der Fokus von Stiftungen. Weil die *Stiftungsaufsicht* allerdings dafür zu sorgen hat, dass das Stiftungsvermögen seinen Zwecken gemäss verwendet wird, qualifizierte das Bundesgericht sie als «vermögensrechtlich» (BGE 144 III 264, E. 1.3).

¹⁸⁴ Vgl. KAHL, Kontrolle, § 45 N 136, der die Systemaufsicht als atypische Form der Wirtschaftsaufsicht begreift und ihr die Stellung als eigenständige, dritte Aufsichtskategorie abspricht.

¹⁸⁵ Die sog. makroprudenzielle Aufsicht bezweckt, durch die Reduktion von Systemrisiken die Krisenfestigkeit des Finanzsystems zu verbessern sowie die Wahrscheinlichkeit und die volkswirtschaftlichen Auswirkungen einer Finanzkrise zu begrenzen. Vgl. dazu SGHB Finanzmarktrecht I-KUHN, § 8 N 63 ff.; vgl. auch JUTZI/WESS/SIERADZSKI, 575 m.w.H. In der Schweiz ist v.a. die SNB mit der makroprudenziellen Aufsicht über das ganze System betraut.

¹⁸⁶ Es ist die Rede von einer «entpersonalisierten» Aufsicht oder Überwachung (vgl. KAUFHOLD, 362 m.w.H.). Vgl. auch KAUFHOLD, 367 mit einer überblicksartigen Definition sowie eingehend 357 ff. zu den einzelnen Parametern der Systemaufsicht.

sammenhang mit der Finanzkrise, die in den Jahren nach 2007 das Finanzsystem erschüttert hat, hat KAUFHOLD einen wirtschaftswissenschaftlich inspirierten, rechtlich einsetzbaren Systemaufsichtsbegriff besonders geprägt. Ausgehend von der Annahme, dass gegenüber der Mehrzahl von Systemrisiken die herkömmliche Perspektive des Gefahrenabwehrrechts nicht zielführend sei,¹⁸⁷ hat sie die rechtlich relevanten Eigenheiten zu identifizieren versucht, die systemische Risiken auszeichnen,¹⁸⁸ und darauf aufbauend Anforderungen festgelegt, denen eine Aufsicht als ein spezifisches Instrument der Risikoregulierung genügen muss, wenn sie in der Lage sein soll, systemischen Risiken entgegenzuwirken.¹⁸⁹

Im Finanzmarktbereich hat sich die Bedeutung der Aufsicht für ein funktionierendes Finanzsystem inzwischen etabliert. Nach Art. 4 FINMAG gehört der «Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte» (sog. Funktionsschutz), neben dem Schutz der Finanzmarktkunden (sog. Individualschutz), zu den erklärten Zielen der Finanzmarktaufsicht. Seitens der FINMA wurde erklärt, dass sie mit ihrer Aufsichtstätigkeit u.a. darauf abziele, «dass die Beaufsichtigten ihre Risiken beherrschen, die einzelne Institute und in der Folge auch die Funktionsfähigkeit des Systems gefährden können».¹⁹⁰ 69

Auch ausserhalb des Finanzsystems können systemische Risiken mit weitreichenden Konsequenzen für ein Gesamtsystem auftreten. Besonders deutlich wird dies im Zusammenhang mit der COVID-Pandemie oder mit Blick auf die emissionsbedingten Instabilitäten des Klimasystems, auf die auch KAUFHOLD hinweist.¹⁹¹ 70 KAUFHOLD hat folglich versucht, die Systemaufsicht als rechtsgebietsunabhängige Grundform der Aufsicht zu skizzieren.¹⁹² Allerdings hat sich die Verwendung des Systemaufsichtsbegriffs in anderen Bereichen bislang weniger etablieren können.¹⁹³

¹⁸⁷ *Ebd.*, 5 ff. und 372.

¹⁸⁸ *Ebd.*, §§ 2, 3 und 4 sowie (für eine Zusammenfassung der Erkenntnisse) 372 ff.

¹⁸⁹ *Ebd.*, §§ 5, 6 und 7 sowie (für eine Zusammenfassung der Erkenntnisse) 375 ff.

¹⁹⁰ Zitiert von der Website der FINMA, <<https://www.finma.ch> → FINMA → Ziele> (besucht am 15.8.24).

¹⁹¹ KAUFHOLD, 370. Zusätzlich nannte KAUFHOLD die mögliche Verbreitung von Gesundheitsrisiken über Verarbeitungsketten im Lebensmittelmarkt als Systemrisiko (*ebd.*, 369 f.).

¹⁹² *Ebd.*, 14 ff.

¹⁹³ Im deutschen Verwaltungsrecht ist teilweise die Rede von Systemkontrollen, die auf die Kontrollstrukturen abzielen, etwa im Bereich des Datenschutzrechts, im Zusammenhang mit der Prüfung und Validierung von Qualitätssicherungssystemen und Umweltmanagementsystemen durch unabhängige Gutachter oder der Systemakkreditierung von Hochschulen (vgl. etwa KAHL, Kontrolle, § 45 N 49 f.).

3. Nachfolgende Begriffsverwendung

- 71 Trotz Überschneidungen zwischen der «staatlichen Aufsicht über private Akteure der Wirtschaft» im Sinne der vorliegenden Untersuchung und anderen etablierten Kategorien, welche die «staatsexterne» Aufsicht zu erfassen suchen, werden solche Begriffe im Rahmen dieser Studie nur zurückhaltend eingesetzt. Um falsche Konnotationen zu vermeiden, verwendet diese Arbeit insofern «unspezifisch» den Begriff der «Aufsicht» oder der «staatlichen Aufsicht» und spricht generell von «Aufsichtsbehörden» und «Aufsichtsrecht». Gemeint ist dabei die von staatlichen Verwaltungsbehörden ausgeübte Aufsicht über natürliche und juristische Personen des Privatrechts, wobei letztere im Vordergrund dieser Untersuchung stehen werden. Entsprechend geht es regelmässig um Eingriffe des Staates in die wirtschaftlichen Aktivitäten Privater, aber nicht «nur». Grundsätzlich gründen die folgenden Ausführungen auf dem Verständnis, dass es «das» staatliche Aufsichtsrecht über private Akteure der Wirtschaft nicht gibt, wohl aber zahlreiche Aufsichtsrechtsverhältnisse mit mehr oder weniger Gemeinsamkeiten und Unterschieden.¹⁹⁴

III. Aufsichtszwecke

A. Überblick

- 72 Verschiedene Zwecke werden mit der Errichtung einer staatlichen Aufsicht über private Akteure der Wirtschaft verfolgt und lassen sich folgendermassen unterscheiden:
- 73 – Im Vordergrund steht jeweils die zentrale Aufgabe der Aufsichtsbehörden, die Verwirklichung des materiellen Rechts zu gewährleisten.
 - 74 – Mit der Rechtmässigkeitskontrolle verknüpft ist i.d.R. auch die zukunftsgerichtete Erwartung, das Aufsichtsrecht trage zur Verwirklichung bestimmter öffentlicher Interessen bei. Es handelt sich dabei um rechtlich verankerte Zielsetzungen (wirtschafts-)polizeilicher, aussen(-wirtschafts-)politischer, systemischer und/oder qualitätssichernder Natur. Die Funktionsfähigkeit beaufsichtigter Märkte soll gesichert werden, ebenso die individuellen Interessen der einzelnen Marktteilnehmer.

¹⁹⁴ KAHL spricht auch mit Blick auf die Staats- und Wirtschaftsaufsicht von einem «bunten» Aufsichtspluralismus» (KAHL, Staatsaufsicht, 383).

- Meist ist die Aufsichtstätigkeit auf eine Gefahrenabwehr ausgerichtet. Entsprechend kommt dem Aufsichtsrecht präventive Wirkung zu, auch wenn sich die Aufsichtsmassnahmen durchaus repressiv auswirken können.¹⁹⁵ 75
- Die staatliche Aufsicht als Voraussetzung und Folge der Aufgabenübertragung auf öffentliche Unternehmen und beliehene Private ist zusätzlich vom Gedanken getragen, dass die Exekutive sich ihrer politischen Verantwortlichkeit – und damit eines wichtigen Aspekts ihrer demokratischen Legitimation – nicht dadurch entledigen darf, dass sie die ihr zugedachten Aufgaben an Stellen delegiert, die ausserhalb ihrer Einwirkungs- und Kontrollmöglichkeiten stehen.¹⁹⁶ 76
Vor diesem Hintergrund wird der Aufsicht auch eine gewisse «einheitsstiftende» Wirkung zugesprochen.¹⁹⁷ Zudem soll die Aufsicht sicherstellen helfen, dass die übertragenen Aufgaben korrekt erfüllt und die rechtlichen Grundlagen auch im Rahmen einer Aufgabenübertragung eingehalten werden, sodass die Qualität der privaten Erfüllungshandlungen gewährleistet ist. Zu beachten sind insb. auch die Grundrechte (vgl. Art. 35 Abs. 2 BV).¹⁹⁸

So heisst es etwa, das BAKOM wache über die Grundversorgung mit Telekommunikationsdiensten durch konzessionierte Unternehmen, die dem Stand der Technik und weiteren Qualitätskriterien zu genügen hätten.¹⁹⁹ Ebenso überwacht «die Aufsichtsbehörde» nach Art. 34 Abs. 1 KVAG die Durchführung der sozialen Krankenversicherung und wacht zu diesem Zweck insb. darüber, dass die anwendbaren Gesetzesbestimmungen eingehalten werden und die Versicherten vor Missbräuchen geschützt sind.²⁰⁰ Aus ebensolchen Gründen werden im Übrigen etwa auch die Empfänger von Finanzhilfen und Abgeltungen i.S.v. Art. 3 Abs. 1 und 2 SuG beaufsichtigt. Die zuständige Behörde überprüft, ob sie ihre Aufgaben gesetzmässig und zu den ihnen auferlegten Bedingungen erfüllen.²⁰¹

¹⁹⁵ Dazu hinten N 976 sowie etwa N 980 ff. (zu Bewilligungs- und Konzessionserfordernissen als *präventiven* Marktzutrittsbeschränkungen), N 1177 ff. zu *präventiven* Aufsichtsmassnahmen und N 1190 ff. zu *repressiven* Aufsichtsmassnahmen.

¹⁹⁶ HÄNNI/STÖCKLI, N 1784 f.; G. MÜLLER, Aufsicht, 477.

¹⁹⁷ Vgl. etwa DREIER, 287 ff., der von der Aufsicht «als probates Mittel zur Reintegration der verselbständigten Verwaltungseinheiten in den staatlichen Apparat» spricht.

¹⁹⁸ JAAG, Dezentralisierung und Privatisierung, 46; vgl. auch TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 87 f. Vgl. zum Ganzen auch hinten N 367 ff.

¹⁹⁹ Vgl. Art. 16 und Art. 17. i.V.m. Art. 58 FMG.

²⁰⁰ Vgl. Art. 34 Abs. 1 lit. a und e KVAG.

²⁰¹ Vgl. Art. 25 SuG. Zur Aufsichtsbegründung durch Subventionsgewährung vgl. etwa VOISARD, N 186 ff.

- 77 – Eine korrekt ausgeführte Rechtsaufsicht trägt zur Rechtssicherheit bei, wenn sie hilft, das Recht wirkungsvoll umzusetzen, Unkorrektheiten und Fehler zu korrigieren und Rechtsverstösse zu sanktionieren. In diesem Sinne vermag sich die staatliche Aufsicht auch vertrauensfördernd auszuwirken.²⁰²
- 78 – Darüber hinaus geht es in einem Aufsichtsrechtsverhältnis immer auch um Kontrolle und Hemmung von Macht.²⁰³ Aufsichtsbehörden haben nicht zuletzt die ungehinderte Ausübung bestimmter privater Tätigkeiten und den dadurch bewirkten Einfluss privater Akteure zu überwachen und allenfalls zu bremsen bzw. korrigierend in eine bestimmte Richtung zu lenken.²⁰⁴ Entscheidend werden damit die einzelnen «Kontrollvorgänge», bzw. die angewandten «*Checks and Balances*».²⁰⁵
- 79 Nachfolgend (unter B und C) soll das Aufsichtsrecht als Instrument zur Verwirklichung des materiellen Rechts (i) sowie zur Gewährleistung bereichsspezifischer (öffentlicher) Interessen (ii) genauer beleuchtet werden, wobei das Element der präventiven Gefahrenabwehr (iii) ebenfalls hineinspielt.

B. Rechtsaufsicht

1. Begriffserklärung

- 80 Die zentrale Funktion der staatlichen Aufsicht über private Akteure der Wirtschaft ist es, die Einhaltung der spezifischen, unmittelbar anwendbaren, rechtlich verbindlichen Normen zu überwachen und durchzusetzen.²⁰⁶ Im Vordergrund steht damit die «Rechtsaufsicht». Aufsichtsrecht dient mit anderen Worten der Rechtmässigkeitskontrolle. So wacht etwa das BAKOM gemäss Art. 86 Abs. 1 RTVG darüber, «dass dieses Gesetz und die Ausführungsbestimmungen, die Konzession sowie die einschlägigen internationalen Übereinkommen eingehalten werden». Auch Art. 72 Abs. 1 KEG hat einen entsprechenden Wortlaut, wonach die Aufsichtsbehörden eingereichte Projekte prüfen und darüber wachen, «dass die In-

²⁰² Vgl. EICHENBERGER, Kontrolle, 133, der von der Kontrolle als «Integrationsmittel» spricht, dabei allerdings insb. den Konsens zwischen Behörden und Volk im Auge hatte.

²⁰³ MARTENET, Architecture, 334; EICHENBERGER, Kontrolle, 132 und 141.

²⁰⁴ Zur Steuerung und Lenkung vgl. auch hinten N 164 ff.

²⁰⁵ Vgl. EICHENBERGER, Kontrolle, 132 und 141, der einen sehr weiten Kontrollbegriff verwendet. Zum Begriff der «Kontrolle» vgl. auch hinten N 122 ff.

²⁰⁶ Vgl. so etwa BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.35; vgl. auch bereits BULLINGER, 296; GYGI, 79.

haber von Bewilligungen und von nuklearen Gütern ihre Pflichten nach diesem Gesetz einhalten».

Aber auch wenn die gesetzlichen Grundlagen weniger klar formuliert sind, geht es bei der staatlichen Aufsicht über private Akteure der Wirtschaft mehrheitlich um eine Rechtmässigkeitsprüfung. So etwa auch bei der Stiftungsaufsicht, trotz des missverständlichen Wortlauts von Art. 84 Abs. 2 ZGB, auf den sie sich stützt. Nach dieser Bestimmung hat die Aufsichtsbehörde dafür zu sorgen, «dass das Stiftungsvermögen seinen Zwecken gemäss verwendet wird». Dennoch ist die Stiftungsaufsicht als Rechtsaufsicht konzipiert und nicht etwa als Zweckmässigkeitsprüfung ausgestaltet.²⁰⁷ Art. 84 Abs. 3 ZGB, der mit der Reform des Stiftungsrechts eingeführt wurde,²⁰⁸ schafft diesbezüglich etwas Klarheit.²⁰⁹

Dieses Begriffsverständnis ist nicht neu.²¹⁰ Es lag insb. auch der Definition von Aufsicht nach TRIEPEL zugrunde, dessen Werk «Die Reichsaufsicht» (erschien im Springer-Verlag 1917) nicht nur in der Weimarer Republik, sondern auch nach 1945 die deutsche Staats- und Verwaltungsrechtslehre nachhaltig prägte.²¹¹ Er fasste das «Rechtsinstitut der Staatsaufsicht» auf als «die Gesamtheit staatlicher Handlungen, die zum Zwecke haben, das Verhalten der dem Staate Unterstellten in Überein-

²⁰⁷ JAKOB, Grundlagen und Entwicklungen, 11; kritisch dazu vgl. TRAJKOVA, 235 ff. m.w.H. auf die Aufsichtspraxis.

²⁰⁸ Die Bestimmung wurde auf den 1.1.2024 in Kraft gesetzt (AS 2022 452; vgl. auch BBl 2021 2992).

²⁰⁹ Art. 84 Abs. 3 ZGB lautet folgendermassen: «Begünstigte oder Gläubiger der Stiftung, der Stifter, Zustifter und ehemalige und aktuelle Stiftungsratsmitglieder, welche ein Interesse daran haben, dass die Verwaltung der Stiftung mit Gesetz und Stiftungsurkunde in Einklang steht, können gegen Handlungen und Unterlassungen der Stiftungsorgane Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde erheben.» Vgl. dazu hinten N 1496 und N 1559 sowie N 1554 ff. zur Stiftungsaufsichtsbeschwerde.

²¹⁰ Zu den Hintergründen dieses Begriffsverständnisses vgl. etwa KAHL, Staatsaufsicht 74 ff., der allerdings selber einen extensiveren Staatsaufsichtsbegriff verwendet, der auch Aufsichtsvorgänge erfasst, «ungeachtet dessen, ob es sich hierbei um Rechtsaufsicht oder Fach- bzw. Sonderaufsicht handelt» (*ebd.*, 401 m.w.H. u.a. auch auf TRIEPEL, 395 f.).

²¹¹ Vgl. noch ZIPPELIUS/WÜRTENBERGER, § 46 N 8a mit dem Hinweis, dass «[d]ie Grundgedanken und -begriffe des komplizierten Zusammenspiels von Bund und Ländern (...) schon in TRIEPELS berühmter Untersuchung über «Die Reichsaufsicht» (1917) noch gegen Ende des von Bismarck geschaffenen Bundesstaates entwickelt» wurden (in der neuen Auflage des Buches wurde der Verweis aufgegeben). Vgl. auch SMEND, 112, der festhielt, «Die Reichsaufsicht» von TRIEPEL «war und ist das beste Buch über das Staats- und Verwaltungsrecht des kaiserlichen Reichs überhaupt»; vgl. auch KAHL, Staatsaufsicht, 3 f. sowie Fn. 21 und 22 m.w.H.

stimmung mit einem feststehenden Richtmaß zu setzen oder zu erhalten».²¹² Die Begriffsdefinition wurde seither im deutschen Verwaltungsrecht «weitgehend blind perpetuiert»²¹³ und ist auch in der schweizerischen Lehre angekommen.²¹⁴

- 82 Wie auch das Prozessrecht steht das Aufsichtsrecht somit «*im Dienst der Verwirklichung des materiellen Rechts*»,²¹⁵ allerdings – im Gegensatz zum Prozessrecht – i.d.R. in einem (noch) nicht streitigen Stadium. Das Recht seinerseits verfasst die politisch bestimmten Ziele in verbindlicher Weise und sieht für deren Verwirklichung Aufsichtsmechanismen vor. Insofern ist die Aufgabe der so tätigen Aufsichtsbehörden jeweils konturiert; sie bezweckt die Überprüfung einer konkreten Konstellation anhand eines vorgegebenen Massstabs. Verstösse gegen das Recht sollen verhindert und gesetzeswidrige Zustände behoben werden.²¹⁶ Dabei geht es im Rahmen der Aufsichtsausübung²¹⁷ aber nicht zwingend – wie bei exekutori-

²¹² TRIEPEL, 121.

²¹³ KAHL, Staatsaufsicht, 14 m.w.H. Beispielsweise bezeichnete BULLINGER in den 1960er-Jahren «[a]ls Staatsaufsicht in der Wirtschaft» diejenige Staatstätigkeit, «die darauf abzielt, selbstverantwortliches Wirtschaftsverhalten in Einklang zu halten mit den dafür bestehenden, unmittelbar rechtsverbindlichen Maßstäben». Diese Aufsichtsform diene also «lediglich dazu, die Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr zu einem Verhalten zu veranlassen, zu dem sie ohnehin durch Gesetz, durch gesetzlich gedeckten Einzelakt oder sonstwie rechtlich verpflichtet sind» (BULLINGER, 285 f. sowie 324 [Leitsatz 8]). – Kritisch zu einer so verstandenen «Maßstabstheorie» (sowie zu einer ähnlich angelegten «Pflichtentheorie») äusserte sich allerdings E. STEIN (S. 3 ff., 5 ff. sowie 8 f.), der dafür plädierte, dass der Begriff der Staatsaufsicht so umrissen werde, «daß Raum für eine von rechtlichen Maßstäben unabhängige Beaufsichtigung bleibe» (vgl. *ebd.*, 7) und auch materiale Kriterien berücksichtigt werden (*ebd.*, 9 ff.). Interessant ist in diesem Zusammenhang auch der Hinweis von BULLINGER (S. 284 sowie Fn. 92) auf SCHMITT, der die Aufsicht 1933 als liberalistischen Gegenbegriff zur politischen Führung verwarf, weil die Gesetzesbindung dem totalen Führungsanspruch des nationalsozialistischen Staates in die Quere gekommen wäre (vgl. SCHMITT, Staat, 34 f.).

²¹⁴ Sowohl BIAGGINI als auch HANGARTNER verwiesen etwa in ihren jeweiligen Habilitationsschriften auf TRIEPELS Werk (vgl. BIAGGINI, Theorie und Praxis, 134 f.; HANGARTNER, Kompetenzverteilung, 234 f.), und SCHAUB sowie GSTREIN setzten sich im Rahmen ihrer Dissertationen mit TRIEPELS Aufsichtsdefinition auseinander (SCHAUB, 14 ff.; GSTREIN, 10). Vgl. ausserdem mit einer entsprechenden Begriffsdefinition BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.1 und N 19.5; VOISARD, N 25; vgl. auch BELLANGER, 23 ff.; STÖCKLI, Organisatorische Fragen, 107 zum Begriff der Wirtschaftsaufsicht.

²¹⁵ Vgl. so auch BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.4; vgl. auch BULLINGER, 289.

²¹⁶ Vgl. so GYGI, 331 f.

²¹⁷ Zur Aufsichtstätigkeit sogleich N 104 ff.

schen Sanktionen²¹⁸ – um die unmittelbare Durchsetzung verwaltungsrechtlicher Pflichten. Die Erreichung der Aufsichtszwecke kann auch misslingen, ohne dass dadurch der aufsichtsrechtliche Charakter der Aufsichtsausübung in Frage gestellt werden müsste.²¹⁹

2. Aufsichtsmasstab

Für den konkret anzuwendenden aufsichtsrechtlichen Prüfungsmasstab muss 83
jeweils auf die einschlägigen Rechtsvorschriften abgestellt werden. Dazu gehören die gesetzlichen Grundlagen im innerstaatlichen Recht (und zwar sowohl auf Verfassungs- als auch auf Gesetzes- und Verordnungsstufe²²⁰) sowie die anwendbaren völkerrechtlichen und europarechtlichen Rechtsquellen und transnationalen Standards.²²¹ Ferner zu beachten sind die Verpflichtungen, die den Beaufsichtigten durch konkretisierende Einzelakte (wie bspw. Bewilligungen und/oder Konzessionen) auferlegt werden.²²² Wie aufzuzeigen sein wird, können auch private Normen oder Usancen in die Aufsicht miteinbezogen werden.²²³ So etwa, wenn im Aufsichtsgesetz auf sog. (nationale oder internationale) «Standards»,²²⁴ Berufsgrundsätze bzw. «Best» oder «Good Practices»²²⁵ oder den «Stand von Wissenschaft und Technik»²²⁶ verwiesen wird.

Keine Rolle spielt die Zuordnung der massgeblichen Rechtsquellen zum öffent- 84
lichen Recht oder zum Privatrecht; das Aufsichtsrecht kann an beide anknüpfen.

²¹⁸ Dazu hinten N 1192 ff.

²¹⁹ Vgl. so bereits SCHAUB, 16 f.

²²⁰ Eine wichtige Bedeutung kommt im Aufsichtsrecht auch den von den Aufsichtsbehörden erlassenen Rechts- und Verwaltungsverordnungen zu. Dazu hinten N 419 ff. sowie N 441 ff.

²²¹ Insbesondere zu den transnationalen Aufsichtsstandards vgl. hinten N 325 ff.

²²² BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.17.

²²³ *Ebd.*, N 19.29 f. mit Beispielen; vgl. auch VOISARD, N 25 m.w.H.

²²⁴ Vgl. etwa Art. 16 Abs. 2 RAG mit dem folgenden Wortlaut: «Die Aufsichtsbehörde bezeichnet die anwendbaren national oder international anerkannten Standards. Bestehen keine Standards oder sind diese unzureichend, so kann sie eigene Standards erlassen oder bestehende Standards ergänzen oder abändern.»

²²⁵ Im Bereich der Arzneimittelaufsicht ist etwa die Rede von «Good Manufacturing Practice», «Good Clinical Practice» oder «Good Pharmacovigilance Practice».

²²⁶ Vgl. etwa Art. 3 Abs. 1 HMG, wonach wer mit Heilmitteln umgeht, «dabei alle Massnahmen treffen [muss], die nach dem Stand von Wissenschaft und Technik erforderlich sind, damit die Gesundheit von Mensch und Tier nicht gefährdet wird».

Ein Beispiel für eine im Privatrecht verankerte Aufsichtskompetenz ist etwa der bereits genannte Art. 84 Abs. 2 ZGB, aus dem die Stiftungsaufsicht abgeleitet wird. Diese Bestimmung wurde allerdings schon früh auch vom Bundesgericht als materielles öffentliches Recht qualifiziert.²²⁷

- 85 Ebenfalls nicht von Relevanz für die Qualifikation als Rechtmässigkeitskontrolle ist die Technizität der anzuwendenden Rechtsquellen. Entsprechend sind auch die Tätigkeiten «technischer» Aufsichtsbehörden wie etwa des ESTI, das, gestützt auf die Verordnung über das Eidgenössische Starkstrominspektorat, u.a. mit der «Aufsicht und Kontrolle über Bau, Betrieb und Instandhaltung von elektrischen Anlagen»²²⁸ betraut ist, oder auch der ComCom, welche die Bestimmungen des FMG überwacht, nicht prinzipiell von dieser Untersuchung ausgeklammert.
- 86 Von der Rechtsaufsicht auch erfasst ist derjenige Ermessens- bzw. Beurteilungsspielraum, welcher der Aufsichtsinstanz im Rahmen ihrer (pflichtgemässen) Rechtsanwendung zukommt.²²⁹ Im Falle offen formulierter Rechtsbestimmungen oder unbestimmter Rechtsbegriffe kann der Ermessensspielraum besonders ausgeweitet sein und sich letztlich dahin gehend auswirken, dass die Aufsichtsbehörde die Konkretisierung der Rechtsnormen zu übernehmen hat.²³⁰ Nebst Fragen mit Blick auf das Legalitätsprinzip, die dadurch aufgeworfen werden können,²³¹ kann die Ermessensausübung der Aufsichtsbehörde, gestützt auf Art. 49 lit. c VwVG, grundsätzlich durch das Bundesverwaltungsgericht überprüft werden.²³²
- 87 Generell gesprochen ist das Aufsichtsrecht jedoch nicht so ausgestaltet, dass Aufsichtskompetenzen ein Beanstandungsrecht gegenüber jeder nicht massstabskonformen Entscheidung der laufenden Geschäftsführung der Beaufsichtigten umfassen würden.²³³ Die Gesetzgebung sieht viel häufiger eine Art «Rahmenaufsicht» vor. Entsprechend sichert die Aufsicht nicht die Ordnungsmässigkeit der laufenden Geschäftsführung eines Betriebs (und wirkt auch nicht etwa auf ihre Förde-

²²⁷ Vgl. BGE 96 I 406, E. 2c; zur Rechtsnatur der Stiftungsaufsicht vgl. auch TRAJKOVA, 53 ff.

²²⁸ Art. 2 Abs. 1 lit. a ESTI-Verordnung.

²²⁹ In diesem Sinne auch BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.35.

²³⁰ Dazu hinten insb. N 1015, N 1117 ff., N 1408 ff. und N 1505 ff.

²³¹ Vgl. insb. zum Erfordernis der genügenden Normdichte hinten N 1403 ff.

²³² Dazu hinten N 1583 ff. Allerdings schränkt das Bundesverwaltungsgericht seine Kognition regelmässig ein (dazu hinten N 1587 ff. sowie N 1595 ff.).

²³³ Vgl. in diesem Sinne auch BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.35; VOISARD, N 26; KARLEN, Verwaltungsrecht, 448.

rung oder Verbesserung hin²³⁴), sondern greift erst dann ein, wenn eine bestimmte Schwelle überschritten ist, eine gewisse «Toleranzgrenze». Bis dahin werden die Unternehmen weitgehend sich selbst überlassen, was aber nicht heisst, dass sie nicht beaufsichtigt werden würden.²³⁵ Die Aufsicht wird – etwa im Gegensatz zu den Rechtsprechungskompetenzen der Justiz – kontinuierlich im Rahmen des aufsichtsrechtlichen Rechtsverhältnisses ausgeübt.²³⁶ Den beaufsichtigten Unternehmen wird vielmehr ein «Spielraum für freie und daher möglicherweise [auch] rechtsfehlerhafte Entscheidungen belassen».²³⁷

Wird die Eingriffsschwelle erreicht, so stehen den Aufsichtsbehörden zum Teil 88 weitgehende Massnahmen zur Korrektur und Wiederherstellung des ordnungsmässigen Zustands zur Verfügung, die bisweilen sogar bis zur Rücknahme einer Zulassung oder zur Auflösung des Unternehmens führen können.²³⁸ So verstanden, räumt die Rahmenaufsicht im Idealfall ein Höchstmass an wirtschaftlicher Freiheit, aber auch ein Höchstmass an wirtschaftlichem Risiko ein.²³⁹ Wie genau die Rahmenaufsicht ausgestaltet ist, wann die «Eingriffsschwelle» erreicht ist und welche Massnahmen dann zulässig sind, ergibt sich jeweils aus den im Einzelfall anwendbaren rechtlichen Grundlagen. Dabei spielen regelmässig die Vorgaben der Aufsichtsbehörden selber, insb. vollzugslenkende Verwaltungsverordnungen,²⁴⁰ eine wichtige Rolle. Nicht selten räumt die Gesetzgebung mittels offengehaltener Formulierungen den vollziehenden Behörden Ermessensspielräu-

²³⁴ VOISARD, N 26.

²³⁵ Zu Mechanismen der Selbstkontrolle vgl. hinten insb. N 989 ff.

²³⁶ Vgl. ZULAUF, Procédure, 166; vgl. auch VOISARD, N 39 ff.; zu Instrumenten der laufenden Aufsicht vgl. N 1059 ff.

²³⁷ So BULLINGER, 310 m.w.H., der betont, dass die Antriebskräfte der Wirtschaft «nun einmal nicht in ängstlichem Rechtsgehorsam, sondern in Gewinnstreben und Wagemut bestehen», weshalb sie Raum für «*trial and error*» benötigen würden, der nicht durch eine allzu intensive Staatsaufsicht beschränkt werden sollte. Zur sog. «Rahmenaufsicht» vgl. *ebd.*, 312 ff.; zu einer risikobasierten Selektion der aufsichtsrechtlich zu untersuchenden Fälle (womit bewusst die Aufsichtsausübung über weniger risikobehaftete Bereiche zurückgestellt wird) vgl. hinten N 1510 ff. – Heute wird die Auffangverantwortung des Staates angesichts sog. «Rahmennormen» bzw. «Rahmengesetze» v.a. im Kontext privater Selbstregulierung diskutiert. Vgl. dazu HETTICH, Kooperative Risikovorvorsorge, N 554; vgl. auch RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 N 18.

²³⁸ Vgl. den Überblick über aufsichtsrechtliche Durchsetzungsmassnahmen hinten N 1162 ff.

²³⁹ Vgl. auch BULLINGER, 314 m.w.H. u.a. auf die Idee der «Freiheit zum Untergang», die auf VON HAYEK zurückgeführt wird.

²⁴⁰ Dazu hinten N 441 ff.

me ein, um flexible und sachgerechte Lösungen unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zu ermöglichen, und gibt sich auf Gesetzesstufe mit einer Rahmenordnung zufrieden.²⁴¹

- 89 Insbesondere wenn nicht nur private Risiken zur Debatte stehen, sondern auch Schutzbedürfnisse Dritter betroffen sind oder öffentliche Interessen der Allgemeinheit durch ein «Scheitern» der Beaufsichtigten in Mitleidenschaft gezogen zu werden drohen – zu denken ist bspw. an Systemrisiken, wie sie mit der Finanzkrise, die sich in den Jahren 2008/2009 auf die Gesamtwirtschaft ausgewirkt hat, deutlich zutage getreten sind –, erscheinen auf Rahmenaufsicht beschränkte (mikroprudenzielle) Aufsichtskompetenzen u.U. als wenig sachgerecht. Aufsichtsbehörden sollten nicht gezwungen sein, einer Nichterfüllung von öffentlichen Aufgaben tatenlos zusehen zu müssen, bis eine Extremsituation eintritt. Etabliert haben sich deshalb Mechanismen der laufenden, die Geschäftstätigkeit der Beaufsichtigten begleitenden Aufsicht.²⁴²

3. Abgrenzungsfragen

3.1 Im Allgemeinen

- 90 Wird das Aufsichtsrecht als Mittel zur Verwirklichung des materiellen Rechts aufgefasst, lässt sich die Tätigkeit anderer Behörden, die ebenfalls im Hinblick auf bestimmte Fragestellungen «überwachend» im Verhältnis «Staat/Private» tätig werden, vom hier verwendeten Aufsichtsbegriff abgrenzen:
- 91 So gibt es bspw. eine Reihe von meist als ausserparlamentarische Kommissionen ausgestalteten Behörden,²⁴³ die spezifisches Expertenwissen zu bestimmten Themenkreisen bündeln, laufend den Stand der Wissenschaft und ggf. der Technik und Forschung verfolgen und zu politisch-gesellschaftlichen Fragen beratend Stellung nehmen. Als sog. «gesellschaftsorientierte Kommissionen» unterstützen sie regelmässig die Bundesversammlung sowie den Bundesrat und die Bundesverwaltung etwa beim Erlass von Vorschriften oder im Rahmen von Gutachten zu besonderen Fragestellungen.²⁴⁴ Dazu gehören z.B. die Eidgenössische Natur- und Heimatschutzkommission (ENHK),²⁴⁵ die Eidgenössische Kommission für nukle-

²⁴¹ Dazu hinten etwa N 419 und N 505.

²⁴² Dazu hinten N 1059 ff.

²⁴³ Dazu hinten N 406.

²⁴⁴ Art. 8m lit. a RVOV.

²⁴⁵ Informationen zur ENHK sind abrufbar unter <<https://www.enhk.admin.ch/de/eidgenoessische-natur-und-heimatschutzkommission>> (besucht am 15.8.24).

are Sicherheit (KNS)²⁴⁶ oder auch die Nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin (NEK).²⁴⁷ Solche Kommissionen sind jedoch nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Auch wenn rechtliche Aspekte in ihre Arbeit einfließen, untersuchen sie nicht die *Rechtmässigkeit* des Verhaltens der durch sie «Beaufsichtigten» (sofern man sich überhaupt dieser Wortwahl bedienen möchte).

Allerdings sind auch in diesem Zusammenhang Differenzierungen angebracht: Durchaus mit Rechtskontrollen betraut sind nämlich die sog. Ethikkommissionen für die Forschung.²⁴⁸ Sie sind jeweils mit der Prüfung von Forschungsprojekten und deren Durchführung beauftragt, insb. überprüfen sie die Übereinstimmung von «Forschungsprojekten mit Personen» mit den einschlägigen rechtlichen Bestimmungen, mit dem Ziel, die teilnehmenden Personen zu schützen.²⁴⁹ Da sie ausschliesslich als *Institutionen des kantonalen Rechts* ausgestaltet sind,²⁵⁰ stehen diese Ethikkommissionen jedoch nicht im Vordergrund der vorliegenden Untersuchung.

Ebenfalls nicht weiter vertieft werden im Folgenden etwa Stellung und Funktion der Schweizerischen Sicherheitsuntersuchungsstelle (SUST), einer ausserparlamentarischen Behördenkommission, die zur Durchführung von Untersuchungen zu Unfällen und gefährlichen Ereignissen im Verkehrswesen (ausgelöst durch Bahnen, Luftfahrzeuge und Schiffe) – nicht aber zur Rechtsaufsicht – eingesetzt wird.²⁵¹ 92

²⁴⁶ Informationen zur KNS sind abrufbar unter <<https://www.bfe.admin.ch> → Versorgung → Aufsicht und Sicherheit → Kommissionen und Inspektorate → Eidgenössische Kommission für nukleare Sicherheit KNS> (besucht am 15.8.24).

²⁴⁷ Aufschlussreich zu Aufgaben und Stellung der nationalen Ethikkommission ist die Verordnung über die nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin (VNEK) vom 4.12.2000. Weitere Informationen zur NEK sind abrufbar unter <<https://www.nek-cne.admin.ch>>.

²⁴⁸ Vgl. Überschrift des 9. Kapitels HFG; vgl. zur Bezeichnung «Ethikkommissionen in der Forschung» auch SHK HFG-JENNI, Art. 51 N 5 ff.

²⁴⁹ Vgl. Art. 51 Abs. 1 HFG. Eingehend zu den Aufgaben von Ethikkommissionen vgl. SHK HFG-JENNI, Art. 51 N 16 ff.

²⁵⁰ Vgl. Art. 54 HFG; vgl. auch SHK HFG-ZAUGG, Art. 54 N 2 sowie N 9 f.

²⁵¹ Regelmässig geht es um die Ermittlung der unmittelbaren technischen, betrieblichen und menschlichen Umstände und Ursachen, die zu einem bestimmten Ereignis geführt haben. Die Untersuchungen haben zum Ziel, die Sicherheit im Verkehrswesen zu verbessern, d.h., auf allfällige weiterbestehende Risiken hinzuweisen, um ähnliche Zwischenfälle in Zukunft zu verhüten. Hingegen geht es nicht um eine disziplinarisch- oder strafrechtlich-relevante Aufarbeitung der Ereignisse. – Weitere Informationen zur SUSST sind abrufbar unter <<https://www.sust.admin.ch>>. Massgeblich ist die Verordnung über die Sicherheitsuntersuchung von Zwischenfällen im Verkehrswesen (VSZV) vom 17.12.2014; vgl. auch insb. Art. 25 ff. LFG sowie Art. 15 ff. EBG.

3.2 Zweckmässigkeits- oder Wirtschaftlichkeitsprüfungen im Besonderen

- 93 Von der Rechtmässigkeitskontrolle sind auch *Zweckmässigkeits- oder Wirtschaftlichkeitsprüfungen* zu unterscheiden, die grundsätzlich keinen Anlass für das Tätigwerden der Rechtsaufsicht geben. Gehören Kriterien wie die Zweckmässigkeit oder Wirtschaftlichkeit aber zum rechtlich anwendbaren Aufsichtsmassstab, wird ihre Überprüfung auch von der Rechtsaufsicht erfasst.²⁵²

So wacht die Aufsichtsbehörde nach Art. 62 Abs. 1 BVG etwa nicht nur darüber, dass die gesetzlichen Vorschriften eingehalten werden, sondern hat zusätzlich dafür zu sorgen, dass das Vorsorgevermögen «zweckgemäss» verwendet wird.

Nach Art. 84 Abs. 2 ZGB hat die Stiftungsaufsichtsbehörde ferner dafür zu sorgen, «dass das Stiftungsvermögen seinen Zwecken gemäss verwendet wird».

Gestützt auf Art. 8 Abs. 2 EBG kann der Bundesrat ferner die Infrastrukturkonzession eines Eisenbahnunternehmens (nach Anhörung der betroffenen Kantone und gegen angemessene Entschädigung) widerrufen, «wenn wesentliche öffentliche Interessen, namentlich die zweckmässige und wirtschaftliche Befriedigung der Transportbedürfnisse, dies rechtfertigen».

- 94 Dies trifft auch zu, wenn die anwendbaren aufsichtsrechtlichen Vorschriften offen formuliert sind oder unbestimmte Begriffe enthalten, die von den Behörden zu konkretisieren sind – und dies kommt häufig vor. Wie aufzuzeigen sein wird, sind grundlegende Fragen mit Blick auf das Legalitätsprinzip die Folgen:²⁵³ Verweise auf die sog. «Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit» u.a. gemäss BankG,²⁵⁴ auf «klimabezogene Finanzrisiken» i.S.v. Anhang 5 des FINMA-RS 2016/1 (Offenlegung – Banken, Aufsichtsrechtliche Offenlegungspflichten) oder auf die sog. «Gute Herstellungspraxis» z.B. gemäss Art. 7 Abs. 1 HMG²⁵⁵ sind

²⁵² So auch BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.35.

²⁵³ Zum Legalitätsprinzip vgl. hinten N 1352 ff.

²⁵⁴ Vgl. Art. 1b Abs. 3 lit. d sowie Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG, wo der gute Ruf und die «Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit» eine Bewilligungsvoraussetzung darstellen. Zur Gewährsprüfung vgl. etwa NOBEL, Finanzmarktrecht, § 5 N 151 ff.; vgl. auch M. BLATTER, 79 ff.

²⁵⁵ Art. 7 Abs. 1 HMG lautet: «Arzneimittel und pharmazeutische Hilfsstoffe, deren Herstellung einer Bewilligung bedarf, müssen nach den anerkannten Regeln der Guten Herstellungspraxis hergestellt werden.» Gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung umschreibt der Bundesrat «die anerkannten Regeln der Guten Herstellungspraxis näher» und «berücksichtigt dabei international anerkannte Richtlinien und Normen».

etwa aus Sicht der Anforderungen an die Normdichte nicht unproblematisch.²⁵⁶ Insbesondere ist in solchen Konstellationen jeweils zu klären, welche Normen die Aufsichtsbehörden wiederum als Massstab für die Beurteilung der unbestimmten Rechtsbegriffe verwenden können.²⁵⁷

C. (Wirtschafts-)polizeiliche, systemische und qualitätssichernde Aufsichtszwecke

Über die allgemeine Zielsetzung der Überwachung der Erfüllung von Rechtspflichten hinaus verfolgt das Aufsichtsrecht zusätzlich die unterschiedlichsten Zwecke, die den verschiedenen Aufsichtsbereichen zugrunde liegen. Regelmässig geht es dabei um eine Gefahren- und/oder Risikoabwehr bzw. -vorsorge, die mit einer bestimmten wirtschaftlichen Tätigkeit, einem bestimmten Produkt oder einer Dienstleistung in Verbindung gebracht werden.²⁵⁸ Im Vordergrund steht dann der Schutz Einzelner sowie häufig auch der Allgemeinheit vor einem rechtswidrigen und möglicherweise schädlichen Verhalten anderer.²⁵⁹ 95

Damit ergeben sich Überschneidungen mit dem *Polizeirecht*, geht es doch auch im Aufsichtsrecht regelmässig (und oft in erster Linie) um den (wirtschaftspolizeilichen) Schutz der klassischen Polizeigüter,²⁶⁰ so z.B. um die öffentliche Gesundheit (zu denken ist etwa an den Bereich des Heilmittel- oder Lebensmittelrechts), die öffentliche Ordnung (dazu zählte das Bundesgericht etwa auch die ökonomische Stabilität und den Schutz des Finanzmarkts²⁶¹) oder um Treu und Glauben 96

²⁵⁶ Dazu hinten N 1403 ff., insb. N 1408 ff.

²⁵⁷ Vgl. etwa NOBEL, Finanzmarktrecht, § 5 N 157 ff. zur Gewährsbestimmung.

²⁵⁸ KAHL, Staatsaufsicht, 378.

²⁵⁹ Zu solchen geschützten «Drittinteressen» vgl. etwa VOISARD, N 15 m.w.H.

²⁶⁰ So auch BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.8 f.; ebenso BÄRTSCHI/STOHWASSER, N 326 ff. m.w.H.

²⁶¹ Vgl. BGE 137 II 431, E. 4.1 f., wo das Gericht im Zusammenhang mit der US-amerikanischen Drohung, gegen die Grossbank UBS AG Anklage zu erheben, von einer Gefahr ausging, «welche wegen der Systemrelevanz der Bank geeignet erschien, den nationalen und internationalen Finanzmarkt zu erschüttern. Mit der damit verbundenen Beeinträchtigung des weltweiten bzw. des schweizerischen Wirtschaftssystems wären unabsehbare Konsequenzen verbunden gewesen, welche wesentliche und existenzielle Interessen des Landes tangiert hätten.» Die UBS sei für die Schweizer Wirtschaft «von systemischer Bedeutung (*too big to fail*)». Insgesamt erachtete es die Anordnung der FINMA vom 18.2.2009, dass die UBS AG dem US-amerikanischen Department of Justice die angeforderten Daten herausgeben müsse, als zulässig, um ein für die

im Geschäftsverkehr²⁶² (so bspw. im Bereich der Spielbankenaufsicht oder auch bei der Aufsicht über die sog. «freien Berufe»)²⁶³ Sind die Aufsichtsinstanzen mit der Abwehr von Gefahren für die Polizeigüter betraut, nehmen sie, funktionell betrachtet, spezialpolizeiliche Aufgaben wahr.²⁶⁴

- 97 Zusätzlich zu dieser auf Gefahrenabwehr und -vorsorge und damit oftmals auf ein Unterlassen ausgerichteten sog. «negativen Aufsicht» – und entsprechend nach herkömmlicher Auffassung in Abgrenzung zum klassischen Polizeirecht²⁶⁵ – verfolgt das Aufsichtsrecht v.a. im Wirtschaftskontext regelmässig auch weitere, im öffentlichen Interesse liegende Ziele.²⁶⁶ Es handelt sich dabei oftmals um systemische Ziele, wie z.B. die Sicherung der Funktionsfähigkeit bestimmter Märkte und den Schutz besonderer Branchen und Institutionen. Im Rahmen einer solchen «positiven» Aufsichtsausrichtung²⁶⁷ geht es über den polizeilichen «Überwachungs-»

wirtschaftliche Funktionsfähigkeit «fundamentales» Rechtsgut zu erhalten. Für eine Besprechung dieses Entscheids vgl. hinten N 807 ff. sowie insb. N 1369 ff.

²⁶² RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN streichen die Wahrung von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als Aufgabe des «Wirtschaftsaufsichtsrechts» besonders hervor (vgl. *ebd.*, § 2 N 4).

²⁶³ Vgl. den Überblick über die polizeilichen Schutzgüter etwa bei TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1478 ff.; vgl. auch GYGI, 24 f.

²⁶⁴ Vgl. etwa VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 2 N 25 ff. und § 17 N 1 ff., die von «Wirtschaftspolizeirecht» bzw. «Wirtschaftsaufsichtsrecht» sprechen. Vgl. auch TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1456 f. sowie N 1468 ff. zur sog. «Spezial-» oder «Verwaltungspolizei». Vgl. auch *ebd.*, N 1459 und insb. N 1476, wo sie festhalten, dass eine klare Trennung von polizeilicher Gefahrenabwehr und übriger staatlicher Tätigkeit heute kaum mehr möglich sei, und sich auf den Standpunkt stellen, dass heute weder der Polizeibegriff noch das Polizeirecht eine Daseinsberechtigung als eigenständige Institute des Verwaltungsrechts hätten. Vgl. so etwa auch GRIFFEL, Verwaltungsrecht, N 328 ff.; B. SCHINDLER, Polizeibegriff, 66 ff.

²⁶⁵ Vgl. so BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.9.

²⁶⁶ Vgl. zu dieser Differenzierung BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.36 sowie N 19.99.

²⁶⁷ Zu den Kategorien der «positiven» und «negativen» Aufsicht vgl. bereits BULLINGER, 289 (insb. auch Fn. 110 m.w.H.); vgl. auch KAHL, Staatsaufsicht, 379 f. m.w.H., der allerdings die sog. «Wirtschaftsaufsicht» als «Sonderfall der allgemeinen, rein negativen (Untertanenaufsicht) bzw. (Jedermannsaufsicht)» auffasst und so von der (nach seiner Auffassung v.a. positiv ausgerichteten) Staatsaufsicht abgrenzt, die «nicht nur Verstöße gegen die Rechtsordnung verhindern, sondern auch auf die Erfüllung der dem Beaufsichtigten obliegenden öffentlichen Aufgaben hinwirken [will]»; vgl. ebenfalls zu dieser – hier nicht vertretenen – Begriffsverwendung und Gegenüberstellung von (negativer) Wirtschaftsaufsicht und (positiver) Staatsaufsicht KAHL, Kontrolle, § 45 N 132 m.w.H.

und «Schutzauftrag» hinaus²⁶⁸ regelmässig um eine Sicherung der Funktionsfähigkeit bestimmter gesamtwirtschaftlich besonders bedeutender Institutionen und «Infrastrukturen»²⁶⁹ und damit letztlich auch um eine Durchsetzung bestimmter Strukturentscheidungen.²⁷⁰

E. STEIN ging so weit festzuhalten, dass der «Schutz der Funktionsfähigkeit der Gesamtwirtschaft (...) unausgesprochen hinter jeder Aufsichtsmaßnahme in der Wirtschaft» steht. Die Staatsaufsicht in der Wirtschaft könne deshalb nur angemessen untersucht werden, «wenn man vom Schutz der Funktionsfähigkeit der Gesamtwirtschaft ausgeht als der einen Aufgabe, der jeder Zweig dieser Staatsaufsicht zu dienen hat».²⁷¹

Mit Art. 4 FINMAG gesprochen, visiert in diesem Sinne die Finanzmarktaufsicht 98 nicht «nur» «den Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger, der Anlegerinnen und Anleger sowie der Versicherten» an, sondern auch «den Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte».²⁷² Zudem bezweckt die Finanzmarktaufsicht auch, «zur Stärkung des Ansehens und der Wettbewerbsfähigkeit und der Zukunftsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz» beizutragen.²⁷³ Ferner sind die materiellrechtlichen Bestimmungen des KG (Art. 5 ff.), die unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen und Unternehmenszusammenschlüsse einer Regelung zuführen, nach dem Wortlaut von Art. 1 KG darauf ausgerichtet, «volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern».

Auch im Bereich der an ausgelagerte Verwaltungseinheiten (Post, Swisscom) oder 99 an Private übertragenen Grundversorgungsleistungen in den Bereichen des Ver-

²⁶⁸ Zum Überwachungsbegriff vgl. hinten N 136 ff.

²⁶⁹ Eingehend zu rechtlichen Aspekten der Infrastrukturpolitik in der Schweiz vgl. etwa HETTICH, Infrastrukturverfassung, 2283 ff.

²⁷⁰ KAHL, Staatsaufsicht, 379.

²⁷¹ E. STEIN, 26; vgl. auch *ebd.*, 9 ff. sowie 14 ff., wo er zwischen der «Schutz-» und der «Strukturtheorie» als materiale Aufsichtstheorien unterschied und sich letztlich dafür aussprach, zu versuchen, die Staatsaufsicht auf der Basis einer kombinierten «Funktionsschutztheorie» aus begrifflich zu erfassen.

²⁷² Vgl. Art. 4 Satz 1 FINMAG.

²⁷³ Vgl. Art. 4 Satz 2 FINMAG.

kehrs- bzw. Eisenbahn-,²⁷⁴ Energie-²⁷⁵ oder des Informations- und Kommunikationsrechts (angesprochen sind neben den Post- die Fernmeldedienste sowie die Verbreitung von Radio- und Fernsehprogrammen)²⁷⁶ sind – wie gesehen – aufsichtsrechtliche Vorgaben vorgesehen, um Infrastrukturbereiche zu sichern und «günstige Rahmenbedingungen für die private Wirtschaft» i.S.v. Art. 94 Abs. 3 BV zu gewährleisten.²⁷⁷

- 100 Dabei kommt im Aufsichtskontext nicht selten ein ganzes Aufsichtsregime von aufeinander abgestimmten Aufsichtsinstrumenten, -massnahmen und -verfahren zum Zug.²⁷⁸ In Abgrenzung zum Polizeirecht, das i.d.R. die Allgemeinheit zum Adressaten hat, gibt BIAGGINI dazu zu bedenken, dass im Aufsichtsrecht regelmässig eine spezifische Kategorie von Beaufsichtigten (eine spezialisierte «Branche») einer spezialisierten Aufsichtsinstanz gegenüberstehe.²⁷⁹
- 101 Die dem Aufsichtsrecht zugrunde liegenden unterschiedlichen öffentlichen Interessen finden ihre jeweilige Grundlage in den anwendbaren Rechtsnormen,²⁸⁰ die für die rechtsanwendenden Aufsichtsbehörden verbindliche Orientierungspunkte sind.²⁸¹ Der Begriff des öffentlichen Interesses an sich ist nämlich «in höchstem Masse unbestimmt».²⁸² «Das öffentliche Interesse gibt es nicht.»²⁸³ Als «die allgemeinste Voraussetzung staatlichen Handelns» wird es auch als «Allgemein-

²⁷⁴ Vgl. Art. 87 und Art. 87a BV.

²⁷⁵ Vgl. Art. 89 BV. Nach Abs. 1 setzen sich Bund und Kantone im Rahmen ihrer Zuständigkeiten ein für eine «ausreichende, breit gefächerte, sichere, wirtschaftliche und umweltverträgliche Energieversorgung». Vgl. auch Art. 1 EnG.

²⁷⁶ Vgl. Art. 92 und Art. 93 BV.

²⁷⁷ Dazu vorne N 76. Vgl. auch KARLEN, Verwaltungsrecht, 329 f.; BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.9; (für das deutsche Recht) KAHL, Staatsaufsicht, 378 f. m.w.H.

²⁷⁸ Vgl. BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.11, der dies als «typisch für das (Wirtschafts-) Aufsichtsrecht» bezeichnet.

²⁷⁹ BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.10.

²⁸⁰ B. SCHINDLER, SG-Kommentar BV, Art. 5 N 50; vgl. insb. auch BGE 142 I 49, E. 8.1; BGE 138 I 378, E. 8.3; vgl. auch VOISARD, N 11 ff. u.a. mit Verweis auf gesetzliche Zweckartikel.

²⁸¹ B. SCHINDLER, SG-Kommentar BV, Art. 5 N 51, mit dem Hinweis, dass Spielräume innerhalb des gesetzten Rechts den rechtsanwendenden Behörden nicht (wie im Privatrecht) «Freiräume zur Verfolgung individueller Interessen» belassen, sondern ihnen «zweckgerichtete Gestaltungskompetenzen zur konkretisierenden Umsetzung des gesetzgeberischen Normprogramms» an die Hand geben.

²⁸² B. SCHINDLER, SG-Kommentar BV, Art. 5 N 49.

²⁸³ *Ebd.*, Art. 5 N 49 insb. mit Verweis auf MOOR, Théorie, 99; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 462 f., die insb. ausführen, dass die Frage, ob eine staatliche Massnahme

interesse» oder «Gemeinwohl» bezeichnet und damit herkömmlicherweise den Partikularinteressen einzelner Personen oder Bevölkerungsgruppen gegenübergestellt.²⁸⁴

Dem widerspricht auch BIAGGINI nicht, wenn er zwischen den unterschiedlichen involvierten Interessen im Aufsichtskontext unterscheidet und insb. zwischen den öffentlichen Interessen, «zu deren Gewährleistung die Behörde eingesetzt wurde», und den «Gemeinwohlinteressen» differenziert.²⁸⁵ Er gibt vielmehr zu bedenken, dass es angesichts einer Tendenz spezialisierter (bestimmten öffentlichen Interessen verpflichteter) und «zu einer gewissen «Eindimensionalität» in der Problemwahrnehmung und -lösung» neigender Behörden herausfordernd sein kann, auf eine gesamtheitliche, mehrdimensionale Sicht der tangierten Interessen bzw. des Gemeinwohls hinzuwirken. Insofern leiste die spezialisierte staatliche Aufsicht einer «Fragmentierung des staatlichen Handelns Vorschub».²⁸⁶

Auch besteht kein *Numerus clausus* an öffentlichen Interessen, und der Begriff lässt sich weder aus der Bundesverfassung abschliessend ableiten, noch wird er in den Gesetzen einer einheitlichen Definition zugeführt.²⁸⁷ Vielmehr sind – in den Worten des Bundesgerichts – «[d]ie Auffassungen darüber, was im öffentlichen Interesse liegt, (...) wandelbar²⁸⁸ und unterliegen einer politischen Wertung. Die Konkretisierung der massgeblichen öffentlichen Interessen obliegt daher in erster Linie dem politischen Prozess bzw. dem zuständigen Gesetzgeber (...). Hat das

auf einem genügenden öffentlichen Interesse gründe oder nicht, i.d.R. nur von Fall zu Fall nach Massgabe der jeweiligen Umstände bestimmbar sei.

²⁸⁴ B. SCHINDLER, SG-Kommentar BV, Art. 5 N 48; BSK BV-EPINEY, Art. 5 N 62. – Individual- und Gruppeninteressen überlagern sich allerdings gegenseitig, denn «Anerkennung und Befriedigung privater Bedürfnisse und Interessen» stellen eine Staatsaufgabe im öffentlichen Interesse dar, und «der materielle Bestand an öffentlichen Interessen [wird] aus kollektiv aggregierten Individualinteressen gewonnen» (vgl. WYSS, N 12 [S. 5 f.] m.w.H.; vgl. so auch VOISARD, N 11 m.w.H.).

²⁸⁵ BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.36.

²⁸⁶ *Ebd.*, N 19.99.

²⁸⁷ UHLMANN/BUKOVAC, 35; B. SCHINDLER, SG-Kommentar BV, Art. 5 N 49; BSK BV-EPINEY, Art. 5 N 63.

²⁸⁸ Es ist die Rede von zeitlicher und örtlicher Wandelbarkeit. Vgl. etwa TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 445; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 465 ff.; WYSS, N 296 f. (S. 132 f.); vgl. auch BGE 142 I 49, E. 8.1.

Gesetz eine staatliche Aufgabe festgelegt, so ist diese im demokratischen Prozess als öffentliches Interesse bestimmt worden.»²⁸⁹

- 103 Entsprechend können im Laufe der Zeit neue (auch wirtschaftspolitische²⁹⁰) Anliegen oder Bedürfnisse²⁹¹ als öffentliche Interessen bezeichnet und einem aufsichtsrechtlichen Regime zugeordnet werden.²⁹²

Zur Illustration lässt sich etwa auf die sog. «Alkoholfrage» verweisen, die im Laufe der Zeit unterschiedlich wahrgenommen und in der Folge auch geregelt wurde: In einer ersten Phase, gegen Ende des 19. Jahrhunderts, wurde der Alkoholkonsum v.a. im Kontext der sozialen Frage thematisiert. In den Kriegsjahren zu Beginn des 20. Jahrhunderts wurde die Alkoholpolitik sodann als Aspekt der Ernährungs-, Gesundheits- und Versorgungspolitik aufgefasst.²⁹³ Landwirtschaftliche Erzeugnisse sollten in dieser Zeit weniger als Material zur Herstellung von Alkohol dienen als vielmehr zur Ernährungssicherheit beitragen. Solche Sichtweisen traten nach den 1980er-Jahren deutlich in den Hintergrund.²⁹⁴

²⁸⁹ BGE 138 I 378, E. 8.3. Das Legalitätsprinzip gibt somit das Verfahren vor, in dem Interessen zu öffentlichen Interessen erklärt werden können (MOOR, *Intérêts*, 21; vgl. dazu auch WYSS, N 336 [S. 148]; B. SCHINDLER, SG-Kommentar BV, Art. 5 N 50; vgl. so auch vgl. auch BGE 142 I 49, E. 8.1).

²⁹⁰ Entgegen der teilweise in der Vergangenheit vertretenen Auffassung gelten heute – neben fiskalischen – auch wirtschaftspolitische Interessen zu den öffentlichen Interessen (vgl. dazu B. SCHINDLER, SG-Kommentar BV, Art. 5 N 49; BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 5 N 16; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 444).

²⁹¹ Wyss fasst den Rechtsbegriff des öffentlichen Interesses als «allgemeine Bedürfnisklausel» in einem demokratischen Staat auf, «die gewissermassen jedem Staatshandeln implizit zugrunde liegt. Bedürfnisse – ihre Existenz, ihre Dringlichkeit, ihr gesellschaftlicher Rückhalt – verändern und verschieben sich. Den Organen des Staates obliegt es, diese Bedürfnisse zu ermitteln, zu bewerten und ihnen – in den vom positiven Recht zur Verfügung gestellten Formen und Verfahren – Nachachtung zu verschaffen» (vgl. WYSS, Ziff. 7 auf S. 567).

²⁹² Eingeschränkt wird der Spielraum des Verfassungs- und Gesetzgebers bei der Umschreibung und Gewichtung der öffentlichen Interessen lediglich dadurch, «dass eine geradezu willkürliche Festlegung öffentlicher Interessen unzulässig ist» (B. SCHINDLER, SG-Kommentar BV, Art. 5 N 50) oder aber wenn die Bundesverfassung die Interessenverfolgung ausdrücklich verbietet wie etwa gemäss Art. 94 Abs. 4 (B. SCHINDLER, SG-Kommentar BV, Art. 5 N 50; vgl. auch BGE 138 I 378, E. 8.3).

²⁹³ Dazu auch hinten N 260.

²⁹⁴ Vgl. für einen ersten Überblick über die Geschichte der Alkoholpolitik in der Schweiz AUDERSET/MOSER, 10 ff. sowie eingehend 20 ff., 84 ff. und 170 ff.

Aus neuerer Zeit und auch mit Blick auf europäische Rechtsentwicklungen interessant sind etwa die Diskussionen rund um die Einsetzung einer Aufsichtsstruktur zwecks «öffentlich-rechtlicher Durchsetzung» von unternehmerischen Sorgfaltspflichten, wie sie sich im Zusammenhang mit dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2019/1937 verfolgen lassen.²⁹⁵

IV. Aufsichtstätigkeit

A. Zwei Hauptfunktionen

Es lassen sich zwei Hauptfunktionen der Aufsichtstätigkeit unterscheiden: Im 104
Vordergrund steht einerseits die Überwachung des rechtmässigen Verhaltens der Aufsichtsadressaten, die sog. *Beobachtungsfunktion*.²⁹⁶ Auf der Basis der Untersuchung (bzw. «Beobachtung») der Umstände des Einzelfalls – «[d]as Vorhandensein von Wissen gehört zu den Grundlagen, den Voraussetzungen staatlichen Handelns»²⁹⁷ – geht es andererseits um die nachträgliche Korrektur fehlerhaften Verhaltens (die sog. *Berichtigungsfunktion*) in einem weiten Sinne.²⁹⁸ Die Differenzierung zwischen diesen beiden Hauptaufsichtsfunktionen wurde bereits von TRIEPEL vorgenommen.²⁹⁹ In seinem 1917 erschienenen Werk zur «Reichsauf-

²⁹⁵ COM(2022) 71 final.

²⁹⁶ Auch etymologisch wird das Wort «Aufsicht» auf das Verb «sehen» zurückgeführt bzw. auf die indogermanische Wurzel «sek». Deren eigentliche Bedeutung «mit den Augen verfolgen» ergibt sich wiederum aus verwandten u.a. lateinischen Wurzeln («*sequi*»: nachfolgen, verfolgen). Vgl. den Eintrag zum Verb «sehen» im Duden Herkunftswörterbuch (Duden Band 7), 3. Aufl., Mannheim 2001, auf den unter «Aufsicht» verwiesen wird.

²⁹⁷ FASSBENDER, § 76 N 2.

²⁹⁸ Vgl. dazu aus der deutschen Lehre KAHL, Staatsaufsicht, 353 ff.; KAHL, Kontrolle, § 45 N 11 f. Aus der schweizerischen Lehre ging etwa bereits HANGARTNER in seiner Habilitationsschrift von einem solchen Verständnis der Bundesaufsicht aus (vgl. HANGARTNER, Kompetenzverteilung, 234 f. m.w.H. nicht zuletzt auf TRIEPEL); vgl. ausserdem auch GYGI, 74.

²⁹⁹ Noch vor TRIEPEL unterschied schon RÜMELIN in seinem Beitrag aus dem Jahr 1883 bei der Staatsaufsicht die beobachtende Tätigkeit von der Verarbeitung der Beobachtungen und auch der Erhebung etwaiger Beanstandungen. Er führte aus, die «beaufsichtigende Thätigkeit characterisirt sich somit nicht nur als beobachtende, sondern auch als eine die ausführende Thätigkeit, die Executive der Verwaltungskörper (...) bestimmende» (vgl. RÜMELIN, 212 f.; vgl. dazu auch E. STEIN, 17).

sicht» stellte er diese «zwei Verrichtungen» einander gegenüber und setzte sie folgendermassen miteinander in Beziehung:

«Die erste [d.h. die Beobachtungsfunktion] ist die unentbehrliche Voraussetzung der zweiten [d.h. der Berichtigungsfunktion], und sie ist andererseits wertlos, wenn sie nicht im Hinblick auf die zweite erfolgt. Allerdings ist es möglich, daß im einzelnen Falle beim «Aufsichtsverfahren» die eine Funktion eine größere Rolle spielt als die andere. Das Verfahren kann nach vollendeter Beobachtung abbrechen, wenn sich herausstellt, daß es nichts zu berichtigen gibt, oder wenn das Aufsichtsorgan aus Gründen der Zweckmäßigkeit von einer Berichtigung Abstand nimmt. Umgekehrt kann die Beobachtungsfunktion hinter der Rektifikation verschwinden. Zwar ist die Berichtigung niemals denkbar ohne vorherige Beobachtung; aber es kommt häufig vor, daß sie erfolgt, ohne daß ein nach außen sichtbares Ermitteln und Feststellen vorausgegangen ist. (...) Halten wir fürs erste jedenfalls fest, daß die Beobachtungsfunktion ohne die Berichtigungsfunktion ein Schwert ohne Klinge, und daß die zweite für die Staatsaufsicht die Hauptsache ist.»³⁰⁰

1. Beobachtung

- 105 Nach TRIEPEL hatte die Beaufsichtigung (schon) damals «die Bestimmung, dem Herrscher ein Urteil darüber zu ermöglichen, welche Regierungsmaßregeln gesetzgebender oder vollziehender Natur für das gemeine Beste erwünscht oder notwendig seien».³⁰¹
- 106 Sie wurde «ganz schablonenhaft als Erkundigungsmittel aufgefaßt, das den Regenten für Entschlüsse der verschiedensten Art vorbereiten solle».³⁰²

Schon SCHEIDEMANTEL führte 1775 zur Oberaufsicht aus: «Der Fürst muß seinen Staat kennen; er würde sonst von dem Gegenstand seiner Regierung keine hinreichende Wissenschaft haben, er würde sich mit Dingen beschäftigen, die er nicht versteht, er würde nicht wissen, ob man seine Vorschriften befolgt und ob diese selbst nützlich und brauchbar sind; (...) kurz er würde nicht mit Gewisheit regieren können, und die Vorteile seiner Untertanen dem blinden Schicksal überlassen. (...) Gewis ein großer Widerspruch: Regieren und nicht sehen was man regiert.»³⁰³

³⁰⁰ TRIEPEL, 120 f.

³⁰¹ *Ebd.*, 113.

³⁰² *Ebd.*, 113 f.

³⁰³ SCHEIDEMANTEL, § 77 (S. 81).

Auch HAENEL³⁰⁴ hatte 1892 die staatliche Aufsicht aufgefasst als «die Beobachtung und die Ermittlung der für die Gesellschaft wichtigen Thatbestände und zwar, um zu dem Urteile zu gelangen, ob und welche Thätigkeit des Staates in Gemässheit der ihm gestellten Aufgaben erforderlich, notwendig oder zweckmässig ist. In diesem Sinne richtet sich die Beaufsichtigung auf alle Erscheinungen der Natur und der Gesellschaft, welche Voraussetzung, Gegenstand oder Mittel der Staatsthätigkeit sein können.»³⁰⁵

Ein solches Beobachtungselement lag auch dem Aufsichtsverständnis von LABAND (zu Beginn des 20. Jahrhunderts) zugrunde, wonach sich die Beaufsichtigung auch auf Angelegenheiten beziehen könne, «über welche das Reich Gesetze geben kann».³⁰⁶ Mit anderen Worten erstreckte sich die Aufsicht, die sich nach dem Begriffsverständnis LABANDS ausschliesslich an die Einzelstaaten richtete,³⁰⁷ «sowohl auf die Zeit vor, als auch auf die Zeit nach dem Erlaß eines Reichsgesetzes über eine der Gesetzgebungskompetenz des Reichs unterliegende Angelegenheit. Diese Beaufsichtigung dient zur Information der Reichsorgane, in welcher Weise diese Angelegenheiten in den einzelnen Staaten gesetzlich geordnet sind und verwaltet werden; sie ermöglicht eine Prüfung und Entscheidung der Frage, ob und inwiefern eine Regelung durch Reichsgesetz erforderlich sei; sie ist unentbehrlich zur Vorbereitung eines solchen Gesetzes und sie begründet die Pflicht der Einzelstaaten, den Reichsbehörden darüber vollständige und sachgemässe Auskunft zu geben. Dieses Aufsichtsrecht ist also keineswegs inhaltslos oder ein selbstverständlicher Bestandteil des Gesetzgebungsrechts.»³⁰⁸

Mit der Beobachtungsfunktion der Aufsicht ist somit nicht ein Beobachten im Sinne eines wertungsfreien, neutralen Zuschauens gemeint, sondern ein Beobachten mit einem gewissen Ziel vor Augen bzw. mit einem bestimmten Massstab im Blick, anhand dessen das beobachtete Verhalten bewertet und gemessen wird. Wer jemanden beaufsichtigt, sieht zu, dass dieser etwas «richtig» macht oder dass

³⁰⁴ HAENEL gilt als einer der wichtigsten «Antipoden der Richtung GERBER-LABAND-JELLINEK» (KAHL, Staatsaufsicht, 157 f.). Vgl. zu seiner Person KAHL, Staatsaufsicht, 157 f. m.w.H.

³⁰⁵ HAENEL, 299, der im Übrigen von drei Aufsichtsfunktionen ausging, nämlich (i) der Überwachung, (ii) der Entscheidung darüber, ob die ermittelten Tatbestände den Anforderungen entsprechen oder nicht, und (iii) dem Recht, die gestörte oder bedrohte Pflichterfüllung durch Verfügungen, nötigenfalls auch durch Zwangs- und Strafmassnahmen, sicherzustellen (*ebd.*, 301 f.).

³⁰⁶ LABAND, 108.

³⁰⁷ *Ebd.*, 109 f.

³⁰⁸ *Ebd.*, 108 f.

er «nichts Falsches» macht.³⁰⁹ Ein gewisser Verdacht oder zumindest die Sorge schwingt oftmals mit, dass in einem bestimmten Bereich auch alles «mit rechten Dingen» zu- und hergehe. Es geht somit um einen Soll-Ist-Vergleich bestimmter Vorgänge oder Ergebnisse.³¹⁰ TRIEPEL fasste dies in die folgenden Worte:

«Beaufsichtigen ist mehr als von oben «besichtigen», ist mehr als beobachten. Man beobachtet ein Gewitter, den Wechsel von Ebbe und Flut, eine Mondfinsternis, aber man beaufsichtigt sie nicht. Beaufsichtigung ist aber ferner – auch dadurch unterscheidet sie sich von der bloßen Beobachtung – ein Hinsehen zu dem besonderen Zwecke, das Objekt der Beobachtung mit irgend einem Richtmaß in Übereinstimmung zu bringen oder zu erhalten.»³¹¹ Entsprechend sei «[d]ie blosse Beobachtung und Ermittlung von Lebensvorgängen (...) keine Beaufsichtigung».³¹²

- 109 Es ist das «erneute Durchdenken» durch eine «Aufsichtsinstanz», das einen Reflexionsprozess und damit eine Kontrollwirkung auszulösen vermag.³¹³ Vorausgesetzt wird damit eine gewisse Distanz zwischen der aufsichtsausübenden Stelle und dem oder der Beaufsichtigten.³¹⁴ Der erforderliche Abstand gewährleistet, dass es bei einer «kontrollierenden Beobachtung» bleibt und nicht etwa zu einem Fall der Mitentscheidung oder Entscheidung der Aufsichtsinstanz anstelle der Beaufsichtigten kommt.
- 110 Obwohl die beobachtende Aufsichtsausübung im Grundsatz als andauernde Tätigkeit der Aufsichtsbehörden konzipiert ist,³¹⁵ ist klar, dass eine ständige, lückenlose Überwachung sämtlicher Tätigkeiten aller Beaufsichtigten nicht möglich ist. Aufsichtsrechtliche Prüfungen erfolgen deshalb i.d.R. in regelmässig stattfindenden Intervallen.³¹⁶ Ferner sind die Aufsichtsbehörden normalerweise gezwungen, eine gewisse Triage vorzunehmen und sich somit auf bestimmte, ausgewählte Fallkon-

³⁰⁹ Vgl. KIEFER, 7.

³¹⁰ Vgl. SCHAUB, 16. Ein Soll-Ist-Vergleich liegt auch dem Kontrollbegriff zugrunde, der nachfolgend näher beleuchtet wird (vgl. N 122 ff.).

³¹¹ TRIEPEL, 111.

³¹² *Ebd.*, 116.

³¹³ In diesem Sinne, allerdings zum Begriff der «Supervision», vgl. WILLKE, 42 ff.

³¹⁴ Vgl. zur Distanz «als Spezifikum von *Kontrolle*» SCHMIDT-ASSMANN, Verwaltungskontrolle, 10 f. (eigene Hervorhebung); vgl. auch HOFFMANN-RIEM, Verwaltungskontrolle, 326 f.; STÖCKLI, Verwaltungskontrolle, 7.

³¹⁵ Dies im Gegensatz zu den punktuellen (Berichtigungs-)Eingriffen (vgl. dazu hinten etwa N 1059); vgl. auch VOISARD, N 39 ff.

³¹⁶ Zu periodischen Prüfungen als Instrumente der laufenden Aufsicht vgl. hinten N 1063 ff.

stellationen oder Beaufsichtigte besonders zu konzentrieren. Die Triage erfolgt i.d.R. risikobasiert.³¹⁷ Dies hat wiederum zur Folge, dass das Aufsichtsrecht die Hauptverantwortung für die Einhaltung der anwendbaren Vorschriften und die Sicherheit der betrieblichen Tätigkeiten und/oder Erzeugnisse im Grundsatz bei den Unternehmen belässt. Sie sind für ihre Selbstkontrolle selbst zuständig; den Behörden kommt eine in gesetzliche Bahnen gelenkte subsidiäre Aufsichtsfunktion zu.³¹⁸ In Kapitel III werden die verschiedenen aufsichtsrechtlichen Beobachtungsmechanismen einer näheren Untersuchung zugeführt.³¹⁹

2. Berichtigung

Verschiedene Instrumente (Aufsichtsmittel) sind zwecks «Berichtigung» im Falle eines Rechtsverstosses in den einschlägigen Aufsichtsgesetzen vorgesehen.³²⁰ Auf solche Bezug nehmend, fassen etwa TSCHANNEN/MÜLLER/KERN die Aufsicht generell auf als «Befugnis einer übergeordneten Stelle, Handlungen nachgeordneter Stellen zu veranlassen, zu kontrollieren, zu beanstanden und möglicherweise auch zu korrigieren».³²¹

Angeknüpft wird jeweils an einen *Missstand*, mit dem ein gewisses (konkretes oder abstraktes) Risiko einer Beeinträchtigung geschützter öffentlicher Interessen einhergeht. Dabei muss es sich noch nicht um eine eigentliche Widerrechtlichkeit im Sinne eines Verstosses gegen geltendes Recht oder gar eine strafbare Handlung handeln; schon die Nichtbeachtung rechtlich nicht verbindlicher Vorgaben kann genügen, damit eine Aufsichtsinstanz präventiv tätig wird,³²² ebenso wie eine unklare Ausgangslage in einem konkreten Fall.³²³

Liegt ein Missstand vor, muss die Aufsichtsinstanz i.d.R. von Amtes wegen tätig werden. Oftmals sehen die Aufsichtsgesetze auch Melde- und Mitwirkungspflichten der Beaufsichtigten im Falle bestimmter Missstände vor.³²⁴

³¹⁷ Dazu hinten N 1510 ff.

³¹⁸ Vgl. auch VOISARD, N 58 ff. Eingehend zu Mechanismen der Selbstkontrolle vgl. hinten N 989 ff.

³¹⁹ Dazu hinten N 1516.

³²⁰ Zu den aufsichtsrechtlichen Durchsetzungsmassnahmen vgl. hinten N 1162 ff.

³²¹ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 136, allerdings zur staatsinternen Aufsicht.

³²² VOISARD, N 52 m.w.H.

³²³ Vgl. so etwa BGE 126 II 111, E. 4c, wenn auch zum alten BEHG. Der Entscheid wurde in BGE 130 II 351, E. 2.2 bestätigt.

³²⁴ Zu den Mitwirkungspflichten der Beaufsichtigten vgl. hinten N 1127 ff. Zum Anstoss/Auslöser eines (nichtstreitigen) Aufsichtsverfahrens vgl. hinten N 1466 ff.

- 114 Ein gewisses Ermessen kommt den Aufsichtsinstanzen – im Gegensatz etwa zu den Strafverfolgungsbehörden³²⁵ – i.d.R. zu, wenn es darum geht, gewissermassen die Brücke zwischen Beobachtung und Berichtigung zu schlagen und im konkreten Einzelfall zu entscheiden, «ob» sie einschreiten wollen und, wenn ja, «wie» bzw. mit welchen Mitteln³²⁶ – selbstverständlich immer unter Beachtung insb. der Gesetzmässigkeit und der Verhältnismässigkeit als Grundsätze des rechtsstaatlichen Handelns nach Art. 5 BV.³²⁷
- 115 Wie in Kapitel III aufzuzeigen sein wird, sehen die anwendbaren gesetzlichen Grundlagen eine Vielzahl unterschiedlicher Aufsichtsinstrumente vor.³²⁸ Insgesamt umfassen die gesetzlich vorgesehenen Aufsichtsinstrumente somit eine breite Palette von Massnahmen, die in unterschiedlicher Intensität in die Rechtsposition der Beaufsichtigten einzugreifen vermögen.

B. Weitere Aufsichtsaufgaben

- 116 Neben oder auch im Rahmen dieser klassischen Aufsichtsaufgaben nehmen Aufsichtsbehörden regelmässig auch weitere Funktionen wahr. VOISARD unterscheidet deren fünf,³²⁹ nämlich:
- «*Rechtsetzungsbefugnisse*»,³³⁰ womit er sowohl die rechtliche Kompetenz meint, eigene Verordnungen zu erlassen, soweit dies von der Gesetzgebung vorgesehen ist, als auch die tatsächliche Kompetenz, die eigene Praxis zu veröffentlichen, selbstregulierend tätig zu sein (etwa im Rahmen des Erlasses von Geschäfts- und Personalreglementen) sowie Ausführungsbestimmungen zur Erläuterung der eigenen Praxis zu erlassen;³³¹

³²⁵ WOHLERS, Selbstregulierung, 284.

³²⁶ Vgl. auch VOISARD, N 54.

³²⁷ Dazu hinten N 1349 ff.

³²⁸ Dazu hinten N 971 ff.

³²⁹ Vgl. VOISARD, N 154 ff. m.w.H. und zahlreichen Beispielen.

³³⁰ Der Begriff wird in Anführungs- und Schlusszeichen gesetzt, werfen doch «Rechtsetzungsaufgaben» von Aufsichtsbehörden – wie noch näher aufzuzeigen sein wird – diverse grundsätzliche Fragen auf, etwa im Hinblick auf den Grundsatz der Gewaltenteilung, das Gesetzmässigkeits- und Demokratieprinzip sowie die Unabhängigkeit der so tätigen Aufsichtsbehörden. Dazu hinten N 502 ff.

³³¹ Zu den Rechtsetzungskompetenzen der Aufsichtsbehörden vgl. hinten N 411 ff.

- *Entscheidungsbefugnisse*, wozu er nicht nur die Kompetenz zählt, Verfügungen zu erlassen, sondern z.B. auch die Kompetenz, vorsorgliche Massnahmen anzuordnen;³³²
- Sanktionsbefugnisse;³³³
- die *Befugnis, Empfehlungen zu erteilen*, mit den Beaufsichtigten zu *kommunizieren* und sie sowie die Öffentlichkeit über wichtige Ereignisse oder Sachverhalte in ihrem Tätigkeitsbereich zu *informieren*³³⁴ sowie
- *Untersuchungsbefugnisse* zwecks Klärung des Sachverhalts.³³⁵

Ferner vertreten Aufsichtsbehörden die Schweiz in internationalen Gremien³³⁶ 117 und erbringen Dienstleistungen für inländische oder ausländische Behörden oder internationale Organisationen.³³⁷ Einige dieser Funktionen werden nachfolgend eingehender beleuchtet.

Nicht selten wird angesichts der breit gefächerten Tätigkeitsbereiche der Aufsichtsbehörden ein gewisses Unbehagen dahin gehend geäussert, dass die Kompetenzakkumulierung zu scheinbar «allmächtigen»³³⁸ Aufsichtsbehörden führe. Zur Untermauerung dieser Bedenken wird regelmässig das Gewaltenteilungsprinzip ins Spiel gebracht zusammen mit dem Hinweis, dass die Aufgabenfülle der Aufsichtsbehörden dessen Vorgaben nicht entspreche.³³⁹ 118

³³² Vgl. etwa Art. 30 KG; Art. 40 Abs. 2 lit. b BGS; Art. 58 Abs. 2 sowie Abs. 5 FMG. – Zu den Rechtsprechungskompetenzen der Aufsichtsbehörden vgl. hinten N 529 ff.; zur Kompetenz der Aufsichtsbehörden, vorsorgliche Massnahmen anzuordnen, vgl. hinten N 1523 ff.

³³³ Zum Sanktionsbegriff vgl. hinten N 1172 ff.; zu den repressiven Aufsichtsmassnahmen vgl. hinten N 1190 ff.; zu den Verwaltungsstrafen vgl. hinten N 1283 ff.

³³⁴ Vgl. z.B. Art. 74 KEG; Art. 24 LMG; Art. 67 HMG. – Insb. zum informellen Verwaltungshandeln der Aufsichtsbehörden vgl. hinten N 1155 ff.

³³⁵ Vgl. z.B. Art. 40 Abs. 2 lit. a sowie Art. 98 lit. a BGS; Art. 26 Abs. 1 sowie Art. 27 KG. – Zu aufsichtsrechtlichen Vorabklärungen vgl. hinten N 1087 ff.; zu den behördlichen Informations-, Einsichts- und Untersuchungsrechten vgl. N 1101 ff.

³³⁶ Vgl. Art. 2 Abs. 2 ENSIG; Art. 2 f. FINMAG-VO. – Dazu hinten N 304 ff. und N 312 ff.

³³⁷ Vgl. Art. 3 ENSIG; Art. 69 Abs. 2 HMG.

³³⁸ Vgl. etwa MAYER, Bd. I, 104, der allerdings von der «Allmacht des Staates» sprach.

³³⁹ Vgl. SEILER, Gewaltenteilung, 102 ff., der es insgesamt als «unmöglich» bezeichnet, «die Aufsichtsfunktion mit der Dreifunktionentheorie befriedigend zu erfassen» (*ebd.*, 104). Vgl. auch SCHULTHESS/WIEDERKEHR, 182 f. Auf entsprechende Diskussionen ist in Kapitel II näher einzugehen: Zunächst wird aufgezeigt, dass die Zuordnung der Aufsicht zur Exekutive heute weitestgehend unbestritten ist (N 400 ff.). Daran ändert auch nichts, dass Aufsichtsbehörden «rechtsetzende» und «rechtsprechende» Aufgaben wahrnehmen (dazu hinten N 411 ff. und N 529 ff.), die inzwischen weitestgehend

- 119 Wohl ebenfalls solchen Sorgen geschuldet sind Auffassungen, wonach Aufsichtstätigkeiten ausserhalb der Rechtsaufsicht, wie insb. die Normsetzung, nicht zur Aufsicht gezählt werden dürften.³⁴⁰ Auf diese Art wird wohl versucht, die Aufsicht «auf ihren Platz» zu verweisen. Allerdings haben sich zahlreiche Kompetenzen von Aufsichtsbehörden faktisch derart etabliert, dass eine solche Argumentationsweise vermutlich einen eher schweren Stand hätte. Der schillernde Aufsichtsbegriff trägt ebenfalls dazu bei, dass sich dogmatische Kategorisierungsversuche, die der gelebten Praxis auf den ersten Blick zu widersprechen scheinen, nicht ohne Weiteres durchsetzen können.
- 120 Denkbar ist es auch, sich auf den Standpunkt zu stellen, dass für die «wirklichen» Aufsichtstätigkeiten bestimmte aufsichtsrechtsspezifische Vorgaben zu beachten sind, die für andere Tätigkeiten nicht unbedingt gelten. BIAGGINI hat bspw. ausgeführt, dass die gesetzlich in unterschiedlichen Bereichen ausdrücklich vorgesehene Unabhängigkeitsgarantie regelmässig für Aufsichtstätigkeiten der Aufsichtsbehörden gelte, nicht aber auch für die übrigen Tätigkeiten, die diese Behörden zusätzlich wahrnehmen würden, und legte Art. 18 Abs. 1 ENSIG in diesem Sinne aus.³⁴¹ Angesichts der erst am Anfang stehenden dogmatischen Durchdringung des Aufsichtsrechts ist die Tragweite einer solchen Differenzierung (noch) nicht vollständig geklärt. Wie aufzuzeigen sein wird, ist aber insb. eine *unabhängig* ausgeführte rechtsetzende Tätigkeit von Aufsichtsbehörden ebenfalls von grosser Bedeutung.³⁴²

V. Begriffsabgrenzungen

A. Vorbemerkungen

- 121 Auch wenn der Begriff der Aufsicht in der schweizerischen Rechtsordnung nicht definiert ist, wird nachfolgend versucht, ihn von verschiedenen, scheinbar verwandten Begriffen abzugrenzen. Dazu gehören insb. Kategorien wie «Kontrolle»

anerkannt sind, auch wenn deren Umfang immer wieder Fragen aufzuwerfen vermag (dazu hinten etwa N 502 ff. sowie N 569 ff.).

³⁴⁰ So etwa KAHL, Staatsaufsicht, 361 f. Er qualifiziert z.B. von Aufsichtsbehörden erlassene Verwaltungsvorschriften als «antizipierende Aufsichtsmittel», die er aber auch nicht als Aufsichtsmittel «im Rechtssinne» stehen lassen möchte. – Ähnlich argumentierte das Bundesgericht in BGE 93 I 228, E. 2a, als es ausführte, dass sich die Aufsicht über einen konzessionierten Betrieb nur auf den Gegenstand der Konzession erstrecke, nicht aber auf andere Tätigkeiten des konzessionierten Betriebs.

³⁴¹ BIAGGINI, Gutachten ENSI, 15 und 30.

³⁴² Dazu hinten N 522 ff.

und «Überwachung» sowie (als wesentlicher Bestandteil des «*New Public Management*») «*Controlling*»³⁴³ oder der aus der Privatwirtschaft stammende Begriff «*Compliance*»³⁴⁴. Die uneinheitliche Verwendung führt zu Fragen nach dem Verhältnis dieser verwandten Termini zueinander. Wiederholt steht ausserdem zur Debatte, was der Unterschied zwischen «Aufsicht» und «Regulierung» sei und inwiefern sich insb. die sog. «Wirtschaftsaufsicht» von «(Wirtschafts-)Lenkung» und «Steuerung» unterscheide bzw. inwiefern die Aufsicht auch «regulierend», «lenkend» oder «steuernd» auf die Wirtschaft Einfluss nehmen könne. Nachfolgend werden einige dieser Begriffe aufgegriffen und in Beziehung zum hier verwendeten Aufsichtsbegriff gesetzt, wodurch dieser zusätzlich geschärft wird. Bewusst wird allerdings darauf verzichtet, eine eigene Terminologie vorzuschlagen, da von einem beschränkten Erkenntnisgewinn von zusätzlichen Begriffsverwendungen ausgegangen wird, die die etablierten Formulierungen ergänzen würden.

B. Aufsicht und Kontrolle

Die Begriffe «Aufsicht» und «Kontrolle» sind miteinander verbunden und stellen nicht nur Kompetenzen, sondern auch Aufgaben des Staates dar.³⁴⁵ Ihre Unterscheidung gilt als schwierig und ist umstritten.³⁴⁶ 122

Nicht selten werden die beiden Begriffe in der Lehre als Synonyme verwendet.³⁴⁷ 123 Auch in der aktuellen Gesetzes- und Behördensprache ist ein solches Begriffsverständnis geläufig:

³⁴³ Der Begriff wird in Art. 21 Abs. 1 RVOV als «Führungsinstrument zur prozessbegleitenden Steuerung der Zielerreichung auf allen Stufen» definiert. Vgl. zu dieser Kategorie etwa Stöckli, Verwaltungskontrolle, 11 m.w.H.; Hoffmann-Riem, Verwaltungskontrolle, 336 f.

³⁴⁴ Vgl. dazu etwa Stöckli, Verwaltungskontrolle, 12 f. m.w.H. sowie 11 ff. auch zu weiteren Begriffen wie «Evaluation» und «Risikomanagement».

³⁴⁵ Moor/Flückiger/Martenet, 554.

³⁴⁶ Stöckli, Verwaltungskontrolle, 9; Kahl, Kontrolle § 45 N 14 ff.

³⁴⁷ Moor/Flückiger/Martenet, 554. – Eichenberger ging bereits in seinem 1980 veröffentlichten Beitrag «Die Kontrolle in der rechtsstaatlichen Demokratie der Gegenwart» bewusst von einem sehr weiten Kontrollbegriff aus, der – auch wenn er sie nicht in erster Linie im Fokus hatte – auch die staatliche Aufsichtstätigkeit über Private miterfasste (Eichenberger, Kontrolle, 127 und 129). Ein solcher Kontrollbegriff hatte sich über längere Zeit in der Literatur etabliert und wurde bspw. auch von Jelinek verwendet (Jelinek, 792). Für einen Überblick über die Vertreter der sog. Synonymi-

- 124 – Der Kontrollbegriff ist bspw. im Heilmittelbereich fest verankert. So ist etwa seit jeher von der «Heilmittelkontrolle» die Rede.³⁴⁸ Ausserdem hiess die Vorgängerbehörde der Swissmedic «Interkantonale *Kontrollstelle* für Heilmittel» (IKS).³⁴⁹
- 125 – Ein weiteres Beispiel für die Verwendung der Begriffe als Synonyme lässt sich den Bestrebungen entnehmen, die gesetzlichen Grundlagen für die Bearbeitung von Personendaten in den Sozialversicherungen anzupassen und zu harmonisieren. Zu diesem Zweck wurden Formulierungen gewählt, die praktisch identisch in sämtliche Rechtsgrundlagen aus diesem Bereich eingefügt werden konnten. Standardmässig sind nun «[d]ie mit der Durchführung, *der Kontrolle oder der Beaufsichtigung* der Durchführung dieses Gesetzes (...) betrauten Organe (...) befugt, die Personendaten, einschliesslich besonders schützenswerter Daten und Persönlichkeitsprofile, zu bearbeiten oder bearbeiten zu lassen, die sie benötigen, um die ihnen nach diesem Gesetz übertragenen Aufgaben zu erfüllen».³⁵⁰

Mit der Verwendung sowohl des Kontroll- als auch des Aufsichtsbegriffs hatte der Gesetzgeber nicht unterschiedliche Regelungsaspekte vor Augen. Die Formulierung war vielmehr dem Bemühen geschuldet, eine möglichst umfassende, allgemeine und einheitliche Regelung zu finden, die in sämtliche Rechtsgrundlagen passen würde. In der Bestimmung stehe «*in notgedrungen allgemeiner Form*, welche Organe befugt sind, Personendaten zu bearbeiten und für welche Zwecke sie dies tun dürfen».³⁵¹ Weil manchmal von Kontrolle und manchmal von Aufsicht die Rede ist – und zwar in gegenseitig austauschbarer Weise –, sollte sichergestellt werden, dass beide Begriffe von den neuen Rechtsgrundlagen erfasst sein würden.

- 126 Gleichwohl wird bei «Kontrolle» und «Aufsicht» mehrheitlich von nichtidentischen Begriffen ausgegangen. Uneinigkeit besteht dann aber bezüglich der Kriterien, welche die beiden Begriffe voneinander unterscheiden sollen.³⁵² Trotz Erklärungsversu-

tätstheorie in Deutschland, die er selber jedoch ablehnt, vgl. KAHL, Staatsaufsicht, 402 f. (insb. Fn. 379) m.w.H.

³⁴⁸ Vgl. etwa Art. 1 Abs. 3 lit. a HMG.

³⁴⁹ Zu den Hintergründen der IKS vgl. hinten N 239 ff.

³⁵⁰ Vgl. so etwa den Wortlaut von Art. 85a BVG, Art. 84 KVG und Art. 96 UVG.

³⁵¹ Vgl. dazu Botschaft Bearbeitung von Personendaten, BBl 2000 263 (eigene Hervorhebungen).

³⁵² Vgl. etwa KAHL, Staatsaufsicht, 403 ff. zu den Lehrmeinungen im deutschen Recht, die von der sog. Differenztheorie ausgehen, sowie 408 ff. mit einem eigenen Ansatz, der sog. funktional-institutionellen Theorie.

chen bleiben die Abgrenzung dieser Begriffe und ihr Verhältnis zueinander deshalb häufig unklar bzw. bedürfen der Klärung im konkreten Einzelfall.³⁵³

Der Kontrollbegriff beruht auf zwei prägenden Elementen:³⁵⁴ Einerseits umfasst 127 der Terminus die Möglichkeit der Einflussnahme,³⁵⁵ andererseits geht es jeweils um einen Soll-Ist-Vergleich, d.h. um einen Vergleich zwischen einem Richtmass und der Wirklichkeit.³⁵⁶ Insbesondere das zweite Element wird von neueren Lehrmeinungen als begriffsnotwendig hervorgehoben.³⁵⁷

Damit bestehen wichtige Gemeinsamkeiten zwischen Kontrolle und Aufsicht, um- 128 fasst die Aufsichtstätigkeit doch auch, wie gesehen, ein Beobachtungs- und ein Berichtigungselement.³⁵⁸ KAHL gibt allerdings zu bedenken, dass die Berichtigung bei der Kontrolle (nicht aber bei der Aufsicht) ein fakultatives Begriffsmerkmal sein könne. Kontrolle ohne Berichtigung sei möglich, Aufsicht ohne (zumindest potenzielle) Berichtigung gebe es hingegen nicht.³⁵⁹

SCHMIDT-ASSMANN betont, dass es bei der Kontrolle in erster Linie um ein er- 129 neutes Durchdenken, ein Nachvollziehen von Entscheidungen aus einer gewissen Distanz gehe.³⁶⁰ Im Gegensatz dazu würden verschiedene Aufsichtsbereiche «ein punktuelles staatliches Sicherheitsinteresse durch ein ebenso punktuelles Durchgehen bestimmter Sicherheitskriterien» verfolgen.³⁶¹ Tatsächlich stehen in den

³⁵³ Vgl. etwa KAHL, Staatsaufsicht, 402 m.w.H. zum deutschen Recht. Er spricht von einem «regen Durcheinander» und einer «weitgehenden Anarchie», die «nicht nur an der mangelnden Gesicherheit des Begriffs Staatsaufsicht, sondern auch an dem nicht minder «oszillierend(en) und sinnvariant(en)» Kontrollbegriff» liege.

³⁵⁴ Vgl. STÖCKLI, Verwaltungskontrolle, 5 sowie 8 ff. mit einem Versuch, den Kontrollbegriff einzugrenzen; vgl. eingehend dazu auch KEMPNY, 10 ff.; HOFFMANN-RIEM, Verwaltungskontrolle, 332 ff.

³⁵⁵ Vgl. STÖCKLI, Verwaltungskontrolle, 5 f.; KEMPNY, 12 f.; KAHL, Kontrolle, § 45 N 4 f. spricht von der Entscheidungsbezogenheit der Kontrolle und einem ihr innewohnenden Element der Berichtigung.

³⁵⁶ STÖCKLI, Verwaltungskontrolle, 5 f.; STÖCKLI, Verwaltungskontrolle, 6 f.; KEMPNY, u.a. 12 f. und 14 f.; vgl. auch HOFFMANN-RIEM, Verwaltungskontrolle, 328 m.w.H.; KAHL, Kontrolle, § 45 N 4.

³⁵⁷ So etwa STÖCKLI, Verwaltungskontrolle, 6 f.; KEMPNY, 16 f. und 262 f.; HOFFMANN-RIEM, Verwaltungskontrolle, 328 m.w.H.; vgl. auch KAHL, Kontrolle, § 45 N 4 ff.

³⁵⁸ Dazu vorne N 104 ff.

³⁵⁹ KAHL, Kontrolle, § 45 N 14.

³⁶⁰ SCHMIDT-ASSMANN, Verwaltungskontrolle, 10 ff.; vgl. auch WILLKE, 42 ff., der sich in diesem Sinne allerdings zum Begriff der «Supervision» äusserte; dazu auch vorne N 109.

³⁶¹ SCHMIDT-ASSMANN, Verwaltungskontrolle, 13.

von SCHMIDT-ASSMANN in diesem Zusammenhang genannten (wirtschaftspolizeilichen) Bereichen der Gewerbe-, Bau- sowie Lebensmittelaufsicht Aspekte der Gefahren- und/oder Risikoabwehr bzw. -vorsorge im Vordergrund.³⁶² Relativiert wird der verwendete Unterscheidungsansatz aber bereits, wenn der Vorgang der Rechtsaufsichtsausübung, der Hauptzweck der staatlichen Aufsicht über private Akteure der Wirtschaft,³⁶³ näher betrachtet wird. Denn die Prüfung der Rechteinhaltung durch die Beaufsichtigten bedingt regelmässig, dass ihre Tätigkeiten und Entscheidungen von den aufsichtsausübenden Instanzen auch nachvollzogen werden müssen.

- 130 Ein wesentlicher Unterschied zwischen Aufsicht und Kontrolle kann allerdings, je nach Verwendung der Begriffe, mit Blick auf den *Gegenstand* der Aufsicht bzw. Kontrolle zutage treten. Nicht selten erfasst der Begriff der Kontrolle nämlich verschiedene, auch staatsgewaltübergreifende Bereiche des staatlichen Handelns. Die Kontrolle visiert dann nicht nur die Verwaltung (wie dies etwa die «Staatsaufsicht» tut³⁶⁴) an und basiert auch nicht notwendig auf Subordination, sondern bezieht auch die Legislative und die Judikative mit ein, allenfalls auch die Medien (als «vierte Gewalt»³⁶⁵) und erfasst entsprechend auch Mechanismen der Machthemmung und -bändigung im Sinne von «*checks and balances*» bzw. der «horizontalen/interfunktionalen Gewaltenteilung».³⁶⁶ Im Gegensatz dazu wird

³⁶² Zu solchen Aufsichtszwecken vgl. auch vorne N 95 ff.

³⁶³ Dazu vorne N 80 ff.

³⁶⁴ Nach KAHL bewegt sich die Staatsaufsicht immer innerhalb der Verwaltung und stellt damit einen Ausfluss des vertikalen Gewaltenteilungsgrundsatzes dar (KAHL, Staatsaufsicht, 415 f.). U.a. aus diesem Grund lehnt KAHL auch die Bezeichnung der Tätigkeit der Judikative als «Aufsicht» dezidiert ab (*ebd.*, 416 ff.). – Zum Begriff der «Staatsaufsicht» vgl. auch vorne N 62 ff.

³⁶⁵ EICHENBERGER stellte etwa den Massenmedien als sog. «populäre[n] Kontrollorgane[n]» die sog. «elitären Kontrollorgane» gegenüber – «elitär wegen ihrer qualifizierenden Sachkunde, ihrer geringen Mitgliederzahl und ihrer weitreichenden Unantastbarkeit» (EICHENBERGER, Kontrolle, 137).

³⁶⁶ Vgl. zum deutschen Recht KEMPNY, 13 f.; KAHL, Kontrolle, § 45 N 16 und N 76; KAHL, Staatsaufsicht, 408 ff. sowie 416, wonach, gestützt auf ein solches Begriffsverständnis, die «Überwachung der Exekutive und Legislative durch die *Judikative* (...) zwar als Kontrolle, aber niemals als Staatsaufsicht» bezeichnet werden kann (Hervorhebung im Original). Vgl. ebenfalls SCHMIDT-ASSMANN, Verwaltungskontrolle, 13 f. Vgl. aus der Lehre in der Schweiz insb. MOOR/POLTIER, 595 ff., mit einer eingehenden Untersuchung zur «*contrôle de l'activité administrative*», wobei sie nicht von einem einheitlichen Konzept ausgehen, sondern verschiedene «Kontrollen» unterscheiden (vgl. insb. den Hinweis auf S. 598); vgl. auch STÖCKLI, Verwaltungskontrolle, 6 und 9 f.

die staatliche Aufsicht über Private konzeptuell vertikal, «von oben nach unten» hauptsächlich von der Exekutive,³⁶⁷ und damit von einer einzigen staatlichen Gewalt³⁶⁸ ausgeübt.³⁶⁹

Sodann fällt in der wissenschaftlichen Rechtssprache auf, dass der Begriff «Kontrolle» oftmals nur punktuell und bereichsspezifisch als Rechtsbegriff verwendet wird – primär handelt es sich bei ihm um einen «heuristischen Begriff mit deskriptiv-analytischer Funktion».³⁷⁰ «Aufsicht» sowie «Überwachung», «Prüfung», «Controlling» etc. gelten als «griffigere», engere Termini und als «Unterfälle der Kontrolle»,³⁷¹ die auch häufiger Verwendung finden.³⁷² Verbreitet ist aber auch die gegenläufige Auffassung. Danach erfasst der Kontrollbegriff ausschliesslich den «Soll-Ist-Vergleich», während die daran anknüpfenden Berichtigungsaufgaben von der Aufsicht übernommen werden. Die Aufsicht ist nach diesem Verständnis der weitere Begriff, beinhaltet sie doch sowohl Beobachtungs- als auch Berichtigungselemente.³⁷³ 131

Der Wortlaut einiger bundesrechtlicher Normen stützt die Auffassung, dass der Aufsichtsbegriff, verglichen mit dem Begriff der Kontrolle, regelmässig eine umfassendere Perspektive einnehme: So verweist etwa Art. 187 Abs. 1 lit. a BV i.V.m. Art. 8 Abs. 3 und 4 RVOG auf die ständige und systematische bundesrätliche 132

sowie 15 ff., zu unterschiedlichen Formen der Verwaltungskontrolle; vgl. ebenfalls UHLMANN, Kontrolle, 472 ff.

³⁶⁷ Dazu hinten N 400 ff.

³⁶⁸ STÖCKLI weist allerdings zu Recht darauf hin, dass in der Schweiz der Begriff der «Aufsicht» bzw. der «Oberaufsicht» auch für «Kontrollverhältnisse» verwendet werden kann, in denen «Kontrolleur» und «Kontrollierte» unterschiedlichen Staatsgewalten angehören, so etwa bei der parlamentarischen Oberaufsicht nach Art. 169 BV bzw. Art. 26 ParlG (vgl. STÖCKLI, Verwaltungskontrolle, 10).

³⁶⁹ KAHL relativiert allerdings die Merkmale der Koordination und der Subordination als Abgrenzungskriterien. Auch der Kontrolle seien hierarchisch-autoritative Strukturen nicht fremd, und koordinationsrechtliche sowie kooperative Elemente würden die Aufsichtsausübung regelmässig mitprägen (KAHL, Kontrolle, § 45 N 15). Ebenfalls kritisch gegenüber der Annahme eines Subordinationsverhältnisses zwischen Bürgern und Staat äussert sich P. HUBER, § 43 N 29 m.w.H.

³⁷⁰ KAHL, Rechts- und Sachkontrolle, § 253 N 14 m.w.H.

³⁷¹ Vgl. KAHL, *ebd.*, § 253 N 14 m.w.H.

³⁷² Vgl. auch STÖCKLI, Verwaltungskontrolle, 5.

³⁷³ Dazu vorne N 104 ff. – Abgelehnt wird dieser Ansatz jedoch u.a. mit dem Hinweis auf zahlreiche Kontrollen im geltenden Recht, denen auch ein Element der Berichtigung innewohne (vgl. KAHL, Staatsaufsicht, 405 f. m.w.H.; vgl. auch STÖCKLI, Verwaltungskontrolle, 9).

Beaufsichtigung der Bundesverwaltung, der dezentralisierten Verwaltungseinheiten sowie der Träger von Verwaltungsaufgaben des Bundes, die nicht der Bundesverwaltung angehören. Demgegenüber bezieht sich der Kontrollbegriff «als Instrument der *Aufsicht*» gemäss Art. 25 Abs. 1 RVOV auf spezifische Verfahren und Massnahmen.³⁷⁴ In diesem Sinne bezieht sich die Kontrolle oftmals auf die Überprüfung der Einhaltung materieller Vorgaben aus einschlägigen Rechtsvorschriften im Sinne einer Rechtsaufsicht.³⁷⁵ So etwa im LMG oder auch im HMG:

- 133 – Das 3. Kapitel (Art. 25 ff.) des LMG trägt etwa die Überschrift «Kontrolle» und ist in die Abschnitte «Untersuchungsverfahren», «Pflichten der Unternehmen», «Amtliche Kontrolle» und «Massnahmen» gegliedert. Ferner regelt Art. 46 LMG die sog. «grenzüberschreitenden *Prüfungen*», womit allerdings die *Kontrolle* schweizerischer Betriebe durch ausländische Behörden gemeint ist (und zwar in Bezug auf die Ausführung von Lebensmitteln oder Gebrauchsgegenständen), die der Zustimmung der zuständigen Bundesbehörde bedarf. Nach Art. 46 Abs. 1 LMG erteilt die Behörde die Zustimmung, wenn «die *Kontrolle* ausschliesslich die Überprüfung der Einhaltung der Vorschriften dieses Landes über die Herstellung und die Anforderungen an die Beschaffenheit der auszuführenden Lebensmittel oder Gebrauchsgegenstände bezwecken» und «der zu kontrollierende Betrieb der Kontrolle zustimmt».³⁷⁶
- 134 – Auch das HMG verweist auf «grenzüberschreitende *Kontrollen*», die von ausländischen Behörden unter gewissen Voraussetzungen durchgeführt werden dürfen (Art. 64a HMG). Insbesondere sind die Behörden berechtigt, schweizerische Betriebe zu *kontrollieren*, wenn «die *Kontrolle* ausschliesslich die Überprüfung der Einhaltung von Heilmittelvorschriften bezweckt».³⁷⁷
- 135 – Im Abschnitt zu den Gebühren und Aufsichtsabgaben ist in Art. 65 HMG sodann sowohl von «Aufsicht» als auch von «Kontrolle» die Rede: Gemäss Abs. 1 dieser Norm können das Institut und die anderen mit dem Vollzug des HMG betrauten Behörden u.a. «für ihre Bewilligungen, *Kontrollen* und Dienstleistungen» Gebühren erheben. Nach Abs. 2 und 3 von Art. 65 HMG kann das Institut von den Zulassungsinhaberinnen ausserdem eine *Aufsichtsabgabe* im Sinne einer Verkaufsabgabe (sog. «Vignettengebühr»), gestützt auf den Fabrikabgabepreis,

³⁷⁴ Art. 25 RVOV lautet: «(1) Die Kontrolle, als Instrument der Aufsicht, dient: (a) der vertieften Abklärung von besonderen Fragestellungen, die sich aus aktuellen Ereignissen oder festgestellten Missständen ergeben; (b) der periodischen Überprüfung besonderer Fachbereiche. (2) Mit Kontrollen sind in der Regel besondere Stellen befasst, die von der kontrollierten Verwaltungseinheit unabhängig sind.»

³⁷⁵ Vgl. in diesem Sinne auch VOISARD, N 40 f.

³⁷⁶ Art. 46 Abs. 1 lit. a und b LMG (eigene Hervorhebungen).

³⁷⁷ Art. 64a Abs. 1 lit. a HMG (eigene Hervorhebungen).

erheben zwecks Finanzierung der Überwachung des Arzneimittelverkehrs, wenn diese Kosten weder durch Gebühren noch durch Abgeltungen des Bundes (nach Art. 77 Abs. 2 lit. a HMG) gedeckt sind. Es geht dabei um die Finanzierung von Tätigkeiten, die dem Kreis der Abgabepflichtigen insgesamt zugutekommen.³⁷⁸ Art. 65 HMG ist nicht darauf ausgerichtet, die Differenzierung zwischen «Aufsicht» und «Kontrolle» zu erleichtern. Die Bestimmung verwendet vermutlich einmal den Kontroll- und einmal den Aufsichtsbegriff, um Verwechslungen zwischen den unterschiedlichen Abgaben vorzubeugen.

C. Aufsicht und Überwachung

Auch der Begriff der «Überwachung» wirft Abgrenzungsfragen auf. Während er in aufsichtsrechtlichen Rechtsvorschriften geläufig ist, wird er in der Lehre insgesamt eher selten verwendet.³⁷⁹ Sein Verhältnis zur Aufsicht ist insgesamt nicht geklärt. 136

In der deutschen Verwaltungsrechtslehre wird der Begriff historisch – ebenso wie die Aufsicht – auf das sog. «*ius supremæ inspectionis*» zurückgeführt³⁸⁰ und häufig als Synonym zur Aufsicht verwendet sowie als Unterfall der Kontrolle aufgefasst³⁸¹. 137

Der Überwachungsbegriff fand nicht zuletzt in Art. 17 der Reichsverfassung eine Verankerung, wonach «[d]em Kaiser (...) die Überwachung der Ausführung» der Reichsgesetze zustand.³⁸² LABAND fasste diesen Überwachungsbegriff enger als die «Aufsicht», wenn er dazu ausführte, dass die Überwachung immer nur zur Anwendung komme, «nachdem ein Reichsgesetz erlassen ist, da sie die «Ausführung» der Reichsgesetze betrifft», während sich die Beaufsichtigung auch auf Angelegenheiten beziehen konnte, hinsichtlich derer dem Reich Gesetzgebungskompetenzen zukamen.³⁸³

³⁷⁸ Vgl. Botschaft HMG 2012, BBl 2013 92.

³⁷⁹ Zu verweisen ist allerdings auf das 1992 erschienene Buch «Das Überwachungsverhältnis» von GRÖSCHNER. Er fasste die Unternehmensüberwachung auf als «die behördliche Kontrolle unternehmerischer Tätigkeit innerhalb eines durch Gesetz – genauer: durch Erfüllung eines gesetzlichen Gefahrenabwehrtatbestands – begründeten Überwachungsverhältnisses» (GRÖSCHNER, 127). Im Vordergrund standen dabei die Betriebs- und Anlagenüberwachung sowie die Produktüberwachung (*ebd.*, 128 ff.).

³⁸⁰ Vgl. P. HUBER, § 43 N 16 f. m.w.H.; zum «*ius supremæ inspectionis*» vgl. hinten N 183 ff.

³⁸¹ P. HUBER, § 43 N 15 sowie N 28.

³⁸² Art. 17 der Verfassung des Deutschen Reiches: Gesetz vom 16.4.1871 betreffend die Verfassung des Deutschen Reichs, Deutsches Reichsgesetzblatt Band 1871, Nr. 16, S. 63–85.

³⁸³ LABAND, 108 f.

- 138 RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN verwenden den Begriff der «Wirtschaftsüberwachung» insb., um den Schutz von Polizeigütern und den Funktionsschutz bestimmter Institutionen anzusprechen.³⁸⁴ Gemeint sind damit Aufgaben im Bereich des (Wirtschafts-)Verwaltungsrechts, die in dieser Untersuchung allerdings vom Begriff der «Aufsicht» erfasst werden.

In diesem Sinne wird auch die Begriffsverwendung von P. HUBER abgelehnt. Er schlägt vor, dass es bei der Überwachung um eine verwaltungsmässige Kontrolle des Handelns Privater im Rechts- und Wirtschaftsverkehr gehe, um im Interesse des Gemeinwohls angeordnete Schranken der Freiheit des Einzelnen durchzusetzen.³⁸⁵ Demgegenüber möchte er den Begriff der Aufsicht «auf hierarchisch strukturierte Rechtsverhältnisse zwischen Trägern öffentlicher Gewalt (...) beschränken, namentlich auf Rechtsverhältnisse zwischen dem Staat und Einrichtungen der mittelbaren Staatsverwaltung».³⁸⁶ Der Aufsichtsbegriff würde dadurch aber – im genauen Gegensatz zur hier vertretenen Begriffsverwendung – auf eine staatsinterne Aufsicht beschränkt werden.

- 139 Im schweizerischen Recht findet sich vielfach die Formulierung, wonach eine Aufsichtsbehörde über die Einhaltung bestimmter Rechtsvorschriften «wacht». So etwa im RTVG, im FMG, im BVG oder auch im HMG:
- 140 – Der 7. Titel des RTVG (Art. 86 ff.) regelt die Aufsicht und den Rechtsschutz. Art. 86 Abs. 1 RTVG lautet folgendermassen: «Das BAKOM *wacht darüber*, dass dieses Gesetz und die Ausführungsbestimmungen, die Konzession sowie die einschlägigen internationalen Übereinkommen eingehalten werden.»
- 141 – Art. 58 Abs. 1 Satz 1 FMG lautet: «Das BAKOM *wacht* darüber, dass das internationale Fernmelderecht, dieses Gesetz, die Ausführungsvorschriften und die Konzessionen eingehalten werden.»³⁸⁷
- 142 – Nach Art. 62 BVG «*wacht*» die Aufsichtsbehörde darüber, «dass die Vorsorgeeinrichtungen, die Revisionsstellen für berufliche Vorsorge, die Experten für berufliche Vorsorge sowie die Einrichtungen, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dienen, die gesetzlichen Vorschriften einhalten und dass das Vorsorgevermögen zweckgemäss verwendet wird».

³⁸⁴ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 N 8 und N 94.

³⁸⁵ P. HUBER, § 43 N 35. Demgegenüber schlägt er vor, den Begriff der Aufsicht «auf hierarchisch strukturierte Rechtsverhältnisse zwischen Trägern öffentlicher Gewalt zu beschränken namentlich auf Rechtsverhältnisse zwischen dem Staat und Einrichtungen der mittelbaren Staatsverwaltung» (*ebd.*, N 34 sowie mit einer Zusammenfassung N 44). Der Aufsichtsbegriff würde dadurch – im Gegensatz zur hier vertretenen Begriffsverwendung – auf eine staatsinterne Aufsicht beschränkt.

³⁸⁶ P. HUBER, § 43 N 34 sowie N 44.

³⁸⁷ Eigene Hervorhebung.

- Art. 58 Abs. 1 HMG sieht vor, dass das Heilmittelinstitut (zusammen mit den Kantonen³⁸⁸) «und die anderen mit dem Vollzug dieses Gesetzes betrauten Behörden (...) im Rahmen ihrer Zuständigkeiten die Rechtmässigkeit der Herstellung, des Vertriebs, der Abgabe und der Anpreisung von Heilmitteln» «überwachen».³⁸⁹ 143

Das Verb «überwachen» wird in diesen Bestimmungen im Zusammenhang mit der Rechtsaufsicht im Sinne dieser Untersuchung verwendet.³⁹⁰ Es meint jeweils die zielgerichtete Prüfung, ob die anwendbaren, rechtlichen Normen eingehalten werden. Insofern lässt sich die «Überwachung» als Synonym für «Aufsicht» verstehen. 144

Dies bestätigen auch die französischsprachigen Gesetzestexte, die für das Wort «wachen» bzw. «überwachen» regelmässig das Verb «veiller»³⁹¹ bzw. «surveiller»³⁹² einsetzen.³⁹³

Darüber hinaus regelt etwa der dritte Abschnitt des HMG die «Marktüberwachung und Durchführung von Inspektionen».³⁹⁴ «Überwachung» steht da v.a. für eine *Beobachtung* des Marktes als wesentlichen Teilaspekt der Aufsichtstätigkeit.³⁹⁵ Interessanterweise wird der Begriff der «Marktüberwachung» allerdings etwa im KG nicht verwendet; da ist die Rede von der «*Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen*».³⁹⁶ 145

Eine weitere Verwendung des Wortes «Überwachung» sieht das HMG schliesslich im Zusammenhang mit den «geheimen Überwachungsmassnahmen» i.S.v. Art. 282 f. oder Art. 298a ff. StPO vor, die das Institut oder das BAZG anordnen können.³⁹⁷ Gemeint sind damit die sog. «Observation» bzw. die «verdeckte Fahndung» – beides Begriffe aus dem Strafprozessrecht, die in das HMG übernommen worden sind. 146

³⁸⁸ Vgl. Art. 58 Abs. 5 HMG.

³⁸⁹ Eigene Hervorhebung. Zu diesem Zweck «überprüft» das Institut die in Verkehr gebrachten Heilmittel gemäss Art. 58 Abs. 2 Satz 1 HMG.

³⁹⁰ Dazu vorne N 80 ff.

³⁹¹ So in Art. 86 Abs. 1 RTVG sowie Art. 58 Abs. 1 FMG.

³⁹² So in Art. 58 Abs. 1 HMG.

³⁹³ Art. 62 Abs. 1 BVG verwendet auf Französisch hingegen das Verb «s'assurer». Die Bestimmung hat den folgenden Wortlaut: «*L'autorité de surveillance s'assure que les institutions de prévoyance, les organes de révision dans la prévoyance professionnelle, les experts en matière de prévoyance professionnelle et les institutions servant à la prévoyance se conforment aux dispositions légales et que la fortune est employée conformément à sa destination.*»

³⁹⁴ Eigene Hervorhebung.

³⁹⁵ Dazu vorne N 105 ff.

³⁹⁶ Vgl. Art. 26 ff. KG.

³⁹⁷ Vgl. Art. 90a HMG.

D. Aufsicht und Regulierung

1. Unterschiedliche Regulierungsbegriffe

- 147 Besondere Schwierigkeiten bereitet die Abgrenzung der Begriffe «Aufsicht» und «Regulierung». Die Unsicherheiten lassen sich insb. auch auf die unklare Verwendung des Regulierungsbegriffs zurückführen,³⁹⁸ der in die kontinentaleuropäische Rechtstradition kaum eingebettet ist.³⁹⁹ Zwar ist «Regulierung» inzwischen ein gängiger Begriff in den Rechtswissenschaften, er wird vom Gesetzgeber jedoch nicht definiert, sondern vorausgesetzt.⁴⁰⁰ Wie die nachfolgenden Ausführungen aufzeigen, steht «Regulierung» für verschiedene Phänomene:

1.1 Regulierung und Regelbildung

- 148 Frühere Bundesgesetze der Schweiz bezeichneten (und bezeichnen teilweise immer noch) mit «Regulierung» zum Teil ganz unterschiedliche, unmittelbare, physische Einwirkungen auf die Natur, wie z.B. die Regulierung des Wasserstandes von Seen⁴⁰¹ oder die Begrenzung des Wildbestandes.⁴⁰² In Staatsverträgen bedeutete der Begriff der «Regulierung» oftmals die Bereinigung von Staatsgrenzen.⁴⁰³
- 149 Daneben etablierte sich allmählich auch in der schweizerischen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft die Verwendung des Regulierungsbegriffs als anderes Wort für «Regelung» oder «Normierung» eines bestimmten Sachverhalts und damit auch als Synonym für «Normsetzung» durch staatliche sowie (zunehmend) auch nicht staatliche Akteure. Gemeint ist eine Regelbildung mittels generell-abstrakter Normen, die somit über den Einzelfall hinaus Bindungswirkungen entfaltet.⁴⁰⁴

³⁹⁸ BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.12; vgl. auch REICH, Regulierung, N 1, insb. mit dem Hinweis, dass v.a. die Diskussionen rund um den Regulierungsbegriff in Deutschland inzwischen unübersichtliche Züge angenommen haben.

³⁹⁹ HETTICH, Kooperative Risikoversorge, N 197 mit Verweis auf den Versuch von REICH (Regulierung, N 1 ff.), Regulierung dogmatisch zu erfassen.

⁴⁰⁰ BSK FINMAG-WINZELER, Art. 7 N 1.

⁴⁰¹ Vgl. Art. 15 und Art. 16 WRG.

⁴⁰² Vgl. z.B. Art. 7 Abs. 3 JSG sowie Art. 9 VEJ zur Bestandesregulierung.

⁴⁰³ Vgl. z.B. die Übereinkunft zwischen der Schweiz und dem Grossherzogtum Baden wegen der Regulierung der Grenze bei Konstanz.

⁴⁰⁴ REICH, Regulierung, N 10; vgl. ebenfalls zu dieser Begriffsverwendung in der deutschen rechtswissenschaftlichen Literatur BERRINGER, 85. Zum Begriff der Rechtsetzung vgl. etwa MÜLLER/UHLMANN, N 12 ff.

Regulierung in diesem Sinne taucht etwa in der Behördensprache des Bundes 150 auf. So führte der Bundesrat in einem Bericht zur sog. Regulierungsbremse aus, der «Regulierungsbestand» sei seit dem Zweiten Weltkrieg stetig gestiegen, und verweist dafür auf die Anzahl Seiten der systematischen Sammlung des Bundesrechts⁴⁰⁵ – in diesem Zusammenhang ist die Rede von «Überregulierung».⁴⁰⁶

Schon früh fand ein solcher Begriff der Regulierung auch Verwendung in den 151 Bereichen der Politik- und Wirtschaftswissenschaften.⁴⁰⁷ Er knüpft zudem als aus dem angelsächsischen Recht «importiertes Konzept»⁴⁰⁸ an das englische Verb «*to regulate*» bzw. an das Wort «*regulation*» an.⁴⁰⁹

Angesprochen wird damit ein dynamischer Prozess der Normbildung, der Veränderungen in den zu beeinflussenden gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Prozessen erkennt und auf sie zu reagieren vermag.⁴¹⁰ Von der Tradition des *Common Law* geprägt, gelten nicht nur eigentliche Rechtssätze als regelbildend, sondern bspw. auch Leitentscheide eines Gerichts, die eine Rechtsfrage in grundsätzlicher Weise klären, oder auch Richtlinien einer Verwaltungsbehörde wie insb. auch der sog. «*regulatory agencies*» bzw. «Regulierungsagenturen».⁴¹¹ Nicht selten vermag dieser Regulierungsbegriff auch die das kontinentaleuropäische Recht prägende Grenze zwischen

⁴⁰⁵ Vgl. BR, Bericht Regulierungsbremse, 8.

⁴⁰⁶ Vgl. etwa JAAG, Mehr oder weniger Staat?, 635; vgl. auch WALDMANN, Klagelied, 167 ff.

⁴⁰⁷ Vgl. z.B. auch REICH, Regulierung, N 1 und N 11 f. Zum ökonomischen Kontext des Regulierungsbegriffs vgl. KILGUS, Regulierung, N 24 ff. und N 365 ff.; vgl. auch DIETRICH/BIENERT, N 120 f. m.w.H. spezifisch zur Skepsis gegenüber Finanzmarktregulierung aus ökonomischer Sicht; vgl. auch BERRINGER, 86 f., der auf unterschiedliche, ökonomisch geprägte Begriffsverwendungen verweist.

⁴⁰⁸ RUFFERT, Begriff, § 7 mittlerer Zwischentitel I. vor N 10 (S. 339).

⁴⁰⁹ Bereits im 19. Jahrhundert hatte der US-amerikanische Supreme Court das Verb «*to regulate*» mit «*prescribing rules for something*» gleichgesetzt. Vgl. dazu etwa REICH, Regulierung, N 8 m.w.H. sowie N 10 m.w.H. zur Bedeutung von «*regulation*» im angelsächsischen Rechtskreis; vgl. auch HETTICH, Kooperative Risikovorsorge, N 198; SCHUPPERT, Governance, 259 ff. m.w.H. – Davon abzugrenzen ist die «*economic regulation*» der sog. «*regulated industries*» und die Tätigkeit der sog. «*independent regulatory commissions*» oder «*agencies*», die das Begriffsverständnis ebenfalls massgeblich geprägt haben. Vgl. dazu etwa BERRINGER, 88 ff.; SCHUPPERT, Governance, 261 ff. m.w.H. insb. auf MASING.

⁴¹⁰ HETTICH, Kooperative Risikovorsorge, N 198 m.w.H.

⁴¹¹ Zu dieser US-amerikanischen Organisationsform und ihrer weltweit angestiegenen Verbreitung vgl. etwa hinten N 294 m.w.H.

privatem und öffentlichem Recht verschwimmen zu lassen.⁴¹² Das Regulierungsverständnis in der Schweiz wird i.d.R. allerdings enger gefasst.⁴¹³

1.2 Regulierung und Steuerung

- 152 Im Begriff der «Regulierung» schwingt ein steuerndes Element mit – dies im Einklang mit den etymologischen Begriffswurzeln im lateinischen Verb «*regere*», das so viel wie «gerade richten», «lenken» bedeutet.⁴¹⁴ Regulierung wird jeweils als auf eine Wirkung ausgerichtet verstanden. Angeknüpft wird somit an ein Verständnis von Recht, dem eine Steuerungsfunktion zugeschrieben wird.⁴¹⁵
- 153 In den Worten von EIFERTS (zum deutschen Verwaltungsrecht) bedeutet Regulierung in einem umfassenden Sinn generell «jede gewollte staatliche Beeinflussung gesellschaftlicher Prozesse (...), die einen spezifischen, aber über den Einzelfall hinausgehenden Ordnungszweck verfolgt und dabei im Recht zentrales Medium und Grenze findet».⁴¹⁶ Aus der schweizerischen Lehre verwendet HETTICH den Terminus als «Sammelbegriff für unterschiedlichste staatliche Steuerungsmassnahmen»,⁴¹⁷ und KARLEN sieht wirtschaftspolitische Massnahmen vom Regulierungsbegriff mit-erfasst.⁴¹⁸ Ebenfalls in diesem Sinne schlägt REICH vor, dann von «Regulierung» zu sprechen, «wenn es um die *regelhafte, Folgen intendierende* Einwirkung von *Akteuren mit Verwaltungsfunktionen auf soziale Prozesse und Zustände* geht».⁴¹⁹
- 154 Nach WEBER beinhaltet Regulierung jeweils eine beabsichtigte Beschränkung des Aktivitätsbereichs der Rechtssubjekte.⁴²⁰ Erfasst werden nach seinem Begriffsverständnis zweckgerichtete, hoheitliche Einwirkungen sowohl auf wirtschaftliche

⁴¹² Vgl. so REICH, Regulierung, N 10 m.w.H.

⁴¹³ Kritisch dazu vgl. HETTICH, Kooperative Risikoversorge, N 199, der sich für die Verwendung eines weiten, dynamischen Regulierungsbegriffskonzepts ausspricht.

⁴¹⁴ Vgl. zum Ganzen auch REICH, Regulierung, N 6.

⁴¹⁵ Zu einem solchen Rechtsverständnis vgl. hinten N 164 ff.

⁴¹⁶ EIFERT, § 19 N 5.

⁴¹⁷ HETTICH, Kooperative Risikoversorge, N 197 m.w.H. (u.a. auf CREMER, § 5 N 6), der zu bedenken gibt, dass aus kybernetischer Sicht unklar bleibe, «ob der rechtswissenschaftliche Begriff der «Regulierung» eher von einer «Steuerung» (Beeinflussung ohne Rückkopplung) oder «Regelung» (Beeinflussung mit Rückkopplung)» ausgehe, wobei er selber zum zweiten Begriffsverständnis tendiert.

⁴¹⁸ KARLEN, Verwaltungsrecht, 333.

⁴¹⁹ REICH, Regulierung, N 13 (Hervorhebung im Original).

⁴²⁰ WEBER, Wirtschaftsregulierung, 31. Gemeint ist damit eine Fremd- oder Drittsteuerung – im Gegensatz zur sog. Selbstregulierung.

als auch auf soziale Prozesse, z.B. durch die Konsumenten- und Arbeitnehmerschutzgesetzgebung, die Gesundheits-, Versicherungs- sowie die Umweltschutzgesetzgebung.⁴²¹ Die «marktorientierte Regulierung» bedeutet entsprechend die Einwirkung auf den Markt und seine Akteure, um gemeinwohlorientierte Steuerung von Marktprozessen zu ermöglichen,⁴²² oftmals ausgelöst durch ein Risiko von Marktversagen, das eine staatliche Intervention zu rechtfertigen vermag.⁴²³

Inzwischen scheint zusätzlich etabliert, dass das Konzept der Regulierung auch private Regulierung miteinbezieht.⁴²⁴ Im Kontext der Verwendung des marktorientierten Regulierungsbegriffs werden Formen der Selbstregulierung oder insb. der sog. regulierten Selbstregulierung⁴²⁵ i.d.R. ebenfalls erfasst.⁴²⁶ Aber auch weitere ausserrechtliche, nicht staatliche Regulierungsformen werden inzwischen anerkannt, die das staatliche Regulierungsmonopol durchbrechen.⁴²⁷ 155

⁴²¹ WEBER, Wirtschaftsregulierung, 30 ff. und 33 zur «*economic*» und «*social regulation*»; vgl. auch REICH, Regulierung, N 16.

⁴²² Vgl. z.B. FEHLING, Regulierung, 91 ff. und insb. 97 ff. Auch der bei SCHUPPERT entwickelte Regulierungsbegriff bezieht sich v.a. auf die Einwirkung auf Marktprozesse (vgl. SCHUPPERT, Governance, 257 f. sowie 283 ff. m.w.H. zu unterschiedlichen Erscheinungsformen, Typen und Ebenen der Regulierung). Er fasst Regulierung im Kern als «Governance in und durch Regelungsstrukturen (*regulatory governance*)» zusammen (*ebd.*, 258; eigene Hervorhebung). Dabei wird nicht zuletzt an die sog. «*economic regulation*» aus dem US-amerikanischen Recht angeknüpft. Ein entsprechendes Begriffsverständnis vertritt BERRINGER, der die spezifische Funktionsweise der Regulierung mit der «Beeinflussung marktstrategischen Unternehmensverhaltens» umschreibt und damit v.a. die Beeinflussung der Marktteilnahme oder des Marktverhaltens von Unternehmen anspricht (vgl. BERRINGER, 94 ff.).

⁴²³ MARTENET, Constitution, N 57.

⁴²⁴ Klar für einen Einbezug auch privater Normen in das Konzept der Regulierung spricht sich etwa HETTICH aus (vgl. HETTICH, Kooperative Risikoversorge, N 199 m.w.H.); vgl. so etwa auch ERRASS, Rechtsetzung, 67.

⁴²⁵ Vgl. zu diesem Begriff, statt vieler, REICH, Regulierung, N 20 ff.; vgl. auch den Überblick bei PETERS, Globalisierung, 109 ff.

⁴²⁶ Nach FEHLING ist damit die Steuerung von Marktprozessen durch organisiertes Zusammenwirken der Marktteilnehmer, allenfalls innerhalb eines staatlich gesetzten Rechtsrahmens und unter mehr oder minder weitreichender staatlicher «Überwachung» (sic!) gemeint (FEHLING, 100). Vgl. zur Selbstregulierung ebenfalls DEDEYAN, 260 ff.

⁴²⁷ Vgl. statt vieler z.B. DEDEYAN, 85 ff., der einen informations- und kommunikationstheoretisch gestützten Regulierungsbegriff zu entwickeln und in die Rechtswissenschaft einzuführen versucht.

1.3 Regulierungsrecht als «Privatisierungsfolgerecht»?

- 156 In Deutschland werden seit den 1980er- und 1990er-Jahren v.a. bestimmte Märkte mit dem sog. «Regulierungsrecht» in Verbindung gebracht. Genannt werden in der deutschen Verwaltungsrechtsliteratur regelmässig die sog. «Netzwirtschaften», zu denen namentlich u.a. die Bereiche der Telekommunikation, der Post sowie der Energieversorgung gezählt werden. Als weitere «Regulierungssektoren» werden häufig die Medien sowie der öffentliche Verkehr, die Wasserversorgung oder die Abfallentsorgung genannt.⁴²⁸ Insgesamt sind Regulierungssektoren betroffen, in denen die Erfüllungsverantwortung für die vorgesehenen Leistungen zunehmend vom Staat an Private abgegeben worden ist, namentlich unter den Stichworten der «Liberalisierung», der «Privatisierung öffentlicher Aufgaben» oder etwa des «Outsourcing».⁴²⁹ Vor diesem Hintergrund wird Regulierung von einigen Stimmen als auf das «Privatisierungsfolgenmanagement» ausgerichtet aufgefasst.⁴³⁰
- 157 Die Diskussionen in Deutschland lassen sich jedoch nicht ohne Weiteres auf die Rechtslage in der Schweiz übertragen. Wie gesehen, kommt der Begriff in der schweizerischen Gesetzessprache ebenfalls vor, er wird jedoch nicht einheitlich für bestimmte «Regulierungssektoren» verwendet. Insbesondere die Auffassung von Regulierungsrecht als Privatisierungsfolgerecht liegt in der Schweiz somit nicht auf der Hand. Der Regulierungsbegriff muss in der Schweiz vielmehr einer eigenständigen Diskussion zugeführt werden.

Die erstmalige positivrechtliche Verwendung des Regulierungsbegriffs im schweizerischen Bundesverwaltungsrecht wurde denn auch nicht im Bereich der sog. Netzwirtschaften verankert, sondern im Finanzmarktrecht.⁴³¹

⁴²⁸ Vgl. z.B. FEHLING/RUFFERT, §§ 8–18 zu einzelnen Regulierungssektoren; vgl. auch RÖHL, Regu-lierungsverwaltung, 833; BERRINGER, 142 ff.; REICH, Regulierung, N 15 m.w.H.

⁴²⁹ Dazu auch hinten N 367 ff.

⁴³⁰ Dieses Begriffsverständnis hat sich jedoch auch in Deutschland nicht unwidersprochen durchgesetzt. Vgl. dazu FEHLING, Regulierung, 95 ff., der sich kritisch zu einem entsprechend «engen» Begriffsverständnis von Regulierung äussert (*ebd.*, 96 f.); vgl. auch SCHUPPERT, Governance, 255; BERRINGER, insb. 115 f.

⁴³¹ In Art. 7 FINMAG werden die sog. «Regulierungsgrundsätze» der FINMA geregelt. Insb. werden ihr zur Regulierung zwei Handlungsinstrumente zugewiesen: die Verordnungen einerseits (lit. a) sowie die Rundschreiben über die Anwendung der Finanzmarktgesetzgebung andererseits (lit. b). Dem so verwendeten Regulierungsbegriff wohnen damit Elemente sowohl der Rechtsetzung als auch der Rechtsanwendung inne (vgl. dazu REICH, Regulierung, N 3 mit Verweis auf BSK FINMAG-WINZELER, Art. 7 N 1).

2. Das Verhältnis zwischen den Begriffen Regulierung und Aufsicht

Das Verhältnis zwischen den Begriffen der Regulierung und der Aufsicht ist nicht 158
geklärt.⁴³² Treffen beide Termini aufeinander, muss im Einzelfall eruiert werden,
wie sie zueinander stehen und was konkret mit beiden Begriffen gemeint ist.

Ausgehend von einem sehr weiten (und häufig vom US-amerikanischen Recht 159
inspirierten) Verständnis von «Regulierungsrecht» wird dieser Begriff manchmal
als Überbegriff verwendet, der auch aufsichtsrechtliche Aspekte mitumfassen soll.
REICH definiert Regulierung etwa «als regelhafte, Folgen intendierende, förmliche
oder schlichte, insbesondere informelle, typischerweise dauerhafte und gestalten-
de Einwirkung von Akteuren mit nationalen, trans-, supra- oder internationalen
Verwaltungsfunktionen auf soziale Prozesse und Zustände, *speziell durch Auf-
sicht*, Rechtsdurchsetzung und administrative Rechtserzeugung, nicht aber durch
unmittelbare staatliche Leistungserbringung oder Güterverteilung».⁴³³

Auch KILGUS verwendet Regulierung in diesem Sinne, wenn sie ausführt, dass als 160
Antwort auf Marktversagen «Regulierung» postuliert werde, die «für die Finanz-
intermediäre und die Märkte im Wesentlichen aus einer staatlichen Bewilligung
und Aufsicht (...)» bestehe.⁴³⁴ Die Einführung einer staatlichen Aufsicht bzw.
«Aufsichtsrecht» wird damit als eine «Regulierungsform» aufgefasst.⁴³⁵

Ein entsprechend weites Begriffsverständnis lag auch dem bundesrätlichen Corpo- 161
rate-Governance-Bericht aus dem Jahr 2006 zugrunde, der drei Typen staatlicher
Aufgaben unterschied, nämlich (i) Regulierungsaufgaben, (ii) die Politikvorbe-
reitung/Vorbereitung der Gesetzgebung sowie (iii) die Erbringung von Dienst-
leistungen (wie etwa die Grundversorgung mit Infrastrukturleistungen). Zu den
sog. «Regulierungsaufgaben» zählte der Bericht «Aufgaben der Marktregulierung
(...), aber auch Aufsichtsaufgaben, bei denen der prudenzielle Charakter im Vor-

⁴³² KAHL, Rechts- und Sachkontrolle, § 253 N 21 m.w.H., allerdings zum dogmatischen
Verhältnis von Überwachung und Regulierung.

⁴³³ REICH, Regulierung, N 18 (vgl. auch N 43) (eigene Hervorhebung). Vgl. auch BSK
FINMAG-WINZELER, Art. 7 N 1, der Regulierung allgemein definiert als «das Auf-
stellen, Durchsetzen und *Überwachen* von Regeln» (eigene Hervorhebung). Vgl. in
diesem Sinn auch SELZNICK, 363, der «*regulation*» im US-amerikanischen Recht in
den 1980er-Jahren als ständige Aufsicht durch eine staatliche Behörde («*public agen-
cy*») umschrieb; vgl. auch BALDWIN/CAVE/LODGE, 12.

⁴³⁴ KILGUS, Regulierung, N 397.

⁴³⁵ Vgl. so auch BÄRTSCHI/STOHWASSER, 105.

dergrund steht».⁴³⁶ Das Aufsichtsrecht wurde somit auch in diesem Bericht als eine Unterkategorie des Regulierungsrechts aufgefasst.

- 162 Gleichwohl ist manchmal auch von «Regulierungsaufsicht» die Rede. Gemeint ist damit eine Aufsicht, die auf die Einhaltung von «Regulierungen» ausgerichtet ist; Verwendung findet auch der Begriff der «Regulierungsüberwachung».⁴³⁷ In diesem Zusammenhang wird «Regulierungsrecht» i.d.R. in einem engeren Sinne verstanden, in Deutschland namentlich mit Blick auf diejenigen Normen, die bestimmte, liberalisierte Sektoren (wie etwa den Telekommunikations- und Energiebereich) regeln.⁴³⁸ Sowohl Regulierung als auch Aufsicht stehen dann für sog. «Restverantwortungen des Staates»⁴³⁹ und fungieren – mit SCHUPPERT bildlich gesprochen – als Scharniere, über die «das den Gewährleistungsstaat kennzeichnende ›Umsteigen‹ von der Erfüllungs- zur Gewährleistungsverantwortung» erfolgt.⁴⁴⁰
- 163 Zusammengefasst lässt sich festhalten, dass je nachdem, von welchem Aufsichts- bzw. Regulierungsverständnis ausgegangen wird, das Aufsichtsrecht Regulierungsrecht oder das Regulierungsrecht Aufsichtsrecht beinhaltet. Nicht selten kommt es zu Überschneidungen und werden die beiden Begriffe auch als Synonyme verwendet. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Aufsichtsbegriff so weit gefasst wird, dass er nicht nur auf Rechtskontrolle (und allenfalls -durchsetzung) gerichtet ist, sondern auch auf die Erhaltung und Stabilisierung von Märkten.⁴⁴¹ In solchen Konstellationen werden die Grenzen zwischen Regulierung und Aufsicht vollends verwischt.⁴⁴²

⁴³⁶ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8252.

⁴³⁷ Vgl. ZIEKOW, § 5 N 6 und N 8; vgl. auch RUFFERT, Begriff, § 7 N 41.

⁴³⁸ Vgl. ZIEKOW, § 5 N 8; KAHL, Kontrolle, § 45 N 135 m.w.H.; vgl. auch bereits BELLANGER, 27 ff., der ebenfalls von einem solchen Regulierungsbegriff ausgeht. Vgl. auch REICH, Regulierung, N 18, der das Regulierungsrecht in diesem Sinne als «Gewährleistungsverwaltungsrecht» zu erfassen versucht.

⁴³⁹ Der Begriff stammt von TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 85 ff. Vgl. auch RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 1 N 5, die von einer «Auffangverantwortung» sprechen; SCHUPPERT verwendet den Begriff der «residualen Auffangverantwortung», wenn er das Bild des Staates als Fußballspieler auf der Reservebank zeichnet, der dann ins Spiel eintritt, wenn es nicht mehr so richtig läuft (SCHUPPERT, Staatswissenschaft, 291).

⁴⁴⁰ SCHUPPERT, Verwaltungsorganisation, § 17 N 47. – SCHUPPERT prägte auch den Begriff der «Gewährleistungsaufsicht nach Privatisierung», den er der «klassischen Wirtschaftsaufsicht» zur Seite stellen wollte (SCHUPPERT, Wandel, 831 ff.). Dieser neue Aufsichtstypus wurde von der deutschen Lehre aber mehrheitlich abgelehnt (vgl. HECKER, 25 f.; KAHL, Staatsaufsicht, 382 ff.).

⁴⁴¹ Zur Systemaufsicht vgl. vorne N 68 ff. m.w.H.

⁴⁴² Vgl. dazu etwa RUFFERT, Begriff, N 40 insb. mit Verweis auf HECKER, 3 f.

E. Steuerung, (Wirtschafts-)Aufsicht und (Wirtschafts-)Lenkung

Im Gegensatz zu traditionellen Auffassungen, wonach das Recht im Interesse von Rechtssicherheit und Rechtsvertrauen v.a. auf Bestandesschutz ausgerichtet ist,⁴⁴³ und auch in bewusster Abkehr von systemtheoretischen Ansätzen, die dem autopoietisch geschlossenen «Subsystem» Recht die Möglichkeit, andere Subsysteme zu lenken, generell absprechen,⁴⁴⁴ steht ein Verständnis von Recht, das die Steuerung oder Lenkung des menschlichen Verhaltens zu den genuinen Fähigkeiten und Aufgaben des Rechts zählt.⁴⁴⁵ Schon KELSEN beschrieb das Recht als Zwangsordnung, die ein bestimmtes menschliches Verhalten gebietet, indem sie an das entgegengesetzte Verhalten einen Zwangsakt knüpft.⁴⁴⁶ 164

In der deutschen Rechtslehre wurde die Steuerungsfunktion des Verwaltungsrechts besonders untersucht⁴⁴⁷ und dabei wiederholt ein sozialwissenschaftlicher, handlungstheoretischer Steuerungsansatz nutzbar gemacht.⁴⁴⁸ Nach neueren Erkenntnissen lässt sich das menschliche Verhalten nur beschränkt durch Rechtsetzung alleine im Sinne eines «*social engineering*»⁴⁴⁹ beeinflussen.⁴⁵⁰ Es hat sich herauskristallisiert,⁴⁵¹ dass effektive staatliche Steuerung durch Recht von einer Vielzahl von Faktoren beeinflusst wird und häufig auf unterschiedlichen Mechanismen beruht, wozu bspw. die Komplexität des zu regelnden Gegenstands ebenso gehört wie u.a. die verschiedenen involvierten Rechtsschichten (auf internationaler Ebene 165

⁴⁴³ Vgl. dazu HOFFMANN-RIEM, Verwaltungsrechtsreform, 172; vgl. auch APPEL, 233 zur Abgrenzung zwischen Rechtswissenschaft und Rechtspolitik; vgl. auch STÖCKLI, Verwaltungskontrolle, 8.

⁴⁴⁴ Vgl. dazu LUHMANN, Probleme, 7 f.; LUHMANN, Wirtschaft, 324 ff. generell zu systemtheoretisch begründeten Grenzen der Steuerung; vgl. auch TEUBNER, 46 f.

⁴⁴⁵ GROSZ, Klimaabgaben, 6 u.a. mit Verweis auf APPEL, 243 f.; REICH, Regulierung, N 12 f.; ERRASS, Regulierung, 205 f. Für eine historische Einordnung vgl. B. SCHINDLER, Kontinuität, 284 ff.

⁴⁴⁶ KELSEN, 31 ff., und 34 ff.

⁴⁴⁷ SCHUPPERT, Steuerungswissenschaft, 65 ff.; vgl. auch HOFFMANN-RIEM, Verwaltungsrechtsreform, 121 ff.; APPEL, 246 ff.

⁴⁴⁸ Vgl. dazu etwa MAYNTZ, 89 ff.; vgl. auch MAYNTZ/SCHARPE, 39 ff.; VOSSKUHLE, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, § 1 N 17 ff.; SCHUPPERT, Steuerungswissenschaft, 68 f.

⁴⁴⁹ Der Begriff stammt von POUND, 156.

⁴⁵⁰ MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, N 21 m.w.H.; vgl. auch HOFFMANN-RIEM, Verwaltungsrechtsreform, 130 ff. Zu den Grenzen der Rechtsetzung als Steuerungsmittel vgl. z.B. auch SCHUPPERT, Grenzen, 217 ff.; ERRASS, Rechtssetzung, N 68.

⁴⁵¹ Für einen Überblick über die Wirkungsforschung auch aus anderen Wissenschaftsdisziplinen vgl. VOSSKUHLE, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, § 1 N 32 ff. und N 37 ff.

ne, Bundes-, Kantons- und Gemeindeebene in der Schweiz) und auch die Prozesse innerhalb der staatlichen Organisation.⁴⁵² Dabei ist inzwischen auch anerkannt, dass Steuerungsaufgaben nicht nur von der Legislative wahrgenommen werden, sondern insb. auch von der Exekutive und der Judikative.⁴⁵³ Steuerungswirkungen können nach dieser Auffassung dem Recht im Allgemeinen und dem Aufsichtsrecht im Besonderen nicht abgesprochen werden, auch wenn die Voraussetzungen wirksamer Steuerung oftmals mit Unsicherheiten behaftet sind.⁴⁵⁴

- 166 Begrifflich meint *Steuerung* aus verwaltungsrechtswissenschaftlicher Sicht somit ein «bewußtes Einwirken auf Organisationen – insbes. Menschen, ihre Umwelt, ihre Entscheidungssituation und ihre Entscheidungsabläufe», um bestimmte, vorgegebene oder selbst gesetzte Ziele zu erreichen, «namentlich durch Zielsetzung Planung, Information, Koordination, Motivation und Kontrolle».⁴⁵⁵ Nach diesem Verständnis steht Steuerung im Verwaltungsrecht als Oberbegriff, der die Kategorien Aufsicht, Kontrolle und Überwachung sowie Leitung und Lenkung als Unterkategorien mitumfasst.⁴⁵⁶
- 167 Während der Begriff der «*Leitung*» im verwaltungsrechtlichen Kontext v.a. eine Einwirkung auf nachgeordnete Stellen durch übergeordnete Instanzen innerhalb eines Verwaltungsträgers anspricht⁴⁵⁷ – und damit für das vorliegend untersuchte Aufsichtsrechtsverhältnis nicht im Vordergrund steht –, halten im Bereich des öffentlichen Wirtschaftsrechts Diskussionen rund um die Abgrenzung zwischen

⁴⁵² APPEL, 257 ff.; E.-H. RITTER, 72 f.

⁴⁵³ Vgl. zu einer sog. «polyzentrischen Steuerung» etwa im Umweltbereich LEE, 20 ff. m.w.H.; vgl. auch G. MÜLLER, Lenken, 65 f.; GROSZ, Klimaabgaben, 8 ff. – Es handelt sich bei den Rechtswissenschaften somit nicht «nur» um eine anwendungsbezogene Interpretationswissenschaft, sondern auch um eine Recht setzende Handlungs- und Entscheidungswissenschaft (VOSSKUHLE, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, § 1 N 15; vgl. dazu auch GROSZ, Klimaabgaben, 9 f. m.w.H. u.a. auf APPEL, 243 ff.; SCHMIDT-ASSMANN, Reform, 15 f.; SCHUPPERT, Steuerungswissenschaft, 65 ff.).

⁴⁵⁴ Vgl. dazu etwa HETTICH, Kooperative Risikovorsorge, N 205 m.w.H.; ERRASS, Regulierung, 212 f.; vgl. auch VOSSKUHLE, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, § 1 N 17 ff. und N 22 ff.

⁴⁵⁵ VON MUTIUS, 153. Verwendet wurde diese Begriffsdefinition wiederholt von KAHL (vgl. KAHL, Staatsaufsicht, 355, sowie KAHL, Kontrolle § 45 N 9); vgl. auch STÖCKLI, Verwaltungskontrolle, 8.

⁴⁵⁶ KAHL, Staatsaufsicht, 355 f.; KAHL, Kontrolle § 45 N 10; vgl. auch STÖCKLI, Verwaltungskontrolle, 8 f.

⁴⁵⁷ Vgl. zu diesem Begriff KAHL, Staatsaufsicht, 357; KAHL, Kontrolle § 45 N 22; vgl. auch STÖCKLI, Verwaltungskontrolle, 10 m.w.H.

der sog. «*Wirtschaftslenkung*» und der «*Wirtschaftsaufsicht*» an.⁴⁵⁸ Oft wird «Aufsicht» gesagt, aber eigentlich Lenkung *ex ante* (und damit Massstabsetzung) gemeint.⁴⁵⁹ Beide Begriffe beschreiben Formen der steuernden, staatlichen Einwirkung auf wirtschaftliches Handeln.⁴⁶⁰ Oftmals verläuft die Grenze zwischen beiden Kategorien fließend. Unterscheiden lassen sich die Kategorien aber mit Blick auf ihre verschiedenen Aufgaben:

Bei der «*Lenkung*» geht es generell um eine allgemein ausgerichtete, «vorgängig-offensive»⁴⁶¹ bzw. eine zukunftsgerichtete staatliche Steuerung selbstverantwortlichen (wirtschaftlichen) Verhaltens.⁴⁶² Die *Wirtschaftslenkung* im Besonderen erfasst sämtliche staatlichen Massnahmen, die «durch Einwirkung auf den wirtschaftlichen Prozess bestimmte, politisch und gesamtwirtschaftlich erwünschte Zustände hervorrufen sollen», wobei die dafür zur Verfügung stehenden Instrumente nicht feststehen, sondern je nach anvisiertem Lenkungseffekt eingesetzt werden.⁴⁶³ Regelmässig geht es dabei um den Schutz bzw. die Erhaltung bestimmter Wirtschaftszweige oder um Strukturhaltungspolitik, z.T. unter Anwendung wettbewerbsverzerrender Instrumente. Als Beispiele werden etwa die wirtschaftspolitische Bewilligung, Kontingentierung, Monopolisierung, Abgabenerhebung, Preisüberwachung sowie Ein- und Ausfuhrbeschränkungen genannt.⁴⁶⁴ Die Lenkung berücksichtigt somit auch ausserrechtliche, sachlich-politische Massstäbe und Zielformulierungen. Nach der Auffassung KAHLS macht dieses «Plus gegen-

⁴⁵⁸ KAHL, Staatsaufsicht, 358 f. m.w.H. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 N 8 und N 92 ff., unterscheiden weitere Aufgabenfelder der Wirtschaftspolitik, namentlich (i) die «Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des Wirtschaftssystems» durch Ordnungs- und Infrastrukturpolitik, (ii) die «Wirtschaftsüberwachung», (iii) die «Wirtschaftsförderung» und (iv) die «Wirtschaftssicherung». Demgegenüber lässt sich nach SCHMIDT hingegen «[d]ie Gesamtheit der staatlichen Tätigkeit, die auf die Wirtschaft einwirkt, (...) in Massnahmen der Wirtschaftspolitik und der Wirtschaftsaufsicht unterteilen» (SCHMIDT, Wirtschaftsrecht, 299). Er lehnt die Verwendung des Begriffs der «Wirtschaftslenkung» ab (SCHMIDT, Wirtschaftsrecht, 299). Ebenfalls kritisch der Kategorie der Wirtschaftslenkung gegenüber äussert sich HECKER, 22 f. m.w.H.

⁴⁵⁹ Vgl. so BIAGGINI, Verwaltungsverordnung, 16 (Fn. 63) mit Verweis auf BIAGGINI, Theorie und Praxis, 89 und 113.

⁴⁶⁰ ZIEKOW, § 5 N 1.

⁴⁶¹ KAHL, Staatsaufsicht, 358; vgl. auch KAHL, Kontrolle, § 45 N 25; STÖCKLI, Verwaltungskontrolle, 10 f.

⁴⁶² SCHMIDT, Wirtschaftsrecht, 300.

⁴⁶³ ZIEKOW, § 5 N 2; vgl. auch BERRINGER, 3; BADURA, N 77.

⁴⁶⁴ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 N 8 und N 96.

über der Aufsicht» ihr «Wesen» aus, weshalb sie «qualitativ auf einer anderen Stufe als die lediglich maßstabverwirklichende Aufsicht» stehe.⁴⁶⁵

- 169 Bei der *Wirtschaftsaufsicht* hingegen stehen «punktuelle» staatliche Eingriffe im Rahmen einer «nachgängig-defensiven» Überprüfung der Verwirklichung vorgegebener Massstäbe im Vordergrund.⁴⁶⁶ So wird v.a. privatwirtschaftliches Verhalten anhand rechtlicher Vorschriften «überwacht» und allenfalls berichtigt, um normativ geschützte öffentliche Interessen durchzusetzen. Kennzeichnend für die Wirtschaftsaufsicht sind somit regelmässig bestimmte Befugnisse und Instrumente der Einzeleinwirkung,⁴⁶⁷ die darauf ausgerichtet sind, bestehende rechtsverbindliche Vorgaben gegenüber den beaufsichtigten, grundsätzlich selbstverantwortlichen Wirtschaftsteilnehmern in einem konkreten Fall durchzusetzen.⁴⁶⁸ Die Aufsicht grenzt sich dadurch von einer generell-abstrakten Einflussnahme grundsätzlich ab.⁴⁶⁹
- 170 Trotz solcher Abgrenzungsversuche ist jedoch klar, dass Aufsicht und Lenkung häufig Hand in Hand gehen und sich aufsichtsrechtliche Vorschriften auch lenkend auf die beaufsichtigten privaten Tätigkeiten auswirken können. Insbesondere im Finanzmarktbereich, wo eine zentrale Aufgabe der Aufsicht in der Sicherung der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte liegt, erweist sich die Abgrenzung zwischen Aufsichts- und Lenkungsstätigkeit als besonders schwierig.⁴⁷⁰ Aber auch die

⁴⁶⁵ KAHL, Staatsaufsicht, 360.

⁴⁶⁶ Vgl. KAHL, Staatsaufsicht, 358; KAHL, Kontrolle, § 45 N 25 (und Fn. 94), zur Kontrolle aber mit Verweisen auf ähnliche Ansätze mit Blick auf die Wirtschaftsaufsicht; HECKER, 21 f.; vgl. auch STÖCKLI, Verwaltungskontrolle, 11, wenn auch zur «Kontrolle».

⁴⁶⁷ Vgl. ZIEKOW, § 5 N 7 mit Verweis auf SCHMIDT (§ 7 I) spezifisch zur «Wirtschaftsüberwachung», die er der Kategorie der «Regulierungsüberwachung» gegenüberstellt.

⁴⁶⁸ Vgl. in diesem Sinne bereits BULLINGER, 286 f., der demgegenüber als «Wirtschaftslenkung» diejenige Staatstätigkeit auffasste, die darauf abzielt, Wirtschaftende zu einem Verhalten zu veranlassen, das nicht bereits durch unmittelbar rechtsverbindliche Massstäbe vorgezeichnet ist, sondern neue Anforderungen an das Wirtschaftsverhalten aufstellt. – Zu den Gründen, weshalb der Begriff der «Wirtschaftsaufsicht» im Rahmen dieser Untersuchung zurückhaltend eingesetzt wird, vgl. vorne N 62 ff.

⁴⁶⁹ Anlässlich der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Saarbrücken 1963 und im Nachgang zum Referat von BULLINGER betonte etwa JAENICKE in diesem Sinne, man solle «auch sprachlich zwischen der allgemeinen Regelungskompetenz des Staates im Bereiche der Wirtschaft und der Aufsicht im Sinne spezialpolizeilicher Befugnisse unterscheiden» (JAENICKE, abgedruckt in BULLINGER, 364).

⁴⁷⁰ Vgl. dazu mit Verweis auf entsprechende Ansichten aus der deutschen Lehre KAHL, Staatsaufsicht, 358 f.

Rechtsaufsicht, primär verstanden als Rechtmässigkeitskontrolle,⁴⁷¹ wird mit der Absicht eingesetzt, sicherzustellen, dass gesetzliche Bestimmungen eingehalten und die dahinterstehenden öffentlichen Interessen gewahrt werden. Dem Entscheid für einen Aufsichtsmechanismus wohnt i.d.R. «ein Wille zum Wirken oder Bewirken inne»:⁴⁷² Die Beaufsichtigten sollen in eine bestimmte Richtung gelenkt, zu einem gewissen Verhalten angehalten und von einem anderen abgehalten werden.⁴⁷³ Die Aufsichtsziele können insofern eine bestimmte Lenkungsrichtung vorgeben.

Auch die Ausübung der Rechtsaufsicht zeitigt oftmals Resultate, die über eine 171 das konkrete Aufsichtsrechtsverhältnis betreffende, «punktuelle» Wirkung hinausgehen. Denn allein schon das Wissen, *dass* eine Tätigkeit beaufsichtigt wird und staatliche Durchsetzungsmassnahmen zur Folge haben kann, beeinflusst u.U. die Art und Weise, wie eine Tätigkeit durch die Beaufsichtigten ausgeübt wird.⁴⁷⁴ Ferner kann sich die Praxis einer Aufsichtsbehörde auch auf das Verhalten von nicht direkt in ein aufsichtsrechtliches Verfahren involvierten Dritten auswirken; wie die gerichtliche Rechtsprechung vermag auch die aufsichtsrechtliche Rechtsanwendung Ausstrahlungswirkungen über den Einzelfall hinaus zu entfalten. Entsprechend ist die «Kodifikation» der Aufsichtspraxis durch die Aufsichtsinstanzen – bspw. mittels Rundschreiben⁴⁷⁵ – nicht unüblich und führen solche rechtlich nicht verbindlichen Verhaltensempfehlungen oftmals auch zu Verhaltensanpassungen, denn seitens der Beaufsichtigten besteht jeweils ein Interesse daran, sich mit der aufsichtsausübenden Instanz gut zu stellen.⁴⁷⁶

⁴⁷¹ Dazu vorne N 80 ff.

⁴⁷² EICHENBERGER, Kontrolle, 130, allerdings zur «Kontrolle».

⁴⁷³ Vgl. auch EICHENBERGER, Kontrolle, 130. Vgl. auch die Ausführungen von IPSEN, der die Meinung vertrat, dass eine Isolierung oder «Abstrahierung des Aufsichtsbegriffs von diesen Inhaltselementen» gar nicht durchführbar sei. In Reaktion auf das Referat BULLINGERS an der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Saarbrücken 1963 stellte er in Abrede, dass es eine «keimfreie» Staatsaufsicht geben könne, die sich von Interventionszielen und Lenkungsmotiven abstrahieren liesse. Er führte aus, «daß man in Bezug auf die Wirtschaft von Aufsicht überhaupt nur sprechen kann mit ihrer inhaltlichen Erfüllung aller dieser denkbaren Einwirkungen des Staates, die wir heute als Planung, Lenkung, Intervention, Steuerung und was weiß ich wie sonst kennen» (IPSEN, abgedruckt in BULLINGER, 332 f.).

⁴⁷⁴ Vgl. dazu bereits SCHMIDT, Wirtschaftsrecht, 300 m.w.H.

⁴⁷⁵ Zu den Rundschreiben der FINMA z.B. vgl. hinten N 445 ff.

⁴⁷⁶ Nach KAHL stellt der Erlass von Verwaltungsvorschriften durch die Aufsichtsbehörden keine Ausübung von Aufsicht dar, weshalb er in der Konsequenz solche Vorschriften der Kategorie der Lenkung zuweist (KAHL, Staatsaufsicht, 361 f.). – Zu den Verwal-

- 172 Solche im Ergebnis «Recht setzenden» Tätigkeiten der aufsichtsausübenden Instanzen werfen Fragen auf, auf die nachfolgend näher eingegangen wird.⁴⁷⁷ Selbstverständlich hat sich nämlich auch die sich steuernd auswirkende Aufsicht an rechtliche Vorgaben und damit an bestimmte Grenzen zu halten. Insbesondere bleibt die Aufsichtsausübung eine unterstützende, aus rechtlichen Vorgaben abgeleitete und mehrheitlich reagierende «Sekundärfunktion», die darauf ausgerichtet ist, Mängel zu vermeiden, zu entdecken und zu beseitigen, während die Beaufsichtigten die «Akteure (...) der ersten Stufe» sind. Die Aufsicht darf sich nicht «zum exkludierenden Selbsthandeln» in den Vordergrund drängen.⁴⁷⁸ Ausserdem untersteht sie selber gewissen «Kontrollen», wie etwa der bundesrätlichen Aufsicht und parlamentarischen Obergewalt,⁴⁷⁹ und ihre Entscheide lassen sich gerichtlich überprüfen.⁴⁸⁰

F. Zusammenführung der Erkenntnisse

- 173 Der Begriff der staatlichen Aufsicht über private Akteure der Wirtschaft, wie er gestützt auf eine Untersuchung seiner wesentlichen Merkmale entwickelt wurde und im Folgenden Verwendung findet, lässt sich folgendermassen zusammenfassen:
- 174 – Sein Gegenstand ist geprägt vom (Aufsichts-)Rechtsverhältnis zwischen dem aufsichtsausübenden «Staat» bzw. seinen Behörden einerseits⁴⁸¹ und privaten Beaufsichtigten andererseits. Als «private Akteure der Wirtschaft» werden natürliche und juristische Personen des Privatrechts betrachtet, wobei nachfolgend v.a. das aufsichtsrechtliche Verhältnis zwischen der staatlichen Aufsicht und juristischen Personen im Zentrum stehen wird.⁴⁸²
- 175 – Private, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen – sei dies als öffentliche oder gemischtwirtschaftliche Unternehmen in Privatrechtsform oder als Private, welche Verwaltungsaufgaben übertragen erhalten haben –, lassen die Kategorien

tungsverordnungen der Aufsichtsbehörden vgl. hinten N 441 ff. sowie N 451 zu ihrer Rechtsqualität; zu weiteren Erlass- und Kommunikationsformen vgl. N 462 ff.

⁴⁷⁷ Dazu hinten N 502 ff.

⁴⁷⁸ Vgl. EICHENBERGER, Kontrolle, 141 f. sowie 130 f., wo er sich allerdings zum Verhältnis zwischen «dem Kontrollierten» und «dem Kontrollierenden» äussert.

⁴⁷⁹ Zur Aufsicht über die dezentralen Aufsichtsbehörden im Besonderen vgl. hinten N 625, N 776 ff. (zu öffentlich-rechtlichen Anstalten) und N 906 ff. (zu Behördenkommissionen).

⁴⁸⁰ Dazu hinten N 1583 ff.

⁴⁸¹ Dazu vorne N 31 ff.

⁴⁸² Dazu vorne N 39 ff.

«Staat»/«Private» verschwimmen und stehen in einem anderen Rechtsverhältnis zum beaufsichtigenden Staat als «reine» private Akteure.⁴⁸³ Insbesondere sind sie nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht als Grundrechtsträger der Wirtschaftsfreiheit anerkannt, sondern – vielmehr – verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen.⁴⁸⁴ Sie stehen nicht im Hauptfokus dieser Untersuchung. Gleichwohl werden gewisse der sie betreffenden Rechtsnormen von Interesse sein. Ausserdem illustrieren sie eine Entwicklung des Staatsverständnisses, das sich auch auf das heutige Aufsichtsrecht auswirkt.⁴⁸⁵

- Bewusst wird der Gegenstand dieser Untersuchung nicht mit «Wirtschafts-», 176
«Staats-» oder «Systemaufsicht» betitelt, obwohl es durchaus Überschneidungen mit diesen Kategorien gibt.⁴⁸⁶
- Unterschiedliche *Zwecke* werden mit einer staatlichen Aufsichtstätigkeit über 177
private Akteure der Wirtschaft verfolgt. Zentrale Aufgabe der Aufsichtsbehörden ist es, die *Verwirklichung des materiellen Rechts* zu gewährleisten, und damit eine Rechtsaufsicht.⁴⁸⁷ Der konkret anzuwendende Prüfungsmassstab ergibt sich jeweils aus den einschlägigen Rechtsvorschriften.⁴⁸⁸ Mit der Rechtsaufsicht verknüpft sind ausserdem regelmässig *weitere, bereichsspezifische Zielsetzungen*, die den anwendbaren Spezialbestimmungen zugrunde liegen.⁴⁸⁹
- *Zweckmässigkeits- oder Wirtschaftlichkeitsprüfungen* sind im Grundsatz von 178
der Rechtsaufsicht zu unterscheiden. Gehören allerdings Zweckmässigkeits- und Wirtschaftlichkeitskriterien zum rechtlich vorgegebenen Aufsichtsmassstab, werden auch sie von der Rechtsaufsicht erfasst.⁴⁹⁰ Insbesondere mit Blick auf das Legalitätsprinzip nicht unproblematisch sind offen formulierte Normen sowie unbestimmte Begriffe.⁴⁹¹ In Kapitel III werden entsprechende Fragestellungen vertieft behandelt.⁴⁹²
- Um die Aufsichtszwecke zu erfüllen, wählen die Aufsichtsinstanzen aus einer 179
Palette vielfältiger Aufsichtsinstrumente.⁴⁹³ Zwei Hauptfunktionen stehen je-

⁴⁸³ Dazu vorne N 40 f.

⁴⁸⁴ Dazu hinten N 1346 ff.

⁴⁸⁵ Dazu hinten N 367 ff.

⁴⁸⁶ Dazu vorne N 62 ff.

⁴⁸⁷ Dazu vorne N 80 ff.

⁴⁸⁸ Dazu vorne N 83 ff.

⁴⁸⁹ Dazu vorne N 95 ff.

⁴⁹⁰ Dazu vorne N 93 f.

⁴⁹¹ Dazu vorne N 86 m.w.H. sowie N 1352 ff. zum Legalitätsprinzip.

⁴⁹² Vgl. insb. zum Erfordernis der genügenden Normdichte hinten N 1403 ff. und N 1408 ff.

⁴⁹³ Für einen Überblick vgl. hinten N 971 ff.

weils im Vordergrund der Aufsichtstätigkeit: die sog. *Beobachtungsfunktion* einerseits und die *Berichtigungsfunktion* andererseits.⁴⁹⁴ Daneben nehmen Aufsichtsbehörden regelmässig weitere Funktionen wahr, die durchaus auch rechtsetzende und judikative Züge annehmen können.⁴⁹⁵ Die Kompetenzakkumulation bei den Aufsichtsbehörden ist Gegenstand von Kritik. Sie wird im Laufe dieser Untersuchung immer wieder aufgegriffen werden. In Kapitel II findet eine Auseinandersetzung zur Thematik insb. mit Blick auf das Gewaltenteilungsprinzip statt.⁴⁹⁶

- 180 – Der Nutzen, «Aufsicht» von «benachbarten»⁴⁹⁷ Begriffen abzugrenzen und eine differenzierte Typologisierung unterschiedlicher Begriffskategorien vorzunehmen,⁴⁹⁸ hält sich in Grenzen. Dies v.a., weil der Verwendung sämtlicher dieser Begriffe im schweizerischen Recht insgesamt etwas Zufälliges anmutet. Es fehlt eine dogmatische Auseinandersetzung mit den unterschiedlichen Kategorien. Nicht selten entsteht der Eindruck, dass unterschiedliche Wörter auch zwecks Verbesserung der Leserlichkeit der Fachliteratur oder der Gesetzestexte verwendet werden. Dadurch wird aber an Klarheit nichts gewonnen. Insgesamt erscheint es deshalb als wenig zielführend, aus den im geltenden Recht verwendeten Formulierungsnuancen auf feststehende, inhaltliche Abstufungen schliessen zu wollen. Entscheidend ist in der Aufsichtspraxis vielmehr im Sinne eines funktionalen Zugangs, ob und, wenn ja, welche Aufsichts- bzw. Kontroll- oder Überwachungsinstrumente und -abläufe im konkreten Fall und im Hinblick auf welche Aufsichtszwecke zur Debatte stehen.⁴⁹⁹ Gleichwohl verhilft die Auseinandersetzung mit unterschiedlichen, scheinbar ähnlichen Kategorien dazu, die Konturen des Aufsichtsbegriffs für die Zwecke dieser Untersuchung zu schärfen.⁵⁰⁰

⁴⁹⁴ Dazu vorne N 104 ff.

⁴⁹⁵ Dazu hinten N 411 ff. sowie N 529 ff.

⁴⁹⁶ Dazu hinten N 502 ff.

⁴⁹⁷ So STÖCKLI, Verwaltungskontrolle, 8.

⁴⁹⁸ Dazu vorne N 121 ff.

⁴⁹⁹ So auch BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.5.

⁵⁰⁰ Wie bereits BULLINGER ausgeführt hat: «(...) [W]enn man Lenkung, Leitung und Aufsicht in eins wirft, dann wird Staatsaufsicht das Gesamt der Einflußnahme des Staates auf die Wirtschaft» (BULLINGER, 369). Eine derart allgemeine Begriffsverwendung wäre kaum sinnvoll.

§ 2 Geschichtliche Entwicklung des Aufsichtsrechts

I. Vorbemerkungen

Wie sich zeigt, lassen sich Vorläufer des heutigen Aufsichtsrechts bis in die frühe 181 Neuzeit zurückverfolgen. Dies, obwohl sich das die Aufsicht massgeblich mitprägende,⁵⁰¹ vorherrschende Staatsbild mitsamt den damit einhergehenden Vorstellungen über die staatlichen Funktionen und Aufgaben sowie das Verhältnis des Staates zu «den Privaten» bzw. zur Gesellschaft und Wirtschaft im Laufe der Zeit natürlich verändert hat.⁵⁰² Dabei wurde und wird das schweizerische Recht von Entwicklungen in anderen Rechtsordnungen beeinflusst. Eine historisch besonders starke Prägung erfuhr das schweizerische Staats- und Verwaltungsrecht durch das Recht in Frankreich⁵⁰³ sowie durch Rechtsentwicklungen in Deutschland⁵⁰⁴. Letz-

⁵⁰¹ Das geltende Aufsichtsrecht steht jeweils in engem Kontext mit dem herrschenden Staatsbegriff bzw. den zeitbedingten Bedürfnissen, die den Staatsaufgaben zugrunde liegen. Vgl. in diesem Sinne auch KARLEN, Verwaltungsrecht, 332 f.; vgl. auch KAHL, Staatsaufsicht 4 f. mit zahlreichen Hinweisen auf das sich in der Literatur manifestierende «wellen- und schubartige Interesse an dem Thema», wenn auch zur Staatsaufsicht.

⁵⁰² Illustrativ dazu ist etwa der Überblick bei BIAGGINI, Statehood, 557 ff., sowie spezifisch zur Entwicklung des schweizerischen Staates B. SCHINDLER, Evolution, 415 ff. – Der Verweis auf sich entwickelnde Staatsverständnisse soll allerdings nicht die Existenz des Staates als «bestehende Kategorie» in Frage stellen. Somit wird auch nicht MÖLLERS' Auffassung widersprochen, der dogmengeschichtlich aufgezeigt hat, dass sich der Staatsbegriff im Sinne eines Rechtsbegriffs als eine statische Bezeichnung erweist, die entweder besteht oder eben nicht besteht. Er spricht von einem «dichotomischen Fixbegriff» (MÖLLERS, Staat, 424 f.). Weil (Aufsichts-)Recht und Staat juristisch verkoppelt sind, muss für die Zwecke dieser Untersuchung von einem bestehenden (einheitlichen) Staat ausgegangen werden (vgl. dazu auch MÖLLERS, Staat, 116 f.).

⁵⁰³ Statt vieler vgl. B. SCHINDLER, Evolution, 428 und 416 m.w.H. u.a. auf FANKHAUSER, 79 ff., und HALPÉRIN, 52 ff.

⁵⁰⁴ GIACOMETTI nannte die schweizerischen Entwicklungen «ein getreues Spiegelbild der Entwicklung des deutschen Verwaltungsrechts» (GIACOMETTI, Grenzziehung, 45 f.). – Zum deutschen Einfluss auf das schweizerische Recht generell vgl. KÖLZ, Band II, 887 f.; WÜGLER, N 37 ff.; B. SCHINDLER, Evolution, 428 f. Zur bedeutenden Rolle insb. von FLEINER in diesem Zusammenhang vgl. eingehend R. MÜLLER, 249 ff.; vgl. auch KÖLZ, Band II, 831 ff.; KÖLZ, Verwaltungsrecht, 597 ff.; vgl. auch D. SCHINDLER, Staatslehre, 260 ff.; M. MÜLLER, Verwaltungsrecht, 82 ff. sowie 99 ff.

tere prägten das Aufsichtsrecht in besonderem Masse,⁵⁰⁵ weshalb nachfolgend immer wieder auch auf die deutsche Lehre Bezug genommen wird. Zusätzlich, und wie ebenfalls aufzuzeigen sein wird, ist das Aufsichtsrecht der Gegenwart dem Einfluss internationaler bzw. transnationaler Rechtsentwicklungen ausgesetzt.⁵⁰⁶

- 182 Aus methodischer Sicht ist es nicht unproblematisch, «die» rechtshistorische Entwicklung «des Aufsichtsrechts» in der Schweiz nachzuzeichnen und dabei eine Zeitspanne von der Frühen Neuzeit bis in die Gegenwart differenziert umreissen zu wollen. Einer Auswahl verwendeter historischer Quellen und Sekundärliteratur haftet stets auch eine gewisse Zufälligkeit und Beliebigkeit an. «Klassische Werke» werden oftmals durch die Nachwelt zu Repräsentativwerken gemacht⁵⁰⁷ und der wirkliche Kontext, in dem für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung wesentliche Äusserungen gemacht wurden, ist zu wesentlichen Teilen heute nicht mehr genau nachvollziehbar.⁵⁰⁸ Im Bewusstsein dieser Schwierigkeiten werden gleichwohl wichtige Eckpfeiler der geschichtlichen Entwicklung des Aufsichtsrechts in der Schweiz nachfolgend aufgegriffen und in groben Zügen dargestellt.

II. *Ius Supremae Inspectionis* oder das Recht der höchsten Obergaufsicht

A. *Ius Supremae Inspectionis* als Vorläufer des Aufsichtsrechts in der frühen Neuzeit

- 183 Eine historische Einleitung zum Aufsichtsrecht fängt in zeitlicher Hinsicht am besten in der Frühen Neuzeit an, als die im Mittelalter noch zersplitterten Herrschaftsbefugnisse auf dem Gebiet des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation – das bis zur Erklärung der Exemption der Stadt Basel von der Reichsgerichtsbarkeit anlässlich des Westfälischen Friedens 1648 auch das Gebiet der Eidgenossenschaft erfasst hatte⁵⁰⁹ – allmählich zentralisiert zu Territorialstaa-

⁵⁰⁵ Illustrativ dazu: FLEINER z.B. stützte sich in seinem 1911 erschienenen Werk «Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts» fast ausschliesslich auf deutsche Literatur und Rechtsquellen, so etwa auch in seinem Abschnitt zur «Aufsicht des Staates» (vgl. FLEINER, Institutionen, 116 ff. und z.B. Fn. 58).

⁵⁰⁶ Dazu hinten N 300 ff.

⁵⁰⁷ LUHMANN, Wissenschaft, 452 (Fn. 136).

⁵⁰⁸ Entsprechende Vorbemerkungen finden sich z.B. bei MÖLLERS, Staat, 9 f. m.w.H.

⁵⁰⁹ Vgl. dazu etwa WÜRGLER, N 2 ff.; PAHUD DE MORTANGES, S. 33 ff. und S. 62 ff.

ten konsolidiert wurden,⁵¹⁰ den Vorläufern des «modernen Staats» zumindest in Deutschland.⁵¹¹ Um die Mitte des 16. Jahrhunderts taucht auch der Begriff «Aufsicht» auf dem Gebiet des damaligen Heiligen Römischen Reichs als Rechtsbegriff auf.⁵¹²

Der Staatsbegriff, wie wir ihn heute kennen, durchlief verschiedene Etappen: Der zunächst im Herrscher personifizierte Staat wurde zunehmend von dieser Person abstrahiert und als ständiger, unpersönlicher und institutionalisierter Apparat aufgefasst, der die Aufgabe hatte, Wohlfahrt im staatlichen Territorium zu gewährleisten. Im Laufe der Zeit fand ein Prozess der politischen Institutionalisierung statt, wozu im Übrigen auch die Anfänge des aufkommenden Staats- und Verwaltungsrechts beigetragen haben.⁵¹³ – Neuere Untersuchungen weisen allerdings auf einen Pluralismus der tatsächlichen Herrschaftsformen hin und stellen das überlieferte Narrativ einer Entwicklung hin zu einem homogenen, modernen Staat in Frage.⁵¹⁴ Für die föderale Schweiz im Besonderen lässt sich bis zum Ende des *Ancien Régime* (1798) kein einheitliches Bild über die Entstehung des Staates und seiner Verwaltung zeichnen.⁵¹⁵

⁵¹⁰ Die Verlagerung des Verstaatlichungsprozesses vom Reich auf die souveränen Territorien war ein wichtiges Ergebnis insb. des Westfälischen Friedens (vgl. STOLLEIS, Geschichte Bd. I, 366). Im Zusammenhang mit den hoch- und spätmittelalterlichen Bürgergemeinden wird der Staatsbegriff nur mit Zurückhaltung verwendet (vgl. statt vieler STOLLEIS, Idee, 63 ff. und insb. 69; vgl. dazu auch EISENHARDT, N 123 ff.; KAHL, Staatsaufsicht, 40 f. Vgl. auch VEC, 27 f. m.w.H., der die «Phase der Staatswerdung in Europa» bis ca. 1800 datiert und auf die Rolle des Rechts in diesem Prozess hinweist. Insb. die «gute Policy» in der Frühen Neuzeit fasst er als Instrument des Staatsbildungsprozesses auf).

⁵¹¹ Vgl. zu diesem Begriff insb. SKALWEIT. Zum Staat als historisches Konstrukt: LADEUR, Staat, § 18 N 20 m.w.H.; vgl. auch MÖLLERS, Staat, 9 ff. mit einer dogmengeschichtlichen Untersuchung zum Staatsbegriff als Rechtsbegriff. Zur Staatsentstehung in der Schweiz vgl. B. SCHINDLER, Evolution, 415 ff.

⁵¹² Vgl. KAHL, Staatsaufsicht, 41 und 63 sowie Fn. 149 m.w.H.; vgl. auch BULLINGER, 276 m.w.H.

⁵¹³ Als illustrativ für diesen Trennungsprozess gilt der Vergleich des bekannten Ausspruchs, «l'Etat c'est moi», der dem französischen Sonnenkönig Louis XIV. zugeschrieben wird, mit der überlieferten Aussage von Friedrich dem Grossen, dem König von Preussen, «erster Diener des Staates» zu sein. – Hinzu kam eine zweite Emanzipation, nämlich diejenige des (irdischen) Herrschers oder Monarchen von Gott, dem er als von Gottes Gnaden Regierender bisher unterworfen gewesen war (CONZE, 41).

⁵¹⁴ Vgl. dazu etwa BAYLY, 309 ff.; vgl. auch VEC, 34 m.w.H.

⁵¹⁵ B. SCHINDLER, Evolution, 415 ff. m.w.H.

- 184 Bei den Territorial- oder Landesfürsten ballten sich im 16. Jahrhundert die unbeschränkten weltlichen und meist auch geistlichen Herrschaftsrechte. Dazu gehörte auch das sog. «*ius supremae inspectionis*», das «Recht der höchsten Oberaufsicht» der Territorialfürsten über Land und Leute, das einen wichtigen Vorläufer für das heutige Aufsichtsrecht darstellte.⁵¹⁶
- 185 Ursprünglich aus der höchsten Gewalt des Kaisers abgeleitet,⁵¹⁷ wurde das Aufsichtsrecht als ein «notwendiges Maiestätsrecht» v.a. der Territorialfürsten aufgefasst, das sich «von dem Recht Gesetze zu geben und von dem höchsten Vollstreckungsrecht unterscheidet».⁵¹⁸ Es trat als eigenes Hoheitsrecht neben eine Vielzahl anderer Gewalten der Landesfürsten, die ihm als höchstem Organ zustanden,⁵¹⁹ wie etwa die gesetzgebende Gewalt («*potestas legislativa*»), das Recht der Privilegien («*ius privilegiorum*»), das Recht, Ämter und Würden zu erteilen («*ius munerum et honorum*»), das Vollziehungs- und Strafrecht («*potestas exsequendi poenasque infligendi*»), das Recht des Fiskus («*ius fisci caesaris ac statuum*») und das Steuerrecht («*ius tributorum*»).⁵²⁰

Das Recht der höchsten Oberaufsicht wurde somit nicht etwa als Teilaspekt der Verwaltung oder der vollziehenden Staatsgewalt aufgefasst, sondern oftmals als selbstständige Gewalt.⁵²¹ Das Allgemeine Landrecht für die preussischen Staaten von 1794 z.B. kannte drei Hauptarten von «inneren

⁵¹⁶ KAHL, Staatsaufsicht, 41 und 43 ff.

⁵¹⁷ HÄBERLIN, § 217 (S. 151 ff.).

⁵¹⁸ SCHEIDEMANTEL, § 79 (S. 82); vgl. auch KAHL, Staatsaufsicht, 41 f. m.w.H. (und insb. Fn. 11 m.w.H., wonach die genauen historischen Wurzeln des *ius supremae inspectionis* im Einzelnen jedoch nicht geklärt sind); vgl. so auch BULLINGER, 275 f. und insb. Fn. 53; MÖSBAUER, § 1 Fn. 68.

⁵¹⁹ Mit Blick auf diese «Kompetenzpräsumtion», die bis ins 19. Jahrhundert zugunsten des Monarchen anhielt, sprach GRÖSCHNER von einem «Etatismus des Aufsichtsbegriffs». «Das Etatistische daran ist, daß die Aufsicht kraft Staatlichkeit und nicht kraft Rechts besteht, und daß das Recht deshalb nicht geeignet ist, die jeweiligen Aufsichtsbefugnisse zu begrenzen» (GRÖSCHNER, 48 f.).

⁵²⁰ KAHL, Staatsaufsicht, 46 m.w.H. Über die Anzahl der verschiedenen Gewalten bestand allerdings keine Einigkeit unter den Staatsrechtslehrern dieser Zeit. HENKE etwa äußerte sich 1824 generell kritisch zur Unterscheidung der Gewalten. Er ging von lediglich zwei Gewalten aus, der gesetzgebenden und der vollziehenden oder ausübenden, erachtete es aber als «irrig (...) daneben noch eine selbstständige aufsehende, und eine richterliche Gewalt anzunehmen» (HENKE, 99).

⁵²¹ KAHL, Staatsaufsicht, 46 m.w.H.

Majestätsrechten», die gesetzgebende Gewalt (*«potestas legislativa»*), die vollziehende Gewalt (*«potestas executiva»*) sowie die obergewaltige Gewalt (*«potestas inspectoria»*; *«ius inspectionis supremæ»*).⁵²²

Von der Oberaufsicht waren sowohl die Städte erfasst (deren Vorrechte durch die Landesherren immer stärker beschnitten wurden⁵²³) als auch alle natürlichen und juristischen Personen.⁵²⁴ Zu den letzteren wurden sämtliche «Gesellschaften» gezählt, «aus welchen die grosse bürgerliche Gesellschaft zusammengesetzt ist».⁵²⁵ Dazu gehörten Vereinigungen zu bestimmten Zwecken wie «Dorf- und Stadtgemeinen [sic], Zünfte und Innungen, Kirchengemeinen – gelehrte Gesellschaften, geistliche Gesellschaften, Handlungsgesellschaften, Ordensverbindungen, Klubs».⁵²⁶ 186

Personenverbände wurden entsprechend der Jurisprudenz des gemeinen Rechts als handlungsunfähige, «blutleere juristische Gedankenkonstrukte» bzw. als «Fiktionen» eingestuft, die als solche eines Vertreters bedurften. Und diese unterstanden im Rahmen der Oberaufsicht wiederum einer Art Vormundschaft.⁵²⁷ So sah etwa MAURENBRECHER in der Oberaufsicht u.a. die Obervormundschaft über unmündige Kinder und über Gemeinden vereint, sowie «die Beaufsichtigung aller Corporationen, Stiftungen und anderer moralischer Personen».⁵²⁸

VON GIERKE führte zu einer «alten und einflussreichen Theorie», die «die staatliche Einwirkung auf das körperschaftliche Wollen und Handeln aus einer Art von *Vormundschaft oder Obervormundschaft* nach individualrechtlichem Muster zu konstruieren» versucht, allerdings Folgendes aus: «Allein diese Theorie steht und fällt mit der Auffassung der juristischen Person als eines gleich Kindern und Wahnsinnigen willensunfähigen künstlichen Individuums. Sie konnte daher niemals wirklich und allseitig durchgeführt, sondern nur in den einzelnen aus ihr abgeleiteten Rechtssätzen zu realer Geltung gebracht werden. Dem heutigen Recht aber gehören zwar noch manche derartige positivrechtliche Niederschläge des alten Bevormundungsprinzips an. Es ist jedoch schlechterdings unmöglich, dieses Princip selbst dem gegenwärtigen deutschen Recht zu imputieren».⁵²⁹

⁵²² Vgl. dazu etwa KAHL, Staatsaufsicht, 55 sowie 53 ff. mit weiteren Ausführungen zum Allgemeinen Landrecht für die preussischen Staaten, das er «rechtlicher Schlussstein der absolutistischen Periode» nennt, der die herrschende Aufsichtspraxis des 18. Jahrhunderts kodifizierte.

⁵²³ Vgl. z.B. KAHL, Staatsaufsicht, 42 f.

⁵²⁴ *Ebd.*, 42 m.w.H.

⁵²⁵ SVAREZ, 46 (Ziff. I).

⁵²⁶ *Ebd.*, 47 (Ziff. II).

⁵²⁷ Vgl. zum Ganzen KAHL, Staatsaufsicht, 54 f. m.w.H.

⁵²⁸ MAURENBRECHER, § 179 (S. 312), vgl. auch § 166 (S. 291).

⁵²⁹ VON GIERKE, 643 f. (Hervorhebungen im Original).

- 187 Ein Unterschied zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Beaufsichtigten wurde zu diesem Zeitpunkt nicht gemacht,⁵³⁰ ja eine Trennung zwischen öffentlicher und privater Tätigkeit bzw. zwischen «Staat» und «Gesellschaft» war dem Denken damals noch fremd, sodass die Oberaufsicht noch während langer Zeit beide Bereiche umfasste.⁵³¹ Nach dem Staatsverständnis des Absolutismus war die öffentliche Gewalt beim Monarchen und bei dessen Beamten monopolisiert. Ihr stand die Sphäre der «Untertanen» gegenüber.

B. Massstäbe des Oberaufsichtsrechts

- 188 Als Inhaber der höchsten Staatsgewalt besaßen die Territorialfürsten – neben einer Vielzahl weiterer Rechte und dem «*ius supremae inspectionis*» im Besonderen – auch ein umfassendes sog. «Policeyrecht».⁵³² Im 17. Jahrhundert war mit dem Begriff der «Polizei» u.a. die Gesamtheit der Interventionen und Mittel gemeint, mit welchen versucht wurde, die neuen gesellschaftlichen Lebensverhältnisse (zunächst in den Städten, dann aber auch in den Territorialstaaten⁵³³) in geordnete Bahnen zu lenken. Bis in das 18. Jahrhundert bildete die «Polizei» als Rechtsquellentyp⁵³⁴ – auf dem Gebiet der Eidgenossenschaft war eher die Rede von sog. «Sätzen», «Ordnungen», «Vermahnungen» oder «Mandaten»⁵³⁵ – zusammen mit

⁵³⁰ Vgl. KAHN, Staatsaufsicht, 54 m.w.H.

⁵³¹ Vgl. dazu BULLINGER, 277 f. – Tatsächlich zeigt ein Blick auf die Ursprünge des Verwaltungsrechts, dass noch zu Beginn des 19. Jahrhunderts das schweizerische Verwaltungsrecht noch nicht klar vom Zivilrecht getrennt war (vgl. dazu M. MÜLLER, Verwaltungsrecht, 82 ff.; DÉFAGO GAUDIN, Autonomie, 245 f.; B. SCHINDLER, Evolution, 425 f.).

⁵³² DREIER, 22 m.w.H.; KAHN, Staatsaufsicht, 43. Zum Begriff der «Policey» vgl. etwa auch STOLLEIS, Geschichte Bd. I, 369 f.

⁵³³ WESSEL, S. 36 ff.; vgl. auch BERRINGER, 9 m.w.H.

⁵³⁴ Es handelte sich dabei um landesherrliche Einzelerlasse, die weniger auf Dauer angelegt waren und sich deshalb als jederzeit anpassbare Instrumente der Verwaltung typologisch eher mit heutigen Verordnungen vergleichen lassen als mit Gesetzen (vgl. so etwa STOLLEIS, Geschichte Bd. II, 244, der das Policeyrecht mit dem Einzelbefehl im deutschen Recht vergleicht).

⁵³⁵ PAHUD DE MORTANGES, N 157 ff.; B. SCHINDLER, Evolution, 419; SCHOTT-VOLM, 500. Die Gesetzgebungsentwicklungen im Heiligen Römischen Reich Deutscher Nation strahlten ebenfalls auf das Gebiet der Schweiz aus; man orientierte sich etwa an den Reichspolizeiordnungen, und konkrete Einflüsse gingen häufig von den jeweils benachbarten Reichskreisen aus (vgl. z.B. SCHOTT-VOLM, 497 f. zu den Einflüssen des benachbarten Schwäbischen Reichskreises und von dessen Policeynormen auf das Recht in Zürich).

den Landesordnungen die Hauptform der damaligen Gesetzgebung.⁵³⁶ Und sie wurde wiederum zum Massstab der höchsten Oberaufsicht.⁵³⁷

Der Begriff «Polizei», «Policey», «Pollitzey» und ähnliche Ausdrücke hatten vom 17. bis zum Ende des 18. Jahrhunderts somit einen anderen Sinn als heute: Der Begriff breitete sich im 15. und 16. Jahrhundert (wohl über das Burgund) in Mitteleuropa aus⁵³⁸ und bezeichnete eine Form der Gemeinschaft oder eine Art menschlicher Verband, der durch eine öffentliche Autorität geleitet wird. Auch das Ergebnis guter Regierung, der Zustand «der guten Ordnung eines Gemeinwesens» wurde so genannt.⁵³⁹ Ferner wurde die Gesamtheit von Handlungen, durch welche die Gemeinschaften regiert wurden, mit dem Begriff «Polizei» erfasst.⁵⁴⁰

War die öffentliche Gewalt im Hochmittelalter primär auf die Wahrung des Rechts und des Friedens ausgerichtet, wurden in den als «gute policey» bzw. als «Polizeiordnungen» benannten Rechtsquellen nicht nur Verhaltensregeln zur inneren Sicherheit aufgenommen, sondern auch Vorschriften, die auf eine umfassende Ordnung und Gestaltung des menschlichen Daseins bis hin zur Herstellung und Erhaltung des «Gemeinwohls» («*salus publica*» oder «*bonum commune*»)⁵⁴¹ hinwirken sollten.⁵⁴² 189

Die «Polizei» sollte in diesem Sinne die positiven Voraussetzungen für die «Vervollkommnung der Menschen» schaffen, indem sie zur Bewältigung der Notdurft («*necessitas*») des Lebens, zu seiner Bequemlichkeit («*commoditas*») sowie zu seiner Annehmlichkeit («*iucunditas*») beizutragen hatte.⁵⁴³

⁵³⁶ EISENHARDT, N 256 mit Verweis auf EBEL, 57 ff. sowie insb. 60. In den Jahren 1540, 1548 und 1577 wurde versucht, die Materie in drei grossen Reichspolizeiordnungen zu bündeln (vgl. dazu STOLLEIS/KREMER, N 10 m.w.H.).

⁵³⁷ Vgl. so auch BERRINGER, 11 m.w.H.

⁵³⁸ STOLLEIS/KREMER, N 4 m.w.H.

⁵³⁹ STOLLEIS/KREMER, N 4 m.w.H.; vgl. dazu auch FOUCAULT, Vorlesung 12 [Sitzung vom 29.3.1978], 450 f.

⁵⁴⁰ Eingehend zur Geschichte der Polizei in Deutschland vgl. STOLLEIS/KREMER.

⁵⁴¹ Zum Ziel des «Gemeinwohls» vgl. etwa ISENSEE, Gemeinwohl, § 71 N 1 ff.

⁵⁴² Vgl. dazu etwa STOLLEIS/KREMER, N 16 m.w.H.; BERRINGER, 9 ff. m.w.H. In den Worten FOUCAULTS versuchte der Staat, menschliche Tätigkeiten anzuregen, zu bestimmen und auszurichten, «und zwar auf eine Weise, die für den Staat nützlich ist» (FOUCAULT, Vorlesung 12 [Sitzung vom 29.3.1978], 464).

⁵⁴³ Vgl. so etwa PREU, 138 m.w.H.; STOLLEIS/KREMER, N 16 m.w.H.

- 190 Die Folge war eine Flut von Normen, mit welchen unterschiedliche Bereiche sowohl des öffentlichen als auch des privaten Lebens, mit oftmals erheblichen Eingriffen in die Lebensführung der Untertanen,⁵⁴⁴ geregelt wurden.⁵⁴⁵ Im Zeitalter des Absolutismus nahm die Fülle von polizeilichen Vorschriften weiter zu. Die Territorialfürsten oder «Landesväter» sahen es als Inhaber der höchsten Staatsgewalt als ihre Aufgabe, aktiv und gestaltend die «gute Ordnung» sicherzustellen.⁵⁴⁶

Auf dem Gebiet der Eidgenossenschaft erfassten die sog. Mandate zu dieser Zeit u.a. Regeln für das Arbeitswesen, die Handwerke und den Markt, sahen Bestimmungen zum Handel und zur Wirtschaft sowie bestimmte Vertragsverbote vor. Bau- und Feuerschutzvorschriften sowie gesundheitspolizeiliche Regeln wurden aufgestellt ebenso wie Vorschriften zur Durchsetzung religiöser und kirchlicher Normen (wie z.B. Vorschriften über den regelmässigen, pünktlichen Kirchgang, Fluch- und Schwörverbote, Bestimmungen zur Verbindlichkeit des Eheversprechens etc.).⁵⁴⁷ Ausserdem waren Regeln über die sittliche Lebensführung vorgesehen, wie z.B. Bestimmungen zur Eindämmung des Alkoholkonsums und des Geldspiels, Luxusverbote und Kleiderordnungen.⁵⁴⁸

⁵⁴⁴ GRÖSCHNER sprach von einem «Euphemismus der ‹Polizeiaufsicht›», der zu einer «verschleierte[n] und verharmloste[n] Legitimation absoluter – vom Recht und von den Rechtsverhältnissen losgelöster – Polizeigewalt» führte (GRÖSCHNER, 46). Zum patriarchalischen Wohlfahrts- und Polizeistaat vgl. etwa auch, statt vieler, KAHL, Staatsaufsicht, 50 ff. – Neuere Forschungsergebnisse weisen allerdings darauf hin, dass diese etatistische Interpretation, ausgehend von heutigen Sichtweisen, möglicherweise zu relativieren ist. So zeigte sich etwa, dass auch Landsgemeinden in der Schweiz zahlreiche Mandate erliessen (B. SCHINDLER, Evolution, 419 m.w.H.).

⁵⁴⁵ In Deutschland gehörte praktisch die gesamte innere Verwaltung des 17. und der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts, mit wenigen Ausnahmen, zur «*Policey*» (STOLLEIS, Geschichte Bd. I, 370; STOLLEIS/KREMER, N 11). Auch in der Schweiz ergingen besonders nach der Reformation zahlreiche Mandate. Für die Städte Zürich und Bern wird die Zahl der vom 14. bis zum 18. Jh. erlassenen Mandate auf mehrere Tausend geschätzt; pro Jahr ergingen zwischen circa 15 und 20 Mandate (PAHUD DE MORTANGES, N 159; vgl. dazu auch illustrativ B. SCHINDLER, Kontinuität, 279 ff.; vgl. auch SCHOTT-VOLM, 498 f.).

⁵⁴⁶ Sie galten als mit Machtvollkommenheit («*plenitudo potestatis*») ausgestattet und durch Gesellschaftsvertrag legitimierte «Inkarnation des gesamten Staatskörpers» (vgl. so DREIER, 37; vgl. auch KAHL, Staatsaufsicht, 43).

⁵⁴⁷ Die bekannte Sammlung des Polizeirechts aus dem 18. Jahrhundert von DELAMARE (*Traité de la police*, 2. Aufl., Amsterdam 1729) unterschied elf Bereiche, um die sich die Polizei kümmern musste: «*la Religion, la Discipline des moeurs; la Santé; les Vivres; la Sûreté & la Tranquillité publique; la Voirie; les Sciences, & les Art Liberaux; le Commerce; les Manufactures & les Arts Mécaniques; les Serviteurs Domestiques; les Manouvriers; & les Pauvres*» (DELAMARE, Bd. I, Buch I, Überschrift I, S. 4).

⁵⁴⁸ Vgl. etwa PAHUD DE MORTANGES, N 158; vgl. auch STOLLEIS, Geschichte Bd. I, 370 m.w.H.; SCHOTT-VOLM, 503 zum Sittenmandat von Zürich von 1530.

Der Zweck dieses «väterlichen Regiments»⁵⁴⁹ wurde mit der Sicherung der Wohlfahrt der an sie gebundenen Untertanen legitimiert.⁵⁵⁰ Bis im 18. Jahrhundert stand das «Allgemeinwohl» bzw. «das Glück der Untertanen» im Vordergrund damaliger Auffassungen des Staatszwecks oder, in den Worten des Philosophen WOLFF, die «Beförderung der gemeinen Wohlfahrt und Erhaltung der Sicherheit».⁵⁵¹ Zu diesem Zweck wurde auch das Oberaufsichtsrecht («*ius supremae inspectionis*») eingesetzt,⁵⁵² und die polizeilichen Regelungskompetenzen wurden aus diesem Aufsichtsrecht hergeleitet.⁵⁵³

C. Befugnisse der Oberaufsichtsausübung

Nach PÜTTER, einem deutschen Staatsrechtler zur Zeit der Aufklärung, ist «[d]as erste und allgemeinste Recht der höchsten Gewalt (...), über alles, was zum Staate gehört, und darinn vorgehet, so weit es die gemeine Wohlfahrt nöthig oder nützlich macht, die höchste Oberaufsicht zu führen».⁵⁵⁴

Inhaltlich umfasste die Oberaufsicht das Recht, sämtliche das Gemeinwohl berührenden Angelegenheiten im Staate zu beobachten, zu untersuchen sowie Verstöße gegen das Gemeinwohl zu unterbinden. Nach der Auffassung von SVAREZ enthielt das gemeinwohlsichernde Oberaufsichtsrecht dabei auch einen präventiven Charakter, wenn er es als «Pflicht des Staates» verstand, «alles zu verhüten, was der

⁵⁴⁹ HIS, Geschichte Band I, 668. Aus der gewählten Formulierung könnte auch eine Bezugnahme auf Gott herausgelesen werden, was wiederum zu weiterführenden, den Rahmen dieser Untersuchung sprengenden Forschungsfragen im Hinblick auf mögliche Parallelitäten zwischen kanonischem Recht und dem Aufsichtsrecht als besonderem Verwaltungsrecht führt (zur weitgehenden Parallelität von kanonischem Recht und Verwaltungsrecht vgl. etwa den Überblick bei KLEY, Geschichte, 86 ff.). – Eine geschlechtsspezifische Zuweisung des «modernen» Staates als «männlich» (dies im Gegensatz zur «weiblichen» Kirche) nahm im Übrigen auch z.B. BLUNTSCHLI vor (Staatslehre, 23 f.), der den Staat in seiner Staatstheorie generell als «lebendiges und daher organisches Wesen» auffasste (BLUNTSCHLI, Staatslehre, 18).

⁵⁵⁰ STOLLEIS/KREMER, N 16.

⁵⁵¹ WOLFF, § 214.

⁵⁵² KAHL, Staatsaufsicht, 45 m.w.H.; BULLINGER, 275 ff.

⁵⁵³ GRÖSCHNER, 47 m.w.H., der vor diesem Hintergrund «das Recht der Oberaufsicht und die ihm entsprechende Territorialgewalt als eine erste Entwicklungsstufe des Souveränitätsbegriffs» auffasst.

⁵⁵⁴ PÜTTER, Litteratur § 1080 (S. 300). Dabei war das Oberaufsichtsrecht stets als «Mittel zu einem bestimmten Zweck» vorgesehen (KAHL, Staatsaufsicht, 47 [Fn. 55] mit Verweis auf PÜTTER, Institutiones, § 217; vgl. auch HÄBERLIN, § 216 [S. 146]).

Sicherheit der bürgerlichen Gesellschaft und ihrer Mitglieder schädlich werden könnte, und nicht zu gestatten, was dem Zweck des gemeinschaftlichen Wohls und den Gesetzen des Landes zuwider ist».⁵⁵⁵

- 194 Zu diesem Zweck waren selbstverständlich auch Eingriffe in die Sphären der untergeordneten Beaufsichtigten erlaubt.⁵⁵⁶ So hiess es bei HÄBERLIN in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts z.B.: «Aus dem Recht der Oberaufsicht fließt das Recht, die Handlungen der Bürger, wenn sie dem Wohl des Staats nachtheilig sind, zu verbieten und zu vernichten, oder wenn sie demselben unschädlich, oder wohl gar vortheilhaft sind, zu bestätigen.»⁵⁵⁷
- 195 Auch zum Zwecke der Aufsichtsausübung kamen dem Landesherrn weitgehende Befugnisse zu. In den Worten PÜTTERS war es etwa wichtig, «dass nichts von dem, was zu einem Schaden des Gemeinwesens führen kann oder was im Staat im Hinblick auf das Gemeinwohl zu wissen wichtig ist, der höchsten Macht verborgen bleiben kann. Hieraus erwächst das Recht der Oberaufsicht, kraft dessen alles, was das Gemeinwesen betrifft, überwacht werden kann, sooft es aus Gründen des Gemeinwohls für notwendig oder nützlich erachtet wird, dass etwas mit der Gewalt der höchsten Macht untersucht wird.»⁵⁵⁸
- 196 Bei HÄBERLIN ist z.B. die Rede von Berichtspflichten, Visitationen öffentlicher und privater Räume, der Einsetzung von Untersuchungskommissionen, dem Öffnen von Briefen, der Bestätigung von Gesellschaften und Vereinsstatuten und der Konzessionierung öffentlicher Anstalten.⁵⁵⁹ Er fasste das Recht der höchsten Aufsicht so auf, «dass der Regent berechtigt sey, von allem, was im Staate vorgeht, und auf die öffentliche Wohlfahrth Beziehung haben kann, Nachricht zu verlan-

⁵⁵⁵ SVAREZ, 47 (Ziff. V).

⁵⁵⁶ A.A. TRIEPEL, 113 ff., der «in der Periode des ausgebildeten Polizeistaats und in der klassischen Literatur des Staats- und Naturrechts des 18. Jahrhunderts» das Oberaufsichtsrecht als auf die blosse Beobachtung beschränkt sieht bzw. als ein «Recht auf Nachricht» und diese Auffassungen als «inhaltslos» kritisiert.

⁵⁵⁷ HÄBERLIN, § 218 (S. 153).

⁵⁵⁸ Vgl. PÜTTER, Institutiones, 5. Aufl., § 216 (Übersetzung von KAHL in Fn. 47 [S. 46]).

⁵⁵⁹ Vgl. HÄBERLIN, § 216 (S. 145 ff.), der hinsichtlich der Zulässigkeitsvoraussetzungen der verschiedenen Aufsichtsmittel im konkreten Fall bereits dahin gehend unterschied, ob der zu überwachende Vorgang rein privater oder auch öffentlicher Natur sei; «bei der Ausübung» sei «die möglichste Schonung der natürlichen Freyheit zu beobachten» (*ebd.*, § 216 [S. 146]). Vgl. zum Ganzen auch KAHL, Staatsaufsicht, 49 f.

gen».⁵⁶⁰ Nur so sei «der Regent» imstande, zweckmässige Gesetze zu entwerfen und Verfügungen zu erlassen.⁵⁶¹

Entsprechend hielt bspw. der deutsche Staatsrechtler LEIST 1803 im «Lehrbuch des Teutschen Staatsrechts» fest: 197

«Die obergewaltige Gewalt (*potestas inspectoria, ius supremae inspectionis*) besteht in dem Rechte der Staatsgewalt, den jedesmaligen Zustand des Staates und seiner Unterthanen in so weit zu erforschen, als es der Staatszweck erfordert. Nur durch thätige Ausübung dieses Rechts wird die Staatsgewalt in den Stand gesetzt, gehörig zu erfahren und zu beurtheilen, ob etwas den Staatszweck verhinderndes vorhanden sey oder vorgehe, durch welche Maaßregeln dasselbe abgestellt, wie, und durch welche Mittel und Einrichtungen der Staatszweck noch mehr befördert werden könne, und ob die bereits gegebenen Gesetze und getroffenen Anstalten auch wirklich befolgt werden.»⁵⁶²

Nach TRIEPEL «verflüchtigte» sich das *ius supremae inspectionis* im 18. Jahrhundert sogar auf ein «blosses Recht [auf Nachricht]»⁵⁶³ und erfüllte damit «eine besondere Funktion der Staatsgewalt, die für alle anderen Funktionen eine Voraussetzung» bildete.⁵⁶⁴ 198

Dieser Aspekt wurde auch in der schweizerischen Lehre hochgehalten. In den Worten von HENKE in seinem Lehrbuch «Öffentliches Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft»⁵⁶⁵ muss die Staatsgewalt, «um ihre Verbindlichkeiten gegen die Staatsbürger erfüllen zu können, von Allem, was auf die Verfolgung des Staatszwecks Bezug hat, Kenntnis nehmen». Somit handle es sich immer um «ein bloßes Vorbereiten» der gesetzgebenden oder der «vollziehenden» bzw. «ausübenden» «Thätigkeiten der Staatsgewalt».⁵⁶⁶

In diesem Sinne hielt auch BLUNTSCHLI fest, «die Staatsgewalt sei [i]m Allgemeinen (...) berechtigt, von allen Erscheinungen Kenntnis zu nehmen, welche in dem Staatsgebiete sichtbar werden, insofern die Interessen oder

⁵⁶⁰ HÄBERLIN, § 216 (S. 145).

⁵⁶¹ *Ebd.*

⁵⁶² LEIST, § 103 (S. 320 f.; Hervorhebung im Original; auch abgedruckt bei KAHL, Staatsaufsicht, 47 f.).

⁵⁶³ TRIEPEL, 113.

⁵⁶⁴ *Ebd.*

⁵⁶⁵ HENKE lehrte von 1814 bis 1832 als deutscher Rechtswissenschaftler und Professor an der Berner Akademie, bevor er als Professor nach Halle zog. Vgl. zu seinem Lehrbuch «Öffentliches Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft» KLEY, Geschichte, 9 ff.

⁵⁶⁶ HENKE, 99 f.

das Recht des Staates durch dieselben betroffen werden».⁵⁶⁷ Es trete sogar «das befehlende, ordnende und schirmende, d.h. das eigentliche Regierungselement» hinter «die receptive Eigenschaft der Kenntnissnahme von den bestehenden Zuständen» zurück.⁵⁶⁸

- 199 Noch bis über die Mitte des 19. Jahrhunderts lässt sich das Recht der höchsten Obergeraufsicht im Schrifttum nachverfolgen,⁵⁶⁹ danach verschwand es aber zusehends als verwendeter Begriff hinter der staatsrechtlichen Kategorie der «Hoheit(en)» im öffentlichen Recht bzw. schliesslich hinter dem Begriff des «Verwaltungsrechts».⁵⁷⁰ Gleichwohl hinterliess es prägende Spuren. Dies hielt bereits L. VON STEIN, der als erster eigenständiger und systematischer Theoretiker und Begründer einer Lehre der Staatsaufsicht in Deutschland im 19. Jahrhundert gilt,⁵⁷¹ mit folgenden Worten fest:

«Der Begriff und der Inhalt der obergeraufsichenden Gewalt, die in allem öffentlichen Rechte des vorigen Jahrhunderts noch eine so große Rolle spielte, sind in unserem Jahrhundert als selbständige Kategorie aus der Staatswissenschaft so gut als verschwunden. Es würde schwer sein zu sagen, was man sich in unserer Zeit bei dem so höchst unbestimmt gewordenen Etwas denkt, das dieses Wort bezeichnet. Dennoch zeigt es sich bei jedem näheren Eingehen, daß hier ein höchst wichtiges Element der ganzen Verwaltung vorliegt, ohne welches kein Bild ihrer Function ein innerlich oder äußerlich vollständiges sein kann.»⁵⁷²

III. Eingeschränkte Aufsichtskompetenzen zu Beginn des 19. Jahrhunderts

A. Wandel des Staatsverständnisses

- 200 Die Nachwirkungen des Begriffs der Obergeraufsicht bis über die Mitte des 19. Jahrhunderts hinaus dürfen nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich der Begriffsinhalt im Laufe der Zeit verändert hat. Um die Wende zum 19. Jahrhundert kam es zu einem fundamentalen Umbruch der alten Ordnung, der in Europa zu einem von

⁵⁶⁷ BLUNTSCHLI, Staatsrecht, 412.

⁵⁶⁸ *Ebd.*, 411.

⁵⁶⁹ KRÜGER, 555 f. mit Verweis auf deutsche Staatsrechtsliteratur aus dem 19. Jahrhundert, die die Obergeraufsicht oder Beaufsichtigung behandelt, wie z.B. VON KALTENBORN, 50; HAENEL, S. 299 ff.; VON GERBER, 30; vgl. auch KAHN, Staatsaufsicht, 101.

⁵⁷⁰ Vgl. L. VON STEIN, Handbuch, 1. Teil, 237.

⁵⁷¹ Vgl. KAHN, Staatsaufsicht, 138 m.w.H.

⁵⁷² L. VON STEIN, Handbuch, 1. Teil, 233.

Grund auf neuen Staatsverständnis führte; dieses wirkte sich wiederum auch auf die Aufsicht aus, auch in der Schweiz.⁵⁷³

War die Schaffung von Glück und Wohlfahrt bislang als Staatsaufgabe betrachtet worden,⁵⁷⁴ führten allmählich die Naturrechtslehren der Aufklärung und der Französischen Revolution zu einem grundlegenden Umdenken. Vereinfacht dargestellt, lag der sich durchsetzenden freiheitlich-individualistischen Staatsauffassung das von der Lehre KANTS massgeblich beeinflusste⁵⁷⁵ Verständnis zugrunde, dass die Gesellschaft auf der Basis freier, «vernünftiger» Willensentscheidungen aus eigener Kraft Wohlstand und Gerechtigkeit zu erlangen vermöge, wenn sie nur ungehindert, d.h. ohne politische bzw. staatliche Lenkung, wirken könne. Die Gewährleistung des Gemeinwohls stand nun nicht mehr als vorgegebenes, staatlich geplantes und bewirktes Ziel fest, sondern als automatisch eintretendes, aber «inhaltlich offenes Ergebnis des Zusammenwirkens freier individueller Willensbetätigungen».⁵⁷⁶

Dem Staat misstraute die politische Strömung des Liberalismus⁵⁷⁷ prinzipiell.⁵⁷⁸ Der Staat sollte somit möglichst nicht mehr eingreifen, sondern vielmehr in einer Garantenfunktion die Voraussetzungen der Selbststeuerung, also Freiheit und Gleichheit, gegen Störungen abschirmen.⁵⁷⁹ Insbesondere die «private Sphäre

⁵⁷³ Allerdings blieben das Verwaltungsrecht und auch die Verwaltungstätigkeit in der Schweiz noch lange Zeit (und auch noch nach 1874) Sache der Kantone (B. SCHINDLER, *Evolution*, 420 ff. m.w.H.).

⁵⁷⁴ Eine Auffassung, die z.T. bis weit in das 19. Jh. anhielt (vgl. dazu – statt vieler – etwa STOLLEIS, *Geschichte* Bd. I, insb. 207 ff., 345 ff., 380 f., 384 f., jeweils m.w.H.). Die Bundesverfassung von 1848 nannte in Artikel 2 die Beförderung der «gemeinsamen Wohlfahrt» der Eidgenossen als (letzten) Zweck des Bundes (vgl. dazu auch KÖLZ, Band I, 577).

⁵⁷⁵ Vgl. dazu KLEY, *Geschichte*, 11 f.; STOLLEIS, *Geschichte* Bd. I, 384 f.

⁵⁷⁶ GRIMM, *Zukunft der Verfassung* I, 402; vgl. auch *ebd.*, 45 f.; GRIMM, *Staatsaufgaben*, 616, der in diesem Zusammenhang von der «Selbststeuerungsfähigkeit» der Gesellschaft spricht.

⁵⁷⁷ Für eine Darstellung der Grundzüge des Liberalismus vgl. KÖLZ, Band I, 268 ff.; vgl. auch B. SCHINDLER, *Evolution*, 431 ff.

⁵⁷⁸ Vgl. dazu – statt vieler – etwa KÖLZ, Band I, 268 ff. und insb. 270; vgl. auch GRIMM, *bürgerliche Gesellschaft*, 11 ff.

⁵⁷⁹ GRIMM, *Zukunft der Verfassung* I, 46, 403 ff.; GRIMM, *Staatsaufgaben*, 617.

bürgerlichen Lebens»⁵⁸⁰ sollte dem bevormundenden, fürsorglichen Zugriff des Staates weitgehend entzogen werden.⁵⁸¹

- 203 In der Schweiz fiel die liberal-demokratische Staatsidee auf fruchtbaren Boden. Gründe dafür findet man wohl nicht zuletzt in den demokratischen Traditionen, die trotz des aristokratischen Zeitalters im 17. und 18. Jahrhundert stark im schweizerischen «Staatsdenken» verankert blieben und z.B. in den Landsgemeindekantonen regelmässig zum Ausdruck kamen.⁵⁸² Auf die demokratische Organisation der Schweiz, die früh Formen der politischen Beteiligung für das Volk eingeführt hatte, wird denn auch der vergleichsweise konfliktlose Übergang zum liberalen Bundesstaat von 1848/1874 zurückgeführt. Hatte die Trennung zwischen Staat und Gesellschaft in den angrenzenden autoritären Nachbarstaaten befreiende und den Staat eingrenzende Wirkungen zu entfalten, hielt sich ihre revolutionisierende Wirkung angesichts der demokratischen Ausgestaltung des schweizerischen «Volksstaats»⁵⁸³ in Grenzen.⁵⁸⁴ Demokratisch verfügte Unfreiheit schien als «selbstverfügte Massnahme» im Sinne des demokratischen Prinzips eher in Kauf genommen zu werden.⁵⁸⁵
- 204 Rechtlich umgesetzt wurde die geforderte Staatsbegrenzung in Gestalt der Grund- bzw. Freiheitsrechte, die in der Schweiz – inspiriert durch die Vorstellung allgemeiner, individueller Freiheiten, wie sie u.a. in der *Déclaration des droits de*

⁵⁸⁰ ANGERMANN, 129, der dabei «in erster Linie» von «Wirtschaft, Religion und persönliche Bildung» spricht.

⁵⁸¹ Vgl. dazu etwa die Darstellung bei GRIMM, Zukunft der Verfassung I, 45 f.; vgl. auch GRIMM, Staatsaufgaben, 616 ff.; STOLLEIS, Geschichte Bd. II, 246 f.

⁵⁸² Vgl. so etwa auch KÖLZ, Band II, 919 mit Verweis auf die für die Schweiz prägenden «Staatsideen aus dem «atlantischen» Raum»; vgl. auch z.B. FLEINER, Staatstheorien, 8 f.; vgl. auch anschaulich zum anhaltenden «volkstümlichen Verwaltungsrecht» USTERI, Verhältnis, 17 f.

⁵⁸³ M. MÜLLER, Verwaltungsrecht, 81.

⁵⁸⁴ CARONI, 126 f. und 130 f.; vgl. auch WÜRGLER, N 49; B. SCHINDLER, Evolution, 421 f.

⁵⁸⁵ Nach Auffassung BLUNTSSCHLI begünstigt die Demokratie die Volksfreiheit zulasten der Individualfreiheit (BLUNTSSCHLI, Staatsrecht, 669), was CARONI dahin gehend auslegte, dass Grundrechte primär die Freiheiten des Staatsbürgers zu garantieren hätten (also demokratische Mitwirkungsrechte), nicht jedoch diejenigen des vom Staat losgelösten Individuums. Der Defensivcharakter von Abwehrrechten erübrige sich aufgrund des präventiven Schutzes, der bereits durch eine demokratische Staatsordnung gewährleistet sei (CARONI, 128 f.). – Kritisch zum Ideal der Selbstregierung des Volkes vgl. eingehend RHINOW, Demokratie, 167 ff.

l'homme et du citoyen 1789 vorgesehen waren⁵⁸⁶ – Eingang in die Regenerationsverfassungen fanden⁵⁸⁷ und schliesslich auch in der Bundesverfassung von 1848 verankert wurden.⁵⁸⁸

Mit dem Ende der Helvetik bzw. der Mediation, die für die Ausbildung moderner Verwaltungsstrukturen in der Schweiz prägend waren,⁵⁸⁹ gewannen vorübergehend die restaurativen Kräfte wieder die Oberhand.⁵⁹⁰ Sie konnten ein Wiedererstarken der liberalen Kräfte jedoch nicht verhindern, die den losen Zusammenschluss der Kantone schliesslich in einen Bundesstaat überführten und nach ihrem Sieg im Sonderbundskrieg die Bundesverfassung von 1848 in Kraft setzten.⁵⁹¹ Damit setzten sich Forderungen nach einer geschriebenen Verfassung, Gewaltenteilung, Freiheitsrechten, demokratischen Wahlen und direkter Demokratie, wie sie während der Regeneration teilweise bereits auf kantonaler Ebene realisiert worden waren, auch auf Bundesebene durch.⁵⁹² Das «liberale Verteilungsprinzip» wurde – zusammen mit dem demokratischen Prinzip und dem Föderalismus – zu

⁵⁸⁶ Zu den Hintergründen der Freiheitsrechte und ihrer Etablierung in der Schweiz vgl. bereits FLEINER, Staatstheorien, 18 ff.; vgl. die eingehende Darstellung bei KÖLZ, Band I, insb. 325 ff., 477 ff., 508 ff., 576, 583 ff., 618; J.P. MÜLLER, Entstehung, 1167 ff. und insb. N 6 zum (zunächst verschwiegenen) Einfluss der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte; vgl. dazu auch KLEY, Verfassungsrecht, N 33 m.w.H. sowie N 48 zur Weiterentwicklung der Freiheitsrechte in den Kantonsverfassungen.

⁵⁸⁷ Vgl. KLEY, Geschichte, 12; PAHUD DE MORTANGES, N 262.

⁵⁸⁸ Vgl. PAHUD DE MORTANGES, N 280; KÖLZ, Band I, 583 ff.

⁵⁸⁹ Für einen Überblick über die Helvetik und die Mediationszeit vgl. etwa PAHUD DE MORTANGES, N 231 ff.; vgl. auch B. SCHINDLER, Evolution, 416 m.w.H.; KLEY, Verfassungsrecht, N 5 ff.; vgl. auch eingehend KÖLZ, Band I, 59 ff., 119 und 143 ff.

⁵⁹⁰ Prägend für die Restaurationsbewegung in der Schweiz war insb. die konservative Staatstheorie von VON HALLER. Er prägte mit seinem gegen die Aufklärung gerichteten sechsbändigen Werk «Restauration der Staatswissenschaft» den Namen dieser Epoche (vgl. PAHUD DE MORTANGES, N 254; vgl. dazu auch FLEINER, Staatstheorien, 12 ff.). – Für einen Überblick über die Restaurations- und Regenerationszeit in der Schweiz vgl. etwa PAHUD DE MORTANGES, N 250 ff. und N 257 ff.; KÖLZ, Band I, 156 ff. und 209 ff.; KLEY, Verfassungsrecht, N 14 ff.

⁵⁹¹ Für einen Überblick über die Entstehung der Bundesverfassung von 1848 vgl. etwa KLEY, Verfassungsrecht, N 31 ff. und N 39 ff. zum jungen Bundesstaat (1848–1974); vgl. auch KÖLZ, Band I, 543 ff.; PAHUD DE MORTANGES, S. 202 ff.

⁵⁹² Vgl. den Überblick bei KLEY, Geschichte, 13 ff. m.w.H. insb. auch zur Entwicklung der Lehren des öffentlichen Rechts zu dieser Zeit. Vgl. auch T. BÜHLER, 30 ff. zum Beitrag des revolutionären Frankreichs an einer schweizerischen Staatsrechtslehre; vgl. ausserdem den Überblick bei B. SCHINDLER, Evolution, 416 ff. und 419 ff. m.w.H. insb. zur Entstehung von Verwaltungsstrukturen und Verwaltungsrecht in der Schweiz.

einem durchgängigen Verfassungsprinzip in der Schweiz.⁵⁹³ Parallel dazu trugen aber auch Entwicklungen der historischen Rechtsschule – sie fanden in der Schweiz insb. mit BLUNTCHLI einen prominenten Vertreter⁵⁹⁴ – als scheinbare Weiterentwicklung alter eidgenössischer Traditionen zur Legitimation des neu etablierten Staates bei.⁵⁹⁵

- 205 Die Aufnahme von Grund- und Freiheitsrechten in die europäischen Verfassungen der damaligen Zeit markierte eine entscheidende und bis heute prägende gedankliche Trennung zwischen Staat und Gesellschaft; aus Sicht des Staates handelte es sich um Handlungsschranken, aus Sicht der Gesellschaft um Abwehrrechte, die die Einzelnen (nun nicht mehr «Untertanen», sondern «citoyens», «Bürger»⁵⁹⁶) in ihrer Freiheitssphäre gegenüber Eingriffen des Staates grundsätzlich⁵⁹⁷ schützten.⁵⁹⁸

Massgeblich für die Trennungsthese war die Neubestimmung des Begriffs «bürgerliche Gesellschaft» durch HEGEL in seinem Werk «Grundlinien der Philosophie des Rechts» aus dem Jahre 1820.⁵⁹⁹ Wurde die «bürgerliche Gesellschaft» (d.h. die «*koinonia politike*» bzw. «*societas civilis*»), bestehend aus denjenigen Bürgern mit der politischen Stellung der «*civilitas*»,⁶⁰⁰ ursprünglich – d.h. in der Tradition der antiken politischen Philosophie und

⁵⁹³ Vgl. etwa KÄGI, Freiheiten, 54 ff., der von drei grundlegenden Freiheiten unserer Rechtsgemeinschaft – der persönlichen Freiheit, der politischen Freiheit und der föderativen Freiheit – ausging; vgl. dazu auch KLEY, Geschichte, 306 ff.

⁵⁹⁴ In seinen Werken «Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zürich» (1. Aufl., Zürich 1838/39, 2. Aufl., Zürich 1856), «Allgemeines Staatsrecht» (München 1852) und «Allgemeine Staatslehre» (5. Aufl., Stuttgart 1875) stellte BLUNTCHLI die Staaten mit Blick auf ihre historische Entwicklung und ihren zeitgenössischen Zustand dar (vgl. dazu z.B. KLEY, Geschichte, 34 f. m.w.H.; vgl. auch D. SCHINDLER, Staatslehre, 268 f.).

⁵⁹⁵ Vgl. dazu KLEY, Geschichte, 33 ff., insb. 39 ff., 43, 46 m.w.H. sowie 456 ff., wonach es diese Verbindung zwischen konservativem und fortschrittlichem Denken sei, die bis heute als besonders prägend für die Schweiz angesehen werde.

⁵⁹⁶ Vgl. dazu B. SCHINDLER, Evolution, 432 f. m.w.H.

⁵⁹⁷ In die rechtlich geschützten und unantastbaren Freiheitsräume sollte der Staat nur ausnahmsweise und nur unter bestimmten Voraussetzungen eingreifen dürfen (vgl. dazu für die deutsche Rechtsgeschichte STOLLEIS, Geschichte Bd. II, 247 f. mit Verweis auf die Lehre von VON BERG [1765–1843]).

⁵⁹⁸ GRIMM, Zukunft der Verfassung I, 48 sowie 67 ff. eingehend zu den Grundrechten im Entstehungszusammenhang der bürgerlichen Gesellschaft.

⁵⁹⁹ Vgl. dazu RIEDEL, 556; BÖCKENFÖRDE, Staatslexikon, 228 f.; vgl. auch P. VOGEL, insb. 335 ff. und 361 ff. zur Lehre von HEGEL, L. VON STEIN, MARX, ENGELS und LASSALLE zum Verhältnis Staat/Gesellschaft.

⁶⁰⁰ Nicht alle Bewohner eines Gemeinwesens zeichneten sich durch die «*civilitas*» aus. So fehlte z.B. den «Unfreien aller Art», wie den Sklaven oder den Frauen, diese öffentlich-politische Stellung (vgl. dazu z.B. RIEDEL, 547).

der «Politik» von Aristoteles⁶⁰¹ (sowie der Rezeption dieses Werkes bis ins 18. Jahrhundert hinein⁶⁰²) – als *identisch* mit dem Staat (bzw. «*polis*» oder «*civitas*») aufgefasst, brach HEGEL mit diesem politischen «Traditionsbegriff»,⁶⁰³ als er die (politische) Sphäre des Staates von der «bürgerlichen Gesellschaft», als «Differenz» zwischen Staat und Familie, unterschied.⁶⁰⁴

Die Trennung zwischen Staat und Gesellschaft ermöglichte auch die Abkoppelung 206 verschiedener gesellschaftlicher Funktionsbereiche von der im Staat zentralisierten, politischen Steuerung.⁶⁰⁵ So kam es zu einer Eindämmung des Fürsorgestaates als Reaktion gegen die interventionistische und merkantilistische Wirtschaftspolitik der letzten Jahre.⁶⁰⁶ Der liberale Staat sollte die freie wirtschaftliche Betätigung in keiner Weise behindern, sondern sich darauf beschränken, die Freiheiten der Einzelnen und ihre Sicherheit zu garantieren.⁶⁰⁷

Allerdings gehörte die Handels- und Gewerbefreiheit nicht zu den klassischen Freiheitsrechten. In der Schweiz hat sie nur vereinzelt Aufnahme in die Kantonsverfassungen der Regenerationszeit gefunden⁶⁰⁸ und war auch nicht von der Bundesverfassung von 1848 vorgesehen. In die Bundesverfassung hat sie erst anlässlich ihrer Totalrevision im Jahre 1874 gefunden.⁶⁰⁹

⁶⁰¹ ARISTOTELES, Politik, Buch I, Kapitel I, 1252a (in: FLASHAR [Hrsg.], Aristoteles, Werke in Deutscher Übersetzung, Band 9, Politik, Teil I, Berlin 1991).

⁶⁰² Vgl. dazu die Hinweise bei RIEDEL, 545 ff.; CONZE, 40.

⁶⁰³ RIEDEL, 546.

⁶⁰⁴ HEGEL, § 182 (Zusatz), S. 247. Als «bürgerlich» bezeichnete HEGEL die gesellschaftlich-soziale Stellung des «privatisierten», «vereinzelt Einzelnen» des «Privatbürger[s]» (vgl. dazu RIEDEL, 558 mit Verweis auf HEGEL, § 182). Und das Beziehungsgeflecht zwischen den einzelnen Bürgern eines Staates begründete nach HEGEL wiederum die Gesellschaft (vgl. dazu RIEDEL, 558 ff. mit Verweis auf HEGEL, § 183 und § 187). Ihr gegenüber stand der politische Staat als eigenes Subjekt. Mit anderen Worten: Indem die Menschen als gleiche und freie Glieder einer bürgerlichen Gesellschaft bezeichnet wurden, lösten sie sich von der alten Ordnung. Die Gesellschaft emanzipierte sich vom Staat und der Staat von der Gesellschaft (vgl. so RIEDEL, 543), wobei HEGEL beide Sphären zueinander in Beziehung setzte (vgl. dazu etwa die Hinweise bei ZIPPÉLIUS, 216 f.).

⁶⁰⁵ GRIMM, Zukunft der Verfassung I, 400 ff.

⁶⁰⁶ KÖLZ, Band I, 272.

⁶⁰⁷ Der sich im 19. Jahrhundert entsprechend etablierende Gedanke des freien Wettbewerbs liess sich zusätzlich als «demokratische Einrichtung» und Ausdruck der Gleichheit der Bürger verstehen (vgl. KLEY, Geschichte, 55 f.).

⁶⁰⁸ Vgl. dazu HIS, Geschichte Band II, 432 ff.

⁶⁰⁹ Vgl. eingehend zu den Hintergründen von Art. 31 aBV 1874 REICH, Wirtschaftsfreiheit, N 172 ff., N 201 ff. und N 220 ff. (zu den sich wandelnden ordnungspolitischen Leitbildern und den damals vorherrschenden politischen Strömungen) sowie N 480 ff. (mit einer Zusammenfassung).

- 207 Versinnbildlicht wird die Idee einer «freien» «entstaatlichten» Wirtschaft nicht zuletzt mit der «*invisible hand*» von SMITH⁶¹⁰ oder mit dem auf die Rolle eines «Nachtwächters»⁶¹¹ zurückgedrängten Staat – illustrative Bilder, die aber nicht der eigentlichen Realität entsprachen.⁶¹² Anstelle der politischen Steuerung trat nach diesem Narrativ die Steuerung durch den Markt, die zunächst als Gewinn «leistungs- und gerechtigkeitsverbürgend angesehene[r] Autonomie»⁶¹³ aufgefasst wurde, bevor zunehmend «soziale Fragen» aufgeworfen wurden.⁶¹⁴
- 208 Das Auseinandertreten von Staat und Gesellschaft hatte auch eine veränderte Vorstellung von «Polizei» zur Folge. Sie trat gewissermassen vermittelnd zwischen die entpolitisierte Gesellschaft und den politischen Staat⁶¹⁵ und gab die «politische Struktur» vor, «die an der verselbständigten Gestalt der bürgerlichen Gesellschaft allein noch möglich scheint»,⁶¹⁶ in den Worten HEGELS: in Form von «Aufsicht und Vorsorge der öffentlichen Macht».⁶¹⁷ Es war die Polizei, die als Verwaltungs- und Ordnungsfunktion «den in der geteilten Arbeit der Städte isolierten Einzelnen an ein Gemeinsames zurückzubinden» versuchte.⁶¹⁸ Allerdings drängten, wie gesehen, Sicherheitsaspekte und die Gefahrenabwehr den Wohlfahrtsgedanken in den Hintergrund.

Die Klärung des Begriffs der Polizei und des Umfangs ihrer Befugnisse wurde in Deutschland zu einem wichtigen und breit diskutierten juristischen Anliegen zu Beginn des 19. Jahrhunderts.⁶¹⁹ Letztlich ging es um die entscheidende Frage: «[W]as darf die Gesellschaft, was darf und soll der Staat mit seinen polizeilichen Mitteln[?]»⁶²⁰ Methodisch stand dabei die Diskussion über «richtige Begriffe» im Vordergrund. Ferner wurde die Ab-

⁶¹⁰ SMITH, 345; vgl. dazu RUPP, § 31 N 3.

⁶¹¹ Vgl. zu diesem Begriff – statt vieler – REICH, Wirtschaftsfreiheit, N 164 ff. m.w.H.

⁶¹² Statt vieler BIAGGINI, Statehood, 560; B. SCHINDLER, Evolution, 431; B. SCHINDLER, Kontinuität, 281 m.w.H.

⁶¹³ GRIMM, Zukunft der Verfassung I, 403.

⁶¹⁴ Dazu sogleich hinten N 217 ff.

⁶¹⁵ RIEDEL, 561 ff.

⁶¹⁶ *Ebd.*, 562.

⁶¹⁷ HEGEL, § 235.

⁶¹⁸ RIEDEL, 565.

⁶¹⁹ Vgl. STOLLEIS, Geschichte Bd. II, 248 ff. mit einer eingehenden Darstellung der juristischen Debatte. Richtungsweisend für die Debatte war VON MOHLS Arbeit. Sein Werk, «Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats», ist 1832/33 in Tübingen erschienen. Eine 2. Auflage erschien 1844/1845, eine dritte 1866 (vgl. dazu etwa die Darstellung von STOLLEIS, Geschichte Bd. II, 258 ff.).

⁶²⁰ STOLLEIS, Geschichte Bd. II, 250.

grenzung der präventiven Gefahrenabwehr zur repressiven Justiz diskutiert, und es wurde versucht, die Masse der Verwaltungstätigkeiten zu ordnen und das spezifisch «Polizeiliche» im Vergleich zu anderen Verwaltungstätigkeiten herauszuarbeiten.⁶²¹

B. Auswirkungen auf die Aufsicht

Der mündige, freie Bürger, als Glied des Volkes und damit des Trägers der Staatsgewalt, konnte im 19. Jahrhundert somit nicht mehr in der gleichen Form einer bevormundenden Reglementierung unterstehen. Die sich in den Freiheitsrechten manifestierende Trennung zwischen Volk und Staat setzte der «Untertanenaufsicht» Grenzen. Zwar wurden staatliche Aufsichtsbefugnisse als solche nicht grundsätzlich in Frage gestellt,⁶²² allerdings waren sie geprägt von einem gewandelten Verständnis des Bürger-Staat-Verhältnisses. Oder in anderen Worten:

«Offenbar duldet der Bürger, der sich als mündig geworden empfindet, eine so weitgespannte und tiefdringende Aufsicht nicht mehr, geschweige daß er sich einem freien Korrekptionsrecht des Staates zu unterwerfen bereit wäre.»⁶²³

So heisst es z.B. bei HENKE im Jahre 1824:

«Alles, was auf die Verfolgung der Staatszwecke entweder hemmend und hindernd oder fördernd einwirken kann, ist nothwendig der Oberaufsicht der Staatsgewalt unterworfen, so weit diese letztere für die Erreichung jener Zwecke zu wirken verpflichtet und befugt ist, *nur daß die Art und Weise dieser Aufsicht der Freiheit der Bürger nicht unnöthige Fesseln anlege.*»⁶²⁴

Selbst BLUNTCHLI als Vertreter der historischen Rechtsschule führte 1852 in seinem «Allgemeinen Staatsrecht» zur Oberaufsicht aus:

«Freilich soll sich der Staat davor hüten in die Geheimnisse des Privat- und Familienlebens sich einzudrängen, und die persönliche Freiheit durch eine unwürdige und belästigende Aufpasserei und Spionerei zu stören und zu beeinträchtigen; auch darf der Staat nicht unerlaubte Mittel wählen, um die

⁶²¹ Ebd., 251 m.w.H.

⁶²² Unklar erscheint, ob die Aufsichtsübung im 19. Jahrhundert eher zunahm (vgl. so wohl STOLLEIS/KREMER, N 29) oder zurückging (vgl. etwa KRÜGER, 556 f., der ausführte, dass die Aufsicht in dieser Zeit abgenommen und sich zunehmend auf den Bereich der staatsinternen Verwaltung fokussiert habe).

⁶²³ KRÜGER, 556; vgl. auch KAHL, Staatsaufsicht, 102.

⁶²⁴ HENKE, 347 (eigene Hervorhebung).

Aufschlüsse zu erhalten deren er bedarf, und das Aufsichtsrecht, das ihm zusteht, nicht zu einer Bevormundung steigern, die ihm nicht zukommt.»⁶²⁵

- 212 Hinzu kam das Leitbild des Rechtsstaates, das auch im Verwaltungsrecht auf Verfassungs- und Gesetzesbindung drängte.⁶²⁶ Aus dieser Sicht waren unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensnormen, wie auch der Begriff des «Gemeinwohls», «unerwünschte Relikte» des monarchischen Prinzips.⁶²⁷ Denn was das «gemeine Wohl» war, stand ja damals (und steht auch heute) nicht fest, sondern musste jeweils von Fall zu Fall durch eine wertende Entscheidung konkretisiert werden. Eine gesetzliche Verfestigung des Aufsichtsrechts – so die nicht unumstrittene Idee⁶²⁸ – sollte somit das *ius supremæ inspectionis* alten Stils von einer Gemeinwohlaufsicht auf eine Rechtsaufsicht eingrenzen.⁶²⁹

In diesem Sinne äusserte sich auch KAISER,⁶³⁰ als er festhielt, dass das «Aufsichtsrecht über die Sache», d.h. «über die Erfüllung aller der Zwecke, welche im Wesen des Staates liegen oder vom souveränen Volke positiv verlangt werde»,⁶³¹ der Regierung eine «ungeheure Gewalt» gebe.⁶³² Aus diesem Grund führte er aus: «Wenn auch nicht nach französischer Manier die Erfüllung jener Zwecke durch Gesetze durchweg geregelt werden kann, noch soll, so ist es doch im Interesse einer vernünftigen Staatsentwicklung, die Beziehungen der Regierung zum Staatszwecke in der Erfüllung des

⁶²⁵ BLUNTSCHLI, Staatsrecht, 412.

⁶²⁶ Eingriffe in die Freiheitssphäre und das Eigentum der Bürger bedurften einer gesetzlichen Grundlage, und sowohl das Budgetrecht als auch verfassungsmässige Prinzipien, wie u.a. das Prinzip der Gewaltenteilung, bildeten Schranken für das Verwaltungshandeln (vgl. dazu etwa STOLLEIS, Geschichte Bd. II, 263 u.a. mit Verweis auf den Titel des VON MOHL'schen Werks «Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates»).

⁶²⁷ STOLLEIS, Geschichte Bd. II, 414, der allerdings die Diskussionen um die Gesetzesbindung des Verwaltungshandelns in den grösseren Kontext der Kompetenzkonflikte zwischen Exekutive und Judikative stellt.

⁶²⁸ Vgl. dazu BULLINGER, 283 m.w.H. Die nicht streng massstabsgebundene Oberaufsicht wirkte noch lange Zeit nach, und auch heute stellen sich im Kontext des Aufsichtsrechts nicht selten Fragen im Hinblick auf das Legalitätsprinzip (dazu hinten N 1352 ff.).

⁶²⁹ Vgl. z.B. BULLINGER, 280 und 282 ff., 323 f.; vgl. auch KAHL, Staatsaufsicht, 99.

⁶³⁰ KAISER gilt als Vertreter des naturrechtlich-liberalen Rationalismus und Individualismus und wird dem Radikalismus zugeordnet (vgl. KÖLZ, I. Buch, 281 [Fn. 19] und 283 sowie 276 ff. zum Radikalismus in der Schweiz; vgl. auch KÖLZ, II. Buch, 891 f.).

⁶³¹ KAISER, II. Buch, 211, wo er in diesem Zusammenhang das Kirchen-, Schul-, Armen-, Vormundschafts-, Finanz-, Militär- und Bauwesen aufzählt.

⁶³² *Ebd.*, 211.

Aufsichtsrechts festzustellen, um nicht Dummheit oder Einseitigkeit – was versteht ein in der Regierung sitzender alter Krieger vom Vormundschafts- und Armenwesen? was ein Stockjurist vom Baufach oder von der Schule? – in der Ausübung eines Rechtes mehr schaden zu lassen, als wenn es gar nicht geübt würde. Der Geist, die freie Entwicklung der Vernunft können in Kampf gerathen mit der Gewalt, die, eben weil sie die Gewalt ist, zum Nachtheile jener für den Augenblick siegen kann.»⁶³³

C. Exkurs zu Selbstverwaltung und Staatsaufsicht

Die einsetzende Emanzipation vom absolutistischen Staat hat sich nicht nur in Bezug 213 auf die «Untertanenaufsicht» – und damit auf die Wurzeln der hier im Vordergrund stehenden Aufsicht über Private – bemerkbar gemacht, sondern wirkte sich auch auf die staatsinterne Organisation aus.⁶³⁴ In die Verfassung des Deutschen Reiches vom 28. März 1849 wurde etwa Art. XI § 184 mit folgendem Wortlaut eingefügt:

«Jede Gemeinde hat als Grundrechte ihrer Verfassung: a) die Wahl ihrer Vorsteher und Vertreter; b) die selbstständige Verwaltung ihrer Gemeindeangelegenheiten mit Einschluß der Ortspolizei, unter gesetzlich geordneter Oberaufsicht des Staates; c) die Veröffentlichung ihres Gemeindehaushaltes; d) Öffentlichkeit der Verhandlungen als Regel.»

Das überwiegende Schrifttum sah darin eine Anerkennung eines «Grundrechts» 214 auf Selbstverwaltung im Sinne eines subjektiven Abwehrrechts gegen die «Omnipotenz des Staates».⁶³⁵

FLEINER führte dazu aus: «[Die Selbstverwaltung] schafft, politisch gesprochen, die Möglichkeit, die Bürger durch Beteiligung an der öffentlichen Verwaltung politisch zu schulen und ihr Interesse für öffentliche Angelegenheiten zu wecken. (...). Die Selbstverwaltung hat bis zum Weltkrieg im öffentlichen Leben Deutschlands bis zu einem bestimmten

⁶³³ *Ebd.*

⁶³⁴ Die Unterscheidung zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Beaufsichtigten hat sich erst allmählich im Laufe der Zeit durchgesetzt (dazu vorne N 187). VON GIERKE unterschied etwa zwischen «öffentlichrechtlichen» und «privatrechtlichen Körperschaften», anerkannte aber bei beiden einen Bereich von «Selbstbestimmung» (VON GIERKE, 646), der durch eine «Aufsicht» «auf der Basis und in den Grenzen fester Rechtsnormen» (*ebd.*, 652) begrenzt werde, wenn auch in unterschiedlichem Umfang (vgl. *ebd.*, 646 f., 651 ff. und insb. 653, wo er nur gegenüber «öffentlichen Körperschaften» von einer «ständigen Staatsaufsicht» ausging, gegenüber «privaten Körperschaften» hingegen die Tendenz ausmachte, dass sie «nur in bestimmten Fällen *ausserordentlicher* Lebensstörung» hervortrete [Hervorhebungen im Original]).

⁶³⁵ FLEINER, Institutionen, 100; vgl. dazu statt vieler KAHL, Staatsaufsicht, 112 m.w.H.

Grad die Funktion übernommen, die in der reinen Demokratie den sog. Volksrechten zukommt, d.h. der Mitwirkung der Aktivbürgerschaft an den Staatsgeschäften.»⁶³⁶

- 215 Mit der «Selbstverwaltung», die der «Staatsverwaltung» gegenübergestellt wurde,⁶³⁷ setzte sich im deutschen Staat die Dezentralisierung durch⁶³⁸ und mit ihr die «Staatsaufsicht». Die deutsche Verwaltungsrechtslehre bezeichnet mit der «Staatsaufsicht im engen Sinne (...) diejenige Tätigkeit des Staates, die innerhalb der dezentralisierten Verwaltungsorganisation das Verhalten eines verselbständigten, aber weiterhin dem Staatsganzen ein- bzw. angegliederten Verwaltungsträgers auf seine Vereinbarkeit mit einem bestimmten, staatlicherseits vorgegebenen Richtmaß hin beobachtet und im Falle einer festgestellten Abweichung entsprechend berichtigt».⁶³⁹

In diesem Sinne definierte etwa bereits L. VON STEIN die Oberaufsicht als «die Gesamtheit derjenigen Thätigkeiten der Staatsverwaltung, deren Inhalt die Aufrechterhaltung der Einheit der Verwaltung innerhalb der Selbständigkeit der Selbstverwaltung bildet».⁶⁴⁰ Die Idee der oberaufsehenden Gewalt des Staats entspreche einem «Rechtstitel, vermöge dessen die Staatsgewalt die Einheit in der Verwaltung herstellen könne, ohne das Rechtsprincip der anerkannten Privilegien gewaltsam aufzuheben».⁶⁴¹ Die

⁶³⁶ FLEINER, Institutionen, 100. Dazu verwies FLEINER auf sein eigenes Werk «Schweizerisches Bundesstaatsrecht» sowie auf Literatur zum englischen und französischen Staatsrecht (vgl. FLEINER, Institutionen, Fn. 6 auf S. 100 f.).

⁶³⁷ L. VON STEIN präzierte dazu allerdings «daß wir ohne der Geschichte und der Logik Gewalt anzuthun, überhaupt von keiner Selbstverwaltung reden können, solange es noch keine Scheidung der Verwaltung überhaupt von der Verfassung gibt. In der Epoche der absoluten Monarchie gibt es daher keine Selbstverwaltung, weil die absolute Aufhebung jeder Selbständigkeit in den Willen der persönlichen Staatsgewalt die der Verwaltung und ihrer Function überhaupt nicht zuläßt» (L. VON STEIN, Handbuch, 1. Teil, 61).

⁶³⁸ Oder in den Worten von FLEINER: «In der Selbstverwaltung liegt das vornehmste Mittel einer Dezentralisation der öffentlichen Verwaltung. Der Selbstverwaltungsverband führt seine Verwaltungsgeschäfte unter eigener Verantwortlichkeit und in eigenen Kosten. Der Staat ist insoweit entlastet. (...) Der Staat belehnt die Selbstverwaltungsverbände zur Bewältigung ihrer Aufgaben mit Herrschaftsrecht (*imperium*). Sollen sie öffentliche Verwaltung richtig führen, so bedürfen sie der nämlichen Mittel, über die der verwaltende Staat verfügt» (FLEINER, Institutionen, 101).

⁶³⁹ KAHL, Kontrolle, § 45 N 107. – Die «Staatsaufsicht im weiten Sinne» umfasst nach KAHL «alle Formen der Aufsicht gegenüber öffentlich-rechtlich organisierten Verwaltungsträgern und deren Amtswaltern» (*ebd.*, Kontrolle, § 45 N 106).

⁶⁴⁰ L. VON STEIN, Handbuch, 1. Teil, 236.

⁶⁴¹ *Ebd.*

Oberaufsicht bezweckt nach dieser Auffassung, die Interessen des Staates mit den Partikularinteressen in Einklang zu bringen.⁶⁴²

Zum Verhältnis Selbstverwaltung–Aufsicht führte LABAND aus, dass die Selbstverwaltung einer Körperschaft «stillschweigend immer eine höhere Macht» voraussetze, «von der sie auch verwaltet werden könnte». Entsprechend finde der Begriff der Selbstverwaltung «überall da Anwendung, wo eine obere Gewalt die ihr zustehenden Hoheitsrechte nicht unmittelbar mittelst eines eigenen, zu ihrer ausschließlichen Disposition stehenden Apparates durchführt, sondern sich darauf beschränkt, die Normen für die Ausübung dieser Hoheitsrechte aufzustellen und ihre Durchführung zu beaufsichtigen, während die Durchführung selbst ihr untergeordneten politischen Körpern übertragen oder überlassen ist».⁶⁴³

Seither haben die Selbstverwaltung und die Staatsaufsicht im deutschen Staats- und Verwaltungsrecht einen festen Platz eingenommen, auch wenn ihr genauer Inhalt in der Literatur des 19. Jahrhunderts z.T. Gegenstand heftiger Auseinandersetzungen war.⁶⁴⁴ Und das Konzept der Staatsaufsicht beeinflusste auch das Verwaltungsrecht in der Schweiz,⁶⁴⁵ auch wenn sich der Begriff in der Schweiz weniger durchsetzen konnte.⁶⁴⁶ 216

IV. Zunehmende Staats- und Aufsichtsaufgaben in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts

A. Verändertes Rollenverständnis des Staates

Im Laufe der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts nahmen die Staatsaufgaben wieder zu.⁶⁴⁷ Verfassungsrechtlich offenbarte sich diese Entwicklung mit der Verankerung verschiedener Bundeskompetenzen in der totalrevidierten Bundesverfas- 217

⁶⁴² *Ebd.*, 236 ff.

⁶⁴³ LABAND, 103 f. [Fn. 4, 2. Abschnitt].

⁶⁴⁴ Vgl. die Darstellung der historischen Entwicklung des Konzepts der Selbstverwaltung und der Staatsaufsicht sowie die Übersicht über die literarischen Auseinandersetzungen in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts bei KAHL, Staatsaufsicht, 112 ff. und 129 ff. m.w.H.

⁶⁴⁵ Davon ist jedenfalls auszugehen angesichts der weitgehenden Parallelen zwischen den deutschen und schweizerischen Auffassungen von entsprechendem Aufsichtsrecht sowie mit Blick auf die überlieferte weitgehende Rezeption des deutschen Verwaltungsrechts in der Schweiz (dazu auch vorne N 181 sowie Fn. 509 f. mit Hinweisen).

⁶⁴⁶ Dazu vorne N 63 ff. sowie insb. N 66.

⁶⁴⁷ Vgl. für die Entwicklungen in Deutschland STOLLEIS/KREMER, N 28 ff.

sung von 1874. Sie waren u.a. darauf ausgerichtet, die für einen funktionstüchtigen Markt notwendigen Rahmenbedingungen und Infrastrukturen zu schaffen. Damit bezweckten sie nicht zuletzt, Hindernisse für die Entfaltung bürgerlichen Erwerbstrebens aus der Welt zu schaffen; sie waren entsprechend der nun in Art. 31 aBV 1874 schweizweit garantierten Handels- und Gewerbefreiheit⁶⁴⁸ komplementär zugeordnet.⁶⁴⁹ Gleichzeitig verliehen sie der Wirtschaftspolitik dieser Zeit zunehmend interventionistische, lenkende Züge, die sich zu den wirtschaftsliberalen Ansätzen hinzugesellten.⁶⁵⁰ Der Übergang vom «*Laissez faire*» zur Staatsintervention war damit fließend; die beiden Ansätze koexistierten während des 19. Jahrhunderts und ergänzten sich mit jeweils verschiedener Intensität gegenseitig.⁶⁵¹

- 218 Zu einem veränderten Rollenverständnis des Staates führten insb. auch die sozialen Herausforderungen dieser Zeit. Forderungen nach der Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz standen in zunehmendem Widerspruch zu faktischen wirtschaftlichen und sozialen Ungleichheiten.⁶⁵² Zwar wurden mit dem Liberalismus die als ungerecht empfundenen ständisch-feudalen Gesellschaftsstrukturen beseitigt, die Eigentums- und Vertragsfreiheit vermochten jedoch ökonomisch begründete Klassenschränken nicht zu überwinden. Die Unterscheidung der Gesellschaft in Besitzende und Nichtbesitzende blieb bestehen. Die Situation verschärfte sich durch die Industrielle Revolution und das starke Bevölkerungswachstum. Neue Abhängigkeits- und Ausbeutungsverhältnisse entstanden. Sie waren zwar zum Teil rechtlich frei vereinbart, gründeten jedoch häufig in ökonomischem Zwang⁶⁵³ und warfen vermehrt Fragen nach der Rolle des Staates bei der Lösung der «sozialen Frage» auf.

Wie angesichts der prekären Lage grosser Bevölkerungsgruppen und insb. der Fabrikarbeiter und ihrer Familien gegen die zunehmende Verelendung vorgegangen werden könne, wurde in oftmals neugebildeten gesellschaftlichen und politischen Organisationen diskutiert, so z.B. in Genossenschaften, Gewerkschaften und Kirchen, der 1888 gegründeten Sozialdemo-

⁶⁴⁸ Insofern treffen Darstellungen der «neuen Wirtschaftsfreiheit» als klare Festlegung der Verfassung auf eine liberale Konzeption des Verhältnisses von Staat und Wirtschaft so nicht zu. Vgl. zu den Hintergründen von Art. 31 aBV 1874 REICH, Wirtschaftsfreiheit, N 172 ff.

⁶⁴⁹ Vgl. CARONI, 132 f.; KLEY, Geschichte, 57.

⁶⁵⁰ Vgl. zu diesen Entwicklungen KLEY, Geschichte, 57 ff. m.w.H.; vgl. auch KLEY, Verfassungsrecht, N 47.

⁶⁵¹ Vgl. CARONI, 132 f.; vgl. auch KLEY, Geschichte, 57; REICH, Wirtschaftsfreiheit, N 268 ff.

⁶⁵² Vgl. etwa KÖLZ, Band I, 271 f.

⁶⁵³ Vgl. GRIMM, Zukunft der Verfassung I, 62 f. und 411.

kratischen Partei der Schweiz sowie innerhalb (früh-)sozialistischer und marxistischer Bewegungen.⁶⁵⁴ Letztere betonten die politisch emanzipierte Gesellschaft und stellten sie dem Staat gegenüber, ja sprachen von der revolutionären Beseitigung des Staates durch die Gesellschaft.⁶⁵⁵

Allmählich setzte sich ein Verständnis durch, dass soziale Hilfe im Sinne der Gemeinnützigkeit geplant und innerhalb der Gesellschaft organisiert und getragen werden sollte.⁶⁵⁶ 219

Auf gesellschaftlicher Ebene sollten die zunehmenden staatlichen Bemühungen durch komplementäres Wirken freier Vereine und Stiftungen, den Ausbau der Selbstverwaltung sowie durch den Einbezug aller in die Lösung der sozialen gesellschaftlichen Probleme ergänzt werden.⁶⁵⁷ Bereits in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts entstanden so neue Formen des sozialen und karitativen Engagements durch karitativ tätige, philanthropische sowie sozialistische Einrichtungen, Vereinigungen und kirchliche Organisationen.⁶⁵⁸ Insbesondere die Errichtung von Stiftungen mit sozialen, humanitären, Bildungs- und wissenschaftlichen Zwecken gehörte in den Städten zu den bürgerlichen Handlungen für die Allgemeinheit, die die staatlichen und v.a. kommunalen Bemühungen im Bereich der Armenfürsorge ergänzten.⁶⁵⁹

⁶⁵⁴ Vgl. KLEY, Geschichte, 47 ff.

⁶⁵⁵ Vgl. CONZE, 60. FICHTE ging bereits 1794 in seiner Zweiten Vorlesung (unter dem Titel «Über die Bestimmung des Menschen in der Gesellschaft») so weit auszuführen, dass der nicht mit der Gesellschaft zu verwechselnde Staat nur ein vorübergehendes «Mittel» sei «zur Gründung einer vollkommenen Gesellschaft», die den Staat überflüssig machen sollte (FICHTE, 33; auch abgedruckt bei CONZE, 43). Und auch der ideale Gesellschaftsbegriff von MARX und ENGELS liess dem Staat – als Verkörperung der jeweils herrschenden gesellschaftlichen Klasse – neben der «vollendeten Gesellschaft» keinen Raum, da er nicht als abstrahiertes Eigenwesen begriffen wurde, sondern vollständig in der Gesellschaft begründet und mit ihr verflochten war (vgl. dazu, statt vieler, P. VOGEL, 269; vgl. auch Auszüge von MARX abgedruckt in MEHRING, u.a. 341 f. [«Aus den Deutsch-Französischen Jahrbüchern»] sowie 407 f. [«Zur Judenfrage»]).

⁶⁵⁶ Für einen eingehenden Überblick über das sog. Armenwesen in Deutschland, Frankreich und Grossbritannien bis ins frühe 19. Jahrhundert vgl. G. RITTER, 30 ff.

⁶⁵⁷ Vgl. *ebd.*, 47 f.

⁶⁵⁸ *Ebd.*

⁶⁵⁹ Zur öffentlichen Armenfürsorge in der Schweiz in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts vgl. etwa HIS, Geschichte Band III, 976 ff. Von der Armenpflege wurde in der Schweiz die sog. «Armenpolizei» unterschieden, die die «Bestimmungen über Polizeistrafen für Betteln (Gassenbettel), Vagieren, Liederlichkeit, Vernachlässigung der Familienpflichten, Arbeitsscheu, Pflichtverletzungen der Unterstützten [und dergleichen]» umfasste und die Einsperrung oder «Versorgung in einer Zwangsarbeitsanstalt» sowie die Abschiebung auf sog. «Armenfuhren» ausserhalb des Kantons vorsehen konnte (vgl. *ebd.*, 983 f.). Vgl. auch TSCHUDI, 7 f.

- 220 Auf Gesetzesebene führten die untragbaren Arbeits- und Lebensbedingungen dieser Zeit zum Erlass einer Fülle staatlicher Regelungen und auch zur vermehrten Übernahme von Sozialaufgaben durch den Staat.⁶⁶⁰ In der Schweiz befassten sich erste kantonale Regelungen⁶⁶¹ insb. mit der Kinder- und Frauenarbeit sowie mit den Arbeitszeiten und sahen ab der Mitte des 19. Jahrhunderts auch erste umfassende Fabrikgesetze vor.⁶⁶² Gestützt auf die 1874 geschaffene Bundeskompetenz in Art. 34 aBV, die Fabrik- und Kinderarbeit zu regulieren, folgte 1877 schliesslich das Fabrikgesetz auf Bundesebene sowie 1881 ein Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb.⁶⁶³
- 221 Auch die Wurzeln der heutigen beruflichen Vorsorge lassen sich auf diesen Zeitraum zurückführen.⁶⁶⁴

Die ersten gesetzlichen Bestimmungen auf eidgenössischer Ebene über Personalfürsorgeeinrichtungen erfolgten im Zusammenhang mit der Eisenbahn- und der Schifffahrtsgesetzgebung.⁶⁶⁵ Seit 1885 gehörte die Pflicht zur Schaffung einer Pensionskasse regelmässig zum Inhalt einer Eisenbahnkonzession.⁶⁶⁶

⁶⁶⁰ Vgl. den Überblick über die Entwicklung der Sozialgesetzgebung im Bund und in den Kantonen bei HIS, Geschichte Band III, 976 ff.

⁶⁶¹ Die Bundesverfassung von 1848 hatte dem Bund keine Kompetenzen im Bereich des Arbeiterschutzes eingeräumt, weshalb diese Materie zunächst in die Gesetzgebungskompetenz der Kantone fiel (vgl. dazu HIS, Geschichte Band III, 986 f.).

⁶⁶² 1848 wurde auf der Glarner Landsgemeinde für den Bereich der Baumwollspinnerei erstmals ein Fabrikgesetz angenommen, 1864 folgte ein Glarner Gesetz über die Fabrikpolizei. Wohl nicht zuletzt aufgrund des direktdemokratischen Systems konnten die Arbeiter ihre Anliegen anlässlich der Landsgemeinde vertreten und schliesslich auch durchsetzen (vgl. dazu PAHUD DE MORTANGES, N 394 f.; vgl. auch HIS, Geschichte Band III, 987 ff. zum Arbeiterschutz in den kantonalen Fabrikgesetzen).

⁶⁶³ Am 1.4.1905 folgte das Bundesgesetz betreffend die Samstagsarbeit in den Fabriken (AS 21 386) bevor das Fabrikgesetz bereits einer ersten Revision unterzogen wurde und in revidierter Form kurz vor Ausbruch des Ersten Weltkrieges, am 18.6.1914, zustande kam. Vgl. für einen Überblick über die Entstehung und Entwicklung der Sozialgesetzgebung PAHUD DE MORTANGES, N 390 ff.; KLEY, Geschichte, 58 und 120 ff.; vgl. auch HIS, Geschichte Band III, 989 ff. zu den Anfängen der bundesrechtlichen Fabrikgesetzgebung sowie 1000 ff. zum Sozialversicherungsrecht.

⁶⁶⁴ Vgl. auch WIRZ, 103 ff. zu Gründen der Entwicklung von Personalfürsorgeeinrichtungen; STAUFFER, N 9; vgl. auch die Darstellung der Situation der schweizerischen Industriearbeiter im 19. Jahrhundert von GRUNER, Arbeiter, 15 ff.

⁶⁶⁵ Vgl. dazu HIS, Geschichte Band III, 994 f. zur Eisenbahngesetzgebung.

⁶⁶⁶ STAUFFER, N 22 m.w.H.; vgl. auch CAMINADA, 4 ff. m.w.H. zur Entwicklung der Eisenbahn- und Schifffahrtsgesetzgebung und der darin vorgesehenen staatlichen Aufsicht.

In Anlehnung an die Entwicklung der Sozialversicherungsgesetzgebung in Österreich und Deutschland unter dem deutschen Reichskanzler Bismarck⁶⁶⁷ wurde zudem mit Art. 34^{bis} aBV im Jahre 1890 (und damit vergleichsweise spät) eine Verfassungskompetenz für die Kranken- und Unfallversicherung geschaffen.⁶⁶⁸ Es kam zu einem Aufschwung zunächst von Privatversicherungen⁶⁶⁹ und schliesslich zur Entstehung des Sozialversicherungsrechts in der Schweiz.⁶⁷⁰ 222

Auch wenn der aristotelische Eudämonismus nicht mehr ausdrücklich zum Staatszweck erhoben wurde, kehrte er – v.a. ausgelöst durch die soziale Frage – wieder in die Politik zurück.⁶⁷¹ Anknüpfend an das Konzept einer «guten Policey», die für Wohlfahrt, Glückseligkeit und Sicherung der gesellschaftlichen Ordnung verantwortlich war,⁶⁷² entwickelte sich ein Staatsverständnis, das sich im weiteren Verlaufe des 20. Jahrhunderts noch akzentuieren würde. Danach sollte ein moderner und sozialer Rechtsstaat die gesellschaftliche Entwicklung steuern und die Wohlfahrt der Bürgerinnen und Bürger durch soziale Politik und soziale Verwaltung fördern.⁶⁷³ 223

Ein eigentlicher Epochenschnitt zum wohlfahrtsstaatlichen Konzept hatte somit auch im 19. Jahrhundert nicht stattgefunden. Traditionelle Vorstellungen von Staatsaufgaben und die entsprechenden Ordnungssysteme wirkten weiter;⁶⁷⁴ die 224

⁶⁶⁷ Zur Entstehung der Sozialversicherung in Deutschland vgl. eingehend G. RITTER, 61 ff.; vgl. auch den Überblick bei PAHUD DE MORTANGES, N 398. Generell zu ausländischen Vorbildern für die schweizerische Sozialgesetzgebung vgl. TSCHUDI, 11 ff.

⁶⁶⁸ BR, Erwerbsbeschluss vom 17.12.1890, AS XI 737. – Es bedurfte allerdings zweier Anläufe, um die Ausführungsgesetzgebung durchzubringen. Die Bestimmungen über die Krankenversicherung traten schliesslich am 1.1.1914 in Kraft (vgl. dazu PAHUD DE MORTANGES, N 399; HIS, Geschichte Band III, 1005).

⁶⁶⁹ Die Privatversicherungen spielten für das Sozialversicherungssystem in der Schweiz eine wichtige Rolle. Staatliche Versicherungsgesellschaften wurden erst später gegründet (PAHUD DE MORTANGES, N 397).

⁶⁷⁰ Dazu auch hinten N 267 ff.; von eigentlichen «Gründungswellen» der schweizerischen Privatassekuranz ist v.a. nach dem Ersten und nach dem Zweiten Weltkrieg die Rede (KOCH, 322 f. m.w.H.).

⁶⁷¹ KLEY, Geschichte, 62.

⁶⁷² Dazu vorne N 189 ff.

⁶⁷³ VEC, 29 f.; vgl. auch G. RITTER, 47 ff. und 69 ff. zu den Entwicklungen in den deutschen Staaten und insb. auch zur Theorie des modernen Sozialstaates von L. VON STEIN, die er in seinem Werk «Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage» in drei Bänden Mitte des 19. Jahrhunderts veröffentlicht hatte.

⁶⁷⁴ Vgl. so G. RITTER, 47.

Idee, dass der Staat auch soziale Aufgaben zu erfüllen habe, blieb bestehen. Allerdings fand eine gewisse Akzentverlagerung statt, wäre doch eine allumfassende, bevormundende Reglementierung der Bürgerinnen und Bürger zunehmend auf Ablehnung gestossen.⁶⁷⁵ Prägend wurde somit die Frage, wie der Staat das Verhältnis zwischen Wohlfahrtsförderung einerseits und Forderungen nach Selbstbestimmung, Emanzipation und Freiheit andererseits⁶⁷⁶ regeln solle.⁶⁷⁷ In diesem Zusammenhang bot die staatliche Aufsicht Hand für eine Kompromisslösung: Einerseits konnte sich der Staat gewissermassen auf eine Aufsichtsfunktion beschränken. Andererseits bot ihm diese die Möglichkeit, sich entscheidende Kompetenzen in unterschiedlichen Fachbereichen zu sichern.⁶⁷⁸

B. Staatliche Aufsicht als Bestandteil des Polizei- bzw. Verwaltungsrechts

- 225 Die zunehmenden Staatsaufgaben sowie die revolutionären Neuerungen der Technik bewirkten neue Regelungsbereiche und Inhalte der Verwaltungstätigkeit und führten damit zur Entstehung verschiedener spezialisierter Fach- oder Sonderpolizeien, welche die später einsetzende Aufgliederung in verschiedene Verwaltungszweige vorzeichnete.⁶⁷⁹ Unterschieden wurden bspw. die Gesundheits- oder Medizinalpolizei, die Heilmittelpolizei, die Sittenpolizei, die Sicherheitspolizei, die Gewerbepolizei sowie die sog. Theuerungs- bzw. Wirtschaftspolizei.⁶⁸⁰ Der Polizeibegriff dieser Zeit liess sich somit nicht länger auf Sicherheitsaspekte beschränken, sondern umfasste fast die gesamte Staatsverwaltung⁶⁸¹ und diese wurde laufend ausgebaut.

⁶⁷⁵ So warnte z.B. DE TOCQUEVILLE vor der Gefährdung der Freiheit durch einen (zu) aktiven Sozialstaat, der zu einer steigenden Abhängigkeit der Menschen führen würde (DE TOCQUEVILLE, 324 f.; vgl. dazu auch G. RITTER, 72 [Fn. 35]).

⁶⁷⁶ Vgl. etwa G. RITTER, 3.

⁶⁷⁷ Vgl. eingehend zu dieser Debatte mit Blick auf die Polizeiwissenschaft in Deutschland STOLLEIS, Geschichte Bd. II, 246 ff.

⁶⁷⁸ In diesem Sinne auch STOLLEIS/KREMER, N 29; vgl. auch bereits die Ausführungen von L. VON STEIN über die oberaufsehende Gewalt «für das ganze Sicherheitswesen innerhalb der Volkswirtschaft» (VON STEIN, Handbuch, 2. Teil, 233).

⁶⁷⁹ Vgl. STOLLEIS/KREMER, N 27 und N 36 f.; vgl. auch STOLLEIS, Geschichte Bd. II, 262 f.

⁶⁸⁰ Vgl. z.B. KAISER, II. Buch, 261.

⁶⁸¹ Nach STOLLEIS/KREMER, N 27, liess sich «die Zuständigkeit der Polizei nur im Subtraktionsverfahren bestimmen; Polizei war alles, was nicht «Rechtspflege, Finanz- oder Kriegsverwaltung» gehörte».

So definierte z.B. BLUNTSCHLI «Aufgabe und (...) Wesen der Polizei» als «obrigkeitliche Sorge für die öffentliche Sicherheit und Wohlfahrt».⁶⁸² Noch deutlicher fällt die Auffassung KAISERS aus, der die Polizei 1859 beschrieb als eine «Anstalt des Staates zur Förderung der gemeinsamen Zwecke für die Fälle, in denen das Individuum sich nicht genügt und deshalb den Staat zur Hilfe anruft, sei es zur Ergänzung seiner Kräfte, sei es zur Beseitigung von Hindernissen».⁶⁸³ Die «Thätigkeit» der Polizei sei «durch die Zwecke des Staates und deren Umfang» bestimmt, entsprechend habe sie keinen eigenen Zweck, «sondern nur den des Staates in seiner Richtung auf das Wohl der einzelnen Bürger».⁶⁸⁴

Allmählich kam es zu einer Begriffsänderung, und die Unterscheidung zwischen staatlicher Sicherheitspolizei und kommunaler Wohlfahrts- oder «Verwaltungspolizei» schlug sich auch im alltäglichen Sprachgebrauch nieder: Während die uniformierten Amtsträger, die sicherheitspolizeiliche Aufgaben wahrnahmen, als «Polizisten» bezeichnet wurden, fielen andere Amtsträger, auch wenn sie ebenfalls zur Gefahrenabwehr beitrugen, nicht mehr unter diesen Begriff. Allmählich wurde der umfassende Polizeibegriff von dem der «öffentlichen Verwaltung» verdrängt – die «Polizeiwissenschaft» wurde neu als «Verwaltungslehre» bezeichnet. 1866 wurde sie Gegenstand des gleichnamigen achtbändigen Werkes von L. VON STEIN, verlor allerdings neben dem «positiven» Verwaltungsrecht als «politische Wissenschaft» nach 1850 in Deutschland rasch an Bedeutung.⁶⁸⁵

Ganz selbstverständlich waren staatliche Aufsichtsmechanismen als Teil dieses zunehmend differenzierten Polizei- bzw. Verwaltungsrechts anerkannt – auch wenn der traditionelle Begriff der «Oberaufsicht» in der Rechtsliteratur des 19. Jahrhunderts immer spärlicher verwendet wurde. TRIEPEL führte dazu aus: 226

«Namentlich jene Funktion der Verwaltung, die wir Polizei nennen, d.h. die obrigkeitliche Tätigkeit im Bereiche der Exekutive, die zur Abwehr von Störungen der öffentlichen Ordnung vorgenommen wird, ist in beträchtlichem Umfange, ja vielleicht in der Hauptsache beaufsichtigende Tätigkeit.»⁶⁸⁶

⁶⁸² BLUNTSCHLI, Staatsrecht, 457.

⁶⁸³ KAISER, II. Buch, 257 f.

⁶⁸⁴ *Ebd.*, 258.

⁶⁸⁵ Vgl. STOLLEIS/KREMER, N 38; STOLLEIS, Geschichte Bd. II, 419 ff., 422 m.w.H. Heute wird «Polizei» als «diejenige staatliche Tätigkeit» aufgefasst, «welche die Polizeigüter (...) durch die Abwehr von Störungen und Gefahren schützt» (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2546), und somit nicht als Behörde, sondern als Funktion (*ebd.*, N 2546 ff.; vgl. auch TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1456 ff.).

⁶⁸⁶ TRIEPEL, 145.

227 Oder in den Worten von L. VON STEIN:

«Der Begriff und der Inhalt der oberaufsiehenden Gewalt, die in allem öffentlichen Rechte des vorigen Jahrhunderts noch eine so grosse Rolle spielte, sind in unserem Jahrhundert als selbständige Kategorie aus der Staatswissenschaft so gut als verschwunden. Es würde schwer sein zu sagen, was man sich in unserer Zeit bei dem so höchst unbestimmt gewordenen Etwas denkt, das dieses Wort bezeichnet. Dennoch zeigt es sich bei jedem näheren Eingehen, dass hier ein höchwichtiges Element der ganzen Verwaltung vorliegt, ohne welches kein Bild ihrer Function ein innerlich oder äusserlich vollständiges sein kann.»⁶⁸⁷

228 Das Bild des beaufsichtigenden Staates hatte sich etabliert. Dabei standen im Rahmen der staatlichen Aufsichtskompetenzen von Anfang an einerseits die Rechtskontrolle und andererseits die Gefahrenabwehr im Vordergrund:

229 Mit der im 19. Jh. einsetzenden Kodifizierung von Polizeirecht nahm das Bedürfnis zu, sicherzustellen, dass die spezifisch anwendbaren polizei- bzw. verwaltungsrechtlichen Vorgaben auch effektiv eingehalten wurden. Zu diesem Zweck wurde die Befolgung gesetzlicher Anordnungen einer staatlichen Aufsicht unterstellt. So verlangte etwa bereits die Fabrikgesetzgebung für den Vollzug und «die Beaufsichtigung der Arbeiterschutzgesetzgebung» die Bestellung kantonaler Fabrikaufseher, -inspektoren oder Gewerbeinspektoren.⁶⁸⁸

230 Zudem nahmen im Laufe des 19. Jahrhunderts Versuche zu, verschiedenste «Gefährdungen» mittels «polizeilicher» Mittel abzuwehren. Wie der nachfolgende Überblick zeigt, sollten staatliche Aufsichtsbefugnisse z.B. in den Bereichen der Seuchen- und Epidemienbekämpfung, im Verkehr mit Lebensmitteln sowie im Bereich des Heilmittelrechts zum Gesundheitsschutz beitragen, während bspw. die Stiftungsaufsicht sowie die Aufsicht über die Banken u.a. den Vermögensschutz im Visier hatten. Interessanterweise waren die Aufsichtskompetenzen und insb. ihr Vollzug in diesen unterschiedlichen Bereichen zunächst Sache der Kantone, bevor sie eine bundesweite Regelung und Kompetenzzuweisung erhielten.

Eine solche Entwicklung war aber keineswegs vorgegeben. Eine Ausnahme dazu stellt etwa die auf Bundesebene eingesetzte Eidgenössische Alkoholverwaltung (EAV) dar, die 1887 zur Durchführung des Alkoholgesetzes (AlkG) gegründet wurde, angesichts des mit Art. 32^{bis} aBV 1874 dem Bund

⁶⁸⁷ Vgl. VON STEIN, Handbuch, 1. Teil, 233.

⁶⁸⁸ HIs, Geschichte Band III, 999.

übertragenen Fabrikations- und Importmonopols für Branntwein eine ganz besondere Stellung einnahm und die Alkoholpolitik des Bundes in der Folge massgeblich prägte.⁶⁸⁹

1. Staatliche Aufsicht zum Zwecke des Gesundheitsschutzes

1.1 Aufsichtsbefugnisse im Bereich Sanitätswesen

Seit dem Beginn des neuen Jahrhunderts bauten die Kantone ihr Sanitätswesen aus: Die meisten Kantone besaßen staatliche Oberaufsichtsbehörden sog. «Sanitätskollegien», die mit vom Grossen oder Kleinen Rat gewählten Medizinsachverständigen und Regierungsmitgliedern besetzt wurden. Daneben wurde häufig eine zweite Behörde, der sog. «Sanitäts- oder Gesundheitsrat», eingesetzt, bestehend aus medizinischen Sachverständigen, die die unmittelbare Aufsicht über das Volksgesundheitswesen ausübten. Zu ihren Aufgaben gehörte u.a. die Abnahme der Prüfungen der Ärzte und Medizinalpersonen, die zur Ausübung ihrer ärztlichen Tätigkeit immer häufiger einer staatlichen Anerkennung bedurften. Auch die Geburtshilfe wurde einer behördlichen Kontrolle unterstellt, und nur patentierte Hebammen wurden zugelassen. In den einzelnen Bezirken eines Kantons wurden sodann besondere Bezirksärzte bestellt mit der Aufgabe, die Volksgesundheit zu überwachen und sanitätspolizeiliche Kontrollen vorzunehmen.⁶⁹⁰ 231

Nachdem sich in den 1860er-Jahren in einigen europäischen Staaten (insb. in Österreich, Ungarn, England und Holland) die Rinderpest verbreitet hatte, kam es in der Schweiz 1872 zum Erlass eines Bundesgesetzes über polizeiliche Massregeln gegen Viehseuchen. Darin wurden Vorschriften über die Kontrolle des Viehverkehrs zum Zwecke der «Verhütung der Einschleppung und zur Tilgung gemeingefährlicher Viehseuchen» aufgestellt. Vorgesehen wurden amtliche Gesundheitsscheine, die bei der Veräusserung eines Tiers dem Käufer übergeben werden mussten. Darin musste insb. bezeugt werden, «dass die betreffenden Thiere aus Ortschaften kommen, in welchen keine polizeiliche Beschränkung des Verkehrs derselben besteht, noch Grund dazu vorhanden ist».⁶⁹¹ 232 Ferner wurden sanitärische

⁶⁸⁹ Für einen illustrativen Überblick über die Entstehung der EAV und die Regelung der Alkoholfrage zunächst als Teil der sozialen Frage vgl. AUDERSET/MOSER, 20 ff.

⁶⁹⁰ Vgl. etwa den Überblick bei Hs, Geschichte Band II, 694 ff. m.w.H. Für einen generellen Überblick über die bundesrechtliche Ausgestaltung der «oeffentlichen Gesundheitspflege» im 19. Jahrhundert vgl. Hs, Geschichte Band III, 957 ff.

⁶⁹¹ Vgl. Art. 6 Abs. 2 des Bundesgesetzes über polizeiliche Massregeln gegen Viehseuchen.

Kontrollen des Schlachtviehs in den Metzgereien vorgeschrieben.⁶⁹² Vorgesehen war zudem eine Meldepflicht, der die Tiereigentümer sowie Tierärzte, Fleischbeschauer und Viehinspektoren sowie sämtliche Polizeibediensteten nachzukommen hatten.⁶⁹³ Den Behörden wurden ferner im Falle einer Erkrankung weitgehende Kompetenzen zugewiesen, z.B. auch die – von den betreffenden Kantonen gegenüber den betroffenen Eigentümern ersatzpflichtige – Tötung von Vieh und das Zerstören oder Begraben von Futter, Stroh, Dünger, Geräten etc.⁶⁹⁴

1879 wurde vom Bund eine eidgenössische Sanitätskommission bestellt,⁶⁹⁵ die 1893 vom eidgenössischen Gesundheitsamt abgelöst wurde.⁶⁹⁶ Ferner wurde die Epidemienpolizei ausgebaut. Gesetzliche Grundlage dafür lieferte das Bundesgesetz betreffend Massnahmen gegen gemeingefährliche Epidemien vom 2. Juli 1886.⁶⁹⁷

1.2 Staatliche Beaufsichtigung des Verkehrs mit Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen

- 233 An die Aufsichtsmechanismen zum Zwecke der Eindämmung von Viehseuchen anknüpfend, übertrug auch das Bundesgesetz «betreffend den Verkehr mit Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen» (LMG 1905), das schliesslich am 8. Dezember 1905 in Kraft trat,⁶⁹⁸ die Beaufsichtigung des Verkehrs mit Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen im Inneren des Landes den Kantonen, und zwar den kantonalen Sanitätsbehörden, den Kantonschemikern, den kantonalen Lebens-

⁶⁹² Art. 10 des Bundesgesetzes über polizeiliche Massregeln gegen Viehseuchen.

⁶⁹³ Art. 12 des Bundesgesetzes über polizeiliche Massregeln gegen Viehseuchen.

⁶⁹⁴ Art. 17 des Bundesgesetzes über polizeiliche Massregeln gegen Viehseuchen.

⁶⁹⁵ BR, Beschluss vom 1.3.1879, BBl 1879 I 342.

⁶⁹⁶ BR, Bundesbeschluss Gesundheitsamt, BBl 1983 III 679 ff.

⁶⁹⁷ Gemäss Art. 10 Abs. 1 des Gesetzes hatten die Kantone für dessen Vollzug zu sorgen. Beim Herannahen einer gemeingefährlichen Epidemie (wie asiatischer Cholera, Fleckfieber oder Pest) waren sie nach Art. 2 des Gesetzes insb. verpflichtet, das Trinkwasser, die Lebensmittel und die Wohnungen zu kontrollieren, angemessene Absonderungslokale und Transportmittel bereitzuhalten und für Aufnahmelokale für gesunde Personen zu sorgen.

⁶⁹⁸ Verfassungsrechtliche Grundlage dieses Gesetzes war Art. 69^{bis} BV 1874, der von Volk und Ständen 1897 mit grosser Mehrheit angenommen worden war (Botschaft betr. Volksabstimmung vom 11.7.1897, BBl 1897 IV 81 ff.). Art. 69^{bis} BV 1874 wies dem Bund die Kompetenz zu, gesetzliche Bestimmungen «über den Verkehr mit Nahrungs- und Genussmitteln» sowie «über den Verkehr mit andern Gebrauchs- und Verbrauchsgegenständen, soweit solche das Leben oder die Gesundheit gefährden können», zu erlassen.

mittellinspektoren, der örtlichen Gesundheitsbehörden sowie den sog. «Fleischbeschauern».⁶⁹⁹

Unter der Überschrift «Eidgenössische Aufsicht» wurden zudem einer besonderen 234 Abteilung des schweizerischen Gesundheitsamts die Aufgaben zugewiesen, die für die Ausführung des Gesetzes notwendigen technischen und experimentellen Vorarbeiten zu besorgen, Gutachten und Berichte zuhanden der Bundesbehörde zu erarbeiten sowie die Ergebnisse wissenschaftlicher Forschung zu sammeln, nachzuprüfen und durch eigene Arbeiten zu ergänzen.⁷⁰⁰ Die Aufsicht an der Landesgrenze wurde sodann von den Zollämtern und Grenztierärzten wahrgenommen.⁷⁰¹

In die zu kontrollierenden Gegenstände wurden im neuen Bundesrecht nicht nur 235 Lebensmittel einbezogen, sondern z.B. auch «die Verwendung gewisser Stoffe und Farben zur Herstellung von Bekleidungsgegenständen, Spielwaren, Tapeten und sonstigen Gebrauchsgegenständen».⁷⁰² Bezweckt wurde der Schutz der Konsumenten und Käufer in Bezug auf Qualität und sanitärische Unschädlichkeit der Ware. Neben diesen gesundheitspolizeilichen Zweck trat zudem ein gewerbe-polizeilicher Zweck, sollten doch auch die Produzenten vor illoyaler Konkurrenz geschützt werden.⁷⁰³

Neu wurden die Kantone verpflichtet, für die chemische, physikalische und bak- 236 teriologische Untersuchung von Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen eine Untersuchungsanstalt im Sinne eines kantonalen Laboratoriums einzurichten und

⁶⁹⁹ Vgl. Art. 3 LMG 1905. Die Botschaft führte zu Letzteren Folgendes aus: «Jede Gemeinde soll wenigstens einen mit den nötigen Kenntnissen ausgerüsteten, womöglich tierärztlichen Fleischbeschauer haben und sämtliche Schlachttiere, alles Fleisch und alle Fleischwaren, welche als Nahrungsmittel für den Menschen bestimmt sind, sollen dessen Kontrolle unterstellt werden. Da, wo die Kenntnisse des Fleischbeschauers nicht ausreichen, wo z.B. eine chemische oder bakteriologische Untersuchung nötig wird, wie bei gewissen Fleischwaren, kann er die Hülfe der kantonalen Untersuchungsanstalt in Anspruch nehmen. Eine Verordnung des Bundesrates wird die in dieser Hinsicht notwendigen genauen Vorschriften aufstellen» (vgl. Botschaft LMG 1905, BBl 1899 I 622).

⁷⁰⁰ Art. 25 LMG 1905.

⁷⁰¹ Art. 26 LMG 1905.

⁷⁰² Nach Art. 21 Ziff. 7 LMG 1905 war der Bundesrat ermächtigt, entsprechende Vorschriften zu erlassen.

⁷⁰³ Art. 21 LMG 1905 nannte den Schutz der Gesundheit und die «Verhütung von Täuschung im Lebensmittelverkehr». Vgl. dazu auch Hs, Geschichte Band III, 961.

zu unterhalten.⁷⁰⁴ Ferner wurden die Kompetenzen der kantonalen und kommunalen Aufsichtsorgane (wie Besichtigungsrechte, Probeentnahmen, Prüfungen von Räumlichkeiten, Befundberichte, Beschlagnahmen etc.) einer bundesrechtlichen Regelung zugeführt. Art. 11 LMG 1905 lautete:

«Die Aufsichtsorgane haben die Befugnis, die Räumlichkeiten, Apparate, Gefäße und Vorrichtungen, welche zur Herstellung, Gewinnung, Behandlung, Aufbewahrung und zum Verkauf der der Beaufsichtigung unterstellten Waren und Gegenstände dienen, während der üblichen Geschäftsstunden oder während die Räumlichkeiten dem Verkehre geöffnet sind, behufs Feststellung ihres Zustandes zu besichtigen.

Sie sind berechtigt, von den vorgefundenen Waren oder Rohmaterialien nach einer Vorprüfung oder auch ohne eine solche Proben zum Zwecke der Untersuchung zu entnehmen.

Das Recht der Beaufsichtigung erstreckt sich auch auf die Waren und Gegenstände, welche an öffentlichen Orten oder im Umherziehen verkauft oder feilgehalten werden.»

- 237 Die staatliche Aufsicht ist seither fester Bestandteil des Lebensmittel- und Produktesicherheitsrechts und als solcher auch im heutigen LMG verankert. Die Vollzugsbehörden haben die Aufgabe, die Einhaltung der lebensmittelrechtlichen Bestimmungen zu untersuchen.⁷⁰⁵ Allerdings ist die sog. «Pflicht zur Selbstkontrolle» zu einem zentralen Pfeiler des LMG geworden, sodass die amtliche Lebensmittelkontrolle, ausser beim Schlachten, eine Stichprobenkontrolle darstellt.⁷⁰⁶ Im Übrigen sieht das Gesetz sog. Schutzmassnahmen vor, um das Inverkehrbringen eines Produktes zu beschränken oder seine Rücknahme vom Markt zu verlangen,⁷⁰⁷ Massnahmen zwecks Wiederherstellung des gesetzlichen Zustandes im Falle be-
anstandeter Produkte,⁷⁰⁸ amtliche Kontrollen, die auf jeder Stufe der Produktion, der Verarbeitung und des Vertriebs von Lebensmitteln risikobasiert durchgeführt werden, sowie Bewilligungserfordernisse u.a. für Schlachtbetriebe und Betriebe, die mit Lebensmitteln tierischer Herkunft umgehen.⁷⁰⁹

⁷⁰⁴ Vgl. Art. 4 LMG 1905. Auch eine gemeinschaftliche Nutzung einer Untersuchungsanstalt durch mehrere Kantone war zulässig. Der Bund beteiligte sich an den durch die Untersuchungsanstalten entstehenden Kosten (Art. 10 LMG 1905).

⁷⁰⁵ Vgl. Art. 25 ff. und insb. Art. 30 ff. LMG.

⁷⁰⁶ Vgl. Botschaft LMG, BBl 2011 5579.

⁷⁰⁷ Art. 23 LMG.

⁷⁰⁸ Vgl. Art. 23 sowie Art. 34 ff. LMG.

⁷⁰⁹ Art. 11 Abs. 1 LMG.

1.3 Staatliche Aufsicht über die Arzneimittel

In der Mitte des 19. Jahrhunderts war die sog. «Heilmittelpolizei»⁷¹⁰ bereits Gegenstand rechtlicher Vorschriften. Im Vordergrund standen insb. Bestrebungen, den florierenden Handel mit «Schwindelpräparaten» zu unterbinden, weshalb Vorschriften über Ankündigung und Anpreisung von sog. «Geheimmitteln»⁷¹¹ erlassen wurden.⁷¹² 238

Angenommen wird, dass die staatliche Kontrolle der Arzneimittel in der Schweiz u.a. auch durch Rechtsetzungsbestrebungen in Frankreich beeinflusst wurde, wo am Hof von Ludwig XV schon Anfang des 18. Jahrhunderts die Regel galt, dass Arzneimittel von einer «*Commission royale de médecine pour l'examen des remèdes particuliers*» überprüft werden mussten, die sich u.a. aus Universitätsprofessoren, Ärzten, Chirurgen und Apothekern zusammensetzte. Werbeplakate mussten ausserdem dem Oberleibarzt des Königs vorgelegt werden.⁷¹³

Bis zum Erlass des HMG im Jahr 2000 war die staatliche Aufsicht über Zulassung, Herstellung, Vertrieb und Abgabe von Heilmitteln im Wesentlichen Sache der Kantone,⁷¹⁴ was kantonal unterschiedliche Zuständigkeiten und Regelungen 239

⁷¹⁰ Zum Begriff der Heilmittelpolizei vgl. auch WÜST, 142 ff.; vgl. auch ZUPPINGER, 23 ff. zur polizeilichen «Fürsorge für die Gesundheit» bereits im 17. und 18. Jahrhundert.

⁷¹¹ Als Geheimmittel wurden «gebrauchsfertig zugerichtete Pharmaka für bestimmte Krankheitsgruppen» qualifiziert, «deren Zusammensetzung geheim gehalten wurde, wodurch der Hersteller ein besonderes Monopol erlangte, das sich vom allgemeinen Apotheker-Monopol deutlich unterschied. (...) Bei den «Geheimmitteln» war die Monopolstellung eine Folge der Geheimhaltung der Zusammensetzung» (vgl. FALLER, 37; vgl. auch WÜST, 46 [Fn. 1]).

⁷¹² WÜST, 46 m.w.H.

⁷¹³ Vgl. WÜST, 47 (Fn. 2) m.w.H.; vgl. dazu auch z.B. «*Déclaration du Roi, Portant établissement d'une Commission royale de Médecine, pour l'examen des Remèdes particuliers et la distribution des Eaux minérales, du 25 Avril 1772*» sowie «*Lettres Patentes du Roi, Qui attribuent à la Société royale de Médecine de Paris l'examen des Remèdes nouveaux, du 26 Mai 1780*», beide abgedruckt in: Schweizerische Apotheker-Zeitung (Zürich) 75 (1937), 389 ff.

⁷¹⁴ Im Jahre 1880 war eine bundesrechtliche Regelung der Heilmittelkontrolle durch die eidgenössischen Räte abgelehnt worden (vgl. dazu WÜST, 58 ff.; zum Text des Gesetzesentwurfes vgl. Botschaft Entwurf BG betr. Geheimmittel, Patentmedizinen und Spezialitäten, BBl 1879 III 668 ff., 676 ff. [der Text ist auch abgedruckt in WÜST, 328 f., Anhang Nr. 6]); vgl. auch Botschaft HMG, BBl 1999 III 3465. Danach gab es zwar verschiedene Vorstösse, die eine Verbesserung der Heilmittelkontrolle oder die Schaffung eines eidgenössischen Arzneimittelgesetzes verlangten, es blieb jedoch vorerst bei einer kantonalen Lösung.

zur Folge hatte.⁷¹⁵ Damit nicht jeder einzelne Kanton die in seinem Gebiet gemeldeten Präparate durch eigene Verwaltungsstellen und kantonale Laboratorien prüfen musste, sollten eine vereinheitlichte Heilmittelkontrolle und ein gemeinsames Kontrollorgan geschaffen werden.⁷¹⁶ Es dauerte jedoch bis Anfang des Jahres 1900, bis zwei entsprechende interkantonale Erlasse verhandelt werden konnten, nämlich (i) die Verordnung vom 23. Januar 1900 «betreffend die Auskündung und den Verkauf von Geheimmitteln, medizinischen Spezialitäten usw.» sowie (ii) die «Vereinbarung betreffend die Untersuchung und Begutachtung von Geheimmitteln und medizinischen Spezialitäten usw.»⁷¹⁷ Am 5. September 1900 fand ausserdem eine Konferenz der Kantonsabgeordneten in Zürich statt, die zum Erlass eines Regulativs «betreffend die Untersuchung und Begutachtung von Geheimmitteln, medizinischen Spezialitäten u.s.w.» führte,⁷¹⁸ das insb. den Untersuchungsablauf der zunächst in Zürich zu schaffenden Interkantonalen Kontrollstelle (IKS) ordnete.⁷¹⁹ Sowohl die Vereinbarung als auch das Regulativ konnten schliesslich auf den 1. Januar 1901 in Kraft gesetzt und deren Geltungsbereich allmählich auf sämtliche Kantone ausgeweitet werden.⁷²⁰

⁷¹⁵ BBl 1999 III 3465; Wüst, 42 ff. und 46 ff. zur historischen Entwicklung der interkantonalen Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Heilmittelkontrolle; vgl. auch P. SCHLEGEL, 33 ff.

⁷¹⁶ Vgl. Wüst, 106 f. Erste Bestrebungen zu einem gemeinsamen Vorgehen aller Kantone zur Regelung des Handels mit «Schwindelpräparaten» lässt sich bis in die Mitte des 19. Jahrhunderts zurückverfolgen. Bereits im Jahre 1867 erklärten sich anlässlich einer interkantonalen Konferenz 17 Kantone zu allfälligen Konkordatsverhandlungen bereit (Wüst, 49 m.w.H.; P. SCHLEGEL, 45).

⁷¹⁷ Offizielle Sammlung der seit 10.3.1831 erlassenen Gesetze, Beschlüsse und Verordnungen des Eidgenössischen Standes Zürich, Band XXVII, 1 ff. Der Text der Vereinbarung ist auch abgedruckt in Wüst, 330 f. (Anhang Nr. 7). – Während die Verordnung den Kantonen als Grundlage für den Erlass gleichlautender kantonaler Verordnungen über die Geheimmittel dienen sollte, wurde mit der Vereinbarung den Kantonsregierungen die vertragliche Schaffung einer interkantonalen Kontrollstelle vorgeschlagen (vgl. dazu Wüst, 64 sowie 69 ff. zur Rechtsnatur der Vereinbarung).

⁷¹⁸ Offizielle Sammlung der seit 10.3.1831 erlassenen Gesetze, Beschlüsse und Verordnungen des Eidgenössischen Standes Zürich, Band XXVII, 3 ff. Der Text ist auch abgedruckt in Wüst, 331 ff. (Anhang Nr. 8).

⁷¹⁹ Wüst, 65 m.w.H.

⁷²⁰ Für das Inkrafttreten des Vertragswerks war ein Minimum von fünf Kantonen vorgesehen (vgl. Ziff. 8 der Vereinbarung), das mit dem Beitritt der Kantone St. Gallen, Schaffhausen, Thurgau, Aargau und Zürich erreicht wurde (vgl. Wüst, 64 f. m.w.H.). Eingehend zur Entstehungsgeschichte der Vereinbarung von 1900: Wüst, 61 ff. m.w.H.; vgl. auch P. SCHLEGEL, 45 f.

Die IKS wurde zum Zwecke des Vollzugs der Vorschriften betreffend die Ankündigung und den Verkauf «von Geheimmitteln und medizinischen Spezialitäten» eingerichtet. Gemäss Ziff. 1 der Vereinbarung setzte sie sich aus «drei Fachmännern» zusammen – «einem Arzt, einem Apotheker und einem Chemiker» –, die von der Direktion des Gesundheitswesens des Kantons Zürich bezeichnet wurden. Gleich zu Beginn ihrer Tätigkeit stellte sie ein Verzeichnis jener Geheimmittel auf, die den kantonalen Sanitätsbehörden zum Verbot empfohlen wurden.⁷²¹ Im Übrigen bestand die Aufgabe der Kontrollstelle darin, die ihr zur Prüfung übermittelten «Geheimmittel und medizinische[n] Spezialitäten» «auf Gesundheitschädlichkeit, zweckdienliche Zusammensetzung, schwindelhaften Charakter von Annoncen, Etiquette und Prospekt, sowie auf das Verhältnis des Verkaufspreises zum Werte zu untersuchen und zu begutachten».⁷²² Befund und Gutachten der Kontrollstelle waren sämtlichen beteiligten kantonalen Sanitätsbehörden und dem schweizerischen Gesundheitsamt mitzuteilen, zusammen mit einem Antrag zur Verkaufsart oder zur Abweisung einer Bewilligung.⁷²³ 240

Die Vereinbarung und das Regulativ wurden mehrmals revidiert, und auch das Verzeichnis verbotener Geheimmittel wurde wiederholt aktualisiert.⁷²⁴ Die Vereinbarung vom 28. Mai 1942 machte schliesslich die Erteilung einer kantonalen Bewilligung für das Inverkehrbringen eines Heilmittels von der Registrierung und Begutachtung des Heilmittels durch die IKS abhängig.⁷²⁵ 1954 schlossen sich die Kantone zur «Interkantonalen Vereinigung über die Kontrolle der Heilmittel» (IKV) zusammen,⁷²⁶ eine interkantonale Körperschaft des öffentlichen Rechts mit selbstständiger Rechtspersönlichkeit und Sitz in Bern,⁷²⁷ die ausserdem als Trägerverband der IKS amtierte.⁷²⁸ Die IKS als Verwaltungsorgan der Gesamtheit der Kantone war jedoch nach wie vor weder organisatorisch noch recht- 241

⁷²¹ Verzeichnis der Geheimmittel, Amtsblatt des Kantons Zürich 1901, 483 ff.

⁷²² Vgl. Ziff. 2 Abs. 1 der Vereinbarung vom 23.1.1900.

⁷²³ Vgl. Ziff. 2 Abs. 2 der Vereinbarung vom 23.1.1900.

⁷²⁴ Vgl. eingehend zum Ganzen WÜST, 72 ff.

⁷²⁵ Für eine Erläuterung des verwendeten Heilmittelbegriffs (wenn auch mit Blick auf die IKV 1954) vgl. WÜST, 154 ff.

⁷²⁶ Die Vereinbarung wurde vom Bundesrat am 25.2.1955 genehmigt und in der Amtlichen Sammlung veröffentlicht (vgl. AS 1955 553). Sämtliche Kantone sowie das Fürstentum Liechtenstein traten der Vereinbarung bei.

⁷²⁷ Vgl. Art. 1 Interkantonale Vereinbarung über die Kontrolle der Heilmittel vom 16.6.1954 (IVK 1954). Vgl. zur Entstehung, Weiterentwicklung und Rechtsnatur der Vereinbarung von 1954 WÜST, 85 ff. m.w.H.

⁷²⁸ WÜST, 85 f.; vgl. auch P. SCHLEGEL, 95 f. sowie 215 ff.

lich selbstständig ausgestaltet.⁷²⁹ Sie übernahm zwar Vollzugsaufgaben wie die Untersuchung, Begutachtung und Registrierung der kontroll- bzw. bewilligungspflichtigen Heilmittel und damit die Prüfung der Zulassungsfähigkeit von Arzneimitteln.⁷³⁰ Ihr kam aber keine eigene Rechtspersönlichkeit zu, sie war nicht befugt, Registrierungsbescheide als Verfügungen zu erlassen, und sie hatte auch nicht die Kompetenz, den Kantonen Weisungen zu erteilen.⁷³¹ Somit fehlte eine gesamtschweizerische Herstellungskontrolle und damit ein Erfordernis, das insb. im Übereinkommen zur gegenseitigen Anerkennung von Inspektionen betreffend die Herstellung pharmazeutischer Produkte vom 8. Oktober 1970⁷³² vorgesehen war. Wie nachfolgend näher aufgezeigt wird,⁷³³ führte nicht zuletzt der Druck, ein mit dem europäischen Recht kompatibles Heilmittelrecht zu schaffen, schliesslich dazu, dass Vorarbeiten für ein eidgenössisches Heilmittelgesetz in Angriff genommen wurden, die schliesslich zur parlamentarischen Verabschiedung des HMG führten, das am 1. Januar 2002 in Kraft trat.⁷³⁴

2. Staatliche Aufsicht zum Zwecke des Vermögensschutzes

2.1 Stiftungsaufsicht

- 242 Noch vor dem Umbruch zum 19. Jahrhundert war die staatliche Verleihung Gründungsvoraussetzung für juristische Personen, und auch staatliche Aufsichtskompetenzen gehörten zum geltenden sog. Konzessionssystem.⁷³⁵ Die Vereinigungsfreiheit war noch nicht anerkannt, entsprechend waren die Behörden befugt,

⁷²⁹ Organisatorisch setzte sie sich aus den drei Verwaltungsabteilungen Verwaltung, Begutachtungskollegien und Laboratorium zusammen (vgl. Art. 12 IVK 1954).

⁷³⁰ Vgl. Art. 13 IVK 1954.

⁷³¹ Vgl. dazu Botschaft HMG, BBl 1999 III 3462 und 3466; vgl. auch P. SCHLEGEL, 99 f.; WÜST, 121 ff., BRATSCHI/EGGENBERGER STÖCKLI, 2. – Die Entscheide der IKS wurden vom Bundesgericht als Gutachten, Antrag oder Empfehlung an die Kantone qualifiziert und damit nicht als anfechtbare Hoheitsakte. Vgl. dazu etwa Bundesgerichtsentscheid vom 15.3.1945, ZBl 46/1945, 318; vgl. auch Bundesgerichtsentscheid (II. Öffentlich-rechtliche Abteilung) vom 11.9.1989, ZBl 92/1991, 117 f.; vgl. auch P. SCHLEGEL, 133 ff. sowie 199 ff. zu den Rechtsmitteln gegen Entscheide der IKS; zum Rechtsschutz unter Anwendung der IVK 1954 vgl. WÜST, 299 ff.

⁷³² Das Übereinkommen ist für die Schweiz am 28.2.1973 in Kraft getreten (vgl. AS 1973 755).

⁷³³ Dazu hinten N 358 ff.

⁷³⁴ AS 2001 2790.

⁷³⁵ ZK-EGGER, Art. 84 ZGB, N 1 f.

die Bildung von Vereinigungen zu verhindern.⁷³⁶ Während es im Laufe der Zeit jedoch fast allen Korporationen gelungen ist, die staatliche Beaufsichtigung abzustreifen, blieb die staatliche Aufsicht über bestimmte wirtschaftliche Vereinigungen bestehen, wenn auch im Rahmen gesetzlicher Vorgaben oftmals in einer weniger einschneidenden Form als ursprünglich vorgesehen. Zu diesen Vereinigungen gehören die Stiftungen.⁷³⁷ Für ihre Entstehung bedurften sie auch noch im 19. Jahrhundert einer «stiftungspolizeylichen», staatlichen Genehmigung,⁷³⁸ was heute allerdings nicht mehr gilt.⁷³⁹ Ausserdem wurden sie unter staatliche Aufsicht gestellt. So hiess es etwa in § 44 des Privatrechtlichen Gesetzbuchs für den Kanton Zürich von 1888:

«Die Stiftungen stehen zunächst unter der Oberaufsicht der Gemeinde, zu welcher sie gehören. Stehen sie in keiner Beziehung zu einer besonderen Gemeinde, so stehen sie unter der unmittelbaren Oberaufsicht der betreffenden Staatsbehörde.»⁷⁴⁰

Begründet wurde die staatliche Aufsicht über Stiftungen sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland bereits damals (und tatsächlich bis heute) mit der aufgrund ihrer Eigentümer- und Mitgliederlosigkeit bewirkten Sonderstellung. So sieht die Rechtsform der Anstalt keine Mitglieder, Gesellschafter oder dergleichen vor, die

⁷³⁶ Zur Geschichte der Vereinigungsfreiheit und zur Entstehungsgeschichte von Art. 23 BV vgl. ERRASS, SG-Kommentar BV, Art. 23 BV, N 1 ff.

⁷³⁷ Vgl. zur historischen Entwicklung in Deutschland STRACHWITZ, 4.

⁷³⁸ Vgl. dazu etwa STRACHWITZ, 4 m.w.H.

⁷³⁹ Das Bundesgericht führte dazu in BGE 120 II 374, E. 4a aus: «Das Stiftungsrecht des ZGB beruht auf dem Prinzip der Stiftungsfreiheit (...). Zur Errichtung bedarf es der Widmung eines Vermögens für einen besonderen Zweck (Art. 80 ZGB), der Form der öffentlichen Urkunde oder einer letztwilligen Verfügung (Art. 81 Abs. 1 ZGB) sowie (...) der Eintragung in das Handelsregister (Art. 52 Abs. 1 und Art. 81 Abs. 2 ZGB). Weitere Erfordernisse bestehen von Bundesrechts wegen nicht; eine behördliche Genehmigung ist weder notwendig, noch darf die Errichtung von einer Zulässigkeitsprüfung irgendwelcher Art abhängig gemacht werden.» Gemäss JAKOB wird dieser Aspekt allerdings von den Behörden gelegentlich «vergessen» (vgl. JAKOB, Reform, 23).

⁷⁴⁰ Das Privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich, das von BLUNTSCHLI entworfen worden war, prägte die Gesetzgebungsarbeiten am ZGB von E. HUBER nachhaltig. So erstaunt es nicht, dass bereits der Wortlaut von Art. 102 des Vorentwurfs des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Bern 1900) folgendermassen lautete: «Alle Stiftungen stehen unter der Aufsicht des Gemeinwesens (Bund, Kanton oder Gemeinde), dem sie nach ihrer Bestimmung angehören». Vgl. dazu E. HUBER, Erläuterungen zum Vorentwurf 1901, 89; vgl. auch E. HUBER, Erläuterungen zum Vorentwurf 1914, 94 sowie 517 (mit der abgedruckten Gesetzesbestimmung).

als Willensbildungsorgane Kontrollfunktionen innerhalb der Gesellschaft ausüben könnten, um sicherzustellen, dass das Stiftungsvermögen dem Zweck der Stiftung entsprechend verwendet wird. Vielmehr hat die Anstalt lediglich Destinatäre, d.h. Personen, die in den Genuss des verwirklichten Stiftungszweckes kommen.⁷⁴¹ Es ist die staatliche Stiftungsaufsichtsbehörde, die aus diesem Grund die Rolle übernimmt, dafür zu sorgen, dass die Stiftungsorgane das Stiftungsvermögen seinem Zweck gemäss verwenden, den Willen des Stifters einhalten ebenso wie das objektive Recht und damit auch die Funktionsfähigkeit der Stiftung gewährleisten. Oder in den Worten HUBERS:

«Als Inhalt der Aufsicht aber kann ganz allgemein bezeichnet werden die Sorge für die stiftungsgemässe Verwendung und Erhaltung des Vermögens.»⁷⁴²

244 Entsprechend hielt die Anmerkung zu § 44 des Privatrechtlichen Gesetzbuches für den Kanton Zürich von 1888 fest:

«Die Stiftungen bedürfen eines sorgfältigeren Schutzes und daher auch einer öffentlich geordneten Oberaufsicht, weil sie keine menschliche Unterlage haben und daher eher Mißbräuche von Seite derer zu besorgen sind, die vorübergehend dieselbe verwalten oder vertreten.»⁷⁴³

245 Aus dem gleichen Grund sind denn auch die oftmals körperschaftlich organisierten Familienstiftungen nach Art. 87 Abs. 1 ZGB *nicht* von der staatlichen Aufsicht erfasst.⁷⁴⁴ Ebenfalls nicht von der staatlichen Stiftungsaufsicht erfasst sind

⁷⁴¹ Eingehend zum Anstaltsbegriff vgl. BK-RIEMER, Systematischer Teil, N 13 ff.

⁷⁴² E. HUBER, Erläuterungen zum Vorentwurf 1901, 89; E. HUBER, Erläuterungen zum Vorentwurf 1914, 94. Diese Auffassung hält bis heute an. Vgl. etwa Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates vom 23.10.2003, BBl 2003 8157. – Vgl. aus der Rechtsprechung stellvertretend etwa BGE 100 Ib 137, E. II.3; 105 II 70, E. 3b. – Aus der Literatur eingehend TRAJKOVA, 59 ff. und 269 ff., die diese Grundkonzeption auf die Lehre von Friedrich Carl von Savigny zurückführt, sowie 272 ff. zur Entstehungsgeschichte von Art. 84 Abs. 2 ZGB; vgl. auch SK ZGB I-GRÜNINGER Art. 84 N 1; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 1308; JAKOB, Schutz der Stiftung, 240 ff. Vgl. auch zum deutschen Stiftungsrecht etwa ANDRICK/SUERBAUM, § 4 N 17 ff.; STRACHWITZ, 4 f., der auf die bemerkenswerte Kontinuität dieser Begründung in Deutschland hinweist.

⁷⁴³ Vgl. § 44 N 55, Ziff. 1.

⁷⁴⁴ Aufsichtsfunktionen (wie z.B. die Buchführung, die periodische Überprüfung der zweckgemässen Verwendung des Stiftungsvermögens etc.) werden in den Familienstiftungen von den Stiftungsorganen selber übernommen. Aus diesem Grund wird argumentiert, dass ein besonderer staatlicher Schutz nicht angebracht sei, sondern die Familie selbst die Verantwortung für den Schutz der Stiftung übernehme. Zudem wird

kirchliche Stiftungen nach Art. 87 Abs. 1 ZGB sowie die sog. unselbstständigen Stiftungen oder «fiduziarischen Stiftungen».⁷⁴⁵

Die Stiftungsaufsicht wird zusätzlich auch darauf zurückgeführt, dass Stiftungen häufig im Interesse der Allgemeinheit tätig wurden. Bereits im Mittelalter wurden Stiftungen v.a. zu religiösen und karitativen Zwecken gegründet. Mit ihrer häufigen Ausrichtung auf das Gemeinwohl und auf gemeinnützige Zwecke übernahmen sie nicht selten ursprünglich kirchliche Aufgaben, die im Laufe der Zeit vermehrt als Staatsaufgabe aufgefasst wurden. So ergänzten sie bspw. oftmals die staatliche Tätigkeit im Bereich der Armenfürsorge.⁷⁴⁶ Auch heute noch vermögen Stiftungen den modernen Staat zu entlasten.⁷⁴⁷ Die Einrichtungen der beruflichen Vorsorge etwa, die mehrheitlich als Stiftungen gegründet werden,⁷⁴⁸ übernehmen Aufgaben der Daseinsvorsorge, die sich als staatliche Aufgabe auffassen lassen. Aus diesem Grund – so wird argumentiert – hat der dem Gemeinwohl verpflichtete Staat zum Schutze der betroffenen öffentlichen Interessen die Aufgabe, dafür zu sorgen, dass die Stiftungen ihren Zweck auch tatsächlich erreichen können.⁷⁴⁹ 246

angeführt, dass der besonders intime Charakter von Familienstiftungen sowie ihren eher geringer Kontakt mit dem Rechtsverkehr der Aussenwelt gegen eine staatliche Aufsicht spreche (BK-RIEMER, Systematischer Teil, N 115 m.w.H. vor allem auch auf das Gesetzgebungsverfahren; BSK ZGB I-GRÜNINGER, Art. 87 N 9; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 1309; KUKO ZGB-JAKOB, Art. 87 N 6; HINDERMANN, 249 ff.).

⁷⁴⁵ Die Zurückhaltung des Staates hinsichtlich der Beaufsichtigung kirchlicher Stiftungen wird auf den Respekt des Staates vor der Autonomie der Kirche zurückgeführt und der autonomen Aufsicht der betreffenden Religionsgemeinschaften (vgl. etwa BK-RIEMER, Systematischer Teil, N 197; KUKO ZGB-JAKOB, Art. 87 N 9; TRAJKOVA, 38 ff.; zur Stiftungsaufsicht und zu kirchlichen Stiftungen vgl. eingehend RÖLLIN, 364 ff.). Die staatliche Aufsicht entfällt bei den unselbstständigen oder fiduziarischen Stiftungen, da ihnen keine eigene Rechtspersönlichkeit zukommt (BK-RIEMER, Systematischer Teil, N 418 ff.). Je nachdem, wie die Trägerin der unselbstständigen Stiftung ausgestaltet ist (z.B. als selbstständige privatrechtliche Stiftung oder als juristische Person des öffentlichen Rechts), untersteht diese jedoch nach Massgabe des auf sie anwendbaren Rechts der staatlichen Aufsicht (BK-RIEMER, Systematischer Teil, N 443 ff.).

⁷⁴⁶ Vgl. dazu etwa LIERMANN, 124 ff.; FIEDLER, 30 ff. zur geschichtlichen Entwicklung des Stiftungsrechts; TRAJKOVA, 271.

⁷⁴⁷ HINDERMANN, 246; GUTZWILER, 616.

⁷⁴⁸ Vgl. etwa KoSS-RUGGLI, Art. 61 BVG N 2.

⁷⁴⁹ BK-RIEMER, Art. 84 ZGB, N 48 m.w.H.; TUOR/SCHNYDER/HÜRLIMANN-KAUP, Stiftung, § 17 N 19; BSK ZGB I-GRÜNINGER Art. 84 N 1; HINDERMANN, 246; VEZ, Fondation, N 724; vgl. auch VETTER-SCHREIBER, Haftung, 17 mit dem Hinweis, dass im Rahmen der heutigen Rechtsordnung Stiftungen jedoch jeden beliebigen idealen Zweck verfol-

und eine Konstanz ihrer Aufgabenerfüllung auch gewährleistet ist.⁷⁵⁰ Neben die Kontrollfunktion der Aufsicht tritt damit die Fürsorge- oder Schutz- und Förderungsfunktion der Aufsicht, die somit immer «Damoklesschwert und Samariter zugleich» ist.⁷⁵¹

- 247 In der heutigen Zeit wird zudem angeführt, dass die Stiftungsaufsicht gewissermaßen zu einem «Systemschutz» beitrage: Weil der Schutz des (privaten) Stifterwillens nämlich u.a. im Interesse der sog. Stiftungsfreudigkeit liege und damit nicht zuletzt auch in einem allgemeinen öffentlichen Interesse (selbst wenn der eigentliche Stiftungszweck vom Staat selber nicht gefördert werden würde⁷⁵²), diene die staatliche Beaufsichtigung dem Stiftungswesen an sich und damit dem Schutz privater sowie öffentlicher Interessen.⁷⁵³ Damit wird ein Auffassungswandel deutlich, kam den Stiftungen doch im 19. Jahrhundert nicht zuletzt auch deshalb besondere Aufmerksamkeit zu, weil sie aufgrund ihres eigenen Vermögens als tendenziell autonome Gebilde in der Lage waren, selbstständig zu agieren und zu einflussreichen Akteuren zu werden. Der intervenierende und zunehmend obrigkeitlich verstandene Staat des ausgehenden 19. Jahrhunderts war immer weniger bereit, solche, relativ unabhängigen, privaten Gebilde neben sich zu akzeptieren.⁷⁵⁴

gen könnten und eine Beschränkung auf gemeinnützige und wohltätige Zwecke nicht mehr existiere.

⁷⁵⁰ Vgl. auch S. VOGEL, Einheit der Verwaltung, 297, wonach der Staat als «Dauerperson» am besten Gewähr für Konstanz in der Aufgabenerfüllung bieten könne.

⁷⁵¹ JAKOB, Schutz der Stiftung, 245; vgl. auch etwa ANDRICK/SUERBAUM, § 4 Rz 14 ff. zum Fürsorgegedanken im Rahmen der Stiftungsaufsicht.

⁷⁵² BK-RIEMER, Art. 84 ZGB, N 48; HINDERMANN, 246; vgl. auch JAKOB, Schutz der Stiftung, 244.

⁷⁵³ Vgl. so etwa BGE 96 I 406, E. 2b; 111 II 97, E. 3a (S. 100); 105 II 70, E. 3b. – Auch in der Lehre wird sowohl ein privates als auch ein öffentliches Interesse an der Stiftungsaufsicht betont: vgl. BK-RIEMER, Art. 84 ZGB, N 47 ff. u.a. mit einem Überblick über die unterschiedlichen Lehrmeinungen; vgl. in diesem Sinne auch JAKOB, Grundlagen und Entwicklungen, 24, wo er festhält, dass der Auftrag der Aufsicht laute: «Schutz der Stiftungen, nicht Schutz vor Stiftungen» (Hervorhebung im Original). Er stellt seit einigen Jahren ein zunehmendes Misstrauen gegenüber Stiftungen und einen vermehrt restriktiven Ansatz der Stiftungsaufsichtsbehörden fest (vgl. *ebd.*, 7 ff.). A.A. wohl VEZ, Fondation, N 726 ff., insb. N 730 sowie N 768, sowie VEZ, Thesen, 240 f., wonach die staatliche Aufsichtsbefugnis nur mit Blick auf ein öffentliches Interesse i.S.v. Art. 5 Abs. 2 BV legitimiert sei.

⁷⁵⁴ STRACHWITZ, 1 und 4. Zum zunehmend autoritären Staatsverständnis in der Kriegs- und Krisenzeit des 20. Jahrhunderts vgl. sogleich hinten N 253 ff.

In Frankreich wurde das Rechtsinstitut der Stiftung (ebenso wie die Vereine) sogar 1791 beseitigt. «*Il faut (...) les détruire!*» formulierte schon 1757 der spätere Finanzminister von Ludwig XVI, TURGOT, in der *Encyclopédie* von D'ALEMBERT und DIDEROT.⁷⁵⁵ Die Bürger sollten ausschliesslich und unmittelbar an ihren Staat gebunden sein.⁷⁵⁶ Aber auch in Deutschland, wo Teile des französischen Rechts rezipiert wurden, schlug sich eine wenig stiftungsfreundliche Stimmung nieder. Im Allgemeinen Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794 hiess es etwa, dass der Stifter die «innere Einrichtung» seiner Stiftungen «nach Gutfinden anordnen könne»,⁷⁵⁷ aber «soweit der Stifter nichts verordnet hat, gebühren (...) diese Befugnisse dem Staat».⁷⁵⁸ Ausserdem: «Stiftungen, welche auf die Beförderung solcher schädlichen Neigungen abzielen [gemeint war der «Müßiggang, besonders unter den niedern Volksklassen» nach § 7], ist der Staat aufzuheben und die Einkünfte derselben zum Besten der Armen zu verwenden berechtigt.»⁷⁵⁹

2.2 Anfänge der Bankenaufsicht zum Zwecke des Spärserschutzes

Bereits Ende des 18. Jahrhunderts hatten sich in der Schweiz Privatbankiers und Sparkassen etabliert. Die Privatbanken waren vorwiegend im internationalen Anlagesektor tätig. Vor allem dem Bankplatz Genf kam schon früh eine besondere Bedeutung als europäischer Finanzplatz zu.⁷⁶⁰ Daneben stellten zu Beginn des 19. Jahrhunderts die Sparkassen die Mehrzahl der Banken. Sie dienten der «gemeinen» Bevölkerung v.a. als Alters- und Krankenversicherung.⁷⁶¹ 248

Ab der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts kam es zu einem raschen Wachstum des Bankgewerbes, als mit dem Bau der ersten Eisenbahnlinien und dem wirtschaftlichen Aufschwung in der Textil- und in der Maschinenindustrie sowie im Baugewerbe zwischen 1850 und 1880 umfangreiche Investitionen benötigt wurden. Die wachsenden Kreditnachfragen führten dazu, dass die Sparkassen zusätzlich zu Leihkassen wurden; die «philanthropischen Motive», die ursprünglich ihrer Gründung zugrunde gelegen hatten, traten langsam hinter einer zunehmenden Gewinnorientierung zurück.⁷⁶² Dazu gehörte auch eine zunehmende Anlage von 249

⁷⁵⁵ Vgl. dazu auch LIERMANN, 173.

⁷⁵⁶ STRACHWITZ, 2.

⁷⁵⁷ Zweyter Theil, 19. Titel, § 35 ALR.

⁷⁵⁸ Zweyter Theil, 19. Titel, § 36 ALR.

⁷⁵⁹ Zweyter Theil, 19. Titel, § 8 ALR.

⁷⁶⁰ BÄNZIGER, Entwicklung Bankenaufsicht, 1; PÜNTENER, 12 ff. zu den Privatbanken.

⁷⁶¹ BÄNZIGER spricht von den «städtischen Dienstboten, den Mägden, Knechten und Heimarbeitern auf dem Lande» (BÄNZIGER, Entwicklung Bankenaufsicht, 1).

⁷⁶² *Ebd.*, 1 ff.

Spargeldern, die diese jedoch Konjunkturschwankungen und Börsenzusammenbrüchen aussetzte. Vor diesem Hintergrund kam es in den 1880er-Jahren zu einer kantonalen Regulierungswelle des Bankwesens und insb. der Sparkassen, anlässlich derer im Rahmen verschiedener parlamentarischer Vorstösse in den Kantonen eine staatliche Aufsicht über die Banken und Sparkassen diskutiert wurde.⁷⁶³

Bereits KAISER zählte die staatliche Aufsicht als Mittel des «ergänzenden» «auch helfenden» Polizeirechts,⁷⁶⁴ das den im Vermögen nicht unabhängigen Staatsangehörigen⁷⁶⁵ in seiner Position gegenüber den Banken und Ersparniskassen unterstützen sollte.⁷⁶⁶ Es bestehe «ein solcher Kampf zwischen den Kapitalien, dass durch den geringen Besitz von denselben der politische und rechtsfähige Bürger in seiner Existenz gefährdet wird».⁷⁶⁷ Hier müsse der Staat u.a. die schon bestehenden Anstalten in ihrem rechtlichen Verkehr überwachen. Und aus den gleichen Gründen seien auch die Ersparniskassen «von Staatswegen zu begünstigen. Es geschieht diess durch Errichtung oder Verwaltung der Anstalt von Staatswegen theils auch durch polizeiliche Ueberwachung der Verwaltung.»⁷⁶⁸

⁷⁶³ Davor hatten die Kantone Bern und Freiburg die Sparkassen bereits einer gewissen Aufsicht unterstellt: Das bernische Gesetz über die gemeinnützigen Gesellschaften vom 31.3.1847 verlangte u.a. eine staatliche Genehmigung für die «Verwaltung des Eigentums anderer auf längere Zeit». Zudem mussten die Sparkassen ihre Jahresrechnung der Regierung zur Genehmigung einreichen. Auch das Freiburger «Gesetz über die Sparkassen» vom 24.11.1862 (mit Revision vom 12.8.1876) sah eine Konzessionspflicht vor und verlangte u.a. einheitliche Bilanzen und Jahresrechnungen, einen Reservefonds und die Anlage der Spargelder in Staatsobligationen, Hypotheken und garantierte Eigenwechsel (vgl. BÄNZIGER, Entwicklung Bankenaufsicht, 6 f. m.w.H.).

⁷⁶⁴ KAISER differenzierte zwischen verschiedenen Funktionen der Polizei (KAISER, II. Buch, 261 ff.). Neben einer «ergänzenden/helfenden» Polizei sprach er auch von einer «erhaltenden Polizei» (etwa im Zusammenhang mit dem Schutz und der Sicherung «der Rechtszustände, zur Vollziehung der Urtheile, zur Verfolgung von Verstössen gegen die gesetzliche Ordnung im Lande» [*ebd.*, 262]) sowie von einer «fördernden Wirkung des Staates als Polizei» (so u.a. im Bildungswesen sowie im Bereich der Sittenpolizei [*ebd.*, 266 f.]).

⁷⁶⁵ *Ebd.*, 263, wo ausgeführt wird, der Staat sei «ergänzend, auch helfend» tätig, «wenn dem Staatsangehörigen die bürgerliche Selbständigkeit, die geistige oder körperliche Gesundheit, Unterhaltungsmittel oder eine gewisse Unabhängigkeit im Vermögen fehlt».

⁷⁶⁶ *Ebd.*, 263 ff., wo er mit Blick auf die ergänzende bzw. helfende Polizei neben den Banken und Ersparniskassen auch das Vormundschaftswesen, die Gesundheitspolizei und das Armenwesen nennt.

⁷⁶⁷ *Ebd.*, 265 f.

⁷⁶⁸ *Ebd.*, 266.

Während in den Kantonen Bern, Luzern und Zürich schliesslich auf entsprechende 250
Gesetzesvorlagen verzichtet wurde, führten die Kantone Aargau und St. Gallen
eine kantonale Oberaufsicht über die Sparkassen ein.⁷⁶⁹

Auf Bundesebene sollte es aber noch einige Zeit dauern, bis die Sparkassen einer 251
einheitlichen Regelung zugeführt wurden. Das 1883 in Kraft getretene Obligationenrecht
verzichtete weitgehend auf Vorschriften, die auf die mehrheitlich genossenschaftlich
organisierten Sparkassen zur Anwendung gekommen wären, und die an gewinnorientierte
Genossenschaften gerichtete Vorgabe, die Jahresrechnung und Bilanz zu publizieren, wurde
von der Mehrzahl der Banken ignoriert.⁷⁷⁰ Vor allem aber wurde die Diskussion um den
aufsichtsrechtlichen Gläubigerschutz im 19. Jahrhundert von der Auseinandersetzung um
die Schaffung einer Notenbank des Bundes überschattet.⁷⁷¹

Immerhin enthielt das Banknotengesetz von 1881 u.a. die Vorschrift, dass
Emissionsbanken ihre Geschäftsberichte nach vorgängiger Prüfung durch
das Inspektorat der Emissionsbanken dem Bundesrat vorzulegen hatten.⁷⁷²
Auch wenn damit noch keine eigentliche Bankenaufsicht etabliert war und
sich der Einfluss des Banknoteninspektors zudem in Grenzen hielt, war
diese Regelung für die Weiterentwicklung des Gläubigerschutzes von Bedeutung.⁷⁷³

Obwohl es von verschiedenen Seiten Vorstösse gab, um das Sparkassenwesen in 252
einem Bundesgesetz zu regeln und die Kantone mit der Aufsicht über die Sparkassen
zu betrauen, um sicherzustellen, dass die bundesgesetzlichen Vorschriften
auch eingehalten würden,⁷⁷⁴ sollte es noch bis zum 1. März 1935 dauern, bis die

⁷⁶⁹ Vgl. BÄNZIGER, Entwicklung Bankenaufsicht, 9 ff. m.w.H. insb. zu den neu eingeführten kantonalen Bestimmungen.

⁷⁷⁰ *Ebd.*, 12 f. m.w.H.

⁷⁷¹ Vgl. dazu *ebd.*, 13 ff.; vgl. auch KÖLZ, Band II, 582 ff. Dieser Umstand wurde wiederholt kritisiert. Banknoteninspektor SCHERER etwa führte dazu aus: «Es erscheint deshalb zum mindesten einseitig, wenn nicht geradezu widerspruchsvoll, wenn man sich so eifrig mit der gesetzlichen Regulierung z.B. des Notenwesens beschäftigt (...), während die Notwendigkeit einer staatlichen Einmischung und Fürsorge bei den Sparkassen, also in einer Frage, die durch die unmittelbar beteiligten Interessen der untern und mittlern Volksklassen ebenso sehr von sozialpolitischer als finanzwirtschaftlicher Bedeutung ist, gewiß zum mindesten so stark hervortreten muß» (vgl. SCHERER, 15).

⁷⁷² Vgl. Art. 44 Banknotengesetz 1881; vgl. dazu BÄNZIGER, Entwicklung Bankenaufsicht, 15 m.w.H.

⁷⁷³ BÄNZIGER, Entwicklung Bankenaufsicht, 15 f.

⁷⁷⁴ *Ebd.*, 17 f. und 19 ff. m.w.H.

Sparkassen mit dem Inkrafttreten des Bankengesetzes einer gesetzlichen, bundesweiten Regelung zugeführt wurden.⁷⁷⁵

V. Prägung des Aufsichtsrechts in der Kriegs- und Krisenzeit des 20. Jahrhunderts

A. Ein zunehmend autoritäres Staatsverständnis setzt sich durch

- 253 In der Zeit des Übergangs zum 20. Jahrhundert war der zum Rechtsbegriff abstrahierte und mit souveräner Macht ausgestattete Staat in den Vordergrund gerückt.⁷⁷⁶ Mit ihm wurde das Subordinationsverhältnis zwischen dem hoheitlich übergeordneten, autoritären Staat und seinen «Untertanen» stärker betont, insb. in der damaligen konstitutionellen Monarchie Deutschlands.⁷⁷⁷ Vor allem in der deutschen Staatsrechtslehre waren Stimmen verbreitet, die, von einem solchen Staatsbild inspiriert, die staatliche Aufsicht mit dem Prinzip der Einheit des Staates verknüpften.⁷⁷⁸

⁷⁷⁵ Dazu hinten N 269 ff. Vgl. für einen eingehenden Überblick über die Entwicklungen auf Bundesebene BÄNZIGER, Entwicklung Bankenaufsicht, 12 ff.

⁷⁷⁶ Damit kam ein Paradigmenwechsel in der Rechtswissenschaft zum Ausdruck: Der staatsrechtliche Positivismus löste schrittweise die bis dahin dominierende staatswissenschaftliche Methode ab. Mit ihm stand der Versuch im Vordergrund, Rechtsbegriffe isoliert von ihren historischen Wurzeln sowie von ökonomischen, philosophischen, sozialen und politischen Zweckgedanken und Werten auszublenden und die Rechtsbegriffe rein nach den Gesetzen der Logik zu begreifen. Vgl. dazu m.w.H. KAHL, Staatsaufsicht, 145 ff.; BÖCKENFÖRDE, Gesetz, 211 ff.; vgl. zum Positivismus im öffentlichen Recht KLEY, Geschichte, 20 ff. sowie 66 ff.

⁷⁷⁷ Auch politische Forderungen nach Selbstverwaltung stiessen im Deutschen Reich zunehmend auf Unverständnis und galten als bedrohliche, die Einheit des Staates zersetzende Bewegungen (vgl. dazu etwa KAHL, Staatsaufsicht, 147 m.w.H.). Gemäss LABAND konnte nur das Reich selbst als selbstständige juristische Person Subjekt der Reichsgewalt sein (vgl. LABAND, 94 ff.). Er behandelt die Selbstverwaltung in seinem Werk «Das Staatsrecht des Deutschen Reiches» bezeichnenderweise unter dem Titel «Die Unterordnung der Einzelstaaten unter das Reich» (LABAND, 102). Im demokratischen Bundesstaat Schweiz setzten sich diese Auffassungen nicht durch (vgl. z.B. SCHOLLENBERGER, 6 f.).

⁷⁷⁸ Vgl. dazu KAHL, Staatsaufsicht, 472 ff. m.w.H. u.a. auch auf ISENSEE, der im Anschluss an SCHMITT den Staat als «organisierte Einheit» aufgefasst hat (ISENSEE, Staat, 136 ff.; vgl. auch die Ausführungen bei SCHMITT, Verfassungslehre, 173). In seinem Eintrag zum «Staat» im sog. Staats-Lexikon scheint ISENSEE aus dem Gewaltmonopol des

Auch wenn sich ein autoritäres Staatsverständnis im föderalistischen und demokratischen Bundesstaat Schweiz nicht im selben Ausmass wie in den umliegenden Staaten durchsetzen konnte, wirkte es sich dennoch prägend auch auf die damaligen Auffassungen von Staat und Staatlichkeit aus.⁷⁷⁹ Deutlich inspiriert von der deutschen Lehre dieser Zeit,⁷⁸⁰ hob etwa FLEINER die Ungleichheit von Staat und Bürger folgendermassen hervor:

«Die Herrschaftsgewalt verleiht der öffentlichen Behörde die Fähigkeit, den Bürgern einseitig Leistungen aufzuerlegen. Der alte deutsche Sprachgebrauch bezeichnet den Bürger (Privaten) im Hinblick auf dieses Unterworfensein als Untertan. (...) Die einzelnen von der Behörde gegen den Bürger erhobenen Ansprüche (...) sind Ausflüsse der staatlichen Kompetenz.»⁷⁸¹

Dabei unterschied FLEINER zwischen allgemeinen «Bürger-(Untertanen-)pflichten», die auf einer «allgemeinen Gehorsamspflicht» der Bürger beruhten (FLEINER nannte etwa die Steuerpflicht, polizeiliche Pflichten und die Wehrpflicht), und öffentlichen Pflichten, die einem «besonderen Gewaltverhältnis entspringen», z.B. der Dienstgewalt über die Beamten, der Anstaltsgewalt über diejenigen, die in eine öffentliche Anstalt («Schule, Heer, Zuchthaus») eintreten, sowie der Über-

Staates etwa auch die Wirtschaftsaufsicht abzuleiten, wenn er ausführt: «Es [das Gewaltmonopol] vermittelt dem Träger der Staatsgewalt die faktische Überordnung über die Gesellschaft, der die (öffentlich-)rechtliche Hoheitsstruktur der Staatsgewalt entspricht, in ihrer Einzigkeit, Einseitigkeit, Unwiderstehlichkeit, autoritativen Verbindlichkeit. Typische Hoheitsfunktionen sind polizeiliche Gefahrenabwehr, Besteuerung, Wirtschaftsaufsicht.» – Solchen Anschauungen standen allerdings die im Laufe der Zeit immer stärkere Ausdifferenzierung und Pluralisierung der Verwaltung im modernen Staat gegenüber. Vgl. dazu S. VOGEL, Einheit der Verwaltung, 22 f. m.w.H.

⁷⁷⁹ Vgl. KLEY, Geschichte, 117 (§ 10 mit der Überschrift «1914: Der Bund wird autoritär»); vgl. auch PAHUD DE MORTANGES, N 295 f.

⁷⁸⁰ Das obrigkeitliche Staatsverständnis etwa LABANDS z.B. wurde deutlich, wenn er ausführte, «[d]as Wesen der Zugehörigkeit zu einem staatlichen Organismus besteht in der Untertanenschaft, d.h. in der Unterwerfung unter die obrigkeitliche Herrschermacht. Der Bürger ist als einzelner Objekt der obrigkeitlichen Rechte des Staates; die Herrschermacht des Staates richtet sich gegen ihn und verpflichtet ihn zu Handlungen, Leistungen und Unterlassungen behufs Durchführung der dem Staate obliegenden Aufgaben. (...) Die Reichsangehörigkeit ist wesentlich Reichsuntertanenschaft, d.h. die Pflicht, den Geboten und Verboten der Reichsgewalt, welche in gesetzlicher, dem Recht entsprechender Weise erlassen werden, Gehorsam zu leisten» (LABAND, 141). Dabei sei der Angehörige eines deutschen (Einzel-)Staates der Staatsgewalt seines Staates sowie «der darüber stehenden souveränen Gewalt des Reiches untertan» (vgl. ebd., 141).

⁷⁸¹ FLEINER, Institutionen, 164.

wachungsgewalt über diejenigen, die unter eine besondere Steueraufsicht oder «finanzrechtliche Ueberwachung» geraten.⁷⁸² In solchen Fällen werde die Gehorsamspflicht noch gesteigert.

«Fundament und Grenzmauern jedes besonderen Gewaltverhältnisses stammen vom Gesetzgeber her. (...) Der besondere öffentliche Zweck, dem jedes besondere Gewaltverhältnis dient, zieht für den Eintretenden von selbst gewisse Beschränkungen seiner persönlichen und seiner staatsbürgerlichen Rechte nach sich. Der Einzelne muß sich diese Verengerungen seiner Freiheitssphäre gefallen lassen. Aber sie dürfen nie über das Maß dessen hinausgehen, was die im öffentlichen Gewaltverhältnis verkörperte Aufgabe verlangt. Wo die Grenze liegt, ist von Fall zu Fall zu bestimmen.»⁷⁸³

- 256 Die Kriegs- und Krisenzeiten in den folgenden Jahren trugen massgeblich dazu bei, dass sich ein autoritäres Staatsverständnis festigte. Sie prägten darüber hinaus auch die Themen des neu entstehenden Aufsichtsrechts.

B. Notrecht der Kriegs- und Krisenjahre

- 257 Der Erste Weltkrieg führte zu einer Erschütterung der sozialökonomischen und staatsrechtlichen Grundlagen,⁷⁸⁴ auch in der Schweiz. Nach dem Kriegsausbruch 1914 übertrug der sog. Vollmachtenbeschluss,⁷⁸⁵ als Notrecht konzipiert, die Finanz- und Gesetzgebungskompetenzen vom Parlament auf den Bundesrat. Zusammen mit der Verwaltung war dieser somit frei, ohne Mitwirkung des Parlaments oder des Volkes gesetzgeberisch zu wirken und alle Massnahmen zu ergreifen, die für die Behauptung der Sicherheit, Integrität und Neutralität der Schweiz und zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen des Landes erforderlich waren.⁷⁸⁶ Der Bundesrat erhielt zudem einen unbegrenzten Kredit zugesprochen, um diese Zwecke zu verfolgen. Er war einzig verpflichtet, gegenüber der Bundesversammlung über den Gebrauch der ihm erteilten Vollmachten Rechenschaft abzulegen.⁷⁸⁷

⁷⁸² *Ebd.*, 165 (auch Fn. 8).

⁷⁸³ *Ebd.*, 166 f.

⁷⁸⁴ Zur Zäsur des Ersten Weltkriegs vgl. statt vieler STOLLEIS, Geschichte Bd. III, 37 ff.

⁷⁸⁵ Vgl. Vollmachtenbeschluss vom 3.8.1914, AS 1914 347 (vgl. dazu auch BBI 1914 IV 5 ff.).

⁷⁸⁶ Vgl. Art. 3 des Vollmachtenbeschlusses vom 3.8.1914.

⁷⁸⁷ Vgl. Art. 4 des Vollmachtenbeschlusses vom 3.8.1914. Vgl. zum Vollmachtenregime während des Ersten Weltkrieges KÖLZ, Band II, 665 ff.; vgl. auch PAHUD DE MORTANGES, N 295 f.; KLEY, Geschichte, 117 ff.

Die Kompetenzkonzentration beim Bundesrat bewirkte den Erlass zahlreicher 258
Verordnungen⁷⁸⁸ und damit eine «Explosion» des materiellen Verwaltungs-
rechts.⁷⁸⁹ Zugleich geriet das vergleichsweise junge Verfassungsrecht, das auf
einer gewaltenteiligen und freiheitssichernden Staatsorganisation aufbaute, durch
die politische Machtkonzentration beim Bundesrat und bei der Verwaltung und
die damit einhergehende Relativierung der föderalistischen und demokratischen
Ordnung aus den Fugen.⁷⁹⁰

Die Zwischenkriegszeit stand im Zeichen staatlicher Krisenbekämpfung und di- 259
verser Auseinandersetzungen zwischen Totalitarismen faschistischer, nationalso-
zialistischer und kommunistischer Ausprägung. Die individualistisch-freiheitliche
Demokratie war gefährdet.⁷⁹¹ 1931 wurde die Schweiz von der Weltwirtschafts-
krise erfasst. Preiszerfälle, Lohnrückgänge und eine starke Zunahme der Arbeits-
losigkeit stellten die Schweiz vor grosse Herausforderungen.⁷⁹² 1933 drohte der
Zusammenbruch der Schweizerischen Volksbank, deren Betrieb nur dank einer
Bundesbeteiligung aufrechterhalten werden konnte.⁷⁹³ In der Folge war ein partei-
übergreifender Ruf nach dem rettenden Staat prägend für diese Zeit.⁷⁹⁴

Eine ausgeprägte Sozial- und Interventionsgesetzgebung, auch unter Zuhilfenahme 260
staatlicher Aufsichtsmechanismen, sowie der anhaltende Erlass von Dringlich-
keitsrecht waren die Folgen. Prominente und aufsichtsrechtlich relevante Erlas-

⁷⁸⁸ Zwischen 1914 und 1919 kam es zu rund tausend Noterlassen des Bundesrates
(vgl. Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 23.5.1919 betreffend
die zurzeit geltenden, auf dem Notverordnungsrecht beruhenden Bestimmungen,
BB1 1919 III 277 ff.).

⁷⁸⁹ Vgl. bereits KÄGI, Verfassung, 123 ff. zum Machtzuwachs der Exekutive; vgl. auch
KLEY, Geschichte, 117 und 119.

⁷⁹⁰ Exemplarisch sei dazu auf BGE 41 I 551 verwiesen, in dem das Bundesgericht im
Dezember 1915 feststellte, dass der Bundesrat mit seinen Notverordnungen die Auf-
gabe des Gesetzgebers wahrnehme, weshalb das Bundesgericht nicht dafür zuständig
sei, eine solche Bundesratsverordnung auf ihre Verfassungsmässigkeit zu prüfen. Vgl.
zu den Auswirkungen des Vollmachtenbeschlusses von 1914 und die unterschiedli-
chen Reaktionen darauf in der West- und der Deutschschweiz: KÖLZ, Band II, 666 ff.;
PAHUD DE MORTANGES, N 295 f.; KLEY, Verfassungsrecht, N 51 f.; KLEY, Geschichte,
117 ff. m.w.H.

⁷⁹¹ Vgl. KÖLZ, Band II, 751; KLEY, Geschichte, 142.

⁷⁹² Vgl. KLEY, Geschichte, 123; KÖLZ, Band II, 752.

⁷⁹³ Vgl. dazu Bundesbeschluss über die Beteiligung des Bundes vom 8.12.1933,
AS 1933 975.

⁷⁹⁴ Vgl. etwa GRUNER, Wirtschaftspolitik, 39 ff.; vgl. in diesem Sinne auch D. SCHINDLER,
Verfassungsrecht, 63 und 149 ff.

se lassen sich auf diese Krisenjahre zurückführen, so z.B. das Fabrikgesetz, das z.T. als Vorläufer des heutigen BVG bezeichnet wird, das 1933 in Kraft getretene Alkoholgesetz sowie das Bankengesetz. Letzteres wird nachfolgend etwas näher beleuchtet.⁷⁹⁵

- 261 Der Bund bediente sich – wie bereits während der Wirtschaftskrise nach 1919 – vermehrt des Instruments des allgemeinverbindlichen dringlichen Bundesbeschlusses und erliess auf diesem Weg in den frühen Dreissigerjahren vorwiegend wirtschaftspolitische Massnahmen.⁷⁹⁶ Dabei wurden Verletzungen der geltenden Rechtsordnung bewusst in Kauf genommen, so z.B. Verstösse gegen die verfassungsrechtlich verankerte Handels- und Gewerbefreiheit⁷⁹⁷ sowie die Bestimmungen zum Gesetzgebungsverfahren.⁷⁹⁸ Ausserdem widersprachen die zunehmenden Bundeskompetenzen im Bereich des Wirtschafts- und Sozialrechts häufig auch der föderalistischen Kompetenzordnung.⁷⁹⁹

Bemerkenswerterweise wurden diese Entwicklungen in der Staatsrechtslehre vergleichsweise wenig kritisiert. Weitgehend schien sich die Auffassung durchgesetzt zu haben, dass zugunsten einer raschen Not- und Krisenbekämpfung auch verfassungsrechtliche Form- und Verfahrensvorschriften in den Hintergrund zu treten hatten.⁸⁰⁰ Allerdings warnten liberale Stimmen zunehmend vor der autoritären Rechtsentwicklung im Ausland.⁸⁰¹ 1935 sowie nach 1940 entbrannte allerdings eine Kontroverse zwischen D. SCHINDLER und GIACOMETTI zuerst über die Polizeinotverordnungen

⁷⁹⁵ Dazu hinten N 269 ff.

⁷⁹⁶ Vgl. eingehend dazu KÖLZ, Band II, 763 ff.

⁷⁹⁷ Die Umsetzung der verfassungsrechtlich verankerten Handels- und Gewerbefreiheit stiess in der Tat zeitweise ausdrücklich auf Widerstand, so z.B. von der Katholisch-Konservativen Partei, die in dieser Verfassungsgarantie einen Ausdruck des «Manchestertums» sah, das zum Triumph des Egoismus und zum «brutalen Sieg der materiellen Macht» führe (KÖLZ, Band II, 766 m.w.H. auf Verhandlungen des Ständerates vom 11.10.1933).

⁷⁹⁸ So wurden etwa zahlreiche Beschlüsse ohne zeitliche Dringlichkeit erlassen und dem Referendum entzogen und in der Folge alle zwei Jahre um zwei weitere Jahre verlängert. Am 29.9.1936 erlaubte z.B. ein Vollmachtenbeschluss der Bundesversammlung dem Bundesrat auch, Massnahmen zu treffen, die in Gesetzen oder dringlichen Bundesbeschlüssen nicht vorgesehen waren. Der Beschluss war ursprünglich bis Ende 1937 befristet, das Parlament verlängerte ihn aber mehrfach (vgl. AS 1937 1039 und AS 1940 29). Dadurch wurde Recht gesetzt, das ohne vollständige demokratische Legitimation jahrelang in Kraft blieb (vgl. dazu KÖLZ, Band II, 767 f.).

⁷⁹⁹ KÖLZ, Band II, 768; vgl. zum Ganzen auch der Überblick bei KLEY, Geschichte, 192 ff.

⁸⁰⁰ Vgl. KLEY, Geschichte, 124 ff.

⁸⁰¹ Vgl. *ebd.*, 147 ff.

und nach Kriegsausbruch eine weitere über die Verfassungsmässigkeit des Vollmachtenregimes; GIACOMETTI ragte in dieser Zeit als eigenständiger Kritiker des Dringlichkeitsrechts hervor.⁸⁰²

Kurz vor Ausbruch des Zweiten Weltkriegs, am 30. August 1939, erliess die Bundesversammlung einen Beschluss über «Massnahmen zum Schutze des Landes und zur Aufrechterhaltung der Neutralität».⁸⁰³ Dieser Vollmachtenbeschluss sah erneut eine weitgehende Zuständigkeitsübertragung von der Bundesversammlung auf den Bundesrat vor und übernahm inhaltlich weitestgehend den Beschluss von 1914.⁸⁰⁴ Trotz der umstrittenen Verfassungsmässigkeit der damit verbundenen Eingriffe hielt sich die Staatsrechtslehre zunächst weitestgehend zurück und schien auch die Grundlage des Vollmachtenregimes – der Vollmachtenbeschluss wurde als sofort in Kraft tretender Bundesbeschluss erlassen, gestützt auf «eigentliches, aber ungeschriebenes Notrecht»⁸⁰⁵ – zu akzeptieren.⁸⁰⁶ 262

Der Bundesrat machte ausgiebigen Gebrauch von den ihm übertragenen Notrechtsbefugnissen; bis 1949 erliess er mehrere Hundert Vollmachtenbeschlüsse und übte so anstelle der Bundesversammlung die Gesetzgebungstätigkeit aus.⁸⁰⁷ Seine Verordnungen standen nach der damaligen bundesgerichtlichen Praxis auf der Rechtsetzungsstufe des formellen Gesetzes.⁸⁰⁸ 263

⁸⁰² Vgl. *ebd.*, insb. 167 ff. und 196 ff.; KÖLZ, Band II, 768 ff. und 824 ff.

⁸⁰³ Vollmachtenbeschluss vom 30.8.1939, AS 1939 769 (vgl. dazu auch BBl 1939 II 213 ff.).

⁸⁰⁴ Allerdings war der Bundesrat vorsichtiger geworden, was sich etwa in der gewählten Wortwahl zeigte sowie in der Verpflichtung des Bundesrates, der Bundesversammlung Bericht über die getroffenen Massnahmen zu erstatten; das Parlament sollte in der Folge darüber entscheiden, ob die Massnahmen in Kraft bleiben sollten (vgl. Art. 5 des Vollmachtenbeschlusses vom 30.8.1939). Ausserdem sollten beide Räte ständige parlamentarische Kommissionen einsetzen, denen der Bundesrat wichtige Massnahmen vor ihrem Erlass zur Begutachtung vorzulegen hatte (vgl. Art. 6 des Vollmachtenbeschlusses vom 30.8.1939). Vgl. eingehend zum Vollmachtenregime im Zweiten Weltkrieg KÖLZ, Band II, 773 ff.; KLEY, Geschichte, 192 ff.

⁸⁰⁵ Vgl. dazu KÖLZ, Band II, 774.

⁸⁰⁶ KLEY, Geschichte, 192 f.

⁸⁰⁷ Vgl. KÖLZ, Band II, 775; KLEY, 193 mit Verweis auf lediglich zwei Bundesgesetze, welche vom Parlament, neben wenigen Änderungsgesetzen, während des Zweiten Weltkrieges erlassen wurden, nämlich das Bundesrechtspflegegesetz vom 16.12.1943 (OG) (AS 60 271) und das Bundesgesetz vom 30.9.1943 über den unlauteren Wettbewerb (AS 61 1).

⁸⁰⁸ Vgl. KLEY, Geschichte, 193 und 196 m.w.H. u.a. auf BGE 68 II 308, E. 2, und BGE 78 I 258, E. 5. Nach dieser Rechtsprechung verzichtete das Bundesgericht darauf, den Inhalt der bundesrätlichen Verordnungen auf ihre Vereinbarkeit mit dem übergeordneten Recht zu prüfen.

- 264 Die Kriegs- und Krisenjahre führten dazu, dass der Bund immer mehr Aufgaben im Bereich des Sozialrechts übernahm.⁸⁰⁹ Das sekundäre Notrecht sah für die Bevölkerung zudem ausgesprochen einschneidende und detaillierte Regelungen vor, die häufig im Namen der «Daseinsvorsorge»⁸¹⁰ die verfassungsmässigen Rechte der Einzelnen beschnitten und als staatliches Lenkungsrecht die Handels- und Gewerbefreiheit weitgehend ausser Kraft setzten. Der Bund griff in die Wirtschaft ein und regelte mit seinen Verordnungen die Bewältigung der wirtschaftlichen Kriegsfolgen.⁸¹¹

Vor diesem Hintergrund lassen sich auch die warnenden Stimmen dieser Zeit erklären, der Bundesrat übe nichts anderes als eine «kommissarische Diktatur» aus,⁸¹² die Bundesverfassung sei «auf weiten Gebieten ein Trümmerfeld»,⁸¹³ der Bund erscheine «als ein autoritärer Staat mit totalitären Tendenzen»⁸¹⁴ und «das Übergewicht der Bürokratie» sei «aus einem Werkzeug des Volkswillens zu einem selbständigen Machtfaktor und Träger eines autoritären Willens» geworden,⁸¹⁵ an den man sich auch hierzulande leicht gewöhne.⁸¹⁶

- 265 Das Vollmachtenregime blieb bis 1952 in Kraft.⁸¹⁷ Begründet wurde die über Jahre währende Fortdauer mit der angeblich anhaltenden Dringlichkeits- und Notstandslage der Kriegszeit.⁸¹⁸ Allerdings verfestigten sich auch nach der Auf-

⁸⁰⁹ Vgl. sogleich hinten N 266 ff.

⁸¹⁰ Der Begriff stammt von FORSTHOFF und wurde erstmals in seinem Werk «Die Verwaltung als Leistungsträger» (Stuttgart 1938) geprägt (vgl. S. 1 ff.) sowie später im Werk «Die Daseinsvorsorge und die Kommunen» (Köln 1958). Vgl. dazu eingehend die Untersuchung von KERSTEN.

⁸¹¹ Vgl. etwa KLEY, Geschichte, 193 ff. mit Beispielen; vgl. auch KÖLZ, Band II, 824.

⁸¹² So etwa NAWIASKY an der 77. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins, abgehalten in der Zeit vom 4. bis 6.9.1943 in Freiburg (das Protokoll ist abgedruckt in: ZSR 62 [1943], 655a).

⁸¹³ GIACOMETTI, Verfassungslage, 144.

⁸¹⁴ *Ebd.* – Vgl. zur Kontroverse in der Lehre und insb. zwischen SCHINDLER und GIACOMETTI über die Verfassungsmässigkeit des Vollmachtenregimes KLEY, Geschichte, 196 ff.; vgl. auch KÖLZ, Band II, 775 ff.

⁸¹⁵ KÄGI, Freiheiten, 56 f.

⁸¹⁶ KÄGI schloss seine bekannten Ausführungen mit den Worten: «Es gibt auch hier leicht eine Gewöhnung an die bequemere autoritäre Methode. Die grösste Gefahr für die politische Freiheit aber ist die Gleichgültigkeit der Bürger» (KÄGI, Freiheiten, 57).

⁸¹⁷ Vgl. Bundesbeschluss über die Aufhebung der ausserordentlichen Vollmachten vom 18.12.1950 (AS 1950 1493); vgl. dazu KLEY, Geschichte, 205; KÖLZ, Band II, 779 ff.

⁸¹⁸ Vgl. dazu etwa D. SCHINDLER, Notrecht.

hebung der Vollmachtenbeschlüsse viele Bestimmungen, die ursprünglich noch als notrechtliche Ausnahmemaßnahme vorgesehen waren, durch ihre allmähliche Überführung in ordentliche Gesetze.⁸¹⁹ Die Konsequenz war eine erhebliche Machtakkumulation auf Stufe des Bundes und insb. aufseiten der Exekutive, was sich bis heute auch prägend auf das Aufsichtsrecht auswirkt.

C. Zunehmende Sozial- und Interventionsgesetzgebung

Die Kriegs- und Krisenjahre führten zu einer Sozial- und Interventionspolitik des Bundes, die darauf ausgerichtet war, die wirtschaftliche und soziale Not einzudämmen. Die auf den Vollmachtenbeschluss vom 3. August 1914 gestützte Rechtsetzung während des Ersten Weltkriegs umfasste z.B. Vorschriften zur Förderung des Wohnungsbaus und zur Stützung einzelner Industriezweige, Bestimmungen zum Schutz der Mieter, zur Lebensmittelversorgung sowie generell Schutzmassnahmen zugunsten der Konsumenten, Produzenten und Bauern. In Bevölkerung und Politik schwand der Glaube an den Nutzen einer freien Wirtschaft; der Ruf nach einem starken Staat überwog.⁸²⁰ 266

Auch Forderungen nach sozialpolitischen Massnahmen und einem Ausbau der Sozialgesetzgebung wurden immer lauter. Sie wurden zusätzlich durch die Erstarkung revolutionärer Kräfte unterstützt, die es nicht bei einer Sozialreform bewenden lassen wollten, sondern auf eine neue Gesellschaftsordnung abzielten. Nicht zuletzt vor diesem Hintergrund und um die sozialen Gräben zwischen Arbeiterschaft und Bürgertum zu überwinden, wurde der Ausbau sozialer Massnahmen noch in der Zwischenkriegszeit durch den Bund vorangetrieben⁸²¹ und damit vermehrt auch Tätigkeiten, die bis anhin den Privaten überlassen worden waren, auf den Staat übertragen.⁸²² Beispielsweise lassen sich die Anfänge des Sozialversi- 267

⁸¹⁹ Vgl. dazu KLEY, 200; REICH, Wirtschaftsfreiheit, N 601 ff.; vgl. auch KÖLZ, Band II, 781 f.

⁸²⁰ Vgl. den Überblick bei KLEY, Geschichte, 121; vgl. auch PAHUD DE MORTANGES, N 290.

⁸²¹ Vgl. KLEY, Geschichte, 121 f. insb. mit Verweis auf die Reaktionen des Bundesrates angesichts des Generalstreiks vom 11. bis 14.11.1918; vgl. auch PAHUD DE MORTANGES, N 400; KÖLZ, Band II, 873 ff.

⁸²² Vgl. dazu etwa M. HUBER, 17.

cherungsrechts auf diesen Zeitraum zurückführen;⁸²³ seit dem Ersten Weltkrieg nahm auch die Zahl an Familien- und Personalfürsorgestiftungen stark zu.⁸²⁴

- 268 Nach dem Ersten Weltkrieg setzten Bemühungen zur Einführung einer eidgenössischen Alters- und Invalidenversicherung ein: Am 6. Dezember 1925 nahmen Volk und Stände eine Vorlage zur Einführung einer Bundeszuständigkeit für die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung an.⁸²⁵ In der Folge ebneten insb. die Ersatz- und Verdienstordnungen für die Arbeitnehmer und die Selbständigerwerbenden,⁸²⁶ die gestützt auf die Vollmachten erlassen worden waren, den Weg für die Einführung einer eidgenössischen Alters- und Invalidenversicherung nach Kriegsende⁸²⁷ und den Erlass weiterer Sozialgesetzgebung.⁸²⁸ So führte der Bundesrat rasch – und v.a. schneller als noch während des Ersten Weltkriegs – zusätzliche Versicherungen ein, entwarf eine verbesserte Arbeitslosenversicherung, bekämpfte die Teuerung, verbesserte den Arbeitnehmerschutz, nahm sich des Themas Wohnungsnot an, kontrollierte Löhne und Preise und sah im Falle von Kriegsschäden Fürsorgeleistungen vor.⁸²⁹

D. Einführung der Bankenaufsicht

- 269 Wie aufgezeigt wurde, lassen sich auch das schweizerische Bankwesen und insb. erste Ideen für eine staatliche Bankenaufsicht auf den Schutz der Sparer zurück-

⁸²³ Vgl. für einen Überblick PAHUD DE MORTANGES, N 397 ff.; vgl. auch KLEY, Geschichte, 60 ff.; HIS, Geschichte Band III, 999 ff.; eingehend vgl. auch TSCHUDI, insb. 29 ff.

⁸²⁴ Begünstigt wurde diese Entwicklung namentlich mit der Kriegsgewinnsteuerbefreiung von Zuwendungen aus einem Unternehmensgewinn zu Personalfürsorgezwecken gestützt auf BR, Beschluss vom 18.9.1916 (AS 1916 351). – Die Zuwendungen mussten zur Vermeidung einer Zweckentfremdung in rechtlich verselbstständigte und damit auf von der Arbeitgeberfirma unabhängige Träger überführt werden – eine Pflicht, die das schweizerische System der beruflichen Vorsorge nachhaltig prägen sollte. Vgl. dazu STAUFFER, N 24 ff. m.w.H.; vgl. auch RIEMER/RIEMER-KAFKA, § 1 N 26 f.; CAMINADA, 6 f.

⁸²⁵ AS 1926 33.

⁸²⁶ BR, Beschluss vom 20.12.1939 betr. Lohnersatzordnung (AS 1939 1505), sowie BR, Beschluss vom 14.6.1940 betr. Verdienstersatzordnung (AS 1940 917).

⁸²⁷ Das gegen das AHV-Gesetz ergriffene Referendum scheiterte in der Volksabstimmung vom 6.7.1947 (BR, Erwahrungsbeschluss vom 20.9.1947, BBl 1947 III 176 ff.: Annahme mit 862'036 Ja- gegen 215'496 Nein-Stimmen), sodass das Gesetz am 1.1.1948 in Kraft treten konnte (AS 63 837).

⁸²⁸ KLEY, Geschichte, 202 f.

⁸²⁹ *Ebd.*, 201 m.w.H.

führen.⁸³⁰ Vor dem Hintergrund der Krisen, welche die Schweizer Banken zu Beginn des 20. Jahrhunderts erfasst hatten, wollte Bundesrat Schulthess, der spätere erste Präsident der EBK, die Gesetzgebung über das Bankwesen an die Hand nehmen und damit das den Banken anvertraute Vermögen schützen.⁸³¹ Bereits seine ersten Vorarbeiten für einen Gesetzesentwurf aus dem Jahre 1914 enthielten die Idee, eine staatliche Bankenaufsicht einzurichten.⁸³² Schliesslich beauftragte der Bundesrat Professor Landmann, einen Vorentwurf zu einem Bankengesetz auszuarbeiten.⁸³³ Auch in diesem Entwurf war die Einführung eines Konzessions-systems sowie eine bundesrätliche Bankenaufsicht vorgesehen.⁸³⁴ Dem Bundesrat wurde die Kompetenz erteilt, «alle Anordnungen zu treffen, die erforderlich sind, um den Geschäftsbetrieb der Bankunternehmungen mit den gesetzlichen Vorschriften im Einklange zu erhalten und Missstände zu beseitigen, durch welche die Interessen der Unternehmungen selbst oder ihrer Gläubiger gefährdet werden, oder durch welche der Geschäftsbetrieb mit den öffentlichen Interessen oder mit den guten Sitten in Widerspruch gerät».⁸³⁵

Dazu gehörte auch die Möglichkeit, den Banken die Bewilligung zu entziehen.⁸³⁶ 270 Für die Vorbereitung der Geschäfte sollte ein Bundesamt für das Bankwesen errichtet werden, das einem Departement zu unterstellen war. Gleichzeitig sollte eine Kommission aus Sachverständigen des Bankwesens die Beratung des Bundesrates übernehmen. Eine solche Kommission sollte verhindern, dass das neue Bundesamt eine schwerfällige, bürokratische und die Tätigkeit der Banken allzu einschränkende Organisation wurde.⁸³⁷

⁸³⁰ Dazu vorne N 248 ff. Für einen Überblick über die Geschichte des Schweizerischen Bankengesetzes und der Eidgenössischen Bankenkommission vgl. BÄNZIGER, Entstehung Bankengesetz; BÄNZIGER, Entwicklung Bankenaufsicht; BODENMANN, 257 ff.

⁸³¹ Nach REIMANN (14 f.) haben die Wirtschaftskrise und die darauf zurückzuführenden Schwierigkeiten und Zusammenbrüche der Banken bei der Ausarbeitung und den Beratungen der Gesetzesvorlage eine massgebliche Rolle gespielt und das Gesetzgebungsverfahren auch stark beschleunigt.

⁸³² Vgl. dazu BÄNZIGER, Entstehung Bankengesetz, 28 f. m.w.H.

⁸³³ Vgl. zu den Vorarbeiten, den ersten Vorentwürfen und zum Entwurf Landmann für ein Bankengesetz BÄNZIGER, Entstehung Bankengesetz, 28 ff.; BÄNZIGER, Entwicklung Bankenaufsicht, 37 ff.

⁸³⁴ Vgl. zum Entwurf BÄNZIGER, Entwicklung Bankenaufsicht, 41 ff.

⁸³⁵ Art. 50 Entwurf Landmann für ein Bankengesetz («Bundesgesetz betreffend den Betrieb und die Beaufsichtigung von Bankunternehmungen»).

⁸³⁶ BÄNZIGER, Entstehung Bankengesetz, 33.

⁸³⁷ BODENMANN, 257 f.

- 271 Der Entwurf Landmann wurde 1917 vorerst nur der Nationalbank und der Bankiervereinigung vertraulich vorgelegt und stiess dabei auf heftigen Widerstand. Es wurde eine Einmischung des Staates in das Bankgeschäft sowie eine Aufhebung des Bankgeheimnisses befürchtet.⁸³⁸ Aus diesen Gründen und unter dem Einfluss der Kriegs- bzw. Nachkriegsgeschehnisse wurde der Entwurf nicht veröffentlicht,⁸³⁹ bis schliesslich die Weltwirtschaftskrise den Schweizer Bankenplatz 1931 erneut traf. Sie führte zu Zusammenbrüchen, Liquidationen und Notfusionen von Banken, anlässlich derer sich kleinere Banken grösseren Institutionen anschlossen, da sie dem zunehmenden Konkurrenzkampf nicht standhalten konnten. Die Schweizerische Volksbank musste mit massiver staatlicher Unterstützung gerettet werden.⁸⁴⁰ In der Folge kam in der Bevölkerung Angst vor dem Verlust der Spareinlagen auf, da Bankkunden zum Teil hohe Schäden durch den Verlust ihrer Einlagen zu tragen hatten.⁸⁴¹ Es war in diesem Zusammenhang, dass der Ruf nach einer allgemeinen Bankenkontrolle erneut laut wurde⁸⁴² und den Bundesrat schliesslich veranlasste, die gesetzgeberischen Arbeiten wieder aufzunehmen.⁸⁴³
- 272 Ein neuer Vorschlag für die Beaufsichtigung der Banken wurde vom Vorsteher des Finanzdepartements, Bundesrat Musy, Ende August 1931, zu Beginn der Bankenkrise, vorgebracht und beinhaltete die Verpflichtung der Banken, ihre Jahres- und

⁸³⁸ Vgl. dazu BÄNZIGER, Entstehung Bankengesetz, 34 ff. m.w.H.; vgl. auch BÄNZIGER, Entwicklung Bankenaufsicht, 46 ff. m.w.H.

⁸³⁹ An eine Veröffentlichung des Entwurfs war insb. im Hinblick auf die politische Situation nicht zu denken. Mitunter wurde vor Kriegsbeginn befürchtet, dass der umstrittene Gesetzesentwurf im Ausland Misstrauen gegen die Schweizer Banken sähen würde – ein Umstand, den man zum damaligen Zeitpunkt tunlichst vermeiden wollte. Der Entwurf wurde auch nicht vollumfänglich in der Obligationenrechtsrevision von HUBER berücksichtigt, der die Materie der Gewerbegesetzgebung überlassen wollte. Vgl. zum Ganzen BÄNZIGER, Entstehung Bankengesetz, 34 ff.; BÄNZIGER, Entwicklung Bankenaufsicht, 46 ff., 55 ff. und 61 ff.

⁸⁴⁰ Vgl. eingehend dazu KLEY, Notrecht, 127 ff. Zur Weltwirtschaftskrise und zu ihren Auswirkungen auf die Schweizer Banken vgl. BÄNZIGER, Entstehung Bankengesetz, 54 ff.; BÄNZIGER, Entwicklung Bankenaufsicht, 84 ff.; EHRSAM, 83 ff.

⁸⁴¹ Vgl. dazu auch BÄNZIGER, Entstehung Bankengesetz, 22 ff.; BÄNZIGER, Entwicklung Bankenaufsicht, 28 ff.

⁸⁴² Die Sozialdemokraten machten die Bankenkontrolle sogar zu einem Wahlkampfthema. Allerdings ging es ihnen damals nicht um eine Polizeiaufsicht über die Banken, sondern letztlich um eine staatliche Kreditkontrolle, die die Einführung der planmässigen Wirtschaft erleichtern sollte (vgl. dazu BÄNZIGER, Entstehung Bankengesetz, 59 und 79; BÄNZIGER, Entwicklung Bankenaufsicht, 59 und 90 ff.).

⁸⁴³ Vgl. BÄNZIGER, Entstehung Bankengesetz, 60 ff. und 66 ff.; BÄNZIGER, Entwicklung Bankenaufsicht, 92 ff.

Zwischenbilanzen der Nationalbank einzureichen. Die Nationalbank widersetzte sich aber diesem Vorschlag. Zusammengefasst brachte sie vor, die richtige Erfüllung ihrer Hauptaufgabe, der monetären Aufsicht, nicht gefährden und ausserdem keine Verantwortung für die Geschäftsführung der Banken übernehmen zu wollen.⁸⁴⁴ Ein Vorschlag ihrerseits bildete aber schliesslich Grundlage für weitere Diskussionen: In Anlehnung an die Regelung in Deutschland schlug die Nationalbank der Expertenkommission nämlich vor, für die Beratung bankpolitischer Massnahmen eine fünfzehnköpfige Bankenkommission einzusetzen, die aus Vertretern des Finanz- und Volkswirtschaftsdepartements, der Nationalbank, der Banken und der grossen Wirtschaftsverbände zusammengestellt werden sollte. Mit dem Vollzug des Gesetzes sollte ein Ausschuss mit Vertretern des Bundes und der Notenbank betraut werden.⁸⁴⁵ Der Vorschlag wurde noch einige Male abgeändert, bevor schliesslich der Kompromiss – eine aus fünf Mitgliedern bestehende unabhängige Bankenkommission – Eingang in den Gesetzesentwurf und in die Botschaft zum Bundesgesetz fand und Gegenstand der parlamentarischen Beratungen wurde.⁸⁴⁶

Nach der Botschaft zum ersten Bankengesetz sollten verschiedene Massnahmen «die den Gläubigern zu verschaffende Sicherheit (...) verwirklichen. Zunächst sollen die Grundsätze einer richtigen innern Organisation, mit genauer Umschreibung der Zuständigkeit und Verantwortung der verschiedenen Verwaltungsorgane, allgemein durchgeführt werden.»⁸⁴⁷ Ferner sollten Rechnungslegungsregeln aufgestellt werden sowie eine «strenge fachmännische Kontrolle, die für alle Banken obligatorisch ist».⁸⁴⁸ Die Notwendigkeit einer «Kontrolle» über die Banken begründete die Botschaft zum BankG insb. mit der grossen Bedeutung des Bankwesens für die Schweiz sowie im Hinblick auf die «Häufung einer grossen wirtschaftlichen Macht» auf ihrer Seite. «Der unbeschränkte Einfluss derer, die den Geldmarkt beherrschen und den Kredit verteilen, ist unbestreitbar einer der grossen Machtfaktoren der Gegenwart», und vor diesem Hintergrund habe sich die Banktätigkeit zu einer Art «öffentlicher Dienst» entwickelt.⁸⁴⁹

Das Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (BankG) wurde schliesslich 273 unter dem Druck der damaligen finanzpolitischen Ereignisse im Eiltempo von den

⁸⁴⁴ Vgl. u.a. BODENMANN, 258; BÄNZIGER, Entwicklung Bankenaufsicht, 92 f.

⁸⁴⁵ BÄNZIGER, Entwicklung Bankenaufsicht, 112 ff.; vgl. dazu auch BODENMANN, 258.

⁸⁴⁶ Vgl. dazu BODENMANN, 258; vgl. auch BÄNZIGER, Entwicklung Bankenaufsicht, 112 ff. und 118 ff. insb. zum parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren.

⁸⁴⁷ Botschaft BankG, BBl 1934 I 175.

⁸⁴⁸ *Ebd.*, BBl 1934 I 175.

⁸⁴⁹ *Ebd.*, BBl 1934 I 171 f.

Räten am 8. November 1934 erlassen.⁸⁵⁰ Es ist am 1. März 1935 in Kraft getreten,⁸⁵¹ und zwar als einzige Vorlage der Krisenjahre, die als ordentliches Bundesgesetz – und nicht in Form dringlicher Bundesbeschlüsse – verabschiedet werden konnte.⁸⁵²

Das BankG stützte sich hauptsächlich auf Art. 34^{ter} aBV, der den Bund zur Gesetzgebung auf dem Gebiet des Gewerbewesens ermächtigte.⁸⁵³ Ein eigener Bankenartikel wurde erst im Jahre 1947 und damit nachträglich, als das BankG bereits in Kraft war, in die Verfassung eingefügt, nachdem sich die Bedenken HUBERS durchgesetzt hatten, dass einzelne Bestimmungen des Bankengesetzes mit der Handels- und Gewerbefreiheit nicht vereinbar waren und somit eine genügende Verfassungsgrundlage fehlte.⁸⁵⁴ Heute erteilt Art. 98 Abs. 1 und Abs. 2 BV dem Bund – über die generelle Ermächtigungsnorm von Art. 95 Abs. 1 BV hinaus – die Kompetenz und Aufgabe, Vorschriften über das Banken- und Börsenwesen sowie über Finanzdienstleistungen in anderen Bereichen zu erlassen, und trägt ihm dabei auf, den besonderen Aufgaben und der Stellung der Kantonalbanken Rechnung zu tragen.⁸⁵⁵

- 274 Das Bankengesetz wählte schliesslich ein duales Aufsichtssystem: Die direkte Aufsicht über die Bankinstitute wurde durch unabhängige und fachkundige Revisionsstellen ausgeübt, die wiederum der Aufsicht der Eidgenössischen Bankenkommision (EBK) unterstanden. Diese Methode – die auch im Ausland kein direktes Vorbild hatte – sollte eine wirksame und anpassungsfähige Kontrolle gewährleisten, ohne jeglichen «etatistischen»,⁸⁵⁶ bürokratischen Charakter. Zwar wurde die Bankenkommision schliesslich als öffentlich-rechtliche Verwaltungs-

⁸⁵⁰ Von den ersten Vorentwürfen bis zur Schlussabstimmung der eidgenössischen Räte dauerte es insgesamt weniger als zwei Jahre (vgl. dazu REIMANN, 15).

⁸⁵¹ AS 51 117.

⁸⁵² Für einen Überblick über die Entstehungsgeschichte des BankG vgl. BSK BankG-MÜLLER, Einleitung N 5 m.w.H.; EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 206 f.; REIMANN, 10; BÄNZIGER, Entstehung Bankengesetz, 3 ff. und 66 ff.; vgl. auch NOBEL, Finanzmarktrecht, § 7 N 21 ff.

⁸⁵³ Vgl. dazu REIMANN, 14; BÄNZIGER, Entstehung Bankengesetz, 70; vgl. auch BÄNZIGER, Entwicklung Bankenaufsicht, 38 f. mit dem Hinweis, dass auch ein Gutachten EUGEN HUBERS zum Schluss gekommen war, dass ein Bankengesetz auf den Gewerbeartikel der Bundesverfassung abgestützt werden durfte.

⁸⁵⁴ Zur Entstehung von Art. 31^{quater} aBV 1874 vgl. BÄNZIGER, Entwicklung Bankenaufsicht, 154 ff.; vgl. auch RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 35 N 20 ff.

⁸⁵⁵ Mit Art. 98 BV ist damit sichergestellt, dass Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit im Bereich des Banken-, Börsen- und Privatversicherungsrechts eine verfassungsmässige Grundlage besitzen. Vgl. zur Kontroverse im Zusammenhang mit dem Bankengesetz WERLEN, 152 ff.

⁸⁵⁶ Vgl. REIMANN, 11.

behörde des Bundes ausgestaltet und dem Bundesrat als ihrem Wahlorgan direkt unterstellt. Der Bundesrat hatte jedoch keine Kompetenzen, um in den Tätigkeitsbereich der Behörde einzugreifen; auch sollte ihm dafür keine Verantwortung zukommen.⁸⁵⁷ Bewusst wurde mit dem Bankengesetz die Aufsicht auch weder einem Bundesdepartement noch einem in die Bundesverwaltung eingegliederten Amt übertragen, um gerade nicht eine unmittelbare Verantwortlichkeit des Staates zu begründen.⁸⁵⁸ Eine von der Bundesverwaltung getrennte Kommission würde, so die Überlegung, weniger auf Misstrauen stossen als eine staatliche Behörde.⁸⁵⁹

Wie noch aufzuzeigen sein wird, machte das Aufsichtsmodell der EBK Schule.⁸⁶⁰ 275
Organisation und Struktur der EBK wurden in den kommenden Jahren nicht zufällig für weitere Aufsichtskommissionen übernommen, so z.B. für die Wettbewerbs- und die Kommunikationskommission.⁸⁶¹ Ausserdem wurden Aufgabenfeld und Aufsichtsinstrumentarium dieser Behörde sukzessive erweitert.⁸⁶² Heute übernimmt die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) als integrierte Finanzmarktaufsichtsbehörde sämtliche dieser Funktionen, wobei in ihr die damals getrennten Aufsichtsbehörden EBK, BPV und Kst GwG zusammengeführt wurden.⁸⁶³

⁸⁵⁷ *Ebd.*, 75. – Allerdings stellte das Bundesgericht im Jahre 1990 klar, dass sich Haftungsansprüche aufgrund eines Fehlverhaltens der EBK dennoch direkt gegen den Bund zu richten hatten (vgl. BGE 116 Ib 193, E. 1; dazu hinten N 760).

⁸⁵⁸ Botschaft BankG, BBl 1934 I 179–181; vgl. auch REIMANN, 75.

⁸⁵⁹ Zur rechtlichen Ausgestaltung der EBK vgl. etwa REIMANN, 75; GRISEL, 151 ff.; BODENMANN, 257 ff. Zur heute geltenden dualen Finanzmarktaufsicht vgl. etwa hinten N 723 ff.

⁸⁶⁰ Dazu hinten N 918.

⁸⁶¹ BIAGGINI, Behördenorganisation, 39; vgl. dazu auch WEBER ET AL., 137 ff.

⁸⁶² Zusätzlich zur Bankenaufsicht übernahm die EBK 1966 auch die Aufsicht über die Anlagefonds sowie 1995, mit Inkrafttreten des Börsengesetzes, die Aufsicht über die Börsen sowie über die Effektenhändlerinnen und Effektenhändler. Ebenfalls unter die Aufsicht der EBK fiel die Aufsicht nach dem Bundesgesetz vom 25.6.1930 über die Ausgabe von Pfandbriefen. Im Übrigen war die Aufsicht über den schweizerischen Finanzmarkt im Wesentlichen so organisiert, dass neben der EBK das Bundesamt für Privatversicherungen (BPV) als Institutsaufsicht über Versicherungsgesellschaften in der Schweiz tätig war. Für die ihnen unterstellten Institute nahmen EBK und BPV ausserdem die Aufsicht im Bereich Bekämpfung der Geldwäscherei wahr. Für die übrigen Finanzintermediäre wurde 1997 durch das Geldwäschereigesetz (GwG) die Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei (Kst GwG) geschaffen. Vgl. zum Ganzen die Übersicht in Botschaft FINMAG, BBl 2006 2833 ff.

⁸⁶³ Botschaft FINMAG, BBl 2006 2834 ff.

VI. Aufsichtsrechtliche Entwicklungen in der Nachkriegszeit

A. Ausbau des Sozial- und Interventionsstaates

- 276 Am selben Tag, an dem das Referendum gegen das AHV-Gesetz in der Volksabstimmung scheiterte, nämlich am 6. Juli 1947,⁸⁶⁴ wurden die neuen Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung angenommen.⁸⁶⁵ Beide Vorlagen formulierten Erwartungen an einen schützenden und krisenbekämpfenden Staat. So hatte etwa Art. 31^{bis} Abs. 1 aBV 1874 den folgenden Wortlaut:

«Der Bund trifft im Rahmen seiner verfassungsmässigen Befugnisse die zur Mehrung der Wohlfahrt des Volkes und zur wirtschaftlichen Sicherung der Bürger geeigneten Massnahmen.»⁸⁶⁶

- 277 Dieser sog. «Wohlfahrtsartikel» verdeutlichte zusammen mit Art. 2 aBV 1874 das Verständnis, wonach die Gewährleistung der Wirtschaftsfreiheit und der privatwirtschaftlichen Ordnung Mittel zur «Beförderung [der] gemeinsamen Wohlfahrt»⁸⁶⁷ sind und zur Verwirklichung gerechter Lebensverhältnisse beitragen.⁸⁶⁸ In den kommenden Jahren bildeten die so verstandenen Wirtschaftsartikel die Grundlage für die Weiterführung der sog. Interventionspolitik des Bundes und lieferten eine nachträgliche Verfassungsgrundlage für eine Reihe von Regulierungen aus der Kriegs- und Krisenzeit, die weitergeführt werden sollten.⁸⁶⁹

⁸⁶⁴ Dazu vorne N 268 m.w.H.

⁸⁶⁵ BR, Erwerbsbeschluss vom 20.9.1947, BBl 1947 III 176 ff., sowie BR, Erwerbsbeschluss vom 1.10.1947, AS 63 1041; vgl. zu den am 1.10.1947 in Kraft getretenen neuen Wirtschaftsartikeln REICH, Wirtschaftsfreiheit, N 601 ff.

⁸⁶⁶ Vgl. dazu RHINOW in: Kommentar aBV 1874, Art. 31^{bis} N 6 ff. m.w.H.

⁸⁶⁷ Der gesamte Wortlaut von Art. 2 aBV 1874 lautete: «Der Bund hat zum Zweck: Behauptung der Unabhängigkeit des Vaterlandes gegen aussen, Handhabung von Ruhe und Ordnung im Innern, Schutz der Freiheit und der Rechte der Eidgenossen und Beförderung ihrer gemeinsamen Wohlfahrt.»

⁸⁶⁸ Vgl. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 4 N 15. – Auch die neue Bundesverfassung hält an diesen Vorgaben fest. So heisst es heute in Art. 2 Abs. 2 BV: «Sie [die Schweizerische Eidgenossenschaft] fördert die gemeinsame Wohlfahrt, die nachhaltige Entwicklung, den inneren Zusammenhalt und die kulturelle Vielfalt des Landes.» Die Wohlfahrt wird ferner in Art. 54 Abs. 2 sowie Art. 94 Abs. 2 BV genannt.

⁸⁶⁹ Vgl. auch RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 3 N 66; KLEY, Geschichte, 202 f.

Auch die neu auf Verfassungsebene verankerte Handels- und Gewerbefreiheit stand unter dem Vorbehalt staatlicher Lenkungsmaßnahmen: Art. 31^{bis} Abs. 3 lit. a aBV 1874 sah etwa die Bundeskompetenz vor, «[w]enn das Gesamtinteresse es rechtfertigt (...), nötigenfalls in Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit Vorschriften zu erlassen zur Erhaltung wichtiger, in ihren Existenzgrundlagen gefährdeter Wirtschaftszweige oder Berufe». Ferner ermächtigte Art. 31^{bis} Abs. 3 lit. d aBV 1874 dem Bund, (öffentlich-rechtliche) Vorschriften zu erlassen «gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen».⁸⁷⁰

Deutlich wurde das neue Staats- (und damit verbundene Aufsichts-)Verständnis 278 z.B. bei OSWALD. Der Freiburger Professor hielt 1943 die liberale Ablehnung jeglicher staatlichen Intervention für eine «Zeitwidrigkeit», sei doch die soziale Frage zur eigentlichen Schicksalsfrage geworden. Die staatliche Macht leihe dem Individuum die helfende Hand u.a., «um es nicht untergehen zu lassen im Kampf gegen Wirtschaftskräfte, die sich der Aufsicht des Staates zu entziehen gewusst» hätten.⁸⁷¹

Die Rede war vom «Sozial- und Interventionsstaat» – Begriffe, die im deutsch- 279 sprachigen Raum nun positiv besetzt waren⁸⁷² und den Staat in den Nachkriegsjahren prägten. So kam es zu zahlreichen sozial- und wirtschaftspolitischen Kompetenzerweiterungen des Bundes, und der Staat übernahm ganz selbstverständlich immer mehr Aufgaben;⁸⁷³ die Frage war nicht mehr, *ob* der Bund sozialstaatliche Aufgaben übernehmen, sondern *wie weit* er dabei gehen sollte.⁸⁷⁴

⁸⁷⁰ Es hatte sich allmählich die Erkenntnis durchgesetzt, «dass es nicht genügt, die Handels- und Gewerbefreiheit im Verhältnis zum Staat zu gewährleisten, wenn die Privaten unter Berufung auf die Privatautonomie ihrerseits den Wettbewerb beschränken» (Botschaft KG 1961, BBl 1961 II 563; vgl. dazu auch Botschaft Wirtschaftsartikel 1937, BBl 1937 II 849 f.). Zur Entstehung des Kartellgesetzes vgl. sogleich N 282 ff.

⁸⁷¹ OSWALD, Fn. 128 (S. 481a).

⁸⁷² Vgl. KLEY, Geschichte, 122 f. m.w.H.; zum Begriff des Sozialstaates vgl. auch G. RITTER, 10 ff., welcher diesen Begriff dem Konzept des «Wohlfahrtsstaates» vorzieht.

⁸⁷³ Vgl. den beispielhaften Überblick bei RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN § 3 N 66 ff.; vgl. auch KLEY, Geschichte, 293 f.

⁸⁷⁴ KLEY, Geschichte, 295.

- 280 Gleichzeitig war die politisch ruhigere Phase der Nachkriegszeit durch ein deutliches Erstarken der Wirtschaft sowie grosse gesellschaftliche Veränderungen beeinflusst. Die verbesserten Lebensbedingungen ermöglichten nicht zuletzt neue, individualistische Entfaltungsmöglichkeiten; mit dem Ende der autoritären Epoche brach mit dem Jahr 1968 in vielerlei Hinsicht eine neue Zeit an. Als Gegenpol zur staatlichen Sozialgestaltung und wirtschaftlichen Steuerung wurden die persönliche Freiheit und die individuelle Verantwortung der Gesellschaftsmitglieder besonders hervorgehoben.⁸⁷⁵ Anstelle einer radikalen Auslegung der freiheitlichen Grundordnung wurde jedoch der Kompromisscharakter der Verfassung betont.⁸⁷⁶

Entsprechend erkannte auch die Rechtsprechung sozialpolitische Staatsaufgaben als legitime Motive für Freiheitseinschränkungen an, insb. für Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit,⁸⁷⁷ und auch die sich durchsetzende konstitutiv-institutionelle Grundrechtstheorie machte deutlich, dass Freiheitsrechte nicht nur vor Staatseingriffen schützen, sondern dass der Staat für die reale Verwirklichung der Grundrechte auch verantwortlich ist.⁸⁷⁸

- 281 Die zunehmende Rechtsetzung verdeutlichte den vorherrschenden Glauben an die staatliche Gestaltbarkeit der Gesellschaft und ihre wirtschaftliche Steuerung in dieser Zeit,⁸⁷⁹ der sich z.B. in den politischen Planungen und Gesamtkonzeptionen der 1970er-Jahren, der Raumplanung sowie der damaligen staatlichen Konjunktur- und Wirtschaftspolitik manifestierte.⁸⁸⁰ Anhand der Entstehung des Kartellgesetzes lassen sich die veränderten Auffassungen der Handels- und Gewerbefreiheit aufzeigen, die diesen neuen Eifer ermöglichten.

⁸⁷⁵ Vgl. *ebd.*, 295 m.w.H. GIACOMETTI sah in den liberalen Freiheitsrechten pointiert «eine verfassungsrechtliche Beschränkung der staatlichen Wirksamkeit und einen Wall gegen die Aktualisierung der Staatsallmacht» (vgl. GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, 243 f.).

⁸⁷⁶ Vgl. zum Ganzen KLEY, Geschichte, 296 ff. m.w.H.; G. MÜLLER, Rechtsetzung, 78 f. Auch GIACOMETTI hielt fest, dass sich der freiheitliche Staat und der Sozialstaat nicht gegenseitig ausschliessen müssten (vgl. GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, 1 f. sowie Fn. 3).

⁸⁷⁷ Vgl. dazu etwa BGE 97 I 499, E. 4c; vgl. dazu auch KLEY, Geschichte, 302 f.

⁸⁷⁸ Vgl. ausführlich zur Entwicklung der Grundrechtsdebatte und zur konstitutiv-institutionellen Grundrechtstheorie im Besonderen KLEY, 304 ff., 310 ff. sowie 459 ff.

⁸⁷⁹ G. MÜLLER, Rechtsetzung, 78 f.; vgl. auch KLEY, Geschichte, 296.

⁸⁸⁰ Art. 31^{quinquies} aBV 1874 wurde 1978 eingefügt (Bundesbeschluss Konjunkturartikel vom 7.10.1977, AS 1978 484 f.). Nach dieser Bestimmung verpflichtete sich der Bund, für eine ausgeglichene konjunkturelle Entwicklung zu sorgen.

B. Entstehung des Kartellgesetzes

Die 1874 in die Bundesverfassung aufgenommene Handels- und Gewerbefreiheit wurde in erster Linie als Abwehrrecht gegen den Staat konzipiert. Als solches stand sie einem Zusammenschluss von Produzenten in Verbänden mit dem Zwecke, die eigenen Preise zu stützen, nicht im Wege.⁸⁸¹ In der Zeit der Weltkriege und Wirtschaftskrisen zu Beginn des 20. Jahrhunderts kam es immer häufiger zu Kartellbildungen. Unternehmen versuchten, sich aus wirtschaftlichen Notlagen durch «kartellistischen Zusammenschluss» zu befreien.⁸⁸²

Nach den Auffassungen dieser Zeit hätte die Kontrolle und Beschränkung von Kartellen eine Beeinträchtigung der Handels- und Gewerbefreiheit bedeutet, weshalb während langer Zeit nur eine Missbrauchsbekämpfung gegen Kartelle zulässig war,⁸⁸³ hingegen kein konsequenter Wettbewerbsschutz.⁸⁸⁴ Wie KLEY ausführt, galt bis in die 1980er-Jahre das «axiomatische Dogma»,⁸⁸⁵ «dass jede staatliche Massnahme gegen die damalige Handels- und Gewerbefreiheit eine ideologisch schwer zu rechtfertigende Abweichung vom rechten Weg darstelle».⁸⁸⁶

Erst mit dem Kartellgesetz von 1995 und dem in Art. 27 der neuen Bundesverfassung von 1999 verankerten Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit begann in der Schweiz eine neue wettbewerbspolitische Ära, die dem Schutz des Wettbewerbs verpflichtet war.⁸⁸⁷

⁸⁸¹ Eingehend dazu KLEY, DIKE-KG, Vor Art. 1, N 2 und N 17 ff.

⁸⁸² Botschaft KG 1961, BBl 1961 II 558 f. mit Verweis auf den Bericht der Preisbildungskommission (dazu hinten N 286 m.w.H.); vgl. auch KLEY, DIKE-KG, Vor Art. 1, N 17 ff. – 1926 wurde immerhin die Eidgenössische Preisbildungskommission eingesetzt, die in der Folge einzelne Märkte und Preisverhältnisse untersuchte (vgl. dazu Ziff. II.1 der Verfügung des EVD vom 28.12.1926, abgedruckt bei MARBACH, Rückblick, 243 ff.; vgl. auch Botschaft KG 1961, BBl 1961 II 554).

⁸⁸³ Botschaft KG 1961, BBl 1961 II 554; vgl. dazu auch KLEY, DIKE-KG, Vor Art. 1, N 46 insb. mit dem Hinweis, dass damit die Rechtsprechung des Bundesgerichts (vgl. dazu *ebd.*, N 31 ff.) übernommen worden sei.

⁸⁸⁴ Zu einem solchen Verständnis der Missbrauchsgesetzgebung vgl. KLEY, DIKE-KG, Vor Art. 1, N 49 (Fn. 121 m.w.H.).

⁸⁸⁵ Vgl. *ebd.*, N 56 mit Verweis auf USTERI, Handels- und Gewerbefreiheit, 766.

⁸⁸⁶ KLEY, DIKE-KG, Vor Art. 1, N 56.

⁸⁸⁷ Vgl. dazu *ebd.*, Vor Art. 1, N 50 ff. und N 54 ff.; CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, Introduction générale, N 152 ff. m.w.H.

- 285 Nach dem Ersten Weltkrieg und der Wirtschaftskrise der 1930er-Jahre wurden allerdings Befürchtungen laut, dass das (im internationalen Vergleich) hohe schweizerische Preis- und Kostenniveau die notwendige Exportfähigkeit der Schweiz gefährde und die Lebenshaltungskosten in untragbarem Masse in die Höhe treibe. In diesem Zusammenhang geriet die Monopolbildung durch kartellistische Preisvorgaben immer mehr in die Kritik,⁸⁸⁸ weshalb der Bundesrat dem Parlament am 18. März 1935 die Überwachung der Preise beantragte.⁸⁸⁹ Parallel dazu wurde im Laufe der 1930er-Jahre die reine Staatsgerichtetheit des Art. 31 aBV 1874 immer mehr in Frage gestellt.

In der Botschaft zu den neuen Wirtschaftsartikeln erkannte der Bundesrat etwa an, dass sich immer mehr «Organisationen und Verbände, Genossenschaften als Selbsthilfeorganisationen von Produzenten und Konsumenten, Gewerkschaften, Arbeitgeberverbände, Kartelle und kartellähnliche» gegenüber stehen würden.⁸⁹⁰ GIACOMETTI stellte die Beeinträchtigung der Wirtschaftsfreiheit durch die Wirtschaft selbst fest, indem die Vertragsfreiheit auch zur Unterbindung des Wettbewerbs seitens der Privatwirtschaft führe.⁸⁹¹

- 286 Im Jahr 1936 wurde der Eidgenössischen Preisbildungskommission schliesslich eine eingehende Untersuchung des schweizerischen Kartellwesens übertragen – eine Aufgabe, der sie während 21 Jahren nachging und die schliesslich in den 1957 publizierten Bericht «Kartell und Wettbewerb in der Schweiz» mündete.⁸⁹² Unter anderem auf dessen Grundlage wurden in der Folge Gesetzgebungsarbeiten aufgenommen.⁸⁹³ Das Kartellgesetz wurde schliesslich in der Dezembersession 1962

⁸⁸⁸ Vgl. eingehend dazu MARBACH, Preisbildungskommission, 229 ff.; vgl. auch etwa KLEY, DIKE-KG, Vor Art. 1, N 41.

⁸⁸⁹ Vgl. Botschaft Überwachung der Preise, BBl 1935 I 536, wo festgehalten wurde, dass zur «Hochhaltung der Preise in der Schweiz» aber auch beigetragen habe, «dass unsere Wirtschaft weitgehend durchorganisiert ist».

⁸⁹⁰ Botschaft Wirtschaftsartikel 1937, BBl 1937 II 849.

⁸⁹¹ GIACOMETTI, Handels- und Gewerbefreiheit, 177 f., und GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, 286; vgl. auch die Darstellung bei KLEY, DIKE-KG, Vor Art. 1, N 36 f.

⁸⁹² Eidgenössische Preisbildungskommission, Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, 2. Aufl., Bern 1957.

⁸⁹³ Zum Bericht vgl. Komm. KG-SCHMIDHAUSER, Einleitung N 15; vgl. auch KLEY, DIKE-KG, Vor Art. 1, N 35 m.w.H. und N 41 ff. m.w.H. zur Entstehung der Kartellgesetzgebung.

vom Parlament angenommen⁸⁹⁴ und trat am 15. Februar 1964, nach unbenütztem Ablauf der Referendumsfrist, in Kraft.⁸⁹⁵

Als Neuerung enthielt das Gesetz, neben den nach wie vor im Vordergrund stehen- 287
den zivilrechtlichen und zivilprozessualen Vorgaben,⁸⁹⁶ auch verwaltungsrecht-
liche Bestimmungen. In der Botschaft zum Kartellgesetz wurde dazu festgehalten,
dass öffentlich-rechtliche Bestimmungen gegen Wettbewerbsbeschränkungen nur
mit Zurückhaltung entwickelt werden sollten und nur eine subsidiäre Stellung ein-
nehmen würden.⁸⁹⁷ Zwar wurden Vorschriften verwaltungsrechtlicher Natur als
erforderlich erachtet, um das Gesamtinteresse zu wahren und dafür zu sorgen, dass
«schädliche Auswirkungen zuverlässig festgestellt und gegebenenfalls unterbun-
den» werden konnten,⁸⁹⁸ allerdings dienten verwaltungsrechtliche Massnahmen
nicht dazu, den Beteiligten die Anhebung einer Zivilklage zu ersparen.⁸⁹⁹

Neu sah das Kartellgesetz auch eine unabhängige und sachverständige Kartell- 288
kommission als Aufsichtsbehörde vor;⁹⁰⁰ als institutionelles Vorbild diente dabei
die Preisbildungskommission.⁹⁰¹ Wie sie wurde auch die Kartellkommission als
«Überwachungs-, Untersuchungs- und Beratungsorgan»⁹⁰² konzipiert. Gemäss
Art. 17 Abs. 1 KG 62 bestand die Kommission aus elf bis fünfzehn Mitgliedern
aus der Wissenschaft, der Wirtschaft⁹⁰³ und aus Konsumentenkreisen, die vom

⁸⁹⁴ BBl 1963 I 1 ff.

⁸⁹⁵ AS 1964 53; vgl. zum Kartellgesetz von 1962 MERZ, 22 ff.; vgl. auch KLEY, DIKE-KG, Vor Art. 1, N 45 ff.; CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, Introduction générale, N 83 ff. und N 102 ff. zur Praxis unter Anwendung des Gesetzes.

⁸⁹⁶ Vgl. zum privatrechtlich geprägten «Wettbewerbsrecht» vor 1962 etwa den Überblick bei CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, Introduction générale, N 69 ff.

⁸⁹⁷ Botschaft KG 1961, BBl 1961 II 563 f. und 599; vgl. auch WEBER, Kartellrecht, 20 f.; MERZ, 15 ff.

⁸⁹⁸ Botschaft KG 1961, BBl 1961 II 599.

⁸⁹⁹ *Ebd.*

⁹⁰⁰ Vgl. Art. 17 KG 62; vgl. auch Botschaft KG 1961, BBl 1961 II 565, wo ausgeführt wurde, «[b]ei der Durchführung der verwaltungsrechtlichen Vorschriften ist es möglich, ohne grossen Verwaltungsapparat auszukommen. Es soll nicht etwa ein in die staatliche Verwaltung eingegliedertes Kartellamt, sondern eine von der Verwaltung unabhängige Kartellkommission geschaffen werden». Vgl. zu Art. 17 KG 62 auch SCHÜRMANN, Kommentar KG 62, 144 ff.

⁹⁰¹ Botschaft KG 1961, BBl 1961 II 565.

⁹⁰² SCHÜRMANN, Kommentar KG 62, 145.

⁹⁰³ Darunter verstand man von Anfang an sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer (vgl. SCHÜRMANN, Kommentar KG 62, 147).

Bundesrat ernannt wurden.⁹⁰⁴ Als unabhängiges Milizgremium ausgestaltet, war die Kommission nicht an Weisungen des Bundesrates oder der Departemente gebunden und auch nicht in die Hierarchie der Bundesverwaltung eingegliedert.⁹⁰⁵ Dennoch liess sich die Kommission klar als «Behörde im Sinne der Verwaltungsrechtslehre» qualifizieren, d.h. als «ein mit Kompetenzen ausgestattetes staatliches Organ»,⁹⁰⁶ als eine im öffentlichen Interesse tätige «Verwaltungsbehörde».⁹⁰⁷

- 289 Die Kartellkommission hatte allerdings nicht – wie etwa die EBK – gesetzesvollziehende Aufgaben,⁹⁰⁸ sondern den Auftrag, mittels Erhebungen über Stand, Entwicklung und Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen auf die schweizerische Wirtschaft den Staat über die tatsächlichen Verhältnisse auf dem Laufenden zu halten.⁹⁰⁹ Die Berichte über diese Erhebungen wurden veröffentlicht, sofern sich das Departement nicht dagegen aussprach.⁹¹⁰ Im Übrigen hatte die Kommission eine Sammlung derjenigen Urteile anzulegen, die in Anwendung des Gesetzes gefällt wurden, und auch diese periodisch zu veröffentlichen.⁹¹¹

⁹⁰⁴ Die Zusammensetzung der Kommission hatte jedoch – wie auch jüngst im Rahmen der gescheiterten KG-Revision (dazu hinten N 882 ff.) – zu Diskussionen Anlass gegeben: Der bundesrätliche Entwurf ging von sieben bis elf unabhängigen Sachverständigen aus und sah die Beteiligung von Vertretern der Wirtschaft und der Konsumenten vor (vgl. Botschaft KG 1961, BBl 1961 II 601). Im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren wurde die Anzahl Mitglieder jedoch erhöht mit dem Ziel, eine angemessene Vertretung der Landesteile und der gesellschaftlichen Gruppierungen zu ermöglichen. Im Ergebnis war die Kartellkommission wie eine politische Behörde zusammengesetzt (vgl. dazu SCHÜRMANN/SCHLUEP, Art. 20 N II [S. 614]; BSK KG-BANGERTER, Art. 18 N 4; vgl. auch MERZ, 128 f.).

⁹⁰⁵ Vgl. Art. 17 Abs. 2 KG 62. Ein Beizug der Bundesverwaltung oder die Bildung eines in die staatliche Verwaltung eingegliederten Bundeskartellamts z.B. wurde nie ernsthaft erwogen. Vgl. dazu SCHÜRMANN, Kommentar KG 62, 145 sowie 147 f.; SCHÜRMANN/SCHLUEP, Art. 20 N V (S. 617); USTERI, Verhältnis, 17 f.; BSK KG-BANGERTER, Art. 18 N 3.

⁹⁰⁶ Vgl. SCHÜRMANN, Kommentar KG 62, 146; vgl. auch SCHÜRMANN/SCHLUEP, Art. 20 N IV (S. 616).

⁹⁰⁷ SCHÜRMANN, Kommentar KG 62, 147; vgl. SCHÜRMANN/SCHLUEP, Art. 20 N IV (S. 616).

⁹⁰⁸ Vgl. so SCHÜRMANN/SCHLUEP, Art. 20 N IV (S. 617).

⁹⁰⁹ Vgl. Art. 18 KG 62; vgl. auch Botschaft KG 1961, BBl 1961 II 601.

⁹¹⁰ Vgl. Art. 18 Abs. 1 KG 62.

⁹¹¹ Vgl. Art. 18 Abs. 2 KG 62.

Die Kartellkommission konnte zudem den Behörden Empfehlungen zur Wettbewerbspolitik unterbreiten sowie auf Ansuchen den Zivilgerichten sowie Privaten, die ein berechtigtes Interesse nachwiesen, in Kartellsachen von grundsätzlicher Bedeutung Gutachten erstatten.⁹¹² Vor allem aber kam der Kommission die Aufgabe zu, im Auftrag des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements Sonderuntersuchungen durchzuführen, um abzuklären, ob sich bestimmte Kartelle oder ähnliche Organisationen schädlich auswirkten.⁹¹³ In der Folge konnte sie Empfehlungen aussprechen, Kartellbestimmungen abzuändern oder aufzuheben oder bestimmte Verhaltensweisen zu unterlassen.⁹¹⁴ Ihr fehlte hingegen eine Verfügungskompetenz.⁹¹⁵ Eine wirkungsvolle Wettbewerbspolitik konnte unter diesem Gesetz nicht entstehen.⁹¹⁶

Immerhin erstattete sie Bericht und Antrag an das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement, das über weitere, ergänzende Untersuchungen zu befinden hatte (ebenso wie über die Bekanntgabe der Untersuchungsergebnisse).⁹¹⁷ Zusätzlich war vorgesehen, dass das Departement «zur Wahrung des öffentlichen Interesses» unter bestimmten Voraussetzungen verwaltungsrechtliche Klage beim Bundesgericht erheben konnte.⁹¹⁸ Es wurde davon ausgegangen, dass der Klagemöglichkeit eine erhebliche präventive Wirkung zukommen würde.⁹¹⁹ Faktisch

⁹¹² Art. 19 KG 62.

⁹¹³ Vgl. Art. 20 und Art. 21 KG 62. – In diesem Zusammenhang entwickelte die Kommission etwa die sog. «Saldomethode». Danach beurteilte die Kartellkommission anhand des «Saldos» aus einer Abwägung der einzelnen positiven und negativen (d.h. schädlichen) Auswirkungen von Kartellbindungen deren Zulässigkeit. Als Faktoren wurden dabei sowohl wirtschaftliche als auch nicht wirtschaftliche Faktoren berücksichtigt, was zu einer erheblichen Palette an Rechtfertigungsmöglichkeiten führte; die Saldomethode war entsprechend auch Gegenstand von Kritik (vgl. dazu Komm. KG-SCHMIDHAUSER, Einleitung N 29 f.).

⁹¹⁴ Vgl. Art. 20 Abs. 2 KG 62.

⁹¹⁵ Komm. KG-SCHMIDHAUSER, Einleitung N 28 ff.; WEBER, Kartellrecht, 21; CR Concurrency-TERCIER/MARTENET, Introduction générale, N 96.

⁹¹⁶ Vgl. BAUDENBACHER, Bundeswettbewerbsgericht, N 6; vgl. auch KLEY, DIKE-KG, Vor Art. 1, N 46 und N 49.

⁹¹⁷ Vgl. Art. 20 Abs. 3 KG 62.

⁹¹⁸ Vgl. Art. 22 Abs. 1 KG 62.

⁹¹⁹ Botschaft KG 1961, BBl 1961 II 607. – Das Bundesgericht war befugt, bei Gutheissung der Klage des Departements, die erforderlichen Massnahmen anzuordnen, um die schädlichen Auswirkungen zu beseitigen. Dabei konnte es u.a. Kartellbestimmungen aufheben, abändern oder «Vorgehren von Kartellen und ähnlichen Organisationen» verbieten (vgl. dazu Art. 22 Abs. 2 KG 62; vgl. auch Botschaft KG 1961, BBl 1961 II 611).

kam es allerdings nie zu einer entsprechenden Klage vor Bundesgericht; Art. 22 KG 62 blieb toter Buchstabe.⁹²⁰

VII. Zusammenführung der Erkenntnisse

- 292 Die vorangehenden Ausführungen haben gezeigt, dass der Oberbegriff «Aufsichtsrecht» historische Wurzeln hat. Anknüpfen lässt sich insb. an das *ius supremae inspectionis* bzw. das Recht der höchsten Oberaufsicht der Territorialfürsten, das sich bis in das 18. Jahrhundert zurückverfolgen lässt. Es etablierte die staatliche Aufsicht sowohl über die Städte als öffentlich-rechtliche Beaufsichtigte als auch über natürliche und juristische, «private» Personen. Diese Trennung war den Auffassungen der damaligen Zeit allerdings noch fremd; die monopolisierte öffentliche Gewalt beaufsichtigte zunächst einmal «alles» und damit auch, im Grundsatz unterschiedslos, sämtliche «Untertanen».
- 293 Mit der Wende zum 19. Jahrhundert erfuhren aber auch die weitgehenden Aufsichtskompetenzen Einschränkungen. Das neue Staatsverständnis, das nun seinen Anfang nahm, gründete auf der Annahme einer grundsätzlichen Trennung zwischen Staat und Gesellschaft. Der eingreifende Fürsorgestaat wurde zugunsten eines liberalen Staates zurückgedrängt, der die Freiheiten der Einzelnen zu gewährleisten hatte. Der mündige, freie Bürger konnte in der Folge nicht mehr gleich bevormundend beaufsichtigt werden wie davor, auch wenn das Aufsichtsverhältnis als solches nicht in Frage gestellt wurde. Obwohl seither die Staatsaufgaben und damit auch die staatlichen Aufsichtskompetenzen wieder zunahmen – wie aufgezeigt, lassen sich einige Vorläufer der Aufsichtsverhältnisse, die uns nachfolgend noch näher beschäftigen werden, bis in die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts zurückverfolgen –, ein «Zurück» zum allumfassenden «Aufsichtsstaat» des 18. Jahrhunderts gab es nicht mehr. Das Aufsichtsrecht der Gegenwart – sofern man denn, die unterschiedlichen Begriffsverwendungen kennend, von einem solchen sprechen möchte – ist nach wie vor geprägt von diesen gegenläufigen Tendenzen: Der hoheitlichen, autoritären und zum Schutz öffentlicher Interessen eingesetzten, weitreichenden Aufsicht des Staates stehen die grundrechtlich geschützten Freiräume der Privaten gegenüber.⁹²¹

⁹²⁰ Komm. KG-SCHMIDHAUSER, Einleitung N 30.

⁹²¹ Zu regelmässig tangierten Grundrechten vgl. hinten N 1338 ff.

§ 3 Prägende Einflüsse auf das Aufsichtsrecht der Gegenwart

I. Überblick

Seit dem Ende der 1980er Jahre ist die Zahl sog. «*Independent Regulatory Agencies*»⁹²² weltweit exponentiell angestiegen, und zwar in diversen Bereichen sowie in unterschiedlichen Ländern,⁹²³ scheinbar unabhängig von ihrer wirtschaftlichen Entwicklung und ihrem politischen System.⁹²⁴ Einige Autoren gingen angesichts solcher Tendenzen so weit, das geltende Staats- und Demokratieverständnis in Frage zu stellen.⁹²⁵ So sprach etwa MAJONE vom «*regulatory state*» in Europa.⁹²⁶ LEVI-FAUR führte aus:

*«Democratic governance is no longer about the delegation of authority to elected representatives but a form of second-level indirect representative democracy – citizens elect representatives who control and supervise «experts» who formulate and administer policies in an autonomous fashion from their regulatory bastion.»*⁹²⁷

Effektiv setzte Ende des 20. Jahrhunderts eine neue Phase des Umbruchs ein. Zu denken ist etwa an das Ende der Sowjetunion, die Vereinigung der beiden deut-

⁹²² Als solche wird eine spezifische US-amerikanische Organisationsform und «Institutionenkultur» verstanden. Vgl. dazu etwa MASING, 584 ff.; SCHUPPERT, Governance, 261 ff.; BERRINGER, 88 ff.; vgl. auch für einen kurzen Überblick HETTICH/FREYER, 124 ff.

⁹²³ Zu den Agenturen im Europäischen Verwaltungsverbund im Besonderen vgl. etwa SCHMIDT-ASSMANN/SCHÖNDORF-HAUBOLD, § 5 N 30 ff.; TRUTE, Legitimation, § 9 N 106 ff.; MARTINI, § 33 N 182 ff.

⁹²⁴ Vgl. die Studie zu «*regulatory agencies*» von JORDANA/LEVI-FAUR/FERNÁNDEZ I MARÍN, 6 ff., die die rasche Ausbreitung mit einem Diffusionsprozess erklären, den sie auf staatsinterne, grenzüberschreitende sowie sektorspezifische Entwicklungen zurückführen. Interessant ist auch ihre Erkenntnis: Je höher der Anteil von «*agencies*» in anderen Staaten sei, mit welchen der untersuchte Staat Handelsbeziehungen eingegangen sei, desto grösser sei die Wahrscheinlichkeit, dass neue «*agencies*» auch in diesem Staat gegründet würden (*ebd.*, 17). Vgl. zur Studie auch SCHUPPERT, Governance, 265 ff. m.w.H.; VARONE/INGOLD, 39 f.

⁹²⁵ Vgl. dazu VARONE/INGOLD, 40 f.

⁹²⁶ MAJONE, Regulatory State, 139 ff., sowie MAJONE, Rise, 77. Vgl. dazu etwa auch LODGE, 280 ff.; SCHUPPERT, Governance, 273 ff. m.w.H.; SCHUPPERT, Verwaltungsorganisation, § 17 N 47 ff.

⁹²⁷ LEVI-FAUR, 13.

schen Nachkriegsstaaten, die Verdichtung der europäischen Integration (die insb. auch Fragen für die Schweiz aufwarf) sowie das wachsende Bewusstsein für Umwelt- und Nachhaltigkeitsthemen, die insb. den (staats-)grenzüberschreitenden Handlungsbedarf verdeutlichten.⁹²⁸ Die Etablierung und der Ausbau von Aufsichtsregimen wurde in diesem Zeitraum durch einige Entwicklungen besonders begünstigt, die nachfolgend näher beleuchtet werden:

296 Dazu gehören *die Globalisierung und die Internationalisierung von Politik und Recht*, die zu den «Grosstendenzen der Politik- und Staatsentwicklung» seit dem Zweiten Weltkrieg gezählt werden.⁹²⁹ Sie haben zu einer Verschiebung der Ebenen geführt, auf welchen öffentlich-rechtliche Aufgaben heute wahrgenommen werden. Ursprüngliche Staatsaufgaben werden zunehmend an mehr oder weniger institutionalisierte internationale Akteure übertragen, in denen nationale Behörden zusammenkommen.⁹³⁰ Wie aufzuzeigen sein wird, gehören dazu auch Aufsichtsbehörden. Sie sind für die Erfüllung ihrer Aufgaben regelmässig auf den länderübergreifenden Austausch und die internationale Kooperation zwischen den Aufsichtsbehörden verschiedener Staaten angewiesen.⁹³¹ Ferner führt ihre Zusammenarbeit nicht selten zum Erlass transnationaler aufsichtsrechtlicher Standards.⁹³² Es ist die Rede von sich selbstständigenden Aufsichtsbehörden, oder in den Worten SLAUGHTERS von «Aufsichtsnetzwerken»,⁹³³ die inzwischen die (auch von den Staaten) zu vollziehenden internationalen Vorschriften massgeblich beeinflussen.⁹³⁴

297 Auch die politische Forderung nach «*Privatisierung*» ist zu nennen. Seit den 1980ern und insb. 90er-Jahren visiert sie – scheinbar als eine Art Gegenbewegung zu den wachsenden Staatsaufgaben, die insb. die zweite Hälfte des 19. Jahrhun-

⁹²⁸ Vgl. etwa EICHENBERGER, Aufgabenverteilung, 380.

⁹²⁹ DIGGELMANN, Internationalisierung, 1. Im deutschen Schrifttum wird zusätzlich auf die Europäisierung insb. des Verwaltungsrechts hingewiesen (vgl. dazu etwa SCHMIDT-ASSMANN/SCHÖNDORF-HAUBOLD, § 5).

⁹³⁰ So bereits SALADIN, Staaten, 14 und 73 ff.; GRIMM, Zukunft der Verfassung II, insb. 331 ff. Generell zum Einfluss der Internationalisierung und der Europäisierung auf die Schweiz aus politikwissenschaftlicher Sicht A. FISCHER, 599 ff.; vgl. auch B. SCHINDLER, Evolution, 430 f.

⁹³¹ Dazu hinten N 304 ff. und N 312 ff.

⁹³² Dazu hinten N 325 ff.

⁹³³ Vgl. SLAUGHTER, 36 ff. und 266 ff., die von «*government networks*» in «*disaggregated states*» spricht.

⁹³⁴ Dazu hinten N 339 ff.

derts prägten⁹³⁵ – wieder vermehrt⁹³⁶ den staatlichen Aufgaben- und Ausgabenabbau und die Steigerung der Effizienz bei der staatlichen Aufgabenerfüllung an und hat dazu geführt, dass Private vermehrt Staatsaufgaben übernehmen und auch verstärkt in den Regulierungsprozess eingebunden werden. Es ist die Rede von einer «Erosion des Public-Private Split»,⁹³⁷ von einer «Verschränkung zwischen Staat und Gesellschaft» angesichts ihrer zunehmenden Kooperation zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben.⁹³⁸ Dem die korrekte (private) Aufgabenwahrnehmung «gewährleistenden Staat» dient die Aufsicht als wesentliches Instrument, das ausserdem Voraussetzung einer zulässigen Übertragung von (staatlichen) Verwaltungsaufgaben auf Private ist.⁹³⁹

Prägend für unsere Zeit in der westlichen Welt ist ausserdem der seit den 1980er- 298
Jahren diagnostizierte⁹⁴⁰ und insb. seit der Zäsur des 11. Septembers 2001, diversen Finanzkrisen sowie der COVID-Pandemie verstärkte Wandel zum *Präventionsstaat*. Wie sich während solcher Ausnahmestände deutlich gezeigt hat, wird angesichts einer Bedrohungslage reflexartig nach dem Staat gerufen. Er soll nicht nur nachträglich helfen, die Krise aufzufangen, sondern die möglichen Gefahren und Risiken für die Gesellschaft bereits im Ansatz erkennen und vorsorglich eindämmen. Nachfolgend wird aufgezeigt, dass sich das Aufsichtsrecht im präventionsstaatlichen Umfeld besonders gut etablieren konnte.⁹⁴¹ Anhand des Aufsichtsrechts lassen sich ausserdem staatsinterne Veränderungen illustrieren, die in den westlichen Präventionsstaaten der Gegenwart zunehmend Verbreitung finden. Dabei trägt das Aufsichtsrecht auch zu solchen Entwicklungen bei, indem es das präventionsstaatliche, regulatorische Gerüst unterstützt und mitformt.⁹⁴²

Schliesslich wäre eine Darstellung der zeitgeschichtlichen Hintergründe des Auf- 299
sichtsrechts keine vollständige, ohne auf die *Digitalisierung* zu sprechen kommen, die seit den 1990er-Jahren auch die soeben genannten Entwicklungen geprägt und z.T. beschleunigt hat und unser Leben auf gesellschaftlicher, wirtschaftlicher und

⁹³⁵ Dazu vorne N 217 ff.

⁹³⁶ Die Forschung im Bereich der europäischen Rechtsgeschichte hat gezeigt, dass ein Pluralismus der Akteure und Handlungsformen bereits im 19. Jahrhundert stattfand (VEC, 35 m.w.H.).

⁹³⁷ PETERS, Globalisierung, 145.

⁹³⁸ DREIER, 299.

⁹³⁹ Vgl. zum Ganzen hinten N 367 ff.

⁹⁴⁰ Vgl. etwa DENNINGER, 1 ff.; GRIMM, Wandel, 296 ff.

⁹⁴¹ Dazu hinten N 374 ff.

⁹⁴² Dazu hinten N 381 ff.

politischer Ebene bis heute verändert und weiterhin stark beeinflusst.⁹⁴³ Die Digitalisierung wirkt sich auch auf die zu beaufsichtigenden Sachverhalte aus. Darüber hinaus lassen sich datenbasierte Technologien auch für die Aufsichtsausübung fruchtbar machen. Die damit verbundenen Fragestellungen eröffnen ein neues Forschungsfeld, das den Rahmen dieser Untersuchung sprengen würde. Nachfolgend sollen lediglich einzelne Themenbereiche kurz angesprochen werden, die auch einen Ausblick auf mögliche neue Entwicklungen im Aufsichtsrecht geben.⁹⁴⁴

II. Transnationales Aufsichtsrecht

A. Einleitende Bemerkungen

- 300 Die Aufsichtsbehörden sind jeweils einem Staat zugeordnet, entsprechend beschränken sich ihre hoheitlichen Kompetenzen zunächst auf das Staatsgebiet ihrer Zuständigkeit.⁹⁴⁵ Insbesondere auch in Zeiten der Digitalisierung hält sich der Gegenstand ihrer Aufsichtstätigkeit jedoch nur selten an die Staatsgrenzen, was zu einem staatlichen «Kontroll- und Steuerungsdilemma» führt.⁹⁴⁶ Dies wurde etwa angesichts der Finanzkrise von 2007 bis 2009 besonders deutlich, als sich eine zunächst örtlich begrenzte Krise über die global vernetzten und von gegenseitigen Wechselwirkungen geprägten Finanzmärkte innerhalb kürzester Zeit weltweit verbreitete und zu einer Systemkrise führte. Ferner ist die schweizerische Wirtschaft, auch im internationalen Vergleich, in besonderem Masse mit dem Ausland und insb. mit der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten verflochten. So entwickelt und produziert bspw. die Heilmittelindustrie komplexe Arzneimittel und Medizinprodukte fast immer in verschiedenen Ländern und sieht grenzüberschreitende Lieferketten vor. Ausserdem müssen jeweils neueste Erkenntnisse, Technolo-

⁹⁴³ Vgl. etwa zu den Herausforderungen der sog. «digitalen Konstellation» für den Staat, aber auch für die Gesellschaft bzw. potenziell jede Einzelperson PERNICE, 181 ff.

⁹⁴⁴ Dazu hinten N 388 ff.

⁹⁴⁵ Das Territorialitätsprinzip beruht auf dem völkerrechtlichen Grundsatz des Verbots von Hoheitsakten auf fremdem Territorium, das in der Schweiz etwa in Art. 271 StGB eine rechtliche Verankerung erfahren hat (vgl. dazu etwa BSK StGB II-HUSMANN, Vor Art. 271–274, N 1 ff. und insb. N 6, sowie Art. 271 N 1 ff.). Zum Territorialitätsprinzip vgl. etwa WILDHABER, Jurisdiktionsgrundsätze, 103 ff.; VERDROSS/SIMMA, insb. § 1019 f., § 1022, § 1038 ff., § 1183 ff. Zu den Herausforderungen im Rahmen der Auslegung dieser Norm mit Blick auf die Finanzmarktaufsicht vgl. etwa ARQUINT, 135 m.w.H.

⁹⁴⁶ Vgl. dazu KAHL, Rechts- und Sachkontrolle, § 253 N 5 ff.

gien und Therapieansätze aus Forschung und Entwicklung im Gesundheitsbereich berücksichtigt werden und wirken sich i.d.R. auch in aufsichtsrechtlicher Hinsicht aus. Eine grenzüberschreitende Zusammenarbeit zwischen den Aufsichtsbehörden der betroffenen Staaten erscheint in solchen Konstellationen als unerlässlich; nur eine international koordinierte Aufsichtstätigkeit ist heutzutage in der Lage, auch grenzüberschreitend zu einer hohen Aufsichtsqualität zu führen.⁹⁴⁷ Regelmässig sind die zuständigen Aufsichtsbehörden auf die Informationen der Aufsichtsbehörden desjenigen Staates angewiesen, auf dessen Territorium die beaufsichtigten Unternehmen tätig sind bzw. sich ihre Tätigkeiten auswirken.⁹⁴⁸

Nachfolgend wird die grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden zum Zwecke der Rechtsanwendung und -durchsetzung näher beleuchtet, wobei sich unterschiedliche Intensitätsgrade der behördlichen Kooperation unterscheiden lassen: So kann im Einzelfall ein Amtshilfeverfahren ausgelöst und damit die grenzüberschreitende Zusammenarbeit zwischen Aufsichtsbehörden nötig werden.⁹⁴⁹ Der Informationsaustausch und das behördliche Zusammenwirken können aber auch zunehmend institutionalisierte Züge annehmen und dabei zu ständigen Plattformen der Zusammenarbeit führen.⁹⁵⁰ 301

Wie aufzuzeigen sein wird, führen solche Kooperationsformen häufig auch zur gemeinsamen Erarbeitung sektorspezifischer, transnationaler Aufsichtsstandards.⁹⁵¹ Grenzüberschreitende harmonisierte aufsichtsrechtliche Normen sollen helfen, ein qualitativ ausreichendes Aufsichtsniveau sicherzustellen sowie inkonsistente und ineffiziente Resultate etwa durch die parallele Anwendung unterschiedlicher lokaler Vorgaben zu verhindern. Sie tragen ausserdem wesentlich dazu bei, dass die beaufsichtigten Akteure der Aufsicht nicht einfach dadurch entgehen können, dass sie ihre geschäftlichen Aktivitäten in eine andere Rechtsordnung verlagern.⁹⁵² Trotz z.T. grundsätzlicher Fragestellungen, die angesichts solcher Erlasse allerdings mitschwingen,⁹⁵³ wirken sie sich nicht selten prägend auf das nationale Aufsichtsrecht aus.⁹⁵⁴ 302

⁹⁴⁷ Vgl. etwa BALZLI/LANDGRAF, 113.

⁹⁴⁸ Die rechtliche Erfassung grenzüberschreitender Tätigkeiten ist nicht immer einfach. Vgl. dazu etwa im Finanzmarktbereich EGGEN/SCHAEFER, 368 ff.

⁹⁴⁹ Dazu hinten N 304 ff.

⁹⁵⁰ Dazu hinten N 312 ff.

⁹⁵¹ Dazu hinten N 325 ff.

⁹⁵² EGGEN/SCHAEFER, 368 f.; vgl. auch SGHB Finanzmarktrecht I-BARTHOLET, § 5 N 20 ff.

⁹⁵³ Dazu hinten N 343 ff.

⁹⁵⁴ Dazu hinten insb. N 363 f.

- 303 Die nachfolgende Veranschaulichung des transnationalen Aufsichtsrechts verdeutlicht internationale Dimensionen des Verwaltungsrechts,⁹⁵⁵ vermag die angesprochenen Themenkreise selbstredend aber nicht abschliessend zu behandeln. Das wird aber auch nicht versucht; die folgenden Ausführungen beschränken sich hauptsächlich auf eine Darstellung grenzüberschreitender Dimensionen des Finanzmarkt- und Heilmittelaufsichtsrechts.

B. Grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden

- 304 Die grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden ist wesentlich geprägt durch die gegenseitige Amtshilfe. Nach eigenen Angaben der FINMA etwa gehört sie weltweit zu den meistangefragten Behörden, an die sich internationale Amtshilfegesuche richten.⁹⁵⁶ Selbstverständlich ist aber auch sie, wie andere Aufsichtsbehörden, befugt, im Rahmen der internationalen Amtshilfe zum Vollzug der bundesrechtlichen Vorgaben und zur Ausübung ihrer Aufsichtsaufgaben ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden um Informationen zu ersuchen.⁹⁵⁷ Ferner kann sie darauf angewiesen sein, dass Beaufsichtigte im Ausland über-

⁹⁵⁵ Die Internationalisierung des Verwaltungsrechts ist schon lange anerkannt und gründet auf Entwicklungen, die auf die erste Hälfte des 19. Jahrhunderts zurückgeführt werden (PROELSS, § 57 N 1 m.w.H.; KAHL, Verflechtung, § 30 N 38 ff.). Seit dem Beginn des 21. Jahrhunderts wird sie unter dem Begriff «*Global Administrative Law*» bzw. «Globales» oder «Internationales Verwaltungsrecht» (zu den unterschiedlichen Begrifflichkeiten vgl. etwa SCHMIDT, Internationalisierung, § 9 N 1 ff.; KAHL, Verflechtung, § 30 N 43 f.) zunehmend materiell (und damit nicht als Kollisionsrecht) begriffen und rechtswissenschaftlich beleuchtet. Vgl. zu dieser Entwicklung statt vieler KINGSBURY/KRISCH/STEWART; LADEUR, *Global Administrative Law*, 157 ff.; vgl. insb. aus der Schweizer Lehre BREINING-KAUFMANN, 5 ff.; NGUYEN, 75 ff.; BIAGGINI, *Internationales Verwaltungsrecht*, 414 ff. – Für das deutsche Verwaltungsrecht vgl. etwa die Beiträge in Band II des «Handbuchs des Verwaltungsrechts» von KAHL/LUDWIGS; vgl. auch etwa die Beiträge im Buch MÖLLERS/VOSSKUHLE/WALTER; vgl. auch SCHMIDT, Internationalisierung, § 9; KAHL, Verflechtung, § 30; GOLDMANN, § 6; MÖLLERS, Transnationale Behördenkooperation, 351 ff.; SCHMIDT-ASSMANN, Internationalisierung des Verwaltungsrechts; SCHMIDT-ASSMANN, Herausforderung; TIETJE.

⁹⁵⁶ FINMA, Amtshilfegesuche aus dem Ausland, abrufbar unter <<https://www.finma.ch>> → Durchsetzung → Amtshilfe → Internationale Amtshilfe> (besucht am 15.8.24). Vgl. auch ARQUINT, 133.

⁹⁵⁷ Vgl. Art. 42 Abs. 1 FINMAG.

prüft werden.⁹⁵⁸ Dies trifft alles auch auf den Bereich des Heilmittelrechts zu. Die internationale Zusammenarbeit in diesem Sektor stützt sich zudem stark auf das Institut der gegenseitigen Anerkennung, wie aufzuzeigen sein wird.

Dieser Abschnitt führt zunächst die bundesrechtlichen Rechtsgrundlagen der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit im Finanzmarkt- und Heilmittelbereich auf,⁹⁵⁹ bevor auf die transnationalen Rechtsgrundlagen⁹⁶⁰ sowie auf diverse Plattformen der Zusammenarbeit eingegangen wird.⁹⁶¹

1. Bundesrechtliche Rechtsgrundlagen

Die einschlägigen sektorspezifischen gesetzlichen Grundlagen auf nationaler Ebene führen die Bekanntgabe von Informationen ins Ausland gewissen u.a. datenschutzrechtlichen Vorgaben zu.⁹⁶² Nach den Bestimmungen sowohl des HMG als auch des FINMAG gilt der sog. Grundsatz der Zweckbindung, ein grundlegendes Kernelement des Datenschutzrechts, wonach Personendaten nur zu dem Zweck bearbeitet werden dürfen, der bei der Beschaffung angegeben wurde, aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen ist.⁹⁶³ So dürfen sowohl nach Art. 64 Abs. 1 HMG als auch nach Art. 42 Abs. 2 lit. a FINMAG die für

⁹⁵⁸ Nach Art. 43 Abs. 1 FINMAG kann die FINMA zum Vollzug der Finanzmarktgesetze direkte Prüfungen bei Beaufsichtigten im Ausland selber vornehmen oder durch Prüfgesellschaften oder beigezogene Prüfbeauftragte vornehmen lassen. Ferner kann die FINMA nach Abs. 2 dieser Bestimmung unter gewissen Voraussetzungen auch ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden direkte Prüfungen bei Beaufsichtigten erlauben. – Gemäss Art. 64a Abs. 3 HMG kann auch das Heilmittelinstitut nach Rücksprache mit den zuständigen Behörden im Ausland Kontrollen von Betrieben durchführen, die im Heilmittelbereich tätig sind, wenn dies für die Gewährleistung des Gesundheitsschutzes erforderlich ist.

⁹⁵⁹ Dazu sogleich N 306 ff.

⁹⁶⁰ Dazu hinten N 308 ff.

⁹⁶¹ Dazu hinten N 312 ff.

⁹⁶² Die sektorspezifischen aufsichtsrechtlichen Bestimmungen im FINMAG sowie im HMG schaffen die von Art. 19 DSG geforderte Rechtsgrundlage. Art. 64 Abs. 2 HMG übernimmt ausserdem die strengeren Vorschriften für die Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland gemäss Art. 6 DSG. Vgl. zur Beachtung des DSG im Zusammenhang mit diesen Bestimmungen etwa BSK FINMAG-DU PASQUIER/MENOUD, Art. 42 N 120 ff.; BSK HMG-MUND, Art. 64 insb. N 7 ff.; vgl. zum beobachtbaren Trend der Datenerhebungen für die Überwachung des Finanzsystems und zu Policyzwecken ARQUINT, 136 f.

⁹⁶³ Art. 4 Abs. 3 DSG. Zum Grundsatz der Zweckbindung vgl. etwa EPINEY, Grundsätze, § 9 N 29 ff.

den Vollzug des Gesetzes zuständigen Stellen den zuständigen ausländischen Behörden und Institutionen (sowie internationalen Organisationen) nicht öffentlich zugängliche Informationen nur dann bekannt geben, sofern sichergestellt ist, dass die erhaltenen Informationen zum Vollzug des HMG bzw. FINMAG verwendet werden.⁹⁶⁴ Ferner werden solche Informationen nur dann übermittelt, wenn die ersuchenden Behörden an ein Amts- oder Berufsgeheimnis gebunden sind.⁹⁶⁵ Ausserdem ist das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten.⁹⁶⁶

Sofern diese Voraussetzungen eingehalten werden, dürfen nach Art. 42c Abs. 1 FINMAG im Grundsatz auch Beaufsichtigte selber den zuständigen ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden und weiteren mit der Aufsicht betrauten ausländischen Stellen nicht öffentlich zugängliche Informationen übermitteln, vorausgesetzt, dass die Rechte von Kunden und Dritten gewahrt bleiben.⁹⁶⁷ Art. 42a FINMAG regelt weitere Details des

⁹⁶⁴ Im Finanzmarktbereich ist in diesem Zusammenhang die Rede vom sog. «Spezialitätsprinzip» (vgl. etwa BSK FINMAG-DU PASQUIER/MENOUD, Art. 42 N 57 sowie N 68 ff.). Nach Art. 42 Abs. 2 lit. a FINMAG dürfen diese Informationen auch «an andere Behörden, Gerichte oder Organe» weitergeleitet werden. Gemäss Art. 42 Abs. 5 FINMAG kann die FINMA ausserdem im Einvernehmen mit dem BJ zustimmen, dass übermittelte Informationen zu einem anderen als dem in Abs. 2 lit. a genannten Zweck an Strafbehörden weitergeleitet werden, sofern die Rechtshilfe in Strafsachen nicht ausgeschlossen ist.

⁹⁶⁵ Art. 64 Abs. 1 lit. a HMG verlangt die Bindung an ein Amtsgeheimnis. Ferner statuiert Art. 64 Abs. 1 lit. c HMG, dass keine Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse offengelegt werden dürfen. (Eine Ausnahme ist vorgesehen für den Fall, dass die Übermittlung der Information erforderlich ist, um eine unmittelbare und ernste Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit von Menschen abzuwenden.) – Art. 42 Abs. 2 lit. b FINMAG setzt eine Amts- oder Berufsgeheimnisbindung voraus, «wobei Vorschriften über die Öffentlichkeit von Verfahren und die Orientierung der Öffentlichkeit über solche Verfahren vorbehalten bleiben». Im Finanzmarktbereich wird im Zusammenhang mit Art. 42 Abs. 2 lit. b FINMAG vom sog. «Grundsatz der Vertraulichkeit» gesprochen (vgl. etwa BSK FINMAG-DU PASQUIER/MENOUD, Art. 42 N 57 sowie N 83 ff.).

⁹⁶⁶ Vgl. Art. 42 Abs. 4 FINMAG sowie Art. 64 Abs. 1 lit. b HMG (mit Verweis auf das Erforderlichkeitsprinzip).

⁹⁶⁷ Eine Informationsübermittlung von wesentlicher Bedeutung nach Art. 29 Abs. 2 FINMAG bedarf allerdings nach Art. 42c Abs. 3 FINMAG der vorgängigen Meldung an die FINMA. Ferner kann die FINMA (nach Abs. 4 dieser Bestimmung) den Amtshilfeweg vorbehalten bzw. (nach Abs. 5) die Übermittlung, Veröffentlichung oder Weitergabe von Informationen von ihrer Zustimmung abhängig machen, «wenn dies im Interesse der Erfüllung ihrer Aufgaben liegt und keine überwiegenden privaten oder öffentlichen Interessen entgegenstehen».

Amtshilfeverfahrens.⁹⁶⁸ Erfüllt ein Amtshilfegesuch die gesetzlichen Voraussetzungen, werden auf Verfahrensebene die Phase der Informationsbeschaffung durch die FINMA (sog. «Auskunftsverfahren») und die Phase der Informationsübermittlung an die ausländische Behörde (sog. «Übermittlungsverfahren») unterschieden.⁹⁶⁹

Bei Personendaten muss nach Art. 64 Abs. 2 HMG im Übrigen ausserdem sichergestellt werden, dass die Gesetzgebung im Informationsempfängerstaat einen angemessenen Schutz der Persönlichkeit der betroffenen Person gewährleistet bzw. andere Voraussetzungen erfüllt sind.⁹⁷⁰

Sodann regeln das HMG und das FINMAG die Anforderungen an grenzüberschreitende Prüfungen. Sowohl die Swissmedic als auch die FINMA dürfen grundsätzlich direkte «Prüfungen» bzw. «Kontrollen» im Ausland vornehmen bzw. vornehmen lassen.⁹⁷¹ Ferner nennen das HMG und das FINMA bestimmte Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit ausländische Aufsichtsbehörden schweizerische Beaufsichtigte prüfen bzw. kontrollieren dürfen. 307

⁹⁶⁸ Zurückzuführen sind die mit Art. 42 ff. FINMAG revidierten Bestimmungen zur Amtshilfe auf Bemühungen, die Amtshilfe der FINMA grundlegend zu erweitern (vgl. etwa zu den Grenzen einer amtshilfefreundlichen Praxis der EBK bzw. nach 2009 der FINMA unter dem vormals anwendbaren Recht EBK, Jahresbericht 2002, 111, sowie insb. die Gesamtschau von ZULAUF, 336 ff.). Der Bundesrat wollte verhindern, dass die Position der Schweiz bei allfälligen Bemühungen um die Anerkennung der EU-Äquivalenz geschwächt und ggf. der Zugang von Schweizer Finanzmarktinfrastrukturen zu ausländischen Märkten behindert werden würde. Er betonte das öffentliche Interesse an der Amtshilfe, die für den Ruf des Schweizer Finanzplatzes wichtig sei (vgl. dazu Botschaft FinfraG, BBl 2014 insb. 7610 ff. und 7611; vgl. dazu auch BSK FINMAG-DU PASQUIER/MENOUD, Art. 42 N 5 m.w.H.).

⁹⁶⁹ Vgl. BGE 125 II 79, E. 3a und 3b; vgl. auch Urteil BVGer, B-6371/2018, 8.3.2019, E. 1.2. Vgl. zu verfahrens- und insb. datenschutzrechtlichen Fragestellungen im Finanzmarktamtshilfeverfahren statt vieler, auch unter Berücksichtigung des Steueramtshilfeverfahrens, HUBER/LEIMGRUBER, 344 ff., 349 ff. sowie 351 ff., jeweils m.w.H.

⁹⁷⁰ Diese sind in Art. 64 Abs. 2 lit. a–lit. e HMG aufgeführt. Neu eingefügt wurde ausserdem Abs. 4 von Art. 64 HMG, der Swissmedic erlaubt, der internationalen Pharmacovigilance-Datenbank der Weltgesundheitsorganisation, zwecks Meldung und Registrierung unerwünschter Wirkungen von Arzneimitteln, nicht öffentlich zugängliche Informationen und die Gesundheit betreffende Personendaten (zusammen mit den Initialen, dem Geschlecht und dem Jahrgang der betroffenen Personen) sowie einen Bericht über die unerwünschten Wirkungen bekannt zu geben. Zur Pharmacovigilance vgl. auch hinten N 1145 ff. und N 1514.

⁹⁷¹ Vgl. Art. 64a Abs. 3 HMG sowie Art. 43 Abs. 1 FINMAG.

Nach Art. 64a Abs. 1 HMG sind ausländische zuständige Behörden berechtigt, nach Meldung an Swissmedic schweizerische Betriebe zu kontrollieren, die im Heilmittelbereich tätig sind, vorausgesetzt, dass die Kontrolle ausschliesslich die Überprüfung der Einhaltung von Heilmittelvorschriften bezweckt (lit. a); das Ergebnis der Kontrolle ausschliesslich in einem Verwaltungsverfahren im Zusammenhang mit dem Vollzug von Heilmittelvorschriften verwendet wird (lit. b); der zu kontrollierende Betrieb der Kontrolle zustimmt (lit. c) und die ausländische Behörde das Institut über das Ergebnis informiert mittels Zustellung des Inspektionsberichtes (lit. d). Auch Swissmedic kann die ausländische Behörde bei ihrer Kontrolle eines schweizerischen Betriebs begleiten.⁹⁷²

Gemäss Art. 43 Abs. 2 FINMAG darf die FINMA ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden direkte Prüfungen bei Beaufsichtigten nur erlauben, sofern «diese Behörden im Rahmen der Herkunftslandkontrolle für die Aufsicht des geprüften Beaufsichtigten oder in ihrem Hoheitsgebiet für die Beaufsichtigung der Tätigkeit des geprüften Beaufsichtigten verantwortlich sind» (lit. a) und «die Voraussetzungen für die Amtshilfe nach Art. 42 Abs. 2 FINMAG erfüllt sind» (lit. b). Durch grenzüberschreitende direkte Prüfungen dürfen schliesslich nur Angaben erhoben werden, die für die Aufsichtstätigkeit der ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden notwendig sind.⁹⁷³ Die FINMA kann die ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden bei ihren direkten Prüfungen in der Schweiz begleiten oder durch eine Prüfgesellschaft oder einen Prüfungsbeauftragten begleiten lassen. Die betroffenen Beaufsichtigten können auch eine Begleitung verlangen.⁹⁷⁴

2. Transnationale Rechtsgrundlagen

- 308 Als Rechtsgrundlage für die grenzüberschreitende Zusammenarbeit auf der transnationalen Ebene kommen (bi- oder multilaterale) staatsvertragliche Vorgaben zur Anwendung, ebenso rechtlich unverbindliche internationale Vereinbarungen, die zum sog. «*soft law*» gezählt werden und trotz ihrer rechtlichen Unverbindlichkeit zum Teil grosse Beachtung finden.
- 309 Im Bereich des *Heilmittelrechts* wurden zahlreiche bilaterale Vereinbarungen abgeschlossen, die den Informationsaustausch zwischen Swissmedic und ausländi-

⁹⁷² Vgl. Art. 64a Abs. 2 HMG.

⁹⁷³ Vgl. Art. 43 Abs. 3 FINMAG mit einer beispielhaften Aufzählung solcher Angaben. Gewisse Informationen erhebt die FINMA gemäss Art. 43 Abs. 3^{bis} FINMAG selbst und übermittelt sie den ersuchenden Behörden.

⁹⁷⁴ Art. 43 Abs. 4 FINMAG.

schen Behörden regeln. Sie sind auf der Website von Swissmedic aufgeführt.⁹⁷⁵ Ebenfalls abrufbar sind die Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen (sog. «*Mutual Recognition Agreements*», MRA),⁹⁷⁶ die im Heilmittelbereich von grosser Bedeutung sind. Sie sollen helfen, technische Handelshemmnisse abzubauen, und dazu beizutragen, dass betroffene Schweizer Produkte einen möglichst ungehinderten Marktzugang im Ausland erhalten.

Mit dem MRA zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen vom 21. Juni 1999 war die Schweiz in Bezug auf Medizinprodukte an die EU-Regulierung angebunden und musste entsprechend auch EU-Verschärfungen nachvollziehen, um Äquivalenz mit dem EU-Recht gewährleisten zu können.⁹⁷⁷ Dafür erlaubte das MRA mit der EU bspw. für Produkte, deren Regulierung in der Schweiz und in der EU als gleichwertig anerkannt war, Konformitätsbewertungen von einer anerkannten schweizerischen Konformitätsbewertungsstelle nach den technischen Vorschriften der Schweiz durchzuführen und die Produkte in der Folge ohne weitere Prüfung auf den europäischen Markt zu bringen. Umgekehrt anerkannte die Schweiz Konformitätsbewertungen, die durch Bewertungsstellen in der EU durchgeführt wurden. Aufgrund der gescheiterten Verhandlungen zum Institutionellen Abkommen zwischen der EU und der Schweiz im Jahre 2021 kam auch die mit Blick auf das revidierte EU-Recht angestrebte Aktualisierung des MRA allerdings nicht zustande, weshalb der erleichterte Zugang für Schweizer Unternehmen zum europäischen Medizinproduktemarkt nicht mehr gewährleistet ist.⁹⁷⁸

Derzeit bestehen neben dem MRA mit der EU auch ein MRA zwischen der Schweiz und Kanada,⁹⁷⁹ ein MRA zwischen der Schweiz und UK⁹⁸⁰ sowie

⁹⁷⁵ <<https://www.swissmedic.ch> → Über uns → Internationale Zusammenarbeit → Bilaterale Zusammenarbeit mit Partnerbehörden → Vereinbarung zum Informationsaustausch> (besucht am 15.8.24).

⁹⁷⁶ <<https://www.swissmedic.ch> → Über uns → Internationale Zusammenarbeit → Bilaterale Zusammenarbeit mit Partnerbehörden → Mutual Recognition Agreements> (besucht am 15.8.24).

⁹⁷⁷ Vgl. dazu BSK HMG-SUTER/PIELES, Vor 8. Kapitel, N 14 f.

⁹⁷⁸ BSK HMG-SUTER/PIELES, Vor 8. Kapitel, N 15 m.w.H.

⁹⁷⁹ Abkommen zwischen der Schweiz und Kanada über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen, abgeschlossen am 3.11.1998 (SR 0.946.523.21).

⁹⁸⁰ Das MRA ist im Handelsabkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Vereinigten Königreich von Grossbritannien und Nordirland (abgeschlossen am 11.2.2019; SR 0.946.293.671) enthalten (vgl. Art. 1 lit. d i.V.m. Art. 2 lit. b und Anhang 3).

ein MRA zwischen der Schweiz und den EWR- bzw. EFTA-Staaten sowie der Türkei.⁹⁸¹

Davon zu unterscheiden sind die in Satz 2 von Art. 9 Abs. 1 HMG vorbehaltenen internationalen Abkommen über die Anerkennung von Zulassungen, die etwa auch im Zusammenhang mit Art. 13 HMG zu berücksichtigen sind.⁹⁸² Gestützt auf solche könnte eine Zulassung durch das Institut entbehrlich sein, sofern ein Zulassungsentscheid einer ausländischen Zulassungsbehörde, gestützt auf einen direkt anwendbaren Staatsvertrag, automatisch bzw. unter gewissen Voraussetzungen zu anerkennen wäre. Aktuell ist die Schweiz allerdings nicht Vertragspartei entsprechender Abkommen.⁹⁸³ Insbesondere im Rahmen der Strategischen Ziele 2019 bis 2022 war es Swissmedic ein Anliegen, gestützt auf Art. 13 und Art. 14 HMG, jedoch zunehmend «überall dort, wo die minimalen materiellen Voraussetzungen erfüllt sind, auf die Begutachtungsergebnisse anderer, anerkannter Behörden abstützen (*reliance*)».⁹⁸⁴ Die behördlichen Begutachtungs- und Überwachungsaktivitäten von Heilmitteln nehmen an Vielfalt und Komplexität laufend zu, weshalb ein behördlicher Alleingang weder sinnvoll noch vertretbar ist.⁹⁸⁵

- 310 Im *Finanzmarktbereich* halten sich die staatsvertraglichen Bestimmungen zur internationalen Zusammenarbeit in Grenzen.⁹⁸⁶ Die FINMA hat hingegen selber

⁹⁸¹ Vgl. Anhang I des Übereinkommens zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA), abgeschlossen am 4.1.1960 (SR 0.632.31). Die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen konnte auch auf die Türkei ausgedehnt werden; das 2021 revidierte Freihandelsabkommen zwischen den EFTA-Staaten und der Türkei (abgeschlossen am 25.6.2018; SR 0.632.317.631) enthält einen entsprechenden Anhang V.

⁹⁸² BSK HMG-TOBLER/KRÜTTLI, Art. 13 N 2, sowie BSK HMG-SCHOTT/ALBERT, Art. 9 N 27 ff.

⁹⁸³ BSK HMG-SCHOTT/ALBERT, Art. 9 N 28 f. insb. mit Verweis auf das europäische Heilmittelzulassungsregime, dem die Schweiz allerdings nicht beigetreten ist. Das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen gilt nicht für die Marktzulassung von Heilmitteln (*ebd.*, Vor Art. 8–17, N 38 m.w.H.).

⁹⁸⁴ Vgl. Swissmedic, Strategische Ziele 2019 bis 2022, Ziel 2, S. 5.

⁹⁸⁵ *Ebd.*, Ziel 2, S. 5.

⁹⁸⁶ So sieht z.B. Art. 32 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 10.10.1989 betreffend die Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung (sog. Schadensversicherungsabkommen; SR 0.961.1) den Informationsaustausch zwischen den Aufsichtsbehörden vor. Das nach dem EU-Austritt des Vereinigten Königreichs (Brexit) zwischen der Schweiz und dem Vereinigten Königreich von Grossbritannien und Nordirland abgeschlossene Abkommen betreffend die Direktversicherung mit Ausnahme der Le-

zahlreiche rechtlich unverbindliche Kooperationsvereinbarungen – meist als sog. «*Memorandum of Understanding*» (MoU) oder «*Cooperation Agreements*» bezeichnete Übereinkünfte – mit anderen Aufsichtsbehörden abgeschlossen.⁹⁸⁷ Dadurch sichern die Aufsichtsbehörden einander Kooperationsbereitschaft zu und legen die Modalitäten der Zusammenarbeit fest. Regelmässig geht es um den Austausch nicht öffentlicher Informationen und Dokumente, die Möglichkeit von Vor-Ort-Kontrollen durch die Aufsichtsbehörde des Sitzstaates oder die Koordination von Aufsichtsmassnahmen. Zudem können die Kooperationsvereinbarungen verlangen, dass die ausländische Aufsichtsbehörde die Durchsetzung der nationalen Rechtsordnung unterstützt oder sogar sicherstellt.⁹⁸⁸ Unterscheiden lassen sich bilaterale Vereinbarungen zwischen der FINMA und der Aufsichtsbehörde eines anderen Staates sowie multilaterale Übereinkünfte.⁹⁸⁹

Der Abschluss solcher Vereinbarungen wird insb. auch durch das jüngere Drittstaatenregime der EU gefördert, das den EU-Marktzugang für Finanzdienstleister aus Drittstaaten wie der Schweiz verbindlich regelt. So verlangen die einschlägigen Bestimmungen aus den verschiedenen Regelungsgebieten nicht nur, dass der Drittstaat für den in Frage stehenden Regulierungsbereich einen gleichwertigen «Rechts- und Aufsichtsrahmen» vorsieht, sondern auch, dass Kooperationsabkommen zwischen den Aufsichtsbehörden des Drittstaates mit den nationalen Aufsichtsbehörden eines EU-Mitgliedstaates oder einer EU-Aufsichtsbehörde vorliegen.⁹⁹⁰

Besondere Beispiele für eine multilaterale Aufsichtskooperation liefern das 311
«*Multilateral Memorandum of Understanding*» (MMoU) sowie das «*Enhanced Multilateral Memorandum of Understanding*» (EMMoU) der Internationalen Organisation für Effektenhandels- und Börsenaufsichtsbehörden («*International Organization of Securities Commissions*», IOSCO) sowie das MMoU der Internationalen Vereinigung der Versicherungsaufsichtsbehörden («*International Association of Insurance Supervisors*», IAIS). Um z.B. das IOSCO MMoU unterzeichnen zu können, müssen Bewerber nachweisen, dass ihnen die vorgesehene

bensversicherung vom 25.1.2019 (SR 0.961.367) regelt die Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden in Art. 30 ff.

⁹⁸⁷ Vgl. dazu etwa der Überblick bei ARQUINT, 137 ff.

⁹⁸⁸ Vgl. EGGEN/SCHAEFER, 371 f.

⁹⁸⁹ Eine Übersicht über die von der FINMA abgeschlossenen internationalen Vereinbarungen ist abrufbar unter <<https://www.finma.ch> → FINMA → Internationale Zusammenarbeit → Aufsichtskooperation → Vereinbarungen> (besucht am 15.8.24). Die Inhalte der (rechtlich nicht verbindlichen) Vereinbarungen werden i.d.R. nicht veröffentlicht.

⁹⁹⁰ Dazu hinten N 356 f. m.w.H.

Kooperation innerstaatlich möglich ist.⁹⁹¹ Zudem wurde aus allen MMoU-Unterzeichnern ein Überwachungsgremium gebildet, das die Einhaltung des IOSCO MMoU durch die Unterzeichner kontrollieren soll.⁹⁹² Damit wurde versucht, die rechtlich nicht verbindlichen «*soft law*»-Vorgaben mit «*hard procedures*» zu kombinieren und das behördliche Zusammenwirken vermehrt zu institutionalisieren⁹⁹³ – eine Entwicklung, die sich auch für Plattformen der Zusammenarbeit beobachten lässt.

C. Plattformen der Zusammenarbeit

- 312 Bei der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit zwischen den Aufsichtsbehörden lassen sich unterschiedliche Stufen unterscheiden. Zunächst erleichtern internationale Treffen und Konferenzen den Informations- und Erfahrungsaustausch sowie den Wissenstransfer zwischen den Aufsichtsbehörden. Sie tragen ausserdem dazu bei, das Netzwerk von Aufsichtsbehörden weltweit zu festigen. Ferner können innerhalb regelmässig stattfindender Foren gemeinsame Lösungen für grenzüberschreitende Regulierungsprobleme laufend besprochen werden.⁹⁹⁴

Zu nennen sind z.B. die vom «*Financial Stability Institute*» (FSI)⁹⁹⁵ gegründeten Konferenzen, die ein Forum für den weltweiten Erfahrungs- und Informationsaustausch im Finanzmarktbereich bieten.⁹⁹⁶ Im Heilmittelbereich spielt u.a. die jährlich stattfindende, von der WHO organisierte Internationale Konferenz der Arzneimittelbehörden eine wichtige Rolle (sog. *International Conference for Drug Regulatory Authorities*, ICDRA), an der auch Swissmedic jeweils aktiv teilnimmt. Im Rahmen ihrer Unterstützung

⁹⁹¹ Vgl. Appendix B, Ziff. I(b) und (d) i.V.m. den spezifischen Vorschriften des IOSCO MMoU, die im Fragebogen (Teil IV des Appendix B) aufgeführt sind. – Weil dieser Nachweis von der FINMA unter altem Recht nicht erbracht werden konnte, war es ihr zunächst nicht möglich, das IOSCO MMoU zu unterzeichnen. Seit Januar 2010 gehört die Schweiz aber zu den sog. A-Signataren (vgl. zum Ganzen etwa NOBEL, Finanzmarktrecht, § 3 N 405 ff.).

⁹⁹² Die Rede ist von der sog. «*monitoring group*». Vgl. zu ihren Aufgaben Appendix B, Ziff. III IOSCO MMoU.

⁹⁹³ VAN AAKEN, 235 f.

⁹⁹⁴ Vgl. *ebd.*, 234.

⁹⁹⁵ Vgl. zum FSI <<https://www.bis.org> → About → Financial Stability Institute> (besucht am 15.8.24).

⁹⁹⁶ Vgl. zu den sog. «*Outreach Events*» <<https://www.bis.org> → About → Financial Stability Institute → Outreach events> (besucht am 15.8.24); vgl. auch VAN AAKEN, 234.

der Tätigkeiten des *European Committee on Pharmaceuticals and Pharmaceutical Care* (CD-P-PH)⁹⁹⁷ beteiligt sich Swissmedic ferner auch an Expertenmeetings, Trainings und Konferenzen in drei Expertenkomitees.⁹⁹⁸

In den unterschiedlichen Aufsichtsbereichen haben sich zusätzlich ständige Plattformen etabliert, die den kontinuierlichen Austausch fördern. Bemerkenswerterweise nehmen diese regelmässig organisationsartige Formen auf der transnationalen Ebene an, ohne aber über völkerrechtliche Gründungsdokumente zu verfügen. 313

Im *Finanzmarktbereich* stehen die folgenden Plattformen im Vordergrund: 314

- Nennenswert sind die sog. «*Supervisory Colleges*» oder «Aufsichtskollegien», die v.a. für die Aufsicht über international tätige Finanzgruppen oder Finanzkonglomerate von Bedeutung sind. In der Regel übernimmt diejenige Behörde die Leitung des Colleges, die für die konsolidierte Aufsicht eines Finanzinstituts zuständig ist. Den Colleges kommt aber keine Rechtspersönlichkeit zu. Entsprechend können sie auch keine Entscheide fällen bzw. gemeinsame Entscheidungen der Aufsichtsbehörden erlassen. Das anwendbare Aufsichtsrecht richtet sich vielmehr nach den lokal geltenden Rechtsordnungen der beteiligten Behörden, die auch die Zusammenarbeit im College regeln.⁹⁹⁹ 315
- Eine allgemeinere, weniger auf einen konkreten Einzelfall ausgerichtete Zusammenarbeit mit anderen Aufsichtsbehörden und Finanzmarktakteuren pflegt die FINMA im Basler Ausschuss für Bankenaufsicht (BCBS).¹⁰⁰⁰ Der BCBS wurde von den Zentralbanken der G10-Staaten unter der Ägide der 316

⁹⁹⁷ Für weitere Informationen dazu vgl. die Website <<https://www.edqm.eu/en/european-committee-on-pharmaceuticals-and-pharmaceutical-care-cd-p-ph>> (besucht am 15.8.24).

⁹⁹⁸ Dabei handelt es sich um das «*Committee of Experts on the classification of medicines as regards their supply*» (CD-P-PH/PHO), das «*Committee of Experts on quality and safety standards in pharmaceutical practices and pharmaceutical care*» (CD-P-PH/PC) sowie das «*Committee of Experts on minimising the public health risks posed by counterfeiting of medical products and related crimes*» (CD-P-PH/CMED; seit 2013 präsidiert Swissmedic dieses Gremium auch). Vgl. für einen Überblick <<https://www.swissmedic.ch> → Über uns → Internationale Zusammenarbeit → Multilaterale Zusammenarbeit mit internationalen Organisationen/Initiativen → Europarat/EDQM> (besucht am 15.8.24).

⁹⁹⁹ Vgl. dazu <<https://www.finma.ch> → Internationale Zusammenarbeit → Aufsichtskooperation → Colleges> (besucht am 15.8.24). Vgl. auch ARQUINT, 138 f.

¹⁰⁰⁰ Zum BCBS vgl. <<https://www.bis.org> → Committees & associations → Basel Committee on Banking Supervision> (besucht am 15.8.24); vgl. auch NOBEL, Finanzmarktrecht, § 3 N 330 ff. sowie § 6 N 125 ff.

Bank für Internationalen Zahlungsausgleich (BIZ)¹⁰⁰¹ unter dem Eindruck zweier Bankenkonkurse Ende 1974 errichtet, als die zunehmende Internationalisierung des Privatbank- und Finanzwesens die nationalen Regulierungs- und Aufsichtsbehörden vor neue Herausforderungen stellte.¹⁰⁰² Dem Ausschuss («Committees») gehören aktuell 45 Mitglieder (bestehend aus Zentralbanken und Bankaufsichtsbehörden) aus 28 Ländern an; die Schweiz wird darin durch die FINMA zusammen mit der SNB vertreten.¹⁰⁰³

- 317 – Die FINMA nimmt auch Einsitz im Internationalen Verband der Versicherungsaufsichtsbehörden (IAIS)¹⁰⁰⁴ sowie in der Internationalen Organisation für Effektenhandels- und Börsenaufsichtsbehörden (IOSCO)¹⁰⁰⁵.
- 318 – Eine wichtige Bedeutung als Plattform der Zusammenarbeit nimmt der sog. Finanzstabilitätsrat («Financial Stability Board», FSB)¹⁰⁰⁶ ein. Im FSB kommen Vertreter der Finanzministerien, Zentralbanken und Aufsichtsbehörden der wichtigsten Finanzplätze sowie der relevanten internationalen Organisationen (wie etwa Vertreter des Internationalen Währungsfonds, der Weltbank, der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich sowie der OECD) und sektorenspezifischen Standardsetzungsgremien (wie etwa BCBS, IAIS und IOSCO) zusammen.¹⁰⁰⁷ Die Schweiz wird im FSB von der Schweizerischen Nationalbank und dem Staatssekretariat für internationale Finanzfragen (SIF) vertreten. Die FINMA ist in verschiedenen Arbeitsgruppen des FSB tätig und vertritt die Schweiz im «*Standing Committee on Regulatory and Supervisory Cooperation*».¹⁰⁰⁸

¹⁰⁰¹ Zur BIZ vgl. NOBEL, Finanzmarktrecht, § 3 N 309 ff.

¹⁰⁰² Zu den Hintergründen der Entstehung des Basler Ausschusses vgl. eingehend WOOD, 22 ff. und 43 ff.

¹⁰⁰³ Ein Überblick über die Mitglieder ist abrufbar unter <<https://www.bis.org> → Committees & associations → Basel Committee on Banking Supervision → About the BCBS → Membership> (besucht am 15.8.24). Aufgeführt sind da auch die sog. Beobachter («observers»), die sich u.a. aus Zentralbanken, Aufsichtsgremien und internationalen Organisationen zusammensetzen.

¹⁰⁰⁴ Vgl. <<https://www.iaisweb.org>>. Vgl. zum IAIS NOBEL, Finanzmarktrecht, § 3 N 417 ff.; WEBER/BAISCH, § 1 N 47 ff.; MENOUD, 137 ff.

¹⁰⁰⁵ Vgl. <<https://www.iosco.org>>. Vgl. zur IOSCO NOBEL, Finanzmarktrecht, § 3 N 392 ff.; MENOUD, 147 f.

¹⁰⁰⁶ Vgl. <<https://www.fsb.org>>. Vgl. zum FSB NOBEL, Finanzmarktrecht, § 3 N 272 ff.

¹⁰⁰⁷ Die Mitglieder sind aufgeführt unter <<https://www.fsb.org> → About the FSB → Members of the FSB> (besucht am 15.8.24).

¹⁰⁰⁸ Vgl. dazu <<https://www.finma.ch> → Internationale Zusammenarbeit → Policy und Regulierungszusammenarbeit → FSB> (besucht am 15.8.24).

Die FINMA hat im Rahmen ihrer Tätigkeit innerhalb solcher Plattformen die Vorgaben nach Art. 42b FINMAG zu beachten, die ihr grenzüberschreitendes Engagement einer weiteren rechtlichen Grundlage zuführen. Die Bestimmung regelt insb. den Austausch und die Übermittlung von Informationen seitens der FINMA an internationale Organisationen und Gremien und damit einen Informationsaustausch, der sich wesentlich von der Amtshilfetätigkeit der FINMA hinsichtlich Empfängerbehörden und Verwendungszweck unterscheidet.¹⁰⁰⁹ Nach Abs. 2 dieser Bestimmung hat die FINMA bei multilateralen Initiativen von grosser Tragweite für den Schweizer Finanzplatz ihre Teilnahme am Informationsaustausch mit dem EFD abzustimmen.

Im *Heilmittelbereich* ist eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage entsprechend Art. 42b FINMAG nicht vorgesehen. Art. 64 Abs. 1 HMG erfasst jedoch die Bekanntgabe von Informationen an ausländische Behörden und Institutionen sowie internationale Organisationen. Swissmedic bringt sich ebenfalls regelmässig in die relevanten Kommissionen und Arbeitsgruppen verschiedener multilateraler Plattformen ein:

- Swissmedic ist heute Teil des sog. «*Access Consortium*», das 2007 von «gleichgesinnten» Regulierungsbehörden gegründet wurde mit dem Ziel, eng zusammenzuarbeiten, Synergien zu nutzen, Wissen auszutauschen und damit die Regulierungssysteme effizienter zu gestalten.¹⁰¹⁰ Zu diesem Consortium gehören, neben Swissmedic, die Arzneimittelbehörden von Australien, Kanada, Singapur und UK, die in verschiedenen Arbeitsgruppen zusammenkommen.¹⁰¹¹
- Swissmedic engagiert sich sodann aktiv im «*International Council for Harmonisation of Technical Requirements for Pharmaceuticals for Human Use*» (ICH).¹⁰¹² Der ICH verfolgt das primäre Ziel, die Interpretation und Anwendung technischer Guidelines bei der Begutachtung von Humanarzneimitteln als Basis der Arzneimittelzulassung zu harmonisieren.¹⁰¹³

¹⁰⁰⁹ Vgl. Botschaft FinfraG, BBl 2014 7618.

¹⁰¹⁰ Der Access Consortium Strategic Plan 2021–2024 ist abrufbar unter <<https://www.swissmedic.ch> → Über uns → Internationale Zusammenarbeit → Multilaterale Zusammenarbeit mit internationalen Organisationen/Initiativen → Access Consortium> (besucht am 15.8.24).

¹⁰¹¹ Vgl. für einen Überblick <<https://www.swissmedic.ch> → Über uns → Internationale Zusammenarbeit → Multilaterale Zusammenarbeit mit internationalen Organisationen/Initiativen → Access Consortium> (besucht am 15.8.24).

¹⁰¹² Vgl. <<https://www.ich.org>>.

¹⁰¹³ Vgl. für einen Überblick auch <<https://www.swissmedic.ch> → Über uns → Internationale Zusammenarbeit → Multilaterale Zusammenarbeit mit internationalen Organisationen/Initiativen → ICH> (besucht am 15.8.24).

- 323 – Eine wichtige Rolle nimmt Swissmedic auch im «*International Pharmaceutical Regulators Programme*» (IPRP)¹⁰¹⁴ ein. Diese Plattform setzt sich zum Ziel, dazu beizutragen, das zunehmend komplexe regulatorische Umfeld effizient zu bewältigen und die regulatorische Konvergenz ebenso wie die Umsetzung harmonisierter technischer Vorgaben für Arzneimittel zu fördern.¹⁰¹⁵
- 324 – Zusammen mit mehr als 50 weiteren Arzneimittelbehörden aus sämtlichen Kontinenten ist Swissmedic auch Mitglied des sog. «*Pharmaceutical Inspection Co-operation Scheme*» (PIC/S).¹⁰¹⁶ Dabei handelt es sich um einen kooperativen Zusammenschluss von Aufsichts- und Regulierungsbehörden, die im Bereich der Guten Herstellungspraxis von Medizinprodukten tätig sind und vergleichbare Good-Manufacturing-Practice (GMP)-Inspektionssysteme vorsehen.

D. Transnationale Aufsichtsstandards

1. Überblick

- 325 Verstetigte Beziehungen der Aufsichtsbehörden führen regelmässig zur gemeinsamen Erarbeitung sektorspezifischer, internationaler Standards mit dem Ziel, das internationale Aufsichtsrecht zu verbessern und zur Harmonisierung der nationalen Aufsichtsregelungen beizutragen.¹⁰¹⁷ Die Regierungen der indirekt involvierten Staaten sind z.T. gar nicht mehr an dieser neueren Form der Normsetzung beteiligt. Aus einer hierarchischen Perspektive gesprochen, werden sie «von unten umgangen».¹⁰¹⁸ Und obwohl es sich bei den Standards häufig um rechtlich nicht verbindliche Vorgaben handelt, kommen ihnen regelmässig bedeutende Rechtswirkungen zu.¹⁰¹⁹

¹⁰¹⁴ Vgl. <<https://www.iprp.global>>.

¹⁰¹⁵ Vgl. <<https://www.iprp.global> → About Us> (besucht am 15.8.24) sowie für einen kurzen Überblick <<https://www.swissmedic.ch> → Über uns → Internationale Zusammenarbeit → Multilaterale Zusammenarbeit mit internationalen Organisationen/Initiativen → International Pharmaceutical Regulators Programme (IPRP)> (besucht am 15.8.24).

¹⁰¹⁶ Vgl. <<https://picscheme.org>>; vgl. für einen Überblick <<https://www.swissmedic.ch> → Über uns → Internationale Zusammenarbeit → Multilaterale Zusammenarbeit mit internationalen Organisationen/Initiativen → PIC-Scheme> (besucht am 15.8.24).

¹⁰¹⁷ Vgl. zu diesem Mechanismus etwa Darstellung bei MÖLLERS, Transnationale Behördenkooperation, 353 ff.; SASSEN, 265 ff. Zum Begriff des Standards vgl. etwa RÖHL, Internationale Standardsetzung, 319 ff.; vgl. auch LEPSIUS, 345 ff.

¹⁰¹⁸ MÖLLERS, Transnationale Behördenkooperation, 355; vgl. auch SCHUPPERT, Verwaltungsorganisation, § 17 N 105, der von der Kooperation und dem transnationalen Agieren «substaatlicher Instanzen über staatliche Grenzen hinweg» spricht.

¹⁰¹⁹ Dazu sogleich hinten N 334 ff.

Im Bereich der Finanzmarktregulierung sind es häufig die Spitzen der internationalen Finanzpolitik, die z.B. im Rahmen der Jahrestreffen der G20 neue Regulierungsziele identifizieren.¹⁰²⁰ Mit entsprechenden Aufträgen an den Finanzstabilitätsrat (FSB) und an den Basler Ausschuss für Bankenaufsicht (BCBS) stossen die G20 auf diesem Weg jeweils aufsichtsrechtliche Regulierungsprozesse an.¹⁰²¹ 326

In Bewältigung der letzten Finanzmarktkrise anvisierten die durch sie vorgeschlagenen Reformen u.a. die folgenden Themenbereiche: (i) Stärkung der Widerstandsfähigkeit von Finanzinstituten durch verbesserte Eigenmittel- und Liquiditätsanforderungen, (ii) Lösung der sog. «*Too big to fail*»-Problematik,¹⁰²² (iii) Erhöhung der Transparenz und Sicherheit im *Over-the-Counter*-Derivatehandel, (iv) Umwandlung von Schattenbankenaktivitäten zu widerstandsfähiger, kapitalmarktbasierter Finanzintermediation.¹⁰²³

Von massgeblicher Bedeutung für internationale Regulierungsstandards zum Bankwesen und zur Bankenaufsicht ist im Übrigen der Basler Ausschuss für Bankenaufsicht (BCBS).¹⁰²⁴ Mit seinen Eigenkapitalregeln von 1988 (Basel I), die mit den Basel-II-Vorgaben 2004 und den als Antwort auf die globale Finanzkrise (2007–2009) erlassenen und seither aufdatierten Basel-III-Vorschriften¹⁰²⁵ weiterentwickelt wurden, hat sich der BCBS faktisch zum weltweiten Standardsetter im Bankenbereich entwickelt.¹⁰²⁶ 327

¹⁰²⁰ Dabei stellen *nota bene* auch die G20 keine internationale Organisation dar, sondern ein Netzwerk der Staatsoberhäupter der einflussreichsten Volkswirtschaften. Vgl. etwa SLAUGHTER, 37 f. zu den G7-Treffen; zu Legitimationsdefiziten der G20-Diplomatie vgl. ZOBL/THÜRER/ALEXANDER, 143 ff.

¹⁰²¹ SGHB Finanzmarktrecht I-BARTHOLET, § 5 N 6.

¹⁰²² Vgl. dazu P. KUNZ, Wirtschaftsrecht, 275 ff.

¹⁰²³ Vgl. SGHB Finanzmarktrecht I-SCHAEFER, § 14 N 10 mit Verweis auf die «*G20 Declaration on Strengthening the Financial System*» vom 2.4.2009, abrufbar unter <<http://www.g20.utoronto.ca> → G20 Summits → London Summit (2009)> (besucht am 15.8.24).

¹⁰²⁴ Dazu vorne N 316.

¹⁰²⁵ Die Basel-III-Vorschriften sind abrufbar unter <<https://www.bis.org> → Committees & associations → Basel Committee on Banking Supervision → Basel III> (besucht am 15.8.24).

¹⁰²⁶ Vgl. für einen Überblick über diese Entwicklung <<https://www.bis.org> → Committees & associations → Basel Committee on Banking Supervision → About the BCBS → History> (besucht am 15.8.24). Vgl. für einen Überblick über die wichtigsten Regelwerke des BCBS ABEGG/BÄRTSCHI/DIETRICH, N 228 sowie N 271 ff. zu den Eigenkapitalvorgaben von Basel I–III.

Die Sicherstellung einer lückenlosen, angemessenen Aufsicht und damit die Verhinderung, dass ein Institut die Aufsicht umgehen könnte, wurde im Übrigen als grundlegendes Ziel im sog. *Basle Concordat* von 1975 formuliert. Diese Grundüberlegungen wurden im *Concordat* von 1983 wiederholt¹⁰²⁷ und bildeten in der Folge einen wichtigen Ausgangspunkt für die Entwicklung insb. der sog. Mindeststandards für die grenzüberschreitende Bankenaufsicht. Diese lauten: (i) Alle internationalen Bankengruppen und international tätigen Banken sollen von einer Behörde im Herkunftsland beaufsichtigt werden; (ii) vor der Gründung einer ausländischen Bankniederlassung ist die Zustimmung der Aufsichtsbehörde sowohl des Gastals auch des Herkunftslandes nötig; (iii) von grenzüberschreitend tätigen Bankinstituten sollen die Aufsichtsbehörden des Herkunftslandes Informationen einholen dürfen; (iv) stellt die Aufsichtsbehörde des Gastlandes fest, dass einem dieser Minimalstandards nicht entsprochen wird, kann sie restriktive Massnahmen erlassen, die auch zum Verbot der Gründung einer Niederlassung führen können.¹⁰²⁸

- 328 Die sog. *Core Principles for Effective Banking Supervision*, die vom Basler Ausschuss 1997 erstmals veröffentlicht, 2006 revidiert und 2012 angepasst wurden, stellen im Übrigen Mindestanforderungen an eine wirksame Bankenaufsicht auf. Die Prinzipien dienen v.a. den nationalen Behörden als Richtwert, um die Qualität ihrer Aufsichtssysteme zu messen und allfällige Mängel erkennen zu können.¹⁰²⁹ Wie genau die Einhaltung der Prinzipien überprüft werden kann, ergibt sich aus den sog. *Core Principles Methodology*.¹⁰³⁰
- 329 Die FINMA wirkt auch in anderen Gremien an der Ausarbeitung von Standards mit. So etwa im Rahmen der IAIS oder der IOSCO, wenn es um Standards im Bereich der Versicherungs- bzw. Wertpapieraufsicht geht.¹⁰³¹ Nicht selten werden solche Standards in der Folge Bestandteil eines «*Memorandum of Understanding*», wo sie von den Mitgliedsbehörden als verbindlich vereinbart werden.¹⁰³²

¹⁰²⁷ Basle Concordat 1983, Abschnitt III («*General principles governing the supervision of banks' foreign establishments*»).

¹⁰²⁸ BCBS, Minimum Standards for the Supervision of International Banking Groups and their Cross-Border Establishments. Vgl. dazu auch VAN AAKEN, 231 f.; NOBEL, Finanzmarktrecht, § 3 N 348 ff.

¹⁰²⁹ Vgl. dazu ABEGG/BÄRTSCHI/DIETRICH, N 279; vgl. dazu auch NOBEL, Finanzmarktrecht, § 3 N 359 ff.

¹⁰³⁰ Vgl. dazu ABEGG/BÄRTSCHI/DIETRICH, N 279.

¹⁰³¹ Vgl. für einen Überblick die Informationen unter <<https://www.finma.ch> → FINMA → Internationale Zusammenarbeit → Policy- und Regulierungszusammenarbeit> (besucht am 15.8.24).

¹⁰³² MÖLLERS, Transnationale Behördenkooperation, 360.

Auch wenn die Standards eigentlich rechtlich unverbindlich sind, fördern sie auf diesem Weg eine Harmonisierung der Aufsichtsregeln und prägen zugleich die nationalen Rechtsordnungen.¹⁰³³

Auch im *Heilmittelbereich* werden auf verschiedenen internationalen Plattformen Standards entwickelt. Das Ziel solcher Standards ist es insb., zur Harmonisierung der Zulassungsvoraussetzungen von Arzneimitteln und Medizinprodukten beizutragen, um bürokratische Hürden und Doppelspurigkeiten abzubauen, die mit mehrfachen Zulassungsverfahren für dasselbe Produkt in verschiedenen Ländern einhergehen. 330

PIC/S verfolgt etwa das Ziel, die Inspektionsverfahren weltweit mittels gemeinsamer Standards im Bereich GMP zu harmonisieren, die Kooperation und Vernetzung zwischen den Behörden und international sowie regional tätigen Organisationen zu fördern und bei der Implementierung der Standards mitzuwirken, u.a. durch die Weiterbildung der zuständigen Behördenmitglieder.¹⁰³⁴ Ferner steht im Fokus der Standardsetzungstätigkeiten von Swissmedic ihre aktive Teilnahme im «*International Council on Harmonisation*» (ICH).¹⁰³⁵ Ein inzwischen weltweit anerkannter Standard dieses Gremiums ist das sog. *Common Technical Document* (CTD),¹⁰³⁶ das ein einheitliches Format und harmonisierte Vorgaben aufstellt, die für die Zulassung neuer Arzneimittel zu beachten sind. Der Zulassungsprozess wurde insb. durch die Erstellung eines elektronischen Formulars (eCTD) inzwischen wesentlich erleichtert.¹⁰³⁷ 331

Im Heilmittelbereich besonders zu nennen ist ausserdem die sog. Pharmakopöe, eine Sammlung von Qualitätsanforderungen u.a. an Arzneimittel, Impfstoffe, chemische Wirkstoffe und pharmazeutische Hilfsstoffe sowie einzelne Medizinprodukte. Die Anforderungen sind in Einzelmonografien aufgeführt, die Vorschriften über die Herstellung und Verarbeitung, Prüfung, Lagerung, Beschriftung, Abgabe und Verwendung enthalten. Zudem umfasst die Pharmakopöe auch allgemeine Monografien, in denen insb. Anforderungen an Wirkstoffe, Hilfsstoffe, Zuberei- 332

¹⁰³³ Dazu hinten N 355 ff. sowie N 363 f. Für einen Überblick über Finanzstandards vgl. etwa SGHB Finanzmarktrecht I-KUHN, § 8 N 111 ff.; NOBEL, Finanzmarktrecht, § 3 N 114 ff.

¹⁰³⁴ Vgl. für weitere Informationen zu PIC/S <<https://www.picscheme.org>>.

¹⁰³⁵ Vgl. für weitere Informationen <<https://www.ich.org>>.

¹⁰³⁶ Vgl. dazu <<http://www.ich.org> → Work Products → ICH Standards → CTD> (besucht am 15.8.24).

¹⁰³⁷ Vgl. dazu <<http://www.ich.org> → Work Products → ICH Standards → Electronic Standards> (besucht am 15.8.24).

tungen und Darreichungsformen definiert sind.¹⁰³⁸ Die Pharmakopöe gilt für alle Produkte, die in der Schweiz in Verkehr gebracht werden.¹⁰³⁹

- 333 Unterschieden werden (aus Sicht der Schweiz) eine Europäische (sog. *Pharmacopoea Europaea*) sowie eine Schweizerische Pharmakopöe (sog. *Pharmacopoea Helvetica*).¹⁰⁴⁰ Die *Pharmacopoea Europaea* wird unter der Ägide des Europarates erarbeitet und im Original herausgegeben sowie in regelmässigen Abständen neu aufgelegt.¹⁰⁴¹ Die Schweiz ist als Vertragspartei des Übereinkommens über die Ausarbeitung einer Europäischen Pharmakopöe vom 22. Juli 1964¹⁰⁴² verpflichtet, an der Erarbeitung der Europäischen Pharmakopöe mitzuwirken.¹⁰⁴³ Sie tut dies – vertreten durch Swissmedic – in einem Netzwerk aus Experten aus der pharmazeutischen Industrie, den Behörden, den Hochschulen, der Apothekerschaft sowie weiteren betroffenen Kreisen.¹⁰⁴⁴ Die Pharmakopöe gilt als rechtsverbindlich und unmittelbar anwendbar.¹⁰⁴⁵

¹⁰³⁸ Vgl. zu Begriff und Inhalt der Pharmakopöe BSK HMG-EGGENBERGER STÖCKLI/KESSELRING, Art. 52 N 1 f.; vgl. auch hinten N 437 ff. zur Pharmakopöe als «aufsichtsrechtliche[m] Erlass».

¹⁰³⁹ Art. 8 HMG.

¹⁰⁴⁰ Vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. g HMG sowie Art. 52 Abs. 3 HMG; vgl. auch Art. 1 Abs. 1 PhaV.

¹⁰⁴¹ Vgl. auch BSK HMG-EGGENBERGER STÖCKLI/KESSELRING, Art. 52 N 7 m.w.H. Zur Herausgabe und zum Abruf beider Pharmakopöen vgl. Art. 1 der Verordnung des Schweizerischen Heilmittelinstituts über den Erlass der Pharmakopöe.

¹⁰⁴² SR 0.812.21; vgl. das dazugehörige Protokoll vom 16.11.1989 (SR 0.812.211).

¹⁰⁴³ Art. 1 des Übereinkommens über die Ausarbeitung einer Europäischen Pharmakopöe; Art. 52 Abs. 3 HMG; Art. 3 PhaV.

¹⁰⁴⁴ Vgl. Art. 52 Abs. 2 HMG sowie Art. 2 PhaV. Insgesamt wirken ca. 100 Personen im Milizsystem als externe Experten an der Erarbeitung der Pharmakopöe mit. Sie arbeiten direkt in den internationalen Expertengruppen der Pharmakopöe Europea mit oder engagieren sich in den Schweizerischen Fachausschüssen, die insb. die Stellungnahmen der Schweiz zur Pharmakopöe Europea verfassen und die Pharmakopöe Helvetica erarbeiten (vgl. dazu Swissmedic, Die Pharmakopöe, 6.9.2021, abrufbar unter <<https://www.swissmedic.ch> → Über uns → Recht und Normen → Pharmakopöe> [besucht am 15.8.24]; BSK HMG-EGGENBERGER STÖCKLI/KESSELRING, Art. 52 N 5).

¹⁰⁴⁵ Dazu sowie zur rechtlichen Qualifikation dieses heilmittelrechtlichen Spezialerlasses vgl. hinten N 439 f.

2. Rechtswirkungen

Die beschriebenen Aufsichtsstandards sind rechtlich nicht verbindlich. Oftmals lässt bereits der Wortlaut der Vorgaben auf einen fehlenden Bindungswillen der beteiligten Behörden schliessen.¹⁰⁴⁶ Ferner fehlt es den einzelnen Behördenvertretern regelmässig an der erforderlichen Vertretungsbefugnis und -macht, um «ihre» Staaten zu verpflichten.¹⁰⁴⁷ Somit stellen Standards aus rechtlicher Sicht so lange unverbindliche Empfehlungen dar, bis sie in internationales oder nationales Recht («*hard law*») überführt (bzw. vertraglich akzeptiert) und damit verbindlich und durchsetzbar werden.¹⁰⁴⁸ Gleichwohl kommen ihnen in der Praxis durchaus normative Wirkungen zu.¹⁰⁴⁹

Standards können z.B. als eine Form vorstaatlichen Rechts¹⁰⁵⁰ einen Ausgangspunkt für die Entstehung neuen Völkervertrags- oder -gewohnheitsrechts darstellen oder auch als Leitlinie für den nationalen Gesetzgeber fungieren.¹⁰⁵¹ Ferner können *soft law*-Vorgaben als Hilfe zur Auslegung geltenden Landes- oder Völkerrechts hinzugezogen werden und dadurch die gesetzlichen Spielräume in der Rechtsanwendung durch Gerichte und Behörden konkretisieren.¹⁰⁵² Die Einbin-

¹⁰⁴⁶ So etwa die Standards von IOSCO, die Bindungswirkungen ausdrücklich ablehnen. Oftmals werden die Standards von den Parteien aber auch als «*memorandum of understanding*» bezeichnet, oder es wird auf völkerrechtliche Formen und Sprache verzichtet, sodass in der völkerrechtlichen Praxis von einer rechtlich nicht verbindlichen Einigung auszugehen ist (vgl. MÖLLERS, Transnationale Behördenkooperation, 368).

¹⁰⁴⁷ Zu den Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, um einen Staat gültig vertreten zu können, vgl. Art. 7 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge; vgl. dazu auch MÖLLERS, Transnationale Behördenkooperation, 368 f. m.w.H.

¹⁰⁴⁸ Vgl. zum Mechanismus von Standards etwa auch NOBEL, Finanzmarktrecht, § 3 N 99 ff.

¹⁰⁴⁹ Aus diesem Grund scheint denn auch die Unterscheidung zwischen verbindlichen *hard law*- und unverbindlichen *soft law*-Vorschriften im Völkerrecht praktisch oftmals weniger bedeutsam zu sein als in den meisten nationalen Rechtsordnungen (vgl. dazu etwa KOKOTT, 33 f. und 41. Vgl. zur Thematik insb. PAUWELYN, International Law, 125 ff.; vgl. auch LADEUR, Global Administrative Law, 162 ff. und 164 ff.).

¹⁰⁵⁰ Vgl. NOBEL, Internationale Standards, 559; vgl. auch KOKOTT, 24 f.

¹⁰⁵¹ Vgl. NOBEL, Internationale Standards, 556 und 559; KOKOTT, 35 und 39 f.; IPSEN, § 21 N 8 und § 53 N 29; KÄLIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI, 261; vgl. auch PEREIRA, insb. 1703 ff., der mit Blick auf Codex-Alimentarius-Standards von einem stark eingeschränkten Ermessensspielraum der nationalen Gesetzgebung ausgeht angesichts der Akzeptanz der Standards als relevante internationale Standards unter dem SPS- und dem TBT-Abkommen.

¹⁰⁵² Vgl. auch KÄLIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI/PIRKER, 262 ff.; KOKOTT, 34 f.

dung sachverständiger und marktnaher Experten in den Standardsetzungsprozess führt regelmässig bereits zu einem hohen Grad an Akzeptanz solcher Normen in der Praxis.¹⁰⁵³ Nach MÖLLERS wird die Verselbstständigung der Behörden insb. als ein Phänomen der Depolitisierung wahrgenommen, die dazu führe, dass «sektoralisierte Gemeinschaften von Fachbeamten bestimmte Probleme gerade aus einem politischen Kontext herausnehmen und «kompetent» zu lösen suchen».¹⁰⁵⁴

- 336 Die unter der Leitung des FSB und mit enger Einbindung von BCBS und IOSCO entwickelten internationalen Standards im Bankenbereich entfalten insb. auch durch ihre praktische Ausgestaltung und Überwachung eine unmittelbare faktische Bindungswirkung.¹⁰⁵⁵ Eine besondere Stellung nehmen ferner die Eigenmittelvorgaben des Basler Ausschusses ein. Sie werden von einer grossen Zahl von Staaten als «*best practices*» übernommen,¹⁰⁵⁶ auch von Staaten, die nicht zu den G10 gehören. Basel I, II und III fanden etwa auch Eingang in die Europäische Richtlinie zur Kapitalausstattung von Banken, was wiederum zu ihrer beachtlichen Verbreitung geführt hat.¹⁰⁵⁷ Im Ergebnis haben die vernetzten Behörden praktisch keine Möglichkeiten, von solchen Standards abzuweichen oder auf die Koordination ihrer Tätigkeit mit den «ausländischen Entsprechungsbehörden» zu verzichten.¹⁰⁵⁸
- 337 Die Schweiz berücksichtigt aus Wettbewerbs- und politischen Überlegungen i.d.R. internationale Standards.¹⁰⁵⁹ Regelmässig passt sie ihr Recht inhaltlich internatio-

¹⁰⁵³ Vgl. so etwa NOBEL, Internationale Standards, 559; vgl. auch BOTHE, 1409 f., wenn auch mit Blick auf das Völkerrecht.

¹⁰⁵⁴ MÖLLERS, Transnationale Behördenkooperation, 369.

¹⁰⁵⁵ Diese Bindungskraft wird als sehr stark eingeschätzt (MÖLLERS, Transnationale Behördenkooperation, 370); vgl. auch SGHB Finanzmarktrecht I-BARTHOLET, § 5 N 38; vgl. etwa auch NOBEL, Finanzmarktrecht, § 3 N 102; ABEGG/BÄRTSCHI/DIETRICH, N 267 ff. generell sowie N 275.

¹⁰⁵⁶ Nach Ziff. 5 (lit. e) des BCBS Charters sind die Mitgliedstaaten bestrebt («*committed*»), die BCBS-Standards auf nationaler Ebene umzusetzen und anzuwenden, und zwar innerhalb des vom «*Committee*» vorgegebenen Zeitrahmens.

¹⁰⁵⁷ Die Umsetzung von Basel III bspw. erfolgte innerhalb der EU auf der Grundlage der sog. «*Capital Requirements Directive*» (CRD IV) sowie der «*Capital Requirements Regulation*» (CRR) der EU. Aktuell liegt der Entwurf der Europäischen Kommission für ein neues Bankenregulierungspaket für die Umsetzung des überarbeiteten Basler Rahmenwerks vor (vgl. dazu Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 27.10.2021, Bankenpaket 2021: neue EU-Vorschriften zur Stärkung der Widerstandsfähigkeit der Banken und zur Vorbereitung auf die Zukunft, <<https://ec.europa.eu>>).

¹⁰⁵⁸ Vgl. so MÖLLERS, Netzwerk, 293.

¹⁰⁵⁹ Vgl. etwa die genannten Motive für die Übernahme der internationalen Vorgaben in Botschaft FinfraG, BBl 2014 7496 ff.

nenalen Standards oder ausländischem, insb. europäischem Recht, zumindest in gewissen Teilen,¹⁰⁶⁰ «autonom» an.¹⁰⁶¹ Ferner finden transnationale Aufsichtsstandards mittels ausdrücklicher Verweise auf entsprechende Vorschriften Eingang in das anwendbare Recht.¹⁰⁶²

So ist die FINMA etwa nach Art. 7 Abs. 2 lit. b und d FINMAG angehalten, im Rahmen ihrer Regulierungstätigkeit nicht nur die Auswirkungen auf den Wettbewerb, die Innovationsfähigkeit und die internationale Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz zu berücksichtigen, sondern insb. auch die Wirkungen der internationalen Mindeststandards. Ferner regelt die FINMA z.B. nach Art. 55 Abs. 2 der Eigenmittelverordnung (ERV) die Berechnungsmethode für die Mindesteigenmittel und hat sich dabei nach den Basler Mindeststandards zu richten.

Die starke Orientierung des schweizerischen Gesetzgebungsprozesses an internationalen Standards wird auch z.B. im Zusammenhang mit den Bestimmungen des FinfraG deutlich.¹⁰⁶³ Bereits die Botschaft des Bundesrates führte aus, dass die aktive Teilnahme der schweizerischen Behörden in internationalen rechtsetzenden Gremien die Erwartung mit sich bringe, dass die so entstehenden Standards von der Schweiz auch übernommen und umgesetzt werden würden.¹⁰⁶⁴ Auch wenn nicht von einer rechtlichen Verbindlichkeit ausgegangen wird, so scheint die faktische Verbindlichkeit internationaler Standards akzeptiert zu sein,¹⁰⁶⁵ wird doch z.B. ihre Überarbeitung als Anlass für die Anpassung der Schweizer Vorgaben genannt.¹⁰⁶⁶

Im Bereich des Heilmittelrechts werden international anerkannte Richtlinien und Normen z.B. bei der Umschreibung der Regeln der Guten Ver-

¹⁰⁶⁰ Selbstverständlich ist die Schweiz ausserhalb rechtsverbindlicher Verpflichtungen frei, bestimmte Sachverhalte eigenständig zu regulieren und dabei auch von internationalen Standards abzuweichen. Zum sog. «*Swiss Finish*» im Finanzmarktrecht vgl. etwa SGHB Finanzmarktrecht I-BARTHOLET, § 5 N 40.

¹⁰⁶¹ Zum Konzept und zur Methodik des autonomen Nachvollzuges von EU-Recht in der Schweiz vgl. etwa OESCH, 520 ff. (N 937 ff.); P. KUNZ, Wirtschaftsrecht, 947 ff.; HEINEMANN, Rechtliche Transplantate, 21 ff. sowie generell 13 ff. zum Einfluss des EU-Rechts auf die Schweiz; vgl. etwa auch HETTICH, Kooperative Risikoversorge, N 487 f. m.w.H. Zu den Einflüssen ausländischer Rechtsordnungen auf das schweizerische Recht generell vgl. etwa P. KUNZ, Amerikanisierung, 37 ff.; P. KUNZ, Wirtschaftsrecht, 1021 ff.

¹⁰⁶² Vgl. etwa im Bereich des Finanzmarktrechts SGHB Finanzmarktrecht I-BARTHOLET, § 5 N 39 ff.; vgl. auch SGHB Finanzmarktrecht I-BRÄNDLI, § 2 N 30 ff.

¹⁰⁶³ Vgl. SGHB Finanzmarktrecht I-BRÄNDLI, § 2 N 31 ff.

¹⁰⁶⁴ Botschaft FinfraG, BBl 2014 7618.

¹⁰⁶⁵ Vgl. so auch SGHB Finanzmarktrecht I-BRÄNDLI, § 2 N 60.

¹⁰⁶⁶ Botschaft FinfraG, BBl 2014 7484, 7526 und 7629.

triebspraxis¹⁰⁶⁷ und der Guten Herstellungspraxis im Umgang mit Blut und Blutprodukten berücksichtigt,¹⁰⁶⁸ ebenso bei der Bezeichnung der technischen Normen zur Konkretisierung der grundlegenden Anforderungen an Medizinprodukte.¹⁰⁶⁹

- 338 Im Ergebnis wirken sich die rechtlich nicht verbindlichen Standards somit faktisch stark auf die betroffenen Regulierungsbereiche aus und tragen damit auch in den jeweiligen Sektoren zu einer Harmonisierung der aufsichtsrechtlichen Vorgaben bei.¹⁰⁷⁰

E. Rechtliche Würdigung

1. «Aufsichtnetzwerke» als neue Völkerrechtsakteure

- 339 Die transnationale Kooperation der Aufsichtsbehörden und ihre teilweise Verdichtung zu Plattformen der Zusammenarbeit¹⁰⁷¹ illustrieren das Aufkommen neuer Formen der Zusammenarbeit auf internationaler Ebene, die nicht zuletzt auf einen Prozess der zunehmenden «Privatisierung» und «Deformalisierung» des klassischen Völkerrechts zurückgeführt werden.¹⁰⁷²
- 340 Mit der *Privatisierung* des Völkerrechts ist gemeint, dass immer häufiger nach innerstaatlichem Privatrecht verfasste juristische Personen internationale Aufgaben wahrnehmen.¹⁰⁷³ Mit Blick auf die vorne aufgeführten Plattformen existiert z.B. weder für die IOSCO noch für die IAIS ein völkerrechtliches Gründungsdokument: Die IOSCO ist ein Verein nach dem Recht der kanadischen Provinz Quebec,¹⁰⁷⁴ und die IAIS¹⁰⁷⁵ ist als privatrechtlicher Verein nach schweizerischem

¹⁰⁶⁷ Art. 29 Abs. 2 HMG i.V.m. Anhang 4 AMBV.

¹⁰⁶⁸ Art. 37 Abs. 3 HMG i.V.m. Art. 27 Abs. 1 lit. c sowie Anhang 1 AMBV.

¹⁰⁶⁹ Art. 45 Abs. 4 HMG.

¹⁰⁷⁰ Dazu auch hinten N 355 ff. und N 363 f.

¹⁰⁷¹ Dazu vorne N 304 ff. und N 312 ff.

¹⁰⁷² Vgl. dazu etwa den kursorischen Überblick bei PETRIG, Völkerrechtliche Verträge, 99 ff. m.w.H., die den Bedeutungsverlust des Völkerrechtsvertrags zusätzlich auch auf die Publizierung und Europäisierung des Völkerrechts zurückführt.

¹⁰⁷³ Vgl. etwa PETERS, Globalisierung, 144 ff. m.w.H.

¹⁰⁷⁴ Vgl. <<https://www.iosco.org> → About IOSCO> (besucht am 15.8.24), wo auch die Geschäftsordnung («By-Laws») abrufbar ist.

¹⁰⁷⁵ Vgl. etwa IAIS, Annual Report 2020, 35, abrufbar unter <<https://www.iaisweb.org> → About the IAIS → Organisation → Annual Reports> (besucht am 15.8.24).

Recht ausgestaltet. Letzteres trifft etwa auch auf den FSB¹⁰⁷⁶ ebenso wie den ICH¹⁰⁷⁷ und PIC/S¹⁰⁷⁸ zu. Nicht selten wird zur Gründung solcher Vereine oder Stiftungen auf das schweizerische Zivilrecht zurückgegriffen, da dieses als eher liberal ausgestaltet gilt und die Schweiz ein traditioneller Sitzstaat ist.¹⁰⁷⁹

Die *Deformalisierung* spricht die Tendenz der Völkerrechtsakteure an, anstelle internationaler Organisationen oder Vertragsorgane, gestützt auf völkerrechtliche Verträge, informale Akteure, Verfahren und Akte auf der internationalen Ebene zu wählen.¹⁰⁸⁰ So ist z.B. die Rechtsform des IPRP nicht geklärt.¹⁰⁸¹ Auch der Basler Ausschuss für Bankenaufsicht hat seine Kompetenzen nicht durch forma-

¹⁰⁷⁶ Der FSB ist als privatrechtlicher Verein nach schweizerischem Recht (Art. 60 ff. ZGB) mit Sitz in Basel eingetragen (vgl. Art. 1 *Articles of Association of the Financial Stability Board*, 28.1.2013, abrufbar unter <<https://www.fsb.org> → Publications> [besucht am 15.8.24]). – Bewusst wurde bei seiner Gründung auf die Errichtung einer internationalen Organisation verzichtet (vgl. dazu FSB, *Report to the G20 Los Cabos Summit on Strengthening FSB Capacity, Resources and Governance*, 12.6.2012, N 11 f. [S. 3], abrufbar unter <<https://www.fsb.org>>; vgl. zu solchen Völkerrechtsakteuren, deren Errichtung auf internationalem *soft law* und innerstaatlichen, privatrechtlichen Rechtsakten fusst, PETRIG, Völkerrechtliche Verträge, 124 ff.).

¹⁰⁷⁷ Der ICH ist als privatrechtlicher Verein nach schweizerischem Recht (Art. 60 ff. ZGB) mit Sitz in Genf eingetragen (vgl. Article 1 [1] *Articles of Association*, genehmigt von der Mitgliederversammlung am 18.11.2020, abrufbar unter <<https://www.ich.org> → About ICH → Key Documents → Articles & Procedures> [besucht am 15.8.24]). Die Mitgliedschaft setzt sich aus Behörden- und Industriemitgliedern zusammen. Swissmedic ist «*Standing Regulatory Member*» des «*Management Committee*» sowie Mitglied der «*Assembly*» (vgl. <<https://www.ich.org> → About ICH → Members & Observers> [besucht am 15.8.24]).

¹⁰⁷⁸ PIC/S ist als privatrechtlicher Verein nach schweizerischem Recht (Art. 60 ff. ZGB) mit Sitz in Genf eingetragen. Der im Handelsregister eingetragene Name lautet: «*Pharmaceutical Inspection Co-operation Scheme – Association de Droit Suisse*». Vgl. <<https://picscheme.org> → About → Organisational Structure → Legal Form> (besucht am 15.8.24).

¹⁰⁷⁹ TUOR/SCHNYDER/HÜRLIMANN-KAUP, Einstellung, § 14 N 2; vgl. auch PETRIG, Völkerrechtliche Verträge, 100.

¹⁰⁸⁰ Vgl. dazu grundlegend PAUWELYN, Informal International Lawmaking, 15 ff. und insb. 21 mit einem Definitionsversuch; vgl. auch die Studie von PAUWELYN/WESSEL/WOUTERS und *ebd.*, 734 f., zur exponentiellen Zunahme von «informellem internationalem Recht» in den Nullerjahren; vgl. dazu auch PETRIG, Democratic Participation, 199 ff. m.w.H.

¹⁰⁸¹ Sich selbst bezeichnet das Gremium als «*dedicated venue*», also als Tagungsort. Eine Geschäftsordnung («*Terms of Reference*», Version 5.0, 2.11.2023) ist abrufbar unter <<https://www.iprp.global> → About US → Procedures> (besucht am 15.8.24).

lisierten Rechtsakt erworben. Er verfügt bis heute über keine rechtliche Grundlage;¹⁰⁸² seine Gründung wurde durch eine Medienmitteilung Ende 1974 bekannt gemacht.¹⁰⁸³ Entstanden ist er in einem prozesshaften Verfahren, beruhend auf der geteilten Erwartung seiner Mitglieder, im Bereich der Bankenaufsicht zu kooperieren¹⁰⁸⁴ – ein Ziel, das die partizipierenden Staaten und Behörden im Verlaufe regelmässig stattfindender Treffen konkretisiert haben.¹⁰⁸⁵ Obwohl ihm somit nie formell legislative Kompetenzen übertragen wurden, ist der BCBS heute normativ tätig. Wie ausgeführt wurde, finden seine Standards heute grenzüberschreitend grosse Beachtung;¹⁰⁸⁶ in seiner Eigenwahrnehmung beschreibt sich der Ausschuss gar als «weltweit wichtigste normgebende Instanz für die Bankenregulierung».¹⁰⁸⁷ Bemerkenswerterweise zeichnen sich die vom BCBS ausgearbeiteten Standards mit ihrer Regelungsdichte und Technizität allerdings regelmässig durch einen hohen Grad an Formalisierung aus Sicht der Regelungsadressaten aus, was ihrem informellen Entstehungsverfahren scheinbar diametral gegenübersteht.¹⁰⁸⁸

- 342 Das zunehmende Auftreten interadministrativer – anstelle intergouvernementaler – Gremien¹⁰⁸⁹ zeigt eine Entwicklungstendenz im Völkerrecht auf, die den klassischen völkerrechtlichen Vertrag als exklusives Instrument zur Regelung internationaler Beziehungen und zum Transfer von Zuständigkeiten an internationale Akteure zunehmend in Frage stellt und mit ihm auch das Verständnis des Völkerrechts als (zwischen-)staatliches Terrain.¹⁰⁹⁰ Auch in die juristische Kategorie der «internationalen Organisation» lassen sich solche «weichen» Strukturen

¹⁰⁸² Die Charta des BCBS (*BCBS Charter*) ist rechtlich unverbindlicher Natur. Ausserdem heisst es in Ziff. 3 zur Rechtsform («*legal status*»): «*The BCBS does not possess any formal supranational authority. Its decisions do not have legal force. Rather the BCBS relies on its members' commitments (...) to achieve its mandate*».

¹⁰⁸³ MÖLLERS, Transnationale Behördenkooperation, 357.

¹⁰⁸⁴ Vgl. VABULAS/SNIDAL, 198 insb. zum Kriterium der «*explicitly shared expectations about purpose*».

¹⁰⁸⁵ *Ebd.*, 198; PETRIG, Völkerrechtliche Verträge, 127.

¹⁰⁸⁶ Dazu vorne N 327 f.

¹⁰⁸⁷ Vgl. Artikel 1 Basel Committee Charter.

¹⁰⁸⁸ Vgl. MÖLLERS, Transnationale Behördenkooperation, 381, der deshalb nicht generell von einer Entwicklung der Deformalisierung spricht; MÖLLERS, Netzwerk, 297 f.

¹⁰⁸⁹ Die Begriffsabgrenzung stammt von MÖLLERS, Transnationale Behördenkooperation, 371.

¹⁰⁹⁰ Vgl. dazu die Darstellung bei PETRIG, Völkerrechtliche Verträge, 94 ff. m.w.H. Vgl. zur zunehmenden Mitwirkung nicht staatlicher Akteure auf der internationalen Ebene PETERS, Globalisierung, 144 ff. m.w.H.; zur «Entstaatlichung durch Globalisierung» vgl. etwa auch RUPP, § 31 N 64 ff.

mehr schlecht als recht einordnen.¹⁰⁹¹ Nicht zuletzt aus diesem Grund verwendet die an die Politikwissenschaften angelehnte Literatur den Begriff der «Behörden-netzwerke»¹⁰⁹² und wirft diverse Fragen zu solchen Gebilden auf. Sollen solche Netzwerke nicht losgelöst von der Gesellschaft agieren können, ist aus der Perspektive des innerstaatlichen Rechts insb. ihre demokratische Legitimation bzw. Rückbindung zu klären.

2. Demokratiedefizite der Behördennetzwerke und ihrer legislativen Akte

2.1 Problemstellung

Die Verfassungsordnung der Schweiz überträgt dem Bundesrat die Kompetenzen, 343 die auswärtigen Angelegenheiten der Schweiz zu besorgen und die Schweiz nach aussen zu vertreten sowie völkerrechtliche Verträge zu unterzeichnen und zu ratifizieren.¹⁰⁹³ Gestützt auf Art. 166 BV, beteiligt sich ausserdem die Bundesver-

¹⁰⁹¹ Ihnen fehlt es insb. an einem durch Vertreter souveräner Staaten artikulierten Willen zur Errichtung einer völkerrechtlichen Rechtspersönlichkeit. Vgl. dazu kritisch MÖLLERS, Transnationale Behördenkooperation, 370 f. m.w.H.; vgl. auch KLABBERS, Soft Organizations, 403 ff. Zum Begriff der internationalen Organisation insb. (statt vieler) KLABBERS, Introduction, 6 ff. und 23 ff.; SEIDL-HOHENVELDERN/LOIBL, 1 ff.; vgl. auch PETRIG, Referendum, 342 ff. zum Begriff der internationalen Organisation gemäss Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 2 BV.

¹⁰⁹² Prägend für den Begriff SLAUGHTER, 15 ff. und insb. 19 ff. sowie 36 ff. Vgl. dazu auch GOLDMANN, § 6 N 59 ff.; SCHUPPERT, Verwaltungswissenschaft, 384 ff.; SCHUPPERT, Verflochtene Staatlichkeit, 158 ff.; KLABBERS, Soft Organizations, 416 f., der in der Verwendung des Begriffs «Netzwerk» eine Form der Distanzierung von Regulierung sieht. Kritisch zu dieser «komplexitätsreduzierenden und entdifferenzierenden» Beschreibungskategorie MÖLLERS, Netzwerk, 285 ff., 295 ff. und insb. 300; vgl. auch MÖLLERS, Transnationale Behördenkooperation, 380 ff.; KAHL, Rechts- und Sachkontrolle, § 253 N 8 ff.; vgl. auch VON BOGDANDY/DANN, 2018 f., welche die Verwendung des Begriffs der «Verbundverwaltung» («*composite administration*») vorschlagen, allerdings für die Beschreibung einer kontinuierlichen Kooperation zwischen internationalen *Institutionen* und anderen rechtlichen Einheiten (wie z.B. Mitglied- und Nichtmitgliedstaaten). – Verwendung findet im Übrigen auch der postmoderne Begriff der «Gesellschaft der Netzwerke» (vgl. dazu etwa LADEUR, § 18 N 42 ff. und N 49 f. m.w.H.).

¹⁰⁹³ Vgl. Art. 184 Abs. 1 und 2 BV. – Nach Art. 48a Abs. 1 RVOG ist der Bundesrat grundsätzlich auch befugt, die Zuständigkeit zum Abschluss, zur Änderung und zur Kündigung völkerrechtlicher Verträge an ein Departement zu delegieren bzw. bei Verträgen von beschränkter Tragweite an eine Gruppe oder an ein Bundesamt.

sammlung an der Gestaltung der Aussenpolitik.¹⁰⁹⁴ Gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung genehmigt sie insb. die völkerrechtlichen Verträge, mit Ausnahme derjenigen, für deren Abschluss der Bundesrat zuständig ist.¹⁰⁹⁵ Nach der Prämisse der sog. «Parallelitätsidee» soll völkerrechtlichen Verträgen grundsätzlich der gleiche Grad an demokratischer Legitimation zukommen wie nationalen Erlassen (auf Gesetzes- oder Verfassungsebene).¹⁰⁹⁶

- 344 Aussenvertretungsbefugnisse der Bundesverwaltung oder von dezentral ausgestalteten, unabhängigen Aufsichtsbehörden¹⁰⁹⁷ sind in der Bundesverfassung allerdings nicht vorgesehen. Generell gilt die demokratische Legitimation von Stellen «ausserhalb der Bundesverwaltung» gemäss Art. 178 Abs. 3 BV, die mit Verwaltungsaufgaben betraut sind, als vergleichsweise schwach ausgeprägt. Das Konzept einer ununterbrochenen «Legitimationskette» zwischen «Regierenden und Regierten»¹⁰⁹⁸ lässt sich auf unabhängige Aufsichtsbehörden nicht ohne «Bruchstellen» übertragen¹⁰⁹⁹ und funktioniert entsprechend auch nicht für transnationale Aufsichtsnetzwerke.¹¹⁰⁰
- 345 Da die Übertragung legislativer Kompetenzen an transnationale Aufsichtsgremien auch nicht gestützt auf einen völkerrechtlichen Vertrag erfolgt, kommen – aus Sicht der Schweiz – Art. 166 Abs. 2 und Art. 141 Abs. 1 lit. d BV nicht zur Anwendung, sodass sich der Kompetenztransfer weder einer parlamentarischen Ge-

¹⁰⁹⁴ Zur Entwicklung des Verständnisses der auswärtigen Angelegenheiten als gemeinsame Kompetenz von Bundesrat und Bundesversammlung vgl. PETRIG, *Democratic Participation*, 188 ff.

¹⁰⁹⁵ Vgl. dazu insb. auch Art. 24 Abs. 2 ParlG, der zudem auf Art. 7a und Art. 7b des RVOG verweist, sowie Art. 152 ParlG.

¹⁰⁹⁶ Vgl. dazu PETRIG, *Democratic Participation*, 191 ff. insb. mit Verweis auf DIGGELMANN, *Standardabkommen*, 293 ff. Diskutiert wurde das Konzept der Parallelität etwa anlässlich des (zuletzt vom Nationalrat verworfenen) Bundesbeschlusses über das obligatorische Referendum für völkerrechtliche Verträge mit Verfassungscharakter, das zu einer Änderung von Art. 140 BV geführt hätte (vgl. BBl 2020 1243 ff. sowie BBl 2020 1271 f.; die parlamentarische Beratung zum Geschäft 20.016 ist abrufbar auf der Website des Parlaments [<https://www.parlament.ch>]).

¹⁰⁹⁷ Dazu hinten N 595 ff.

¹⁰⁹⁸ Vgl. bereits BÄUMLIN, *Recht*, 47, wonach selbst für die schweizerische Demokratie «das Dogma von der «Identität von Regierenden und Regierten» (...) längst zur trügerischen und gefährlichen Illusion» geworden ist.

¹⁰⁹⁹ Dazu hinten N 644 ff.

¹¹⁰⁰ Vgl. dazu etwa HETTICH/FREYER, 129 ff. m.w.H.; MÖLLERS, *Drei Gewalten*, 155 ff.; vgl. auch die Überlegungen von PEREIRA, 1713 ff., wenn auch hauptsächlich zur Legitimität der Tätigkeiten der Codex Alimentarius Kommission.

nehmung noch einem fakultativen Referendum zuführen lässt.¹¹⁰¹ Ferner erfolgt auch die Standardsetzung auf transnationaler Ebene ausserhalb des regulären demokratischen Gesetzgebungsverfahrens auf nationaler Ebene, nämlich, wie gesehen,¹¹⁰² in grenzüberschreitenden Experten- und Fachgremien, die sich v.a. aus Vertretern nationaler Aufsichtsbehörden und Fachvertretern zusammensetzen und entsprechend über keine Staatsqualität oder demokratische Legitimation verfügen.¹¹⁰³ Gleichzeitig beschränkt die oftmals hohe Regulierungsdichte der internationalen Vorschriften regelmässig die Gestaltungs- bzw. Umsetzungsspielräume des innerstaatlichen Gesetzgebers sowie der rechtsanwendenden, nationalen Gerichte und Behörden, die häufig mit dem Vollzug übergeordneten Rechts befasst sind.¹¹⁰⁴

Ein Versuch, auf die somit aufgeworfenen Fragen zur Legitimation solcher Regelwerke und der sie erlassenden Kooperationsnetzwerke zu reagieren, lässt sich insb. in Bemühungen erblicken, eine gesetzliche Grundlage für die transnationalen Tätigkeiten der Behörden zu schaffen. Durch die Verankerung ihrer Kompetenzen in einem sektorspezifischen Gesetz auf Bundesebene soll die internationale Aufgabenwahrnehmung durch Aufsichtsbehörden eine demokratische Rückbindung erfahren. Ausserdem lassen sich im Rahmen ihrer Umsetzung in nationales Recht auch informale Praxen – wie der Abschluss von *Memoranda of Understanding* –

¹¹⁰¹ Wie ausgeführt (vorne N 339 ff.), wurde bei den beschriebenen Behördennetzwerken jeweils auf die Errichtung einer internationalen Organisation verzichtet, womit die Option eines Referendums über den Beitritt zu internationalen Organisationen gemäss Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 2 BV entfällt. Auch rechtlich unverbindliche Gründungsdokumente der genannten Akteure ebenso wie privatrechtliche Errichtungsakte lassen sich nicht als völkerrechtlicher Vertrag qualifizieren oder mittels Analogiebildung der parlamentarischen Genehmigung bzw. dem Referendum im Aussenbereich zuführen. Vgl. eingehend zu solchen Fragestellungen im Hinblick auf den Transfer von Kompetenzen insb. an sog. informale Völkerrechtsakteure PETRIG, Völkerrechtliche Verträge, 94 ff. und 125 ff.; PETRIG, Referendum, 341 ff. und 354 ff.

¹¹⁰² Dazu vorne N 325 ff.

¹¹⁰³ Vgl. MÖLLERS, Transnationale Behördenkooperation, 379, der in diesem Zusammenhang auf einen «Verlust an demokratischer Allgemeinheit» auf der politischen Entscheidungsebene verweist, der in demokratischen Staaten «durch allgemeinzuständige Organe wie Kabinett und Parlament» gewährleistet sei; vgl. dazu auch eingehender MÖLLERS, Gewaltengliederung, 50 ff.

¹¹⁰⁴ PETRIG, Völkerrechtliche Verträge, 96 ff.; PETRIG, Beschlüsse, 530 ff.; DIGGELMANN, Verfassung, N 1 sowie N 18 ff.; vgl. dazu auch HETTICH, Kooperative Risikoversorge, N 486 ff. und insb. N 488, welcher auf ein Legitimationsdefizit im international geprägten Risikorecht schliesst.

zu einem gewissen Grad «reformalisieren»¹¹⁰⁵ und selbst internationale Standards einer (indirekten) demokratischen Legitimation zuführen, sofern sie Eingang in ein Bundesgesetz finden. In einem solchen Fall kommen das ordentliche Gesetzgebungsverfahren im Parlament sowie das Gesetzesreferendum nach Art. 141 Abs. 1 lit. a BV zum Tragen. Denn auch breit anerkannte Standards stellen keine völkerrechtlichen Verträge dar¹¹⁰⁶ und sind entsprechend von einer parlamentarischen Genehmigung oder einer Unterstellung unter das fakultative Referendum ausgenommen.¹¹⁰⁷

2.2 Demokratische Rückbindung mittels gesetzlicher Grundlage

- 347 Im schweizerischen Finanzmarktrecht wurden die internationalen Verwaltungsbeziehungen auf eine gesetzliche Grundlage gestellt: Nach Art. 6 FINMAG übt die FINMA die Aufsicht nach den Finanzmarktgesetzen i.S.v. Art. 1 Abs. 1 FINMAG und nach dem FINMAG aus. Ferner nimmt sie «die internationalen Aufgaben wahr, die mit ihrer Aufsichtstätigkeit zusammenhängen».¹¹⁰⁸ Aussenbeziehungen sind nach diesem Wortlaut somit für den gesamten Tätigkeitsbereich der FINMA zugelassen.¹¹⁰⁹ Diese weite Kompetenzzuweisung ergibt sich zusätzlich auch aus Art. 42b Abs. 1 FINMAG. Danach kann die FINMA «zur Erfüllung ihrer Aufgaben nach Artikel 6 an multilateralen Initiativen internationaler Organisationen und Gremien teilnehmen, in deren Rahmen Informationen ausgetauscht werden».¹¹¹⁰
- 348 Die am 13. Dezember 2019 erlassene Verordnung zum FINMAG (FINMAG-VO) grenzt die «internationalen Aufgaben» ein wenig näher ein. Nach ihrem Art. 2 Abs. 1 umfassen diese insbesondere

¹¹⁰⁵ Vgl. dazu etwa SCHMIDT-ASSMANN, Internationalisierung des Verwaltungsrechts, 166.

¹¹⁰⁶ Zu den Rechtswirkungen von Aufsichtsstandards vgl. vorne N 334 ff.

¹¹⁰⁷ Vgl. so auch PETRIG, Völkerrechtliche Verträge, 128 f.

¹¹⁰⁸ Art. 6 Abs. 2 FINMAG.

¹¹⁰⁹ So auch kritisch MÖLLERS, Transnationale Behördenkooperation, 359 zu den Kompetenzen der deutschen Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin).

¹¹¹⁰ Sowohl Art. 42b FINMAG als auch Art. 50b NBG wurden im Zusammenhang mit der Einführung des Finanzinfrastrukturgesetzes (FinfraG) vorgesehen und haben – abgesehen von Abs. 3 – einen fast identischen Wortlaut; die Voraussetzungen für die Übermittlung nicht öffentlich zugänglicher Informationen an internationale Organisationen und Gremien sind jedoch strenger für die FINMA als für die SNB. Zur Einführung dieser beiden Bestimmungen vgl. Botschaft FinfraG, BBl 2014 7618 f. und 7599 ff. – Vgl. auch vorne N 319 zu Art. 42b FINMAG.

- «a. die Amtshilfe mit ausländischen Behörden nach den Artikeln 42 und 42a FINMAG;
- b. die Einsitznahme in internationalen Gremien, die sich mit Fragen der Finanzmarktaufsicht befassen;
- c. die Teilnahme an Gesprächen und Verhandlungen des EFD, die der Wahrung der Interessen der Schweiz in internationalen Finanzangelegenheiten dienen, und die fachliche Unterstützung des EFD bei diesen Gesprächen und Verhandlungen.»

Ferner ermächtigt Abs. 2 dieser Bestimmung die FINMA, «[i]m Rahmen der internationalen Aufgaben (...) rechtlich nicht bindende Vereinbarungen abschliessen» zu können, womit auch transnationale Aufsichtsstandards erfasst sind.

Nach Art. 3 Abs. 1 FINMAG-VO berücksichtigt die FINMA bei ihren internationalen Aufgaben die Finanzmarktpolitik des Bundesrates. Wenn sie die Schweiz in internationalen Gremien vertritt, hat die FINMA nach Abs. 2 die Grundzüge ihrer Position «im Einvernehmen mit dem EFD» festzulegen, um eine kohärente Vertretung der Schweizer Interessen sicherstellen zu können.¹¹¹¹ Dies wurde bereits in der Botschaft zum FINMAG festgehalten zusammen mit dem Hinweis, dass dem EFD «die Federführung für die internationale Finanzplatzpolitik» obliege, weshalb sich die FINMA hinsichtlich der Mitwirkung in internationalen Organisationen mit dem EFD abzusprechen habe, insb. auch im Kontext der Formulierung internationaler Standards.¹¹¹² Art. 4 FINMAG-VO führt die Zusammenarbeit und den Informationsaustausch zwischen der FINMA und dem EFD nun einer genaueren, generell-abstrakten Regelung zu und verweist in Abs. 4 auf eine Vereinbarung zwischen der FINMA und dem EFD. Inzwischen wurde das Memorandum of Understanding zwischen dem EFD, der FINMA und auch der SNB entsprechend überarbeitet.¹¹¹³ Art. 13 FINMAG-VO regelt ebenfalls die Zusammenarbeit und den Informationsaustausch mit dem EFD im Hinblick auf die Regulierungstätigkeit der FINMA, die auch mit dem EFD koordiniert erfolgen soll. Eine Weisungskompetenz kommt dem EFD gegenüber der FINMA dabei nicht zu, würde dies doch der Unabhängigkeit der FINMA und der selbstständigen Ausübung ihrer

¹¹¹¹ Vgl. so auch Art. 42b Abs. 2 FINMAG.

¹¹¹² Botschaft FINMAG, BBl 2006 2860.

¹¹¹³ Memorandum of Understanding zur tripartiten Zusammenarbeit im Bereich Finanzstabilität und Finanzmarktregulierung zwischen EFD, FINMA und SNB, 2.12.2019, abrufbar unter <<https://www.sif.admin.ch> → Dokumentation → Fachinformation → Archiv → 2019 → EFD, FINMA und SNB erneuern tripartite Vereinbarung über Zusammenarbeit> (besucht am 15.8.24).

Aufsichtstätigkeit gemäss Art. 21 Abs. 1 FINMAG¹¹¹⁴ widersprechen. Entsprechend behält Art. 1 Abs. 2 der Verordnung diese Bestimmung explizit vor.¹¹¹⁵

- 350 Im Hinblick auf die neue Regelung der internationalen Tätigkeit der FINMA ist die mit der Verordnung zum FINMAG eingeschlagene Stossrichtung im Grundsatz zu begrüßen. Fragen aufzuwerfen vermag allerdings die mit dem Erlass einer Verordnung gewählte Normstufe ebenso wie die Zulässigkeit der erfolgten Gesetzesdelegation an den Bundesrat auf der Grundlage von Art. 55 FINMAG, auf die sich die Verordnung stützt. Art. 55 Abs. 1 FINMAG ist als Delegationsnorm sehr weit gefasst und enthält insb. die Grundzüge der nun vom Bundesrat geregelten Materie nicht.¹¹¹⁶ Auch die nun in Art. 2 Abs. 2 der Verordnung verankerte Kompetenz der FINMA, im Rahmen ihrer internationalen Aufgaben rechtlich nicht bindende Vereinbarungen abschliessen zu können, ist sehr allgemein gehalten, und welche «internationalen Gremien» von der Verordnung erfasst werden, wird nicht klargestellt. Von einer rechtlichen Grundlage, die der FINMA ausdrückliche Kompetenzen für ihre Mitwirkung im Rahmen der internationalen Behördenkooperation und ihre legislativen Tätigkeiten zuweisen – und damit auch Grenzen ihrer Befugnisse implizieren – würde, kann somit nicht gesprochen werden. Die Reichweite der internationalen Aktivitäten der FINMA und ihrer Mitwirkung in Prozessen der internationalen Standardsetzung ist auf dieser Grundlage weder sichtbar noch geklärt.¹¹¹⁷ NOBEL gibt ausserdem zu bedenken, dass die Verordnung zu einer wesentlich stärkeren Bindung der FINMA an den Bund und das EFD sowie eine Verpolitisierung der Finanzmarktaufsicht zur Folge haben dürfte, was wohl auch mit zusätzlichem Bürokratieaufwand einhergehe. Er wirft die Frage auf, ob das wirklich so gewollt sei.¹¹¹⁸

¹¹¹⁴ Zur fachlichen Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Anstalten vgl. N 772 ff.

¹¹¹⁵ Vgl. dazu EFD, Erläuternder Bericht FINMAG-VO, 9 und 11 (mit Verweis auf das Kurzgutachten UHLMANN/FLEISCHMANN).

¹¹¹⁶ Zu den Voraussetzungen der zulässigen Gesetzesdelegation an die Aufsichtsbehörden vgl. hinten N 422 ff.

¹¹¹⁷ Vgl. zu solchen Anforderungen im Rahmen einer Struktur für die internationale Standardsetzung etwa RÖHL, Internationale Standardsetzung, 339.

¹¹¹⁸ NOBEL, Finanzmarktrecht, Stand der Dinge, N 77; vgl. auch NOBEL, Entwicklungen, 24.

Vergleichsweise knapp fällt die vorne kurz skizzierte gesetzliche Grundlage im Bereich des Heilmittelrechts aus: Swissmedic stützt sich für ihre internationale Tätigkeit auf Art. 64 HMG zur internationalen Amtshilfe und insb. zum Informationsaustausch mit ausländischen Behörden oder internationalen Organisationen sowie auf Art. 64a HMG, wenn es um die Kooperation im Rahmen grenzüberschreitender Kontrollen geht. Dabei kommt der Mitarbeit von Swissmedic in internationalen Organisationen und Gremien zur Weiterentwicklung globaler Standards hohe Priorität zu. Die Strategischen Ziele von Swissmedic der Jahre 2019–2022 benennen die Leistung eines «substanziellen Beitrag[s] zur Entwicklung der internationalen Standards» sowie die Umsetzung der relevanten Standards als «Ziel 1».¹¹¹⁹ Art. 52 weist dem Institut zudem die Kompetenz zu, bei der Erarbeitung der Pharmakopöe mitzuwirken.

In Deutschland wird jeweils auf das Telekommunikationsmodernisierungsgesetz¹¹²⁰ verwiesen, in dessen Rahmen es gelungen ist, innerstaatliche Kompetenzen an eine Aufsichtsbehörde auf einer gesetzlichen Grundlage zu delegieren mit der Folge, dass ihr Handeln offiziell erfolgt und den Bundesministerien und damit der Exekutive des Staates zugerechnet wird. In § 221 Abs. 1 regelt es die internationalen Aufgaben und hält dabei fest, dass die Bundesnetzagentur¹¹²¹ «[i]m Bereich der europäischen und internationalen Telekommunikationspolitik, insbesondere bei der Mitarbeit in europäischen und internationalen Institutionen und Organisationen, (...) im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie oder des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur tätig» wird. Abs. 2 von § 221 lautet weiter: «Die Bundesnetzagentur unterrichtet das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie oder das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur vorab über die wesentlichen Inhalte geplanter Sitzungen in europäischen und internationalen Gremien. Sie fasst die wesentlichen Ergebnisse und Schlussfolgerungen der Sitzungen zusammen und übermittelt sie unverzüglich an [die Bundesministerien].»

¹¹¹⁹ Swissmedic, Strategische Ziele 2019 bis 2022, Ziel 1, S. 4.

¹¹²⁰ BGBl. I S. 1858.

¹¹²¹ Die Bundesnetzagentur ist eine selbstständige Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie mit Sitz in Bonn (§ 1 Abs. 1 Gesetz über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen vom 7.7.2005, BGBl. I S. 1970, 2009). Aufgabe der Bundesnetzagentur ist es u.a., die Einhaltung der der Telekommunikation zugrunde liegenden Vorschriften sicherzustellen. Entsprechend lässt sie sich als Aufsichtsbehörde im Sinne dieser Untersuchung qualifizieren.

2.3 Weitere Legitimationsprobleme

- 351 Diverse weitere Aspekte lassen sich im Zusammenhang mit der grenzüberschreitenden Behördenkooperation anführen, die auch durch eine innerstaatliche gesetzliche Regelung kaum gelöst werden können.¹¹²²
- 352 So lässt etwa die «Zirkularität» transnationaler Aufsichtsstandards aufhorchen, sind es doch die normanwendenden Aufsichtsbehörden, die ihre eigenen Anwendungsspielräume vorab im Rahmen der internationalen Zusammenarbeit festlegen.¹¹²³ Dies wirft nicht zuletzt Fragen im Hinblick auf das Gewaltenteilungsprinzip auf.¹¹²⁴
- 353 Zusätzlich werden Legitimationsfragen etwa angesichts der oftmals fehlenden Vorgaben für das Standardsetzungsverfahren und dessen fehlender Transparenz zusätzlich verstärkt. Nicht selten sind die Positionen und Stellungnahmen der einzelnen Akteure nicht öffentlich einsehbar und werden auch den nationalen Parlamenten kaum kenntlich gemacht.¹¹²⁵ Die Behörden entscheiden, ob und, wenn ja, welche Informationen an die Öffentlichkeit gelangen. Entsprechend ist es regelmässig kaum nachvollziehbar, wie neue Regeln entstehen, was insb. dann besonders bedenklich ist, wenn der Eindruck entsteht, dass die Behördenzusammenarbeit v.a. durch einzelne (v.a. wirtschaftsmächtige) Staaten oder Staatengruppen geprägt ist, die sich im internationalen Verhältnis durchsetzen.¹¹²⁶ Internationale Standards im Sinne intransparenter Vorgaben, über die als technokratische und ökonomische Realitäten ausserdem wenig diskutiert wird,¹¹²⁷ ihre Richtigkeit nicht überprüft und ihre Inhalte im Übrigen auch nicht angepasst werden kön-

¹¹²² Vgl. etwa MÖLLERS, Transnationale Behördenkooperation, 379 f.; vgl. auch SCHMIDT-ASSMANN, Internationalisierung des Verwaltungsrechts, 159, mit dem Hinweis, dass die demokratische Legitimation der nationalen Behörde alleine noch nicht ausreiche.

¹¹²³ Vgl. auch RÖHL, Internationale Standardsetzung, 336.

¹¹²⁴ Dazu hinten N 502 ff.

¹¹²⁵ Vgl. auch SGHB Finanzmarktrecht I-BRÄNDLI, § 2 N 63; vgl. auch VON BOGDANDY, 862 f.

¹¹²⁶ Vgl. die Darstellung bei RAUSTIALA, 32 ff. und 51 ff.; MÖLLERS, Transnationale Behördenkooperation, 379; MÖLLERS, Netzwerk, 296; SGHB Finanzmarktrecht I-BRÄNDLI, § 2 N 64; SGHB Finanzmarktrecht I-BARTHOLET, § 5 N 31 ff.; SGHB Finanzmarktrecht I-KUHN, § 8 N 113. Allgemein zu Legitimation durch Interessenausgleich vgl. etwa BOTHE, 1405 ff.

¹¹²⁷ SGHB Finanzmarktrecht I-BRÄNDLI, § 2 N 63.

nen,¹¹²⁸ erscheinen aus verfassungsrechtlicher Sicht als äusserst problematisch. Immerhin sind nach Art. 152 Abs. 3 und Abs. 4 ParlG i.V.m. Art. 5b RVOV die für die Aussenpolitik zuständigen Kommissionen der Bundesversammlung zu gewissen rechtlich unverbindlichen, aber «wesentlichen» Legislativakten zu konsultieren.¹¹²⁹

Wohl um entsprechenden Bedenken zu begegnen, stellen bspw. die Internetseiten des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht sowie von IOSCO Materialien zu internen Entscheidungsprozessen online. Ausserdem ermöglichte der Basler Ausschuss bereits im Zusammenhang mit der Überarbeitung der Basler Eigenmittelkapitalvereinbarung von 1988 und der Entwicklung der Basel-II-Vorschriften webbasierte Konsultationen der «*stakeholder*», sodass neben den Mitgliedern des Ausschusses auch nationale Regierungen, Entwicklungsländer, Banken, Finanzindustrieverbände sowie Akademiker in den Prozess der Formulierung von Standards miteinbezogen wurden. Dadurch sollte die Transparenz der Verfahren erhöht und eine Art demokratische Mitwirkungsmöglichkeit geschaffen werden.¹¹³⁰ 354

¹¹²⁸ Vgl. etwa MÖLLERS, Transnationale Behördenkooperation, 379 f., der die geringe Veränderungs- und Korrekturfähigkeit der entstandenen Regeln (besonders in Verbindung mit ihrer praktisch fehlenden öffentlichen Diskussion) als ein Legitimationsdefizit deutet, das zusätzlich «auch funktional die Problemlösungsfähigkeit der Zusammenarbeit» in Frage stelle. Vgl. auch RÖHL, Internationale Standardsetzung, 339, der auch die Überprüf- und Aufhebbarkeit der Normen fordert.

¹¹²⁹ Im Finanzmarktbereich wird insb. im Bereich der sog. *Key Standards* und weiterer bedeutender Finanzmarktstandards für die Schweiz die vorgängige Information und Konsultation des Parlaments vor einer Schweizer Zustimmung als zwingendes Erfordernis angesehen (vgl. SGHB Finanzmarktrecht I-BRÄNDLI, § 2 N 63). Zuletzt angepasst wurden die parlamentarischen Kompetenzen im Bereich der Aussenpolitik mit Art. 152 Abs. 3^{bis} und 3^{ter} ParlG, wonach der Bundesrat die für die Aussenpolitik zuständigen Kommissionen konsultiert, bevor er einen völkerrechtlichen Vertrag vorläufig anwendet oder dringlich kündigt (sofern Abschluss, Änderung oder Kündigung durch die Bundesversammlung genehmigt werden muss). Zu den Hintergründen zu Art. 152 ParlG vgl. PETRIG, Beschlüsse, 517 ff.

¹¹³⁰ Weitere Informationen dazu sind abrufbar unter <<https://www.bis.org> → Committees & associations → Basel Committee on Banking Supervision → About the BCBS → Policy development and implementation review> (besucht am 15.8.24); vgl. auch WOOD, 148; vgl. auch KINGSBURY/KRISCH/STEWART, 38 f.; vgl. auch RÖHL, Internationale Standardsetzung, 336, der auch darauf hinweist, dass diese Normen jeweils ein reguläres Gesetzgebungsverfahren auf EU-, Mitglied- bzw. nationalstaatlicher Ebene durchlaufen.

3. Harmonisierung der Aufsichtsstruktur

355 Voraussetzung einer grenzüberschreitenden Kooperation, sei es im Rahmen der Amtshilfe, der erweiterten Zusammenarbeit oder auch im Zusammenhang mit dem Erlass gemeinsamer Standards, ist ein verlässlicher Ansprechpartner im anderen Land. Es erstaunt vor diesem Hintergrund nicht, dass die anwendbaren transnationalen Vorgaben wie selbstverständlich von der Existenz nationaler Behörden ausgehen, die für die Wahrnehmung grenzüberschreitender Aufgaben zuständig sind und als «Ansprechbehörden» nach aussen in Erscheinung treten. Sie helfen zusätzlich, die Um- und Durchsetzung grenzüberschreitender Vorhaben sicherzustellen. Vorschriften auf der internationalen und transnationalen Ebene prägen insofern nicht nur den materiellen Inhalt des Aufsichtsrechts und wirken auf eine Harmonisierung der Vorgaben hin, sondern schreiben auch vor, *dass* Aufsichtsbehörden einzusetzen sind, ja dass die grenzüberschreitende Kooperation zwischen Aufsichtsbehörden stattzufinden hat.¹¹³¹ Die *Notwendigkeit* einer Aufsichtsstruktur wird in vielen unterschiedlichen Rechtsbereichen sowohl in der Praxis als auch in der Literatur kaum mehr hinterfragt.¹¹³²

Selbstverständlich liesse sich diese Darstellung auch «andersherum» erzählen, nämlich so, dass die internationalen Entwicklungen massgeblich auf weltweit bestehenden innerstaatlich vorgesehenen (Aufsichts-)Strukturen aufbauen. Nach SASSEN bspw. ist die staatsinterne Organisation – wozu sie auch die Gründung von Aufsichtsbehörden zählt, ebenso die passive Tolerierung und aktive Unterstützung von Aufsichtsnetzwerken – sowohl das Ergebnis als auch ein wichtiger konstitutiver Faktor und Katalysator für die Globalisierung und die Implementierung des Weltwirtschaftssystems der

¹¹³¹ Ein anschauliches und aktuelles Beispiel liefert etwa der Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit vom 23.2.2022 (COM[2022] 71 final), der in Art. 17 die Verpflichtung der Mitgliedstaaten festlegt, eine oder mehrere nationale Aufsichtsbehörden zu benennen, um sicherzustellen, dass die Unternehmen ihren Sorgfaltspflichten und weiteren Verpflichtungen nachkommen, und um diese Pflichten durchzusetzen. In Art. 21 des Vorschlags ist im Übrigen von einem «Europäischen Netzwerk von Aufsichtsbehörden» («*European Network of Supervisory Authorities*») die Rede, das sich aus den Vertretern der nationalen Aufsichtsbehörden zusammensetzt, mit dem Ziel, die Kooperation zwischen den Aufsichtsbehörden sowie die Koordinierung und Angleichung der Regulierungs-, Ermittlungs-, Sanktions- und übrigen Aufsichtspraktiken sowie den Informationsaustausch zu erleichtern.

¹¹³² Vgl. so etwa ausdrücklich KILGUS, Regulierung, N 397 zur Aufsicht über Banken und Finanzmärkte m.w.H.

Gegenwart.¹¹³³ Die nationalen und die internationalen Rechtsschichten beeinflussen sich laufend gegenseitig, sodass die Frage, von welcher Ebene der entscheidende Einfluss zur Errichtung einer Aufsichtsstruktur ausgehe, der Huhn-Ei-Frage gleichkommt.

3.1 EU-Marktzugang im Finanzmarktbereich

Eine Bestätigung erfährt diese These etwa mit Blick auf die Drittstaatenregeln der EU in der Finanzmarktregulierung, die erfüllt sein müssen, damit Drittstaaten zum EU-Binnenmarkt zugelassen werden.¹¹³⁴ Trotz unterschiedlicher Regelungen erhalten Anbieter aus Drittstaaten jeweils nur Zugang zum EU-Markt, wenn sie in ihrem Heimatland einer effektiven und gleichwertigen Aufsicht unterliegen. Bemerkenswerterweise wird dabei jeweils auch verlangt, dass der Anbieter aus einem Drittstaat dort einer effektiven und gleichwertigen Aufsicht untersteht. Zudem werden vereinzelt inhaltliche Anforderungen an das Aufsichtsrecht des Drittstaates gestellt, das demjenigen der EU äquivalent sein muss.¹¹³⁵ Dabei ist für eine Gesamtsicht zu beachten, dass auch für das europäische Recht oftmals EU-übergreifende «internationale Standards» bspw. des BCBS oder der IOSCO massgebend sind und somit zu einer Art Gesamtharmonisierung beitragen.¹¹³⁶

Beispielhaft lässt sich etwa auf die Regelungen der EU-Verordnung 600/2014 über Märkte für Finanzinstrumente (MiFIR) in Art. 28 Abs. 4, Art. 33 Abs. 2, Art. 46 Abs. 1 und Art. 47 Abs. 1 verweisen oder auf Art. 25 Abs. 4 der EU-Richtlinie 2014/65/EU über Märkte für Finanzinstrumente (MifID II).¹¹³⁷

¹¹³³ Vgl. SASSEN, insb. 170, 174, 222 ff., 229 sowie 230 ff. Vgl. ebenfalls zur (nach wie vor) bedeutenden Rolle des Staates nachdrücklich SHAFFER/HALLIDAY, 987 ff.; vgl. etwa auch MÖLLERS, Public Law, 330 ff.; SCHMIDT-ASSMANN, Internationalization, 2066 ff.; ebenso SCHMIDT-ASSMANN, Herausforderung, 326 ff.

¹¹³⁴ Zur Entwicklung des EU-Drittstaatenregimes vgl. etwa CONTRATTO, Sanktionen, 656 ff. Vgl. zur Europakompatibilität der schweizerischen Finanzmarktgesetzgebung auch eingehend, wenn auch insb. mit Blick auf das schweizerische Recht der kollektiven Kapitalanlagen, JUTZI, Einfluss, 6 ff.

¹¹³⁵ Vgl. auch SETHE, Rechtsangleichung, 357 f.; EGGEN/SCHAEFER, 372 f.; CONTRATTO, Sanktionen, 658 f. Zum Kriterium der Äquivalenz vgl. WEBER/SETHE, SJZ 2014, 569 ff.; vgl. auch JUTZI, Einfluss, 7 f. m.w.H.

¹¹³⁶ JUTZI, Einfluss, 6 f., der von den internationalen Standards als «Regulierungskatalysatoren in der EU und der Schweiz» spricht.

¹¹³⁷ Vgl. ausführlich dazu SETHE, Drittstaatenregime, 615 ff.

Um die Äquivalenz mit MiFID II/MiFIR zu erreichen, hat die Schweiz denn auch das schweizerische Finanzmarktrecht mit dem Erlass von FIDLEG und FINIG einer grundlegenden Reform unterzogen.¹¹³⁸

- 357 Neben Äquivalenzanforderungen verlangt das EU-Drittstaatenregime im Finanzmarktbereich ausserdem – wie erwähnt¹¹³⁹ – regelmässig bestehende Kooperationsabkommen zwischen den Aufsichtsbehörden des Drittstaates und den EU-Aufsichtsbehörden.¹¹⁴⁰

So verlangen etwa die einschlägigen Bestimmungen von AIFMD,¹¹⁴¹ der EMIR-Verordnung¹¹⁴² sowie die Kommissionsentwürfe der Drittstaatenregeln in MiFID II,¹¹⁴³ dass die Aufsichtsbehörden von Marktteilnehmern aus Drittstaaten Kooperationsvereinbarungen mit den nationalen Aufsichtsbehörden eines EU-Mitgliedstaates oder einer europäischen Aufsichtsbehörde abschliessen müssen.

3.2 EU-Marktzugang im Heilmittelbereich

- 358 Auch die Entstehung des gesamtschweizerischen Heilmittelinstituts (Swissmedic) lässt sich mitunter auf internationalen Druck, eine kompatible Aufsichtsstruktur vorzusehen, zurückführen: Ein wichtiger Grund für die Revision der Interkantonalen Vereinbarung über die Kontrolle der Heilmittel von 1954 war nämlich das Fehlen einer gesamtschweizerischen Herstellungskontrolle der Betriebe und Unternehmen im Heilmittelbereich – ein Erfordernis, das insb. im Übereinkommen zur gegenseitigen Anerkennung von Inspektionen betreffend die Herstellung pharmazeutischer Produkte vom 8. Oktober 1970 vorgesehen war.¹¹⁴⁴ Die Schweiz war mit Blick auf die grosse wirtschaftliche Bedeutung von Pharmaexporten an einem solchen Übereinkommen sehr interessiert, weshalb der Interkantonalen Kontrollstelle für Heilmittel (IKS) als Aufsichtsinstanz und eigentlichem Ausführungsorgan der Interkantonalen Vereinigung¹¹⁴⁵ nach

¹¹³⁸ Vgl. Botschaft FIDLEG/FINIG, insb. BBl 2015 8918; vgl. dazu auch den (rechtsvergleichenden) Überblick über den Rechtsrahmen des schweizerischen und des EU-rechtlichen Finanzmarktrechts von JUTZI/WESS/SIERADZKI.

¹¹³⁹ Dazu vorne N 310.

¹¹⁴⁰ Vgl. EGGEN/SCHAEFER, 372; ARQUINT, 139 f.; CONTRATTO, Sanktionen, 658.

¹¹⁴¹ Beispielhalber verweisen lässt sich etwa auf Art. 20 Abs. 1 lit. d und Art. 21 Abs. 6 lit. a AIFMD.

¹¹⁴² Vgl. etwa Art. 25 Abs. 7 EMIR.

¹¹⁴³ Vgl. etwa Art. 41 i.V.m. Art. 39 MiFID II.

¹¹⁴⁴ Dazu vorne N 241 m.w.H.

¹¹⁴⁵ Vgl. dazu Art. 2 Abs. 1 IVK 1971; vgl. auch vorne N 241 m.w.H.

Inkrafttreten der revidierten Vereinbarung vom 3. Juni 1971 die Herstellungskontrolle übertragen wurde.¹¹⁴⁶

Inwiefern damit die Vorgaben des Übereinkommens zur gegenseitigen Anerkennung von Inspektionen betreffend die Herstellung pharmazeutischer Produkte eingehalten wurden, war allerdings von Anfang an fraglich.¹¹⁴⁷ Die IKS verfügte namentlich nicht über eine eigene Rechtspersönlichkeit und Verfügungskompetenzen. Ferner hatte sie mit den Kantonen zusammenzuarbeiten.¹¹⁴⁸ Während die IKS die bewilligungspflichtigen Heilmittel untersuchte, begutachtete und registrierte sowie gesamtschweizerisch die Belange der Herstellungskontrolle gemäss den Erlassen der Konferenz koordinierte,¹¹⁴⁹ erteilten die Kantone v.a. Herstellungs- und Grosshandelsbewilligungen und führten auch die notwendigen Inspektionen durch.¹¹⁵⁰ Ausserdem kontrollierten sie den Verkehr mit Betäubungsmitteln innerhalb der Kantonsgrenzen¹¹⁵¹ und übernahmen auch die Strafverfolgung bei Widerhandlungen gegen eidgenössisches oder kantonales Heilmittelrecht.¹¹⁵² Damit widersprach die rechtliche Situation in der Schweiz dem europäischen Recht, das insb. verlangte, dass die Genehmigung für das Inverkehrbringen eines Arzneimittels von einer einzigen zuständigen (staatlichen) Behörde hoheitlich verfügt werde.¹¹⁵³ 359

¹¹⁴⁶ Vgl. Art. 2 Abs. 1 IVK 1971.

¹¹⁴⁷ P. SCHLEGEL, 218 f.

¹¹⁴⁸ Botschaft HMG, BBl 1999 III 3462.

¹¹⁴⁹ Zu den Aufgaben, der Rechtstellung und der Organisation der IKS unter der IVK 1971 vgl. P. SCHLEGEL, 98 ff., 104 ff., 207 ff.

¹¹⁵⁰ Vgl. Art. 3 IVK 1971. Gemäss Art. 13 Abs. 4 IVK 1971 führte die IKS im Namen und auf Rechnung der Kantone, die es verlangten, ebenfalls die Inspektionen von Unternehmen und Betrieben durch und teilte ihre Befunde dem Kanton mit, der dann für die Durchführung allfälliger Massnahmen sorgte. Auf Verlangen eines Herstellers, im Einvernehmen mit dem Bund und in Zusammenarbeit mit den zuständigen kantonalen Behörden führte sie auch Inspektionen für fremde Staaten durch, die solche als Bedingung für die Einfuhr vorschreiben (vgl. Art. 13 Abs. 5 IVK 1971).

¹¹⁵¹ Botschaft HMG, BBl 1999 III 3462.

¹¹⁵² *Ebd.*

¹¹⁵³ *Ebd.*, BBl 1999 III 3466; vgl. so Art. 3 Richtlinie 65/65/EWG (die Richtlinie ist inzwischen nicht mehr in Kraft). – Um Handelshemmnisse innerhalb der EU abzubauen, sollten die in einem EU-Mitgliedstaat von der zuständigen staatlichen Behörde zugelassenen Arzneimittel von den zuständigen Behörden der anderen Mitgliedstaaten ebenfalls anerkannt werden (dies unter der Voraussetzung, dass keine schwerwiegenden Gründe die Annahme rechtfertigen, dass die Genehmigung der betreffenden Arzneimittel Risiken für die öffentliche Gesundheit darstellen könnte). Vgl. so etwa

360 Vor diesem Hintergrund bemühten sich die Kantone Ende der 80er-Jahre, ein neues mit dem europäischen Recht kompatibles Heilmittelkonkordat zu schaffen. Als das revidierte Konkordat von 1988 jedoch nicht in Kraft treten konnte,¹¹⁵⁴ erschien die Zeit reif für eine neue Trägerschaft für die Heilmittelkontrolle sowie für die Erarbeitung einer bundesrechtlichen Regelung. Es sollte allerdings bis Mitte der 90er-Jahre dauern, bis nicht zuletzt unter dem Druck, nach dem abgelehnten Beitritt zum EWR ein mit dem europäischen Recht kompatibles Heilmittelrecht zu schaffen,¹¹⁵⁵ Vorarbeiten für ein eidgenössisches Heilmittelgesetz in Angriff genommen wurden.¹¹⁵⁶ Am 15. Dezember 2000 wurde das HMG schliesslich durch das Parlament verabschiedet;¹¹⁵⁷ es trat am 1. Januar 2002 in Kraft. Seither übernimmt das Schweizerische Heilmittelinstitut (Swissmedic) den Vollzug des HMG auf Bundesebene, und das HMG erhielt damit eine international kompatible Regelung.

Als es um die behördeninterne Ausgestaltung von Swissmedic ging, wurden unterschiedliche Organisationsmodelle diskutiert: Noch Mitte der 1990er-Jahre wurde eine Integration einer eidgenössischen Heilmittelkontrolle als eigene Abteilung («Heilmittel») in das BAG und damit in die Zentralverwaltung als valable Option diskutiert. Als Grund für eine solche Lösung

Ziff. 12 der Präambel der inzwischen mehrmals ergänzten und abgeänderten, heute geltenden Richtlinie 2001/83/EG. – Heute unterscheiden die europäischen Arzneimittelvorschriften zwischen einer EU-Genehmigung für das Inverkehrbringen (sog. zentralisiertes Verfahren nach Antrag bei der EMA) und einzelstaatlichen Genehmigungen (sog. dezentralisiertes Verfahren über die zuständigen nationalen Behörden). Vgl. dazu SCHOLZ, 12 ff. m.w.H.

¹¹⁵⁴ Der Grund dafür war, dass ihm die Kantone Zürich und Appenzell Ausserrrhoden nicht beitraten (vgl. Botschaft HMG, BBl 1999 III 3466; vgl. auch BSK HMG-RICHLI, Entstehungsgeschichte, N 3).

¹¹⁵⁵ Vgl. dazu Botschaft HMG, BBl 1999 III 3465 f.

¹¹⁵⁶ Im Dezember 1994 erhielt das eidgenössische Departement des Innern (EDI) den Auftrag, einen Vernehmlassungsentwurf für ein eidgenössisches Heilmittelgesetz zu erarbeiten. Mit Verfügung vom 17.2.1995 wurde eine Expertenkommission unter dem Vorsitz von Prof. Richli eingesetzt, welche ihren Vorentwurf zum Heilmittelgesetz im Juni 1996 verabschiedete. Die Vernehmlassung dauerte bis Ende Juni 1997; im März 1999 verabschiedete der Bundesrat die Botschaft zum HMG (vgl. zum Ganzen Botschaft HMG, BBl 1999 III 3466 ff.; vgl. auch BSK HMG-RICHLI, Entstehungsgeschichte, N 6 ff.). In den parlamentarischen Beratungen setzte sich die bundesrätliche Vorlage weitgehend unverändert durch. Insb. die organisatorische Ausgestaltung des Instituts gab nur zu wenigen Diskussionen Anlass (AB 2000 N 176 ff.; AB 2000 S 614 f.; BSK HMG-RICHLI, Vor 5. Kapitel N 10).

¹¹⁵⁷ Vgl. BBl 2000 6115 ff.

wurde insb. angeführt, dass es sich bei der Heilmittelkontrolle «vornehmlich um klassische, hoheitliche Aufgaben im Polizeibereich (Kontrolle der Heilmittel und anderer, die Gesundheit betreffender Bereiche)» handle.¹¹⁵⁸ Einer solchen «Integrationslösung» wurde «eine mehr oder weniger weitgehende Ausgliederung aus bzw. eine begrenzte Eingliederung in die Hierarchie der Bundesverwaltung» durch die Konstituierung eines Instituts gegenübergestellt, das entweder dem BAG angegliedert oder autonom ausgestaltet werden sollte.¹¹⁵⁹ Unabhängigkeitsüberlegungen sprachen schliesslich für eine dezentrale Lösung,¹¹⁶⁰ insb. aber auch ihre erfolgversprechende Umsetzung im Ausland (etwa in Grossbritannien, den Niederlanden und Schweden) sowie die Tatsache, dass sie der Organisationsform der Vorgängerbehörden (IKV und IKS)¹¹⁶¹ nahekam, was den Übergang zur neuen Heilmittelordnung und v.a. den Einbezug des kantonalen Vollzugs erleichtern sollte.¹¹⁶²

Schon bald sprachen sich die Kantonsvertreter mehrheitlich für die Gründung eines autonomen Instituts und damit für eine Auslagerung der Heilmittelaufsicht aus der Zentralverwaltung aus;¹¹⁶³ bereits der Vorentwurf zum Gesetz, der dann in die Vernehmlassung gegeben wurde, sah die Schaffung eines schweizerischen Heilmittelinstituts im Rechtskleid einer öffentlich-rechtlichen Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit vor, das in der Organisation und Betriebsführung selbstständig sein und nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen geführt werden sollte.¹¹⁶⁴ Wie wir heute wissen, setzte sich diese Konzeption in der Folge sowohl im Vernehmlassungs- als auch im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren durch.¹¹⁶⁵

¹¹⁵⁸ BAG, Bericht künftige Heilmittelregelung, 41.

¹¹⁵⁹ *Ebd.*, 41 sowie 41 ff. zur Diskussion der untersuchten Organisationsformen; vgl. auch BSK HMG-RICHLI, Entstehungsgeschichte N 21, und BSK HMG-RICHLI, Vor 5. Kapitel N 2.

¹¹⁶⁰ Zum Kriterium der Unabhängigkeit als Ziel und Grund für dezentralisierte Aufsichtsbehörden vgl. hinten N 605 ff.

¹¹⁶¹ Dazu vorne N 239 ff., insb. N 241 m.w.H. sowie N 928.

¹¹⁶² BAG, Bericht künftige Heilmittelregelung, 41 und 53.

¹¹⁶³ *Ebd.*, 55 f.; BSK HMG-RICHLI, Vor 5. Kapitel N 2.

¹¹⁶⁴ Vgl. Art. 68 und Art. 69 des Vorentwurfs zum Heilmittelgesetz (HMG) vom 19.2.1997; vgl. auch Botschaft HMG, BBl 1999 III 3467; BSK HMG-RICHLI, Vor 5. Kapitel N 5; RICHLI, Vernehmlassungsentwurf, 254 f.

¹¹⁶⁵ Vgl. Art. 68 HMG.

3.3 Revisionsaufsichtsbehörde dank «lex americana»

- 361 Auch die Einführung eines Revisionsaufsichtsgesetzes (RAG) und einer staatlichen Revisionsaufsichtsbehörde (Eidgenössische Revisionsaufsichtsbehörde, RAB) war letztlich eine Reaktion auf den sog. *Sarbanes-Oxley Act* der USA, der im Nachgang zu verschiedenen Finanzskandalen bei börsenkotierten US-Unternehmen vom US-amerikanischen Kongress 2002 erlassen wurde mit dem Ziel, das Anlegervertrauen wieder zu stärken. Zu diesem Zweck wurden die Aufgaben der Revisionsstellen in den USA erweitert und die Vorschriften zu ihrer Unabhängigkeit verschärft. Ferner wurde mit dem «*Public Company Accounting Oversight Board*» (PCAOB) eine Aufsichtsbehörde über die Revisorinnen und Revisoren geschaffen, die Rechnungen einer in den USA börsenkotierten Gesellschaft prüft, unabhängig vom Sitz der zu prüfenden Gesellschaft (und auch der Revisionsstelle). Dabei waren weitreichende Aufsichts- und Sanktionsbefugnisse vorgesehen, u.a. auch das Recht, bei den beaufsichtigten Revisionsstellen Inspektionen durchzuführen und Akteneinsicht zu nehmen. Immerhin erklärte sich der PCAOB im Rahmen eines sog. *Cooperative Approach* bereit, mit den ausländischen Aufsichtsbehörden zusammenzuarbeiten.¹¹⁶⁶
- 362 Auch deshalb wurde in der Schweiz auf eine rasche Einführung einer staatlichen Aufsichtsbehörde über die betroffenen Revisionsunternehmen gedrängt, die bis dahin in der Schweiz nicht vorgesehen gewesen war. Mit der Angleichung des schweizerischen Rechts an das US-amerikanische Recht, die auch unter dem Stichwort «lex americana» beschrieben wurde, sollten Konflikte vermieden werden¹¹⁶⁷ und Erleichterungen bei der Registrierung in den USA ermöglicht werden.¹¹⁶⁸ Letztlich ging es darum, zu verhindern, dass Schweizer Unternehmen, die in den USA börsenkotiert sind, ihren Jahresabschluss doppelt (in den USA und in der Schweiz) prüfen lassen müssen.¹¹⁶⁹

¹¹⁶⁶ Vgl. zum Ganzen etwa den Überblick in der Botschaft RAG, BBl 2004 3979 und 4004 ff.; vgl. auch ZUBERBÜHLER, 804 ff. und insb. 806.

¹¹⁶⁷ So hiess es etwa in der Botschaft RAG, BBl 2004 4005: «Je vertrauenswürdiger ein nationales System aus Sicht der USA erscheint, desto weniger wird sich der PCAOB direkt in die Aufsicht einschalten.»

¹¹⁶⁸ Vgl. Botschaft RAG, BBl 2004 4006; vgl. zum Ganzen auch SETHE, Rechtsangleichung, 348.

¹¹⁶⁹ SETHE, Rechtsangleichung, 348.

4. Harmonisierung des Aufsichtsrechts

Mit der verbreiteten Akzeptanz internationaler Vorgaben wie etwa im Finanzmarkt- und Heilmittelbereich geht eine Harmonisierung des Aufsichtsrechts einher. Der Erlass aufsichtsrechtlicher Standards wird denn auch damit begründet, dass die konkurrierende Anwendung von territorial begrenzten nationalen Regulierungsvorgaben vermieden werden soll.¹¹⁷⁰ Diese führe nicht nur zu inkonsistenten und ineffizienten Ergebnissen durch Doppelspurigkeiten und bürokratische Hürden und erschwere die Beaufsichtigung, sondern laufe auch Gefahr, international tätigen Akteuren Möglichkeiten zur Ausnutzung regulatorischer Arbitrage zu eröffnen. Zudem wird auf das Risiko hingewiesen, dass sich die nationalen Gesetzgeber mangels eines internationalen Konsenses hinsichtlich bestimmter Aufsichtsstandards veranlasst sehen könnten, sich gegenseitig mit aufsichtsrechtlichen Vorgaben zu unterbieten (sog. *race to the bottom*), um Unternehmen bzw. Unternehmensteile aus anderen Ländern abzuwerben.¹¹⁷¹ Angesichts solcher Bedenken werden die Bestrebungen, durch kollektive Aufsichtsstandards einen Beitrag zur Gewährleistung einheitlicher Rechtsanwendung zu leisten, grundsätzlich begrüsst.¹¹⁷² 363

Die Harmonisierungstendenzen stehen aber auch in der Kritik. Insbesondere wird vorgebracht, dass die Harmonisierung die Vorteile eines vernünftigen regulatorischen Wettbewerbs verhindern könne und gleichzeitig Gefahr laufe, einen gewissen «Herdeneffekt» der Aufsichtsbehörden zu bewirken, aufgrund dessen auf Risiken zu spät oder mit zu geringer Agilität reagiert werde.¹¹⁷³ Dazu trage auch eine zunehmende «Sektoralisierung» bei,¹¹⁷⁴ die darauf zurückgeführt wird, dass Aufsichtsstandards häufig als Antwort auf eine ganz bestimmte Sachfrage in einem bestimmten Sektor entstehen und damit in einem «sachlich verengten Problemlösungszusammenhang, dem ein übergreifender politischer Kontext der zu 364

¹¹⁷⁰ Zum Spannungsfeld von Regulierungskoordination und Regulierungswettbewerb vgl. etwa WEBER, Internationale Standards, 579 ff.

¹¹⁷¹ Vgl. zur Problemstellung etwa im Bereich der Finanzmarktregulierung etwa SGHB Finanzmarktrecht I-BARTHOLET, § 5 N 20 ff.; vgl. auch WEBER, Internationale Standards, 581; vgl. auch EGGEN/SCHAEFER, 383. Für die Heilmittelaufsicht etwa BALZLI/LANDGRAF, 112.

¹¹⁷² Vgl. auch BIAGGINI, Internationales Verwaltungsrecht, 435.

¹¹⁷³ SGHB Finanzmarktrecht I-BARTHOLET, § 5 N 33 f.; vgl. auch WEBER, Internationale Standards, 581.

¹¹⁷⁴ MÖLLERS, Transnationale Behördenkooperation, 379 m.w.H.

treffenden Entscheidungen abgeht».¹¹⁷⁵ In dieser Hinsicht wird auch zu bedenken gegeben, dass sich so entstehende zersplitterte Sonderrechtsmaterien oftmals in ihrer Spezialisierung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen immer weiter entfernen und sich auch nicht aufeinander beziehen.¹¹⁷⁶ Solche Entwicklungen haben gerade auch im Aufsichtsrecht dazu beigetragen, dass ein allgemeiner Bezugs- oder Ordnungsrahmen bislang in weiten Teilen fehlt.

F. Zusammenführung der Erkenntnisse

- 365 Die grenzüberschreitende Aufsichtstätigkeit zeichnet sich besonders dadurch aus, dass die internationale Zusammenarbeit zunehmend auf einer Ebene unterhalb der Regierungsspitzen stattfindet. Es sind nämlich die Aufsichtsbehörden, die direkt mit ihren ausländischen Korrespondenzbehörden zusammenarbeiten und dadurch «transnational»¹¹⁷⁷ agieren.¹¹⁷⁸ Insofern manifestiert das Aufsichtsrecht eine Form der u.a. von SASSEN beschriebenen Transformation der Nationalstaaten: Einerseits illustriert es eine staatsinterne Machtverschiebung zugunsten der Exekutive.¹¹⁷⁹ Andererseits wird anhand international kooperierender und zunehmend verflochtener (Aufsichts-) Behörden ein Prozess der «Denationalisierung» beobachtet¹¹⁸⁰ bzw. eine Entwicklung in Richtung sich verselbstständigter, «staatenloser Verwaltungsbehörden».¹¹⁸¹

¹¹⁷⁵ *Ebd.*, 379.

¹¹⁷⁶ Zur «Disziplinierung» von Sonderinteressen durch eine Ausrichtung an allgemeinen Lehren vgl. SCHMIDT-ASSMANN, Ordnungsidee, N 10 f.; vgl. auch MÖLLERS, Transnationale Behördenkooperation, 379.

¹¹⁷⁷ Zum Begriff der «Transnationalisierung» vgl. ZUMBANSEN, 141 ff.; vgl. auch SCHUPPERT, Verwaltungsorganisation, § 17 N 102 ff.; vgl. auch RUFFERT, Impulse, N 9 insb. mit Verweis auf die Begriffsverwendung durch JESSUP in seinem gleichnamigen Werk «*Transnational Law*».

¹¹⁷⁸ Vgl. so auch HETTICH, Kooperative Risikoversorge, N 405 sowie N 486 ff.; vgl. auch SCHMIDT-ASSMANN, Herausforderung, 323, der die informalen Behördennetzwerke als eigenen Typus internationalisierter Verwaltungsbeziehungen auffasst.

¹¹⁷⁹ SASSEN, 168 ff. und insb. 170 ff. Die staatsinternen Verschiebungen zugunsten der Exekutive werden insb. auch als Folge der Entwicklung zum Präventionsstaat aufgefasst (dazu hinten N 383 f.).

¹¹⁸⁰ SASSEN, insb. 222 ff., 235 f. sowie 403.

¹¹⁸¹ So die Übersetzung des italienischsprachigen Werks «*Amministrazioni senza stato*» von BATTINI. Angesichts der Entwicklung solcher Governance-Strukturen ist in einigen Theorielagern generell die Rede vom «Ende des staatlichen Primats» (vgl. so eine Zusammenfassung von VON BOGDANDY, 863 sowie 865 ff., mit einem Überblick über die unterschiedlichen in der Völkerrechtsliteratur vertretenen Strategien zur Wahrung

Zugleich sind es u.a. die transnationalen Kooperations- und Zusammenarbeitsformen ebendieser Aufsichtsbehörden, die das gegenwärtige Aufsichtsrecht in der Schweiz stark prägen. Das Aufsichtsrecht lässt sich heute kaum mehr vollständig begreifen, ohne seine die Landesgrenzen überschreitenden Dimensionen mitzudenken: Wie gesehen, wirken die grenzüberschreitenden Entwicklungen z.T. dahin gehend, dass überhaupt Aufsichtsbehörden eingesetzt werden.¹¹⁸² Zudem vermögen sie sogar auf die behördeninterne Organisation einzuwirken.¹¹⁸³ Auch die Aufsichtstätigkeit der Behörden, ihre Aufsichtsinstrumente und damit materiell geltendes Aufsichtsrecht ist nicht selten von transnationalen Vorgaben geprägt, die zu einer Harmonisierung des Aufsichtsrechts führen.¹¹⁸⁴ Dass dabei eine Reihe letztlich ungeklärter Fragen insb. zur Legitimation sowohl der transnationalen Akteure als auch der durch sie erlassenen Normen aufgeworfen wird und sich auch der Rechtsschutz Betroffener als erschwert herausstellen kann,¹¹⁸⁵ tut dieser Entwicklung keinen Abbruch.

III. Aufsicht im privatisierten Gewährleistungsstaat?

In den Industriestaaten hat sich der Sozial- und Interventionsstaat der Nachkriegszeit¹¹⁸⁶ inzwischen etabliert, ist im Laufe der Jahre aber auch immer mehr kritisiert worden. Die globale Rezession der 70er-Jahre führte zur ernüchternden Feststellung, dass langfristig nicht von stabilen Umweltbedingungen und politischer Gesellschaftsplanung ausgegangen werden konnte.¹¹⁸⁷ Der «Traum immerwährender Prosperität»¹¹⁸⁸ währte nur kurz. Zunehmend wurde die Staatsüberforderung beklagt, die darin gesehen wurde, dass der Wohlfahrtsstaat die an ihn herangetragenen Ansprüche und Erwartungshaltungen für die Daseinsvorsorge nicht befriedigen konnte.¹¹⁸⁹ Die Frage, was denn nun wirklich zu den Staatsaufgaben gehöre und was nicht, wurde

des demokratischen Prinzips; vgl. insb. zu einem sog. staatlichen «Kontrolldilemma» KAHL, Rechts- und Sachkontrolle, § 253 N 5 ff.). Andere Autoren schätzen solche Tendenzen weniger dramatisch ein (vgl. etwa SCHMIDT-ASSMANN, Internationalization, 2066 ff.; ebenso SCHMIDT-ASSMANN, Herausforderung, 326 ff.; MÖLLERS, Public Law, 330 ff.; KAHL, Rechts- und Sachkontrolle, § 253 N 73 ff. m.w.H.).

¹¹⁸² Dazu vorne N 355 ff.

¹¹⁸³ Dazu vorne N 359 f.

¹¹⁸⁴ Dazu vorne N 363 f.

¹¹⁸⁵ Dazu vorne N 343 ff., N 347 ff. sowie N 351 ff.

¹¹⁸⁶ Dazu vorne N 276 ff.

¹¹⁸⁷ LANGE, 61.

¹¹⁸⁸ So der Titel des Werks von BURKART aus dem Jahre 1984.

¹¹⁸⁹ Vgl. so etwa HOFFMANN-RIEM, Modernisierung, 15 f.; LANGE, u.a. 61 f. und 72 m.w.H.

zunehmend zu einem beherrschenden Thema der politischen Diskussionen in den späten 1980er- und 1990er-Jahren.¹¹⁹⁰ In der Folge – und nicht zuletzt aufgrund europäischer und globaler Entwicklungen – wurden Bereiche, die früher klar als Staatsaufgaben aufgefasst worden waren (wie etwa die Telekommunikation, die Post, die Elektrizitätsversorgung oder auch die Bundesbahnen), unter den Stichworten «Privatisierung» und «Deregulierung» tiefgreifenden Veränderungen unterzogen.

Dabei wurde der Begriff der Privatisierung in der Schweiz unterschiedlich verwendet. Vorliegend interessiert insb. die durch Beleihung oder durch Konzessionierung erfolgende Aufgabenübertragung vom Staat an Private.¹¹⁹¹ Abzugrenzen sind solche Fälle u.a. von rein formellen Privatisierungen bzw. «Organisationsprivatisierungen», bei welchen Staatsaufgaben auf staatlich beherrschte Privatrechtssubjekte übertragen werden, mithin lediglich die Rechtsform «privatisiert» wird, die Aufgabenverantwortung des Gemeinwesens aber bestehen bleibt.¹¹⁹² – Das Rechtsverhältnis des Staates zu den «Privaten» beider Konstellationen steht nicht im Vordergrund des hier massgeblichen Aufsichtsbegriffs.¹¹⁹³ Relevant sind die folgenden Ausführungen dennoch, zeigen sie doch wesentliche Entwicklungen des

¹¹⁹⁰ Vgl. etwa SALADIN, Staaten, 38 ff., 88 ff.; vgl. auch die differenzierten Gedanken zur Problematik der Aufgabenverteilung zwischen Staat und Privaten bei EICHENBERGER, Aufgabenverteilung, 380 ff. Vgl. ebenfalls die Beiträge in: GRIMM (Hrsg.), Staatsaufgaben, Baden-Baden 1996; vgl. auch (aktueller) etwa PETERS, Globalisierung, 121 ff.; JAAG, Mehr oder weniger Staat?, 631 ff.; HETTICH, Infrastrukturverfassung, N 25 f.; RÜTSCHKE, Öffentliche Aufgaben, 153 ff.; eingehend dazu ELSEY, 7 ff.; vgl. auch die eingehende Darstellung von ISENSEE, Staatsaufgaben, § 73.

¹¹⁹¹ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1869 f. i.V.m. N 1817 ff., die auch den Begriff «Aufgabenprivatisierung» verwenden; vgl. allerdings ELSEY, 22, 27, der dann von einer Aufgabenprivatisierung spricht, wenn der Staat weder eine Erfüllungs- noch eine Gewährleistungsverantwortung (und damit auch keine Aufsichtsverantwortung) für die Erfüllung der betreffenden Aufgabe trägt. Folgt man diesem Begriffsverständnis, sind Aufgabenprivatisierungen vom Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ausgeklammert. – Für einen Überblick über Lehre und Rechtsprechung zur Abgrenzung zwischen Beleihung und Konzessionierung Privater vgl. etwa EGLI, 196 ff. m.w.H.

¹¹⁹² Zu den unterschiedlichen Arten der Privatisierung vgl. eingehend ELSEY, 16 ff. und auch 89 ff., der sich allerdings dafür ausspricht, lediglich zwei Privatisierungsarten, die Aufgabenprivatisierung und die Erfüllungsprivatisierung, zu unterscheiden (*ebd.*, 21 ff.); vgl. auch BURGI, § 75 N 6 ff., wenn auch zum deutschen Recht; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1867 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 81 ff.; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, 105 ff. sowie 207 ff. zu den unterschiedlichen Modalitäten der Auslagerung öffentlicher Aufgaben; JAAG, Dezentralisierung und Privatisierung, 24 ff.; vgl. auch PETERS, Globalisierung, 102 ff. mit Beispielen aus der Schweiz.

¹¹⁹³ Zum hier massgeblichen (Aufsichts-)Rechtsverhältnis vgl. vorne N 31 ff. und insb. N 39 ff.

Aufsichtsrechts auf und liefern Hintergrundinformationen zu bereits wiederholt angesprochenen Relativierungen der Kategorien «Staat»/«Private», was beides für das Begriffsverständnis von Aufsichtsrecht von Interesse ist.

Der Markt geriet in den Mittelpunkt des Interesses, und die private Domäne weitete sich zunehmend aus und gewann an Einfluss. Damit einher gingen u.a. auf der internationalen Ebene die soeben dargestellte, zunehmend wichtige Rolle privater Akteure in der Ausarbeitung transnationaler Strukturen sowie ihr z.T. massgeblicher Einfluss in der Setzung von Normen.¹¹⁹⁴ 368

Die Distanz zwischen Staat und Gesellschaft schwand zunehmend; beide erscheinen in der postindustriellen Gesellschaft als miteinander verwoben¹¹⁹⁵ – wohlgemerkt: nicht zuletzt angetrieben durch *staatsinterne* Prozesse, die darüber entscheiden, erstens, welche Aufgaben von Privaten und welche vom Staat selber zu übernehmen sind und welche nicht, und zweitens, wie sie zu lösen sind.¹¹⁹⁶ Gleichzeitig sorgten sie dafür, dass der Staat seine unmittelbare Verantwortung sowie seine finanzielle Belastung reduzierte und sich auf eine «Auffangverantwortung»¹¹⁹⁷ zurückzog. Der sog. «Gewährleistungs-»,¹¹⁹⁸ «Regulierungs-», «Steuerungs-»¹¹⁹⁹ oder «Supervisionsstaat»¹²⁰⁰ trat an die 369

¹¹⁹⁴ Dazu vorne N 339 ff. – Die privatrechtliche Regulierung wird dabei im Gegensatz zur staatlichen regelmässig als besonders ursprünglich, effizient, neutral, konsensual und apolitisch postuliert (vgl. dazu etwa CUTLER, 481, die so die «liberale Mythologie» [*«liberal mythology»*] der Regulierung internationaler Handelsbeziehungen schildert). Vgl. dazu auch SASSEN, 186 f. und 189 ff. sowie insb. 196 ff.

¹¹⁹⁵ STOLLEIS, Geschichte Bd. IV, 673; VEC, 33 f. m.w.H.; vgl. auch SASSEN 184 ff.

¹¹⁹⁶ Zur aktiven Rolle des Staates für diese Entwicklungen vgl. bereits EICHENBERGER, Aufgabenverteilung, 388; vgl. auch SASSEN, 222 ff., 230 ff. sowie 186 f. und 189 ff. zur staatlichen Regulierung der marktwirtschaftlichen Ordnung.

¹¹⁹⁷ Vgl. diese Wortwahl bei RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 1 N 5.

¹¹⁹⁸ Zum Gewährleistungsstaat vgl. etwa HOFFMANN-RIEM, Modernisierung, 15 ff.; SCHUPPERT, Gewährleistungsstaat, 11 ff.; vgl. auch TSCHANNEN, Staatsrecht, N 310.

¹¹⁹⁹ BERRINGER, 81 m.w.H.

¹²⁰⁰ Der Begriff stammt ursprünglich von WILLKE, der unter «Supervision» allerdings nicht Kontrolle oder Aufsicht im hier gemeinten Sinne versteht, sondern damit die «Verstärkung der Beobachtungskapazität» meint, «zu dem Zweck, durch zusätzliche Perspektiven und Sichtweisen blinde Flecken der Operationsform eines Funktionssystems kenntlich zu machen» (WILLKE, 11 f. sowie 41 ff.; vgl. dazu auch JESSOP, 29 m.w.H.).

Stelle des «klassischen Wohlfahrts-», «Leistungs-» oder «Interventionsstaates».¹²⁰¹

- 370 Im Gewährleistungsstaat sollten staatliche Entscheidungsverfahren möglichst beschleunigt, Verwaltungskapazitäten eingespart und ein privater Dienstleistungsmarkt anstelle der staatlichen Verwaltungstätigkeit eröffnet werden. Die Privatisierung soll insgesamt mehr Wirtschaftlichkeit bei der Aufgabenbewältigung gewährleisten – Leitbild ist ein «konzentrierter Staat» mit einem auf das Wesentliche reduzierten Aufgabenspektrum.¹²⁰² Solche Postulate stehen in Zusammenhang mit dem Ziel der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Wirtschaft¹²⁰³ und werden als solche inzwischen auch von staatlicher Seite als «staatliches» bzw. als «öffentliches Interesse» dargestellt.¹²⁰⁴ Die Privatisierungsdebatte stützt sich dabei auf die Grundannahme, dass die Gesellschaft bzw. die Wirtschaft die in Frage stehenden Aufgaben besser oder zumindest gleich gut erfüllen könne wie der Staat.¹²⁰⁵
- 371 Wie gesehen, setzt die Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf Private in der Schweiz eine staatliche Aufsicht über die neuen Aufgabenträger voraus.¹²⁰⁶ Mit der Aufsicht wird versucht, die Qualität der privaten Erfüllungshandlungen sicherzustellen ebenso wie die Durchsetzung der rechtsstaatlichen Grundsätze und die öffentlichen Interessen.¹²⁰⁷ Der Staat gibt die Verantwortung für die Aufgabenerfüllung somit nicht ganz aus der Hand, auch wenn er Leistungen in bestimmten Bereichen nicht mehr selber erbringt und auch darauf verzichtet, bestimmte Gemeinwohlziele und den Weg zu ihrer Verwirklichung vorzuschreiben, sondern immer mehr den Privaten überlässt. Nicht staatliche Akteure gewinnen damit an

¹²⁰¹ Vgl. zu dieser Entwicklung etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 43 ff., N 1792 sowie N 1870; vgl. auch MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, N 10 f. und N 531 m.w.H.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 1 N 5; PETERS, Globalisierung, insb. 126; HETTICH, Infrastrukturverfassung, N 11 f. Vgl. aus der deutschen Literatur etwa FRANZIUS, Gewährleistungsrecht, 53 ff.; FRANZIUS, Gewährleistungsstaat, 493 ff.; vgl. auch SCHUPPERT, Gewährleistungsstaat, 20 ff. m.w.H.

¹²⁰² GRAMM, 18.

¹²⁰³ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 3 N 108.

¹²⁰⁴ Zur «Zirkulierung» («*circulation*») privater Normen und Ziele durch den öffentlich-rechtlichen, staatlichen Bereich, wo sie als «öffentlich» bzw. «staatlich» dargestellt werden, sowie zur Effizienzmaximierung als neuem marktwirtschaftlich geprägtem Staatszweck vgl. SASSEN, 192 und 195 f. m.w.H. und einem besonderen Fokus auf den US-amerikanischen Staat.

¹²⁰⁵ GRAMM, 20.

¹²⁰⁶ Dazu vorne N 41 und N 76.

¹²⁰⁷ Dazu vorne insb. N 76

Bedeutung, deren Tätigkeiten der «Gewährleistungsstaat» allerdings mittels einer hoheitlichen Rahmenordnung zu kanalisieren versucht. Er ist nämlich nach wie vor im Rahmen seiner «Restverantwortungsbereiche»¹²⁰⁸ bemüht, die notwendigen Voraussetzungen zu schaffen, damit die öffentlichen Interessen gewahrt und die gesellschaftlichen Bedürfnisse in ausreichendem Masse erfüllt werden können,¹²⁰⁹ und sichert sich dadurch auch einen gewissen Einfluss.

Entsprechend muss die Verlagerung von Kompetenzen auf private Akteure nicht zu einem Abbau des Staates führen, wie dies der Begriff der «Restverantwortung» zu implizieren vermag. Der gewährleistende Staat übernimmt vielmehr oftmals neue Aufgaben und setzt den Rahmen, der für diese neue Organisationslogik benötigt wird.¹²¹⁰

In der deutschen Lehre wurde vor diesem Hintergrund diskutiert, ein Gewährleistungsrecht zu entwickeln, das dieses Zusammenspiel zwischen Staat und Privaten rechtlich aufzufangen vermag.¹²¹¹ Insbesondere die tradierten Formen seien zu stark auf eine Zuordnung entweder zum staatlichen oder zum privaten Sektor ausgerichtet. Ihre bipolare Ausrichtung erscheine angesichts der wechselseitigen Verzahnung und Komplementarität staatlicher und privater Beiträge als lückenhaft und ergänzungsbedürftig.¹²¹²

¹²⁰⁸ Zu diesem Begriff vgl. vorne N 162 und Fn. 444 m.w.H.

¹²⁰⁹ Beschränkt sich der Staat auf die Gewährleistungs- oder Kontrollverantwortung, wird von einer teilweisen Privatisierung im materiellen Sinne ausgegangen (vgl. HÄNER, Organisationsrecht, N 28.39). Vgl. zur Diskussion der entsprechend «neuen» Rolle des Staates insb. aus der deutschen Lehre SCHUPPERT, Governance, 281 f. m.w.H.; SCHUPPERT, Gewährleistungsstaat, 19 ff. m.w.H., der sich gegen das Bild des staatlichen Rückzugs ausspricht. Vgl. in diesem Sinne auch HOFFMANN-RIEM, Gewährleistungsstaat, 89 ff.; FRANZIUS, Gewährleistungsstaat, 515 ff.; BURGI, § 75 N 28 ff.

¹²¹⁰ Studien in den USA implizieren offenbar im Gegenteil, dass die sog. «Deregulierung» zu einer Ausweitung verschiedener Teile der öffentlichen Verwaltung geführt habe (vgl. SASSEN, 188 m.w.H.; vgl. auch JESSOP, 174 ff. m.w.H.; HETTICH, Infrastrukturverfassung, N 16 f. zu «Versuche[n] der «Restauration» des politischen Einflusses auf die Infrastrukturunternehmen»). Auch lässt sich ein substanzieller Abbau der Staatsaufgaben, bis hin zu einem schlanken und nur noch auf einen Kernbereich reduzierten Staat, angesichts des «Präventionsstaats» von heute (dazu sogleich N 375 ff.) kaum erkennen.

¹²¹¹ Vgl. etwa VOSSKUHLE, Beteiligung, 304 ff.; FRANZIUS, Gewährleistungsrecht, 59 ff.; vgl. auch HOFFMANN-RIEM, Gewährleistungsstaat, 90, und 100 ff. zu Entwicklungstendenzen.

¹²¹² FRANZIUS, Gewährleistungsrecht, 60 m.w.H.; vgl. so etwa auch TRUTE, Verantwortungsteilung, 31.

- 372 Bemerkenswerterweise haben die bisherigen Privatisierungsbestrebungen zu einem näheren Zusammenrücken und -wirken der staatlichen und privaten Aufgabenträger geführt, auch in Bereichen, die klassischerweise entweder dem Staat oder Privaten zugeordnet werden. Die «eentlichen» Rollen von «Staat» und «Privaten», ihre «eentlichen Aufgaben» lassen sich kaum mehr sauber trennen,¹²¹³ sie überlagern sich zunehmend.¹²¹⁴ Die staatliche Aufsicht über private Akteure der Wirtschaft liefert selbst ein illustratives Beispiel für diese Entwicklung, wonach auch «klassische Staatsaufgaben» nach heutiger Auffassung nicht unbedingt verlangen, dass der Staat alleiniger Aufgabenträger ist.¹²¹⁵ So wirkt die staatliche Aufsicht mit Akteuren aus dem privaten Sektor zusammen, vorzugsweise aus dem Bereich spezialisierter Unternehmensdienstleistungen, wenn es etwa um buchhalterische Fragestellungen geht.¹²¹⁶ Private Revisionsgesellschaften sind massgeblich in die Bankenaufsicht involviert (Stichwort: duales Aufsichtskonzept¹²¹⁷) und unterstehen wiederum selber einem besonderen gesetzlichen Aufsichtsregime.¹²¹⁸
- 373 Solche Arrangements führen zu einer Überwindung der angeblichen Kluft zwischen «Staat» und «Privaten».¹²¹⁹ Als entscheidend erscheint mit Blick auf die Zwecke des Aufsichtsrechts, dass die Aufsichtsziele, die regelmässig an öffentliche Interessen «zum Schutze des Allgemeinwohls» angelehnt sind, auch dann im Vordergrund stehen und nicht etwa von rein ökonomischen Überlegungen aus der Unternehmensperspektive überschattet werden. Inwiefern hingegen wechselseitige Formen des Zusammenwirkens auf eine verdeckte Ausweitung oder auf einen Rückzug staatlicher Einflussnahme hinweisen und ob sie einen Machtzuwachs oder -verlust privater Gesellschaftskräfte bewirken, sind abstrakte Fragestellun-

¹²¹³ Vgl. etwa KLEY, Geschichte, 470 f.; STOLLEIS, Geschichte Bd. IV, 673; vgl. auch PETERS, Globalisierung, 148 m.w.H., die das Bild des Staats zeichnet, der nicht nur «Mittler zwischen der unter- und der überstaatlichen Ebene mutiert, sondern auch zum Partner, der durch Zusammenarbeit mit bzw. Delegation an den privaten Sektor Gemeinwohlziele verfolgt».

¹²¹⁴ Das heisst allerdings nicht, dass aus rechtlicher Sicht eine Trennung nicht erforderlich wäre und (etwa angesichts der rechtsstaatlichen Bindungen beliebiger Privater) zentral bliebe. Vgl. so etwa P. EGLI, Beleihung, 194 f.

¹²¹⁵ Die Unverzichtbarkeit der Staatsaufgabe bedeutet nicht unbedingt auch ein staatliches Wahrnehmungsmonopol (vgl. GRAMM, 29 und 395 ff., wo er die Grenzen der Privatisierung insb. im Bereich der inneren Sicherheit untersucht, einem Bereich, dessen Qualität als notwendige Staatsaufgabe weitgehend unbestritten ist).

¹²¹⁶ Vgl. etwa auch SASSEN, 192 m.w.H.

¹²¹⁷ Dazu hinten N 712 ff.

¹²¹⁸ Dazu hinten insb. N 717 m.w.H.

¹²¹⁹ Zur Dichotomie «Staat»–«Private» vgl. vorne N 47 ff.

gen, die zwar in politischen geprägten Diskussionen häufig aufflammen,¹²²⁰ mit Blick auf aufsichtsrechtliche Fallkonstellationen im Einzelfall jedoch kaum eine Rolle spielen.

IV. Staatliche Aufsicht im Präventionsstaat

Seit den 1980er-Jahren und bis in die Gegenwart ist der Gewährleistungsstaat kontinuierlich damit befasst, Gefahren und Risiken bereits im Ansatz zu erkennen und vorsorglich einzudämmen.¹²²¹ Dabei wird der sog. Präventionsstaat von heute nicht nur zur Abwendung konkret drohender Gefährdungen tätig, sondern er versucht auch, abstrakte Risiken mit vergleichsweise ungewissen Realisierungswahrscheinlichkeiten mit grossem Aufwand unter Kontrolle zu bringen.¹²²² Präventives Staatshandeln gehört seit jeher zu den staatlichen Aufgaben. Das gegenwärtige Ausmass nimmt jedoch eine neue Dimension an¹²²³ und beeinflusst auch das Aufsichtsrecht.

Als treibende Kraft für diese Entwicklung wird nicht zuletzt der enorme wissenschaftlich-technische Fortschritt genannt, der auch zu neuen Bedrohungen in der heutigen sog. «Risikogesellschaft»¹²²⁴ führt.¹²²⁵ Eine bedeutende Rolle kommt dabei auch der Verbreitung entsprechender Informationen zu, die aufgrund der Digitalisierung und des Aufkommens des Internets eine neue Dimension erreicht hat.¹²²⁶ Informationen sind jederzeit und überall breit zugänglich und haben zu einem Wissen und einem neuen Bewusstsein auch über mögliche Gefahrenlagen und Risiken geführt, die sich kaum mehr rückgängig machen lassen. Mit der COVID-19-Pandemie erreichten diese Entwicklungen eine neue Dimension, die

¹²²⁰ Vgl. GRAMM, 29 m.w.H.; vgl. auch zahlreiche Beiträge in der Festschrift für PETER HÄNNI zum 65. Geburtstag, die unter dem Titel «Mehr oder weniger Staat?» erschienen ist.

¹²²¹ Vgl. etwa DIGGELMANN, Präventionsstaat, 185.

¹²²² DIGGELMANN, Präventionsstaat und Grundrechtsdogmatik, 330 m.w.H.; vgl. zum Unterschied zwischen Risikovorsorge und Gefahrenabwehr etwa PREUSS, 523 ff.; zum «staatlichen Wissen der Zukunft» vgl. etwa FASSBENDER, § 76 N 119 ff.

¹²²³ Vgl. DIGGELMANN, Präventionsstaat und Grundrechtsdogmatik, 330 f.; GRIMM, Zukunft der Verfassung I, 197 f.; PREUSS, 523 ff.

¹²²⁴ Geprägt hat dieser Begriff ULRICH BECK mit seinem gleichnamigen Buch, das 1986 erschienen ist.

¹²²⁵ Vgl. etwa GRIMM, Zukunft der Verfassung I, 204 ff. sowie 417 ff.; vgl. auch DIGGELMANN, Präventionsstaat, 179 ff.; HETTICH, Kooperative Risikovorsorge, 95.

¹²²⁶ Vgl. dazu etwa FASSBENDER, § 76 N 102.

sich mit den bestehenden Kategorien des Staatsrechts nur schwer fassen lassen.¹²²⁷ Der Staat, so heisst es, sei auf einen Schlag wieder zur Obrigkeit geworden. In den Worten PRANTLS etwa soll er «eine fürsorgliche und strenge Instanz sein; er soll die soziale Ordnung und das Leben jedes einzelnen Menschen so weitreichend regeln, dass es Sicherheit in der Unsicherheit gibt».¹²²⁸ Der Präventionsstaat der Gegenwart zieht nach BARCZAK «seine Legitimität aus dem gesellschaftsvertraglich verbrieften Versprechen, dem Menschen die Angst zu nehmen».¹²²⁹

- 376 Dass rasch nach dem Staat gerufen wird, wenn es darum geht, Gefahren unter Kontrolle zu bringen, ist ein etablierter Reflex, auch wenn er, so würde man meinen, dem Bild der sich selbst steuernden, innovativen und selbstverantwortlichen, «staatsfreien» Gesellschaft im Grunde widerspricht.¹²³⁰ Nicht unbedingt, weil er mit einer «unersättlichen Bürokratie» und einem politischen Gestaltungsdrang ausgestattet wäre, zieht er «wie ein Moloch alles mögliche»¹²³¹ an, sondern wohl auch einfach deshalb, weil er «als stets präsenter Lückenbüsser dient», nämlich als einziges «Instrument der Gesellschaft» sich jederzeit beliebig einsetzen lässt, über eine vorhandene Organisation verfügt und deshalb auch zeitsparend als «immer präsent[e] Nothelfer, der als Garant des individuellen und sozialen Wohlbefindens zum Handeln gezwungen wird»,¹²³² Abhilfe schaffen kann.¹²³³
- 377 Dabei gibt es im modernen, an den Sozial- und Interventionsstaat der Nachkriegszeit anknüpfenden und sich parallel dazu entwickelnden Präventionsstaat¹²³⁴ kaum Bereiche, die der staatlichen Einflussnahme gänzlich entzogen wären. Der Staat unserer Zeit scheint für sämtliche gesellschaftlichen Sphären

¹²²⁷ BARCZAK, 685 f.

¹²²⁸ PRANTL, Not und Gebot, 43.

¹²²⁹ BARCZAK, 2 f., 25 und 687.

¹²³⁰ Vgl. so auch EICHENBERGER, Aufgabenverteilung, 400 f. Vgl. mit Blick auf das Verhältnis des liberalen Staates zur Zukunft und zur Prävention DIGGELMANN, Präventionsstaat, 176 f.; vgl. auch KLEY, Geschichte, 467 ff., wonach sich die Freiheit an die Erfordernisse des 21. Jahrhunderts angepasst hat und somit von einer liberalen zu einer institutionellen und sozialstaatlichen Freiheit umgedeutet wurde.

¹²³¹ ELLWEIN, 17.

¹²³² EICHENBERGER, Aufgabenverteilung, 401.

¹²³³ ELLWEIN, 17; EICHENBERGER, Aufgabenverteilung, 400 f.

¹²³⁴ Vgl. etwa GRIMM, Zukunft der Verfassung I, 200 ff., der die Anfänge des Wohlfahrtsstaats sowie des Präventionsgedankens auf das Versagen des reduktionistischen liberalen Staatsmodells zurückführt; vgl. so auch DIGGELMANN, Präventionsstaat, 179 ff.

verantwortlich zu sein.¹²³⁵ Überspitzt formuliert, wird von ihm seit der Zäsur des 11. Septembers 2001 nicht nur eine Antwort auf Terrorismusrisiken erwartet,¹²³⁶ sondern auch eine Lösung für Umweltrisiken, den Klimawandel,¹²³⁷ die COVID-Pandemie,¹²³⁸ Energiekrisen¹²³⁹ oder auch die Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte angesichts internationaler Finanzkrisen,¹²⁴⁰ und zwar eben nicht

¹²³⁵ GRIMM spricht von der «Globalverantwortung» des Staates für die wirtschaftliche, soziale sowie kulturelle Entwicklung (vgl. etwa GRIMM, Zukunft der Verfassung I, 204 sowie 414); vgl. auch HETTICH, Kooperative Risikoversorge, N 87, der von einer «Allzuständigkeit» oder «Kompetenz-Kompetenz» des Staates ausgeht; KLEY, Geschichte, 470 f., stellt eine Form der «Privatisierung» fest, die auch zu einer Überlagerung der Rollen von Staat und Gesellschaft führt und gleichzeitig in einer zunehmenden Verrechtlichungstendenz mündet. Vgl. zum Ganzen auch DIGGELMANN, Präventionsstaat, 177 ff.; JAAG, Mehr oder weniger Staat?, 637; BARCZAK, 197 und 699; ISENSEE, Staatsaufgaben, § 73 N 55 ff. zur staatlichen «Allzuständigkeit und ihre[n] Barrieren».

¹²³⁶ Begründet mit der terroristischen Bedrohungslage, wurden weitreichende polizeiliche Kompetenzen vorgesehen, die insb. auch ein präventives Instrumentarium umfassen. Rechtliche Grundlagen bilden in der Schweiz insb. der Nationale Aktionsplan zur Verhinderung und Bekämpfung von Radikalisierung und gewalttätigem Extremismus, 4.12.2017, das Bundesgesetz über den Nachrichtendienst (NDG) vom 25.9.2015 sowie das im Hinblick auf die Terrorismusbekämpfung gezielt angepasste Strafrecht (vgl. dazu Botschaft zur Genehmigung und zur Umsetzung des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung des Terrorismus, BBl 2018 6427 ff.).

¹²³⁷ Deutlich wurde dies etwa im Verfahren, das die sog. KlimaSeniorinnen angestrengt haben, mit dem Ziel, dass der Staat seine Schutzpflichten ihnen gegenüber erfülle und ein Klimaziel sowie darauf ausgerichtete Massnahmen verfolge, um eine gefährliche Störung des Klimasystems zu verhindern (vgl. für weitere Informationen <<https://www.klimaseniorinnen.ch>>).

¹²³⁸ Zumindest wurden die staatlichen Kompetenzen aufgrund der Pandemie stark ausgebaut. In der Lehre wurde insb. Kritik am Ausbau der Kompetenzen des Bundesrates, gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV, laut (vgl. BIAGGINI, Notrecht, 239 ff.; vgl. etwa auch BRUNNER/WILHELM/UHLMANN, 685 ff.) sowie an den weitgehenden staatlichen Eingriffen in die Freiheitsrechte. Die rechtsstaatlich-demokratische Verfassungsordnung wurde von verschiedenen Seiten als gefährdet angesehen (ausführlich dazu BIAGGINI, Stresstest, 59 ff.; zu den Freiheitsbeschränkungen aus rechtswissenschaftlicher Sicht vgl. auch der Kommentar von MOECKLI, 237 f.), wenn auch andere Stimmen betonten, dass nicht die Ausmasse einer Verfassungskrise erreicht wurden (so etwa aus der deutschen Lehre JESTAEDT/KAISER).

¹²³⁹ Diesbezüglich interessant waren etwa die Diskussionen, die rund um den Erlass des Bundesgesetzes über subsidiäre Finanzhilfen zur Rettung systemkritischer Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft (FiREG) geführt wurden.

¹²⁴⁰ Den Ruf nach mehr staatlicher Regulierung leitete bspw. STIGLITZ mit den folgenden und inzwischen bekannten Worten ein: *«It's a lack of regulation (...) that was the source of the financial markets debacle (...). Banks happen to have 51 percent of the*

nur im Rahmen eines nachträglichen, reaktiven Krisenmanagements, sondern gerade zum Zwecke der Prävention solcher «Systemrisiken»¹²⁴¹ für die Zukunft.¹²⁴² Und dabei spielt auch die Aufsicht eine Rolle, indem sie sicherstellen hilft, dass neue, vorsorglich erlassene Vorgaben auch wirklich eingehalten werden.

Veranschaulichen lässt sich eine solche Entwicklung etwa mit Blick auf die Bemühungen der FINMA gemäss ihren strategischen Zielen 2021–2024, unter dem Stichwort «Sustainable Finance» einen Beitrag zur nachhaltigen Entwicklung des Schweizer Finanzplatzes zu leisten. Zu diesem Zweck hat sie Ende Mai 2021 die Offenlegungsanforderungen im Bereich der klimabezogenen Finanzrisiken bei bedeutenden Banken und Versicherungsunternehmen, gestützt auf die Empfehlungen der vom Financial Stability Board eingerichteten Task Force on Climate-Related Financial Disclosures (TCFD), konkretisiert.¹²⁴³ Die Vorschriften gelten seit 2022 und sind von Anfang an auf grosses Interesse gestossen.¹²⁴⁴ Nach diesen Vorgaben sind die grössten Banken und Versicherungsunternehmen insb. gehalten, wesentliche klimabezogene Finanzrisiken sowie deren Einfluss auf die Geschäftsstrategie, das Geschäftsmodell und die Finanzplanung zu beschreiben und ihr Risikomanagement zusammen mit quantitativen Daten offenzulegen. Die Einhaltung der Offenlegungspflichten und damit die Überwachung, dass die Finanzinstitute ihre wesentlichen Klimarisiken angemessen erfassen, wird wiederum von der FINMA bzw. den Prüfungsgesellschaften beaufsichtigt.¹²⁴⁵ Ferner erarbeitet die FINMA aktuell weitere Grundlagen für eine auf Klimarisiken gerichtete Aufsichtstätigkeit und entwickelt diese stetig weiter.¹²⁴⁶

votes in Congress» (zitiert durch SORID). Zu den sehr hohen Erwartungen an den Staat im Finanzmarktbereich vgl. etwa RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 35 N 8 und N 10 ff.

¹²⁴¹ Eingehend zu diesem Begriff und zu den Anforderungen an die sog. Systemaufsicht vgl. das Werk von KAUFHOLD; vgl. dazu auch vorne N 10 ff.

¹²⁴² Vgl. GRIMM, Zukunft der Verfassung I, 204 ff.; vgl. auch die Beispiele des antizipierend intervenierenden Staates bei DIGGELMANN, Präventionsstaat, 177 ff.

¹²⁴³ Vgl. FINMA-RS 2016/1 (Offenlegung – Banken, Aufsichtsrechtliche Offenlegungspflichten) sowie FINMA-RS 2016/2 (Offenlegung – Versicherer [*Public Disclosure*], Grundlagen zum Bericht über die Finanzlage).

¹²⁴⁴ Vgl. dazu FINMA, Anhörungsbericht vom 6.5.2021.

¹²⁴⁵ Vgl. dazu insb. FINMA-RS 2016/1, N 54. Die Prüfungsgesellschaften prüfen die Einhaltung der Offenlegungspflichten durch die Banken nach Massgabe des FINMA-RS 2013/3 (vgl. dazu hinten N 712 ff.). Sie nehmen allerdings eine weniger weitgehende Rolle im Hinblick auf die Aufsichtsausübung über die Versicherungen wahr (vgl. dazu FINMA, Anhörungsbericht vom 6.5.2021, S. 13).

¹²⁴⁶ Vgl. dazu etwa FINMA, Jahresbericht 2022, S. 32 f.

Durch das «permanente Streben nach Antizipation» sollen Risiken frühzeitig identifiziert und damit ihre Realisierung verhindert werden.¹²⁴⁷ Solche Aufgaben sind allerdings nie abgeschlossen¹²⁴⁸ und lassen sich auch kaum wieder rückgängig machen.¹²⁴⁹ Die Erwartungen an den Staat in einer «Ära der Zeitenwende»¹²⁵⁰ bleiben hoch: Oftmals wird dem Staat die (nahezu unmögliche) Aufgabe überlassen, eine unübersichtliche und sich rasch verändernde Ausnahmelage sowie laufend neue Erkenntnisse über eine latente Bedrohung permanent zu erfassen, die nächsten Schritte zu antizipieren und dabei handlungsfähig Herr der Geschehnisse zu bleiben, um angemessen reagieren zu können.¹²⁵¹ «Unbestimmtheit ist die nicht hintergehbare Folge der Orientierung der Gesellschaft an der Zukunft statt an der Vergangenheit.»¹²⁵² Gleichzeitig ist der Staat des 21. Jahrhunderts bemüht, den «Ausnahmestand» zeitlich begrenzt zu halten, um die Grenze zum Normalzustand nicht aufzuheben – eine Aufgabe, die als kaum erfüllbar erscheint.¹²⁵³ Der sog. «Ausnahmestand» erfährt laut BARCZAK seit geraumer Zeit einen Strukturwandel, indem er «vergesetzlicht», «vorverlagert» und auf diesem Weg Teil der

378

¹²⁴⁷ BARCZAK, 370.

¹²⁴⁸ Vgl. *ebd.*, 690; vgl. auch GRIMM, Zukunft der Verfassung I, 416 ff.; HETTICH, Kooperative Risikoversorge, N 420 ff.

¹²⁴⁹ DIGGELMANN, Präventionsstaat und Grundrechtsdogmatik, 348.

¹²⁵⁰ FRIEDMAN/WELZER beabsichtigten mit diesem Begriff bereits, die zunehmenden Prozesse der Entdemokratisierung durch die Rückkehr autokratischer Regierungen, die Wiederkehr von Rechtsextremen, Nationalisten, Rassisten und Antisemiten sowie die Umfiguration der geopolitischen Lage zu beschreiben, bevor die COVID-Pandemie Anfang 2020 einsetzte. Der deutsche Bundeskanzler Olaf Scholz verwendete den Begriff in einer vielbeachteten Regierungserklärung vom 27. Februar 2022, als er festhielt, dass der Kriegsbeginn in der Ukraine am 24.2.2022 «eine Zeitenwende in der Geschichte unseres Kontinents» markiere (die Rede wurde am 27.2.2022 im Wortlaut auf Zeit Online veröffentlicht: <<https://www.zeit.de/politik/deutschland/2022-02/olaf-scholz-regierungserklaerung-ukraine-rede>> [besucht am 15.8.24]).

¹²⁵¹ Vgl. so etwa zur Pandemielage DIEZ, der als Folge dieser Politik, «die stärker tat, als sie war», allerdings einen Verlust des Vertrauens vieler Bürger in die Politik ausmacht. Vgl. zum Staat während der COVID-Pandemie auch VOLKMANN, wonach die Pandemielage gleichzeitig vor Augen geführt hat, wie weit sich der aktuelle Staat bereits zum Präventionsstaat entwickelt hatte. Er führt dazu aus: «Keine entfesselte Gewalt tritt uns hier vor Augen, sondern ein Verwaltungsstaat in einem Vorgang des allgemeinen und besonderen Verwaltungsrechts, der die Lage mit seinen Mitteln in den Griff zu bekommen versucht und dabei, wie sich zeigt, ziemlich weit gehen kann.»

¹²⁵² LADEUR, Staat, § 18 N 51.

¹²⁵³ Zusammenfassend BARCZAK, 675.

Normalrechtsordnung werde.¹²⁵⁴ «[A]us ständiger Angst, den kritischen Zeitpunkt rechtzeitigen Handelns zu verpassen», handle der «nervöse Staat» «schon in der Normallage so (...), als befinde er sich im Ausnahmezustand».¹²⁵⁵

- 379 Die möglichen Präventionsmassnahmen des Staates sind vielfältig,¹²⁵⁶ und die Instrumente wirken sich nicht selten freiheitsbeschränkend aus.¹²⁵⁷ Verschiedentlich wurde der Staat von heute – trotz seines liberalen Kerns – aufgrund solcher Entwicklungen mit dem eudämonistischen Staat der aristotelischen Philosophie verglichen, gegen den der Liberalismus ursprünglich einmal angetreten ist.¹²⁵⁸

In einem viel beachteten Essay führte etwa PRANTL aus, der Präventionsstaat müsse den Bürgern immer mehr Freiheiten nehmen, um ihnen dafür Sicherheit zu geben. «Das trägt den Hang zur Masslosigkeit in sich, weil es nie genug Sicherheit gibt. Wenn der Staat wirklich «alles» tun muss, um Sicherheit vor Terrorismus zu gewährleisten, dann ist die Politik noch lange nicht fertig (...).» Das führe dazu, dass es in einem «masslosen Staat» zwar vielleicht ein wenig mehr Sicherheit gebe, «aber ganz sicher sehr viel weniger Freiheit».¹²⁵⁹

- 380 Nicht zufällig hat sich die staatliche Aufsicht innerhalb des Präventionsstaats von heute zu einem etablierten und vielversprechenden Mechanismus der staatlichen Tätigkeit entwickelt.¹²⁶⁰ Aufsichtsbehörden werden z.B. für die Erbringung von Präventionsleistungen eingespannt.¹²⁶¹ Illustrativ kann auf Zulassungs- und Be-

¹²⁵⁴ *Ebd.*, 673 ff. sowie 211 ff. und 291 ff. mit einer historischen Rekonstruktion der entsprechenden Entwicklungen in Deutschland.

¹²⁵⁵ *Ebd.*, 690.

¹²⁵⁶ Zum Wandel des staatlichen Instrumentariums vgl. etwa den Überblick bei GRIMM, Zukunft der Verfassung I, 420 ff.; vgl. auch DIGGELMANN, Präventionsstaat und Grundrechtsdogmatik, 331 f.

¹²⁵⁷ Vgl. dazu DIGGELMANN, Präventionsstaat, 173 ff.; vgl. auch DIGGELMANN, Präventionsstaat und Grundrechtsdogmatik, 340 m.w.H., der zu bedenken gibt, dass der präventiv handelnde Staat «auch dem sich legal verhaltenden Bürger immer näher» kommt, «so dass dessen Autonomiebereich schleichend immer stärkerem Druck ausgesetzt wird». Vgl. zum Ganzen auch GRIMM, Zukunft der Verfassung I, 207 ff., 213 ff.

¹²⁵⁸ Vgl. z.B. KLEY, Geschichte, 299; DIGGELMANN, Präventionsstaat, 181 f.; HETTICH, Kooperative Risikoversorge, N 102 ff.; vgl. auch die differenzierte Darstellung von GRIMM, Zukunft der Verfassung I, 399 ff.

¹²⁵⁹ Vgl. PRANTL, Terrorist; vgl. auch PRANTL, Not und Gebot, 8.

¹²⁶⁰ Aufsichtsmechanismen spielen regelmässig eine wichtige Rolle in Bereichen des sog. Risikorechts, wie etwa der Überblick von HETTICH (Kooperative Risikoversorge, 339 ff.) zeigt.

¹²⁶¹ VOISARD, N 29 ff. m.w.H.

willigungsvorgaben verwiesen werden, deren Einhaltung von Aufsichtsbehörden kontrolliert werden. Auch der im Aufsichtsrecht verbreitete sog. risikobasierte Ansatz ermöglicht es der Aufsicht, basierend auf einer Einschätzung der zu beaufsichtigenden Konstellationen nach Risiken, frühzeitig einzugreifen oder auch nicht.¹²⁶² Auf das Aufsichtsrecht wird wohl auch deshalb im Prozess der Gesetzgebung gerne zurückgegriffen, weil damit ein politischer Kompromiss möglich ist: Der Staat kann auf den Plan gerufen werden, aber gewissermassen «nicht zu sehr». Unabhängig ausgestaltete Aufsichtsbehörden gewährleisten ausserdem eine gewisse Staatsunabhängigkeit. Sodann wird im Gesetz oftmals auf die Aufsicht als «Auffangmechanismus» verwiesen, ohne aber genau festzulegen, *wann* und *wie* die Aufsichtsinstanz tätig werden soll. Immerhin in den Grundzügen müssten die Aufsichtsmodalitäten gesetzlich geregelt werden.¹²⁶³

Anhand des Aufsichtsrechts lassen sich im Übrigen einige der staatsinternen Veränderungen aufzeigen, die mit dem Wandel zum Präventionsstaat in Verbindung gebracht werden. Unterscheiden lassen sich dabei Entwicklungen, die teilweise das Ergebnis globalisierter, präventionsstaatlicher Tendenzen sind, teilweise aber auch ganz wesentlich zu diesen Entwicklungen beitragen, indem sie das geltende regulatorische Gerüst mitformen.¹²⁶⁴ Aus verfassungsrechtlicher Sicht betroffen sind verschiedene «Kernthemen»:

- Beobachten lässt sich generell ein stetiger Zuwachs an Bundeskompetenzen. Verwiesen wird in diesem Zusammenhang u.a. auf die lange Liste der verfassungsrechtlich verankerten Kompetenzen des Bundes, insb. auch in Bezug auf Bereiche, in denen der Bundesgesetzgeber, gestützt auf eine verfassungsrechtliche Kompetenz, vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit i.S.v. Art. 94 Abs. 4 BV abweichen darf.¹²⁶⁵ Auch im Aufsichtsrecht kommt es, wie vorne verschiedentlich dargestellt wurde, schon seit einiger Zeit in unterschiedlichen Bereichen zu Kompetenzakkumulierungen auf Bundesebene, die in der Folge zur Abkehr von kantonalen Aufsichtsbefugnissen geführt haben.¹²⁶⁶
- Zu registrieren sind ausserdem Machtverschiebungen vom Parlament zur Exekutive, und damit auch zu den aufsichtsausübenden Instanzen. In Krisenzeiten

¹²⁶² Dazu hinten N 1499 ff.

¹²⁶³ Zum Legalitätsprinzip vgl. hinten N 1334 ff.

¹²⁶⁴ Vgl. SASSEN, insb. 170, 174, 222 ff., 229 sowie 230 ff.

¹²⁶⁵ Vgl. auch RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 4 N 96, die dabei von einer «eigenössischen Tugend der «Vorratshaltung»» sprechen; vgl. dazu auch MARTENET, Constitution, N 56 ff.

¹²⁶⁶ Illustrativ ist etwa die Entstehungsgeschichte des HMG (vgl. dazu vorne N 239 ff.).

und «ausserordentlichen Lagen»¹²⁶⁷ werden parlamentarische Beratungen und Abstimmungen regelmässig zugunsten von Entscheidungskompetenzen der Regierung(en) (auch auf kantonaler Ebene) ausgesetzt.¹²⁶⁸ Solche Tendenzen lassen sich im Präventionsstaat schon lange beobachten. Begründet werden sie u.a. mit dem Einfluss der international verflochtenen Verwaltung,¹²⁶⁹ die angesichts der Komplexität zahlreicher moderner Herausforderungen generell zunimmt. Die (Fach-)Wissensabhängigkeit moderner Gesellschaften spielt dabei eine entscheidende Rolle.¹²⁷⁰ Um nationale, soziale, ökonomische oder ökologische Sicherheit zu gewährleisten, ist der Staat ganz besonders auf Informationen angewiesen.¹²⁷¹

- 384 – Die (meist global vernetzten) Aufsichtsbehörden verfügen i.d.R. über spezialisiertes Fachwissen. Entsprechend kommt ihnen – als Teil der Exekutive¹²⁷² – für die Bewältigung komplexer Materien oftmals eine Schlüsselrolle zu. So werden sie mit immer mehr Entscheidungsbefugnissen ausgestattet, während die Bedeutung der vergleichsweise langsamer funktionierenden, rechtssetzenden Legislative eher abnimmt.¹²⁷³ Für die gesetzgebende Gewalt ist es oftmals schwierig, sich das notwendige Wissen aus verschiedenen Bereichen anzueignen, um technische Themen (öffentlich) beraten und sie sinnvoll generell-abstrakt normieren zu können. Zudem sind künftige Entwicklungen ihrem

¹²⁶⁷ Die «ausserordentliche Lage» wurde insb. zu Pandemiezeiten ausgerufen (vgl. etwa die Änderung der COVID-19-Verordnung 2 vom 16.3.2020 [AS 2020 783], die dem «Lockdown» während der COVID-19-Epidemie vorausging; vgl. auch HÖFLER, 84 f.; BRUNNER/WILHELM/UHLMANN, insb. 691 ff.).

¹²⁶⁸ Kritisch zu dieser Entwicklung vgl. BIAGGINI, Notrecht; vgl. auch WALDMANN, Herausforderungen, 3 ff.; UHLMANN/WILHELM, 50 ff.

¹²⁶⁹ Dazu vorne N 339 ff.

¹²⁷⁰ Eine umfassende Untersuchung zur sog. «Expertokratie» hat etwa MÜNKLER vorgelegt. Zu staatlicher Risikoinformation vgl. etwa ALTWICKER/PLATTNER, 363 ff. Wissen war aber schon immer ein entscheidender Aspekt der (dadurch auch privilegierten) Staatsmacht (vgl. z.B. eingehend zum Wissen als Grundlage staatlichen Handelns FASSBENDER, § 76; vgl. auch LADEUR, Staat, § 18 N 8 zum absolutistischen Polizeistaat; BOURDIEU, 212 ff. zum «*informational capital*» des Staates, sowie die Untersuchungen u.a. von SENELLART, 54 ff., der aufzeigt, wie sich die Statistik bzw. die Kenntnisse über die tatsächlichen Verhältnisse im Staat als Schlüssel für eine «gute Regierung» etablierten).

¹²⁷¹ Vgl. etwa JESSOP, 29 f. insb. Abbildung 2.1; vgl. auch vorne N 375.

¹²⁷² Dazu hinten N 400 ff.

¹²⁷³ Vgl. dazu DIGGELMANN, Präventionsstaat, 182; J. BLATTER, N 20 f., der in diesem Zusammenhang von einem Demokratiedefizit spricht; M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, 226 ff.; SASSEN, 168 ff. und insb. 170 ff., wobei sie in erster Linie den US-amerikanischen Staat vor Augen hat; vgl. dazu auch vorne N 343 ff.

Wesen nach nur beschränkt präventiv vorherseh- und regelbar.¹²⁷⁴ Weil die Umstände des Einzelfalls flexible Reaktionsmöglichkeiten bedingen, lassen die gesetzlichen Grundlagen regelmässig Spielräume offen, die durch die rechtsanwendende Exekutive konkretisiert werden müssen. Folglich fällt ihr die Entscheidungsmacht zu.¹²⁷⁵ Hinzu kommt, dass die Exekutive – und insb. auch die Aufsichtsbehörden – vielfach in die Ausarbeitung konkretisierender Erlasse involviert sind.¹²⁷⁶ Nebst Bedenken aus Sicht des Gewaltenteilungsprinzips¹²⁷⁷ werden angesichts solcher Entwicklungen auch Fragen zum Legalitätsprinzip aufgeworfen.¹²⁷⁸

- Problematisch mit Blick auf das Gesetzmässigkeitsprinzip ist u.U. auch die Vielfalt informeller Verwaltungshandlungen zu Präventionszwecken, die im Aufsichtsrecht besondere Verbreitung finden,¹²⁷⁹ sich jedoch häufig nicht ohne Weiteres als klassischer staatlicher Eingriff klassifizieren lassen.¹²⁸⁰ Zu denken ist z.B. an behördliche Auskünfte und Informationen, Empfehlungen, Warnungen oder auch Auflagen. Auch wenn solche tatsächlichen Handlungen der Behörden zum Teil mit weitgehenden Eingriffen in die Rechtspositionen der Beaufsichtigten verbunden sind, sind sie vielfach keiner gesetzlichen Regelung zugeführt und dadurch mit Unsicherheiten verbunden. Nicht zuletzt fehlt es in solchen Konstellationen regelmässig an einem «beschwerdefähigen» Anfechtungsobjekt, wodurch der nachträgliche Rechtsschutz empfindlich eingeschränkt wird.¹²⁸¹ 385
- Im Hinblick auf das Verhältnismässigkeitsprinzip werden im Kontext des präventiven Staats- bzw. Aufsichtshandelns ebenfalls Fragen aufgeworfen. DIGGELMANN gibt etwa zu bedenken, dass der Präventionsgegenstand – z.B. das Risiko einer Umweltbeeinträchtigung – regelmässig schwer fassbar sei und nicht immer klar sei, ob auf das abstrakte Schädigungspotential abzustellen sei oder auf die Wahrscheinlichkeit der Realisierung des Schadens. Darüber hinaus stellt sich nicht selten das Problem, dass die auf dem Spiel stehenden 386

¹²⁷⁴ DIGGELMANN, Präventionsstaat und Grundrechtsdogmatik, 333 f. sowie 343; HETTICH, Kooperative Risikovorsorge, N 407 ff. m.w.H.

¹²⁷⁵ DIGGELMANN, Präventionsstaat, 182 f.; HETTICH, Kooperative Risikovorsorge, N 436 ff. m.w.H.

¹²⁷⁶ Zu den Rechtsetzungskompetenzen der Aufsichtsbehörden vgl. hinten N 411 ff.

¹²⁷⁷ Dazu hinten N 502 ff.

¹²⁷⁸ Dazu hinten insb. N 507 ff.

¹²⁷⁹ Dazu hinten N 1155 ff.

¹²⁸⁰ Zum Begriff des Grundrechtseingriffs im Präventionsbereich vgl. DIGGELMANN, Präventionsstaat und Grundrechtsdogmatik, 335 ff.

¹²⁸¹ HETTICH, Kooperative Risikovorsorge, N 470 ff. m.w.H.; vgl. dazu auch hinten N 1568 ff.

und der Aufsicht zugrunde liegenden öffentlichen Interessen sehr gewichtig sind, die Wahrscheinlichkeit der Realisierung eines Schadens jedoch vielleicht eher gering ist.¹²⁸² Veranschaulichen lassen sich solche Bedenken etwa anhand aufsichtsrechtlicher Aufgaben in den Bereichen der Eisenbahngesetzgebung, der Heilmittelsicherheit oder insb. der Nuklearsicherheit, die diesbezüglich schwierige Fragen aufzuwerfen vermögen.

- 387 – Trotz solcher Herausforderungen ist der Rechtsschutz im aufsichtsrechtlichen Kontext – wie in Kapitel IV näher ausgeführt wird – eingeschränkt. Regelmäßig überprüfen die Gerichte die Entscheide der Aufsichtsbehörden nur zurückhaltend, i.d.R. mit Verweis auf ihr besonderes fachspezifisches Wissen und ihre Vollzugsnähe, die den Gerichten im selben Umfang i.d.R. abgehen. «Nicht ohne Not» wollen die Rechtsmittelinstanzen den fachkompetenten Entscheid spezialisierter Aufsichtsbehörden korrigieren; ihnen werden damit Entscheide über spezifische, technische Angelegenheiten aus Spezialbereichen eher zugetraut als der breiter abgestützten Judikative – eine Entwicklung, die grundlegende Fragestellungen aufwirft.¹²⁸³

V. Digitalisierung und Aufsicht

- 388 Aktuell wird digitalisiert, was sich digitalisieren lässt,¹²⁸⁴ mit zum Teil weitreichenden Folgen. Insbesondere gelingt es aufgrund der Digitalisierung, Distanzen in bislang nicht bekannter Form zu überwinden. Dabei lassen sich v.a. drei Dimensionen unterscheiden: (i) Das Stichwort der sog. «Delokalisierung» bringt zum Ausdruck, dass digitale Leistungen in räumlicher Hinsicht nicht mehr an einen bestimmten Ort gebunden sind; (ii) die sog. «Delegation» steht für die Vermittlung und Übertragung einer Leistungserbringung an Dritte auf und in digitalen Plattformen und Netzwerken; (iii) schliesslich verweist der Begriff der sog. «Datafizie-

¹²⁸² GRIMM, Politik, 103; vgl. auch DIGGELMANN, Präventionsstaat, 184; DIGGELMANN, Präventionsstaat und Grundrechtsdogmatik, 344. Vgl. auch PRANTL, Not und Gebot, 21 ff. mit dem Hinweis, dass der Erlass staatlicher Massnahmen zum Schutze des Lebens in Pandemiezeiten zwar ein gewichtiges Argument sei, womit allerdings nicht jede Massnahme gerechtfertigt werden könne.

¹²⁸³ Dazu hinten N 1578 ff. (zum eingeschränkten Rechtsschutz gegenüber Verwaltungsverordnungen) sowie insb. N 1583 ff.

¹²⁸⁴ WIDMER, Plattform, 1303.

rung» auf die zunehmenden Möglichkeiten von intelligenten Computersystemen, auf der Grundlage von Daten automatische Entscheidungen zu treffen.¹²⁸⁵

Die Digitalisierung beeinflusst auch die staatliche Aufsicht,¹²⁸⁶ und zwar in ver- 389
schiedener Hinsicht: Einerseits stehen die Aufsichtsinstanzen vor der Aufgabe, neue Technologien im Rahmen der zu beaufsichtigenden Sachverhalte berücksichtigen zu müssen. Dabei erfährt die Dualität zwischen staatlicher Aufsicht und privaten Beaufsichtigten eine neue Betonung, denn bislang werden digitale Produkte, Kommunikationsinfrastrukturen und Dienste der Informationsgesellschaft nahezu ausschliesslich privatwirtschaftlich entwickelt und bereitgestellt.¹²⁸⁷ Beispielsweise seien etwa sog. Financial-Technology-(FinTech-)Angebote erwähnt, deren Einordnung die FINMA vor neue Herausforderungen stellt. Seit Längerem beaufsichtigt die FINMA auch gestützt auf Vorschriften des Rundschreibens 2018/3 (Outsourcing) vom 21. September 2017 Digitalisierungsaktivitäten von Banken. So können diverse Digitalisierungsprojekte (z.B. Datenauslagerungen in eine Cloud) formell als «*Outsourcing*» qualifiziert werden und diesem Aufsichtsbereich unterstehen. Eine besondere Rolle spielt dabei der Standort digitalisierter Daten, zumal die FINMA keine hoheitlichen Kompetenzen im Ausland direkt ausüben könnte. Ferner benötigt etwa Swissmedic neue Methoden und zusätzliche Fachkompetenzen, um z.B. die Evidenz zunehmend maschinell aufbereiteter, wissenschaftlicher Erkenntnisse der Marktakteure (wie bspw. virtuell simulierte klinische Versuche) überprüfen zu können.¹²⁸⁸

Andererseits versprechen datenbasierte Technologien auch für die Aufsichtstätigkeit 390
verschiedene Effizienzgewinne und Ablaufoptimierungen. Die Kommunikation innerhalb der Behörden, aber auch mit den Beaufsichtigten wird erheblich vereinfacht, wenn sie digital erfolgen kann. Lassen sich auch unterschiedliche Behörden miteinander vernetzen, wird die Zusammenarbeit innerhalb der Verwaltung

¹²⁸⁵ KRÖNKE, 3 f. sowie 2 ff., wo er im Rahmen seiner eingehenden Studie zum «Öffentlichen Digitalwirtschaftsrecht» (aus Sicht des deutschen Verwaltungsrechts) die sog. «digitale Wirtschaft» beschreibt, die inzwischen zu einem eigenen Wirtschaftsordnungstypus erhoben wird.

¹²⁸⁶ Zum Wandel der Staatlichkeit, der auf die Digitalisierung zurückgeführt wird, vgl. etwa PERNICE, 190 ff.; vgl. auch generell zur digitalen Verwaltungsentwicklung BRITZ/EIFERT, § 26.

¹²⁸⁷ KRÖNKE, 2.

¹²⁸⁸ Vgl. dazu etwa das Interview mit Urs Bühler in Swissmedic Visible 1/2020 vom 14.7.2020 (abrufbar unter <<https://www.swissmedic.ch> → Über uns → Publikationen → Swissmedic Visible [besucht am 15.8.24]).

erleichtert, wenn auch allenfalls Zuständigkeitsfragen aufgeworfen werden.¹²⁸⁹ Ferner werden unter dem Stichwort «RegTech» («*Regulatory Technology*») nicht nur betriebsinterne Compliance-Prozesse von (privaten) Finanzinstituten angesprochen, die durch den Einsatz technologischer Hilfsmittel wirksamer und effizienter gestaltet werden sollen, sondern auch die Nutzung technologischer Innovationen durch die Aufsichtsbehörden, insb. zur technischen Überwachung und Steuerung von Compliance-Prozessen.¹²⁹⁰ So kann RegTech z.B. den Einsatz künstlicher Intelligenz (AI)¹²⁹¹ sowie von «*data mining*»-Methoden umfassen ebenso wie die Verwendung von Blockchain-Technologie.¹²⁹² RegTech ermöglicht etwa digitale Eingaben und den digitalen Austausch von Unterlagen zwischen den Behörden und den beaufsichtigten Unternehmen (aktuell v.a. von den Finanzintermediären) oder auch die Automatisierung gewisser Prozesse der Datenanalyse.¹²⁹³ Bereits heute unterstützt die Auswertung grosser Mengen vielfältiger Daten (Stichwort: «*Big Data*»¹²⁹⁴) die Rekonstruktion komplizierter finanzmarktrechtlicher Aufsichtsfälle aus Sicht der FINMA¹²⁹⁵ und wirkt sich damit letztlich auf den Entscheidungsprozess der Aufsicht aus.

- 391 Die Digitalisierung der Justiz und in diesem Zusammenhang die Umstellung auf einen obligatorischen, elektronischen Rechtsverkehr wird mit dem Projekt «Jus-

¹²⁸⁹ Vgl. etwa MARTINI, § 28 N 5 f.

¹²⁹⁰ Vgl. zum Begriff WEBER, RegTech, 10 f.; WEBER, Digitalisierung, 7; vgl. auch ARNER/BARBERIS/BUCKLEY, 371 ff. insb. auch zur Begriffsabgrenzung zu «Fintech».

¹²⁹¹ Für einen Überblick über die Funktionsweise und Einsatzmöglichkeiten im Verwaltungskontext sowie die damit verbundenen rechtlichen Fragen vgl. MARTINI, § 28 N 82 ff.

¹²⁹² Zur Blockchain-Technologie und zu ihrem Potenzial für die digitale Verwaltung in Deutschland vgl. MARTINI, § 28 N 77 ff. und N 81, der Blockchain als «prädestiniert» für Steuerungs- und Kontrollelemente im Bereich von Energienetzen sieht.

¹²⁹³ CONTRATTO, RegTech, N 5 ff. sowie N 13 f. und N 17 insb. zu möglichen Einsatzfeldern von RegTech im Bereich der Finanzmarktaufsicht. Allerdings stösst der Einsatz von RegTech auch auf Herausforderungen und lässt in gewissen Bereichen auf sich warten (vgl. so die Einschätzung des Bundesrates in seinem Bericht «Einsatz innovativer Technologien im Bereich der Finanzmarktaufsicht und -regulierung [RegTech]» vom 27.6.2018).

¹²⁹⁴ Für einen Überblick über den Themenkreis vgl. etwa, statt vieler, WEBER, Big Data, 88 m.w.H.; WEBER, Digitalisierung, 6 f.

¹²⁹⁵ Vgl. etwa BRANSON (ehem. Direktor der FINMA), Es ist uns ernst mit der Marktaufsicht, Jahresmedienkonferenz vom 4.4.2017, S. 3 (abrufbar unter <<https://www.finma.ch>> → Dokumentation → FINMA-Publikationen → Referate und Artikel> [besucht am 15.8.24]).

titia 4.0» vorangetrieben,¹²⁹⁶ während die digitale Transformation der Bundesverwaltung Gegenstand des Projekts «Digitale Verwaltung: Projekt zur Optimierung der bundesstaatlichen Steuerung und Koordination» ist.¹²⁹⁷ Mit dem Bundesgesetz über den Einsatz elektronischer Mittel zur Erfüllung von Behördenaufgaben (EMBAG) sollten ausserdem die notwendigen Grundlagen geschaffen werden für die Zusammenarbeit unter Behörden verschiedener Gemeinwesen und mit Dritten beim Einsatz elektronischer Mittel zur Erfüllung von Behördenaufgaben. Ausserdem sollen der Ausbau und die Weiterentwicklung des Einsatzes elektronischer Mittel zur Unterstützung der Erfüllung von Behördenaufgaben gefördert werden.¹²⁹⁸ Hinzu kommen verschiedene, punktuelle Bestrebungen einzelner Aufsichtsbehörden, die Geschäftsprozesse zu digitalisieren.

Die FINMA führt den Einsatz neuer Technologien in ihren Strategischen Zielen auf und nennt insb. die Digitalisierung zusammen mit ihrer Datenstrategie als Mittel, um Effektivität und Effizienz ihrer Aufsichtstätigkeit zu verbessern. Wie sie selber festhält, wird die Aufsicht dadurch stärker datenbasiert.¹²⁹⁹

Bei Swissmedic standen diesbezüglich gemäss ihren Strategischen Zielen 2019 bis 2022 Geschäftsprozesse v.a. aus den Kernbereichen Zulassung, Bewilligungen und Marktüberwachungen im Vordergrund, in welchen Swissmedic einen möglichst grossen Anteil online bzw. via Web-Portal abwickeln wollte. Dadurch sollten interne Abläufe beschleunigt und der Austausch mit der Industrie und auch mit anderen Behörden vereinfacht werden.¹³⁰⁰

Im Mai 2022 hat die ESA das System für die digitale Stiftungsaufsicht (eESA) in Betrieb genommen. Über das Online-Portal EasyGov.swiss können Stiftungen und Revisionsfirmen elektronisch mit der ESA kommunizieren. Künftig sollen auch die gesetzlichen Aufsichtsarbeiten der Stiftungsaufsicht so weit wie möglich elektronisch abgewickelt werden. Vorge-

¹²⁹⁶ Weitere Informationen über das Projekt sind abrufbar unter <<https://www.justitia.40.ch>>.

¹²⁹⁷ Weitere Informationen über das Projekt sind abrufbar unter <<https://www.digitale-verwaltung-schweiz.ch>>. – Für einen Überblick über die rechtlichen Fragestellungen rund um die Digitalisierung des Verwaltungsverfahrens vgl. HÄNER, Digitalisierung, 23 ff.

¹²⁹⁸ Art. 1 EMBAG.

¹²⁹⁹ FINMA, Strategische Ziele 2021 bis 2024 (abrufbar unter <<https://www.finma.ch>>), Ziel 9 (S. 15).

¹³⁰⁰ Swissmedic, Strategische Ziele 2019 bis 2022, Ziel 5, S. 8.

sehen ist auch, dass die risikoorientierte Aufsicht IT-gestützt systematisiert wird.¹³⁰¹

- 392 Zudem hat sich der Bundesrat wiederholt in seiner «Strategie Digitale Schweiz» dafür ausgesprochen, die technologischen Entwicklungen für eine Optimierung der Verwaltungstätigkeit insb. in der Interaktion zwischen den Behörden und der Bevölkerung sowie der Wirtschaft zu nutzen. Dazu gehört u.a. die Förderung einer digitalen Abwicklung von Behördengeschäften ebenso wie der Ausbau von E-Government.¹³⁰²
- 393 Der Einsatz von RegTech in einem weiteren Sinne setzt u.a. das Vorhandensein kohärenter Technologien, vereinheitlichter Datenformate und kompatibler Programmschnittstellen voraus.¹³⁰³ Ferner sind für eine sichere Kommunikation und die Übermittlung von Eingaben Plattformen erforderlich, welche die Datensicherheit gewährleisten.¹³⁰⁴ Neben entsprechenden technologischen Herausforderungen werden auch zahlreiche rechtliche Fragen angesichts solcher Entwicklungen aufgeworfen. Was geschieht mit den gesammelten Daten? Wer darf wann, zu welchem Zweck und auf welche Daten im Aufsichtsverfahren zugreifen und wie lange (Stichwort: Datensegregation)?¹³⁰⁵ Ein freier Austausch personenbezogener Daten zwischen verschiedenen Behörden wäre datenschutzrechtlich problematisch. Innerhalb welcher rechtlichen Vorgaben sind automatisierte Entscheidungsprozesse im Aufsichtsrecht überhaupt denkbar und zulässig?¹³⁰⁶ Die Suche nach Antworten

¹³⁰¹ Vgl. dazu GS-EDI, Projekt eESA – Digitalisierung der Eidg. Stiftungsaufsicht, Kurzfassung von Version 1.01 der Studie. Weitere Informationen zu eESA sind abrufbar unter <<https://www.edi.admin.ch> → Das EDI → Organisation → Fachstellen → Eidgenössische Stiftungsaufsicht → Digitale Aufsicht - eESA> (besucht am 15.8.24).

¹³⁰² Der aktuelle Text der bundesrätlichen Strategie «Digitale Schweiz» mit allen Links auf weiterführende Unterlagen ist abrufbar unter <<https://www.digitaldialog.swiss>>.

¹³⁰³ WEBER, Digitalisierung, 7.

¹³⁰⁴ Im Rahmen des Projekts Justizia 4.0 sollen die Funktionen der anvisierten Plattform in einem Bundesgesetz festgehalten werden. Der Bundesrat hat an seiner Sitzung vom 15.2.2023 die Botschaft zum neuen Bundesgesetz über die Plattformen für die elektronische Kommunikation in der Justiz (BEKJ) verabschiedet. Vgl. die eingehende Darstellung zum Vorentwurf von BÜHLER/WIDMER, 169 ff.

¹³⁰⁵ Die Fragen haben im Schrifttum noch wenig Beachtung erfahren. Vgl. allerdings zur Ausgestaltung der Grundbuch- und Datenschutzaufsicht im Rahmen der Onlineplattform Terravis, auf der umfangreiche Grundbuchdaten eingesehen werden können, WIDMER, Aufsicht, 30 ff., sowie WIDMER, Plattform, 1303 ff. insb. zur Umsetzung von Zugriffsberechtigungen im Kontext dieser digitalen Plattform.

¹³⁰⁶ Vgl. für einen Überblick über die Fragestellung bei WEBER, Digitalisierung, 15 ff.

eröffnet ein neues Forschungsfeld, das den Rahmen dieser Untersuchung allerdings sprengen würde.¹³⁰⁷

VI. Zusammenführung der Erkenntnisse

- Aufsichtsrechtsverhältnisse der Gegenwart sind zahlreichen Einflüssen ausgesetzt: 394
- Wie besprochen, wirken sich die transnationalen Entwicklungen besonders prägend auf das massgebliche Recht aus und beeinflussen letztlich auch das ihm zugrunde liegende Staatsbild. 395
 - Dieses wurde und wird zusätzlich durch neue Rollenverständnisse über die «Staatlichkeit» bzw. «Privatheit» gewisser Aufgaben geformt, was sich auch auf das Aufsichtsrecht in bestimmten Bereichen auszuwirken vermag. Ein Zusammenrücken und -wirken beider Sphären lässt sich selbst im Aufsichtsrecht beobachten. 396
 - Gleichwohl werden die Kategorien «Staat»/«Private» beibehalten. Besonders bestätigt und gestärkt werden diese durch präventionsstaatliche Tendenzen, die den Staat mit zahlreichen Kompetenzen ausstatten und ein Umfeld schaffen, in dem sich der Rückgriff auf Mechanismen des Aufsichtsrechts als naheliegend etablieren kann. 397
 - Wie und in welchem Masse die Digitalisierung als Strukturen umwälzendes Phänomen auch das Aufsichtsrecht prägen wird, lässt sich heute (selbstredend) nicht abschliessend beurteilen. Es ist mit einigen grundsätzlichen Fragestellungen zu rechnen, die neue Forschungsbereiche eröffnen werden. 398

¹³⁰⁷ Immerhin wird auf bestimmte Aspekte, die im Zusammenhang mit der Digitalisierung stehen, etwa mit Blick auf Instrumente der Aufsichtsbehörden, etwas näher eingegangen (vgl. dazu hinten N 1123 ff.).

Zweites Kapitel: Aufsichtsbehörden

Staatliche Behörden nehmen die Aufsichtsaufgaben im Rahmen des hier betrachteten bundesrechtlichen (Aufsichts-)Rechtsverhältnisses wahr. Kapitel II widmet sich ihrer näheren Untersuchung. In einem ersten Abschnitt (§ 1) wird ihre Zuordnung zur Staatsexekutive diskutiert, aber es werden auch ihre Rechtsetzungs- und Rechtsprechungsaufgaben näher beleuchtet. Sodann wird es in § 2 um die organisationsrechtliche Ausgestaltung der Aufsichtsbehörden gehen. Wie aufzuzeigen sein wird, ist die Rechtsform und Organisation der Aufsichtsbehörden sachbereichsspezifisch verschieden geregelt: Aufsichtsbehörden sind sowohl auf Bundes- als auch auf Kantons- und Gemeindeebene tätig, wobei hiernach Aufsichtsbehörden auf Bundesebene im Fokus stehen werden. Diese werden zum Teil der Zentralverwaltung zugeordnet, zum Teil aber auch aus der Zentralverwaltung ausgelagert. Dezentrale Aufsichtsbehörden werden unterschiedlich ausgestaltet. In der Praxis sind v.a. zwei Rechtsformen verbreitet: Aufsichtsbehörden in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Anstalten sowie Aufsichtsbehörden in der Rechtsform von Behördenkommissionen. Beide Formen werden im Folgenden näher beleuchtet und wichtige Organisationsaspekte aufgezeigt werden, wobei ein besonderes Augenmerk auf das Kriterium der Unabhängigkeit aus organisationsrechtlicher/institutioneller Sicht gerichtet sein wird. 399

§ 1 Einordnung der Aufsicht innerhalb der Gewaltentrias des modernen Staates

I. Aufsicht als Aufgabe der Exekutive

Aufsichtsbehörden sind in zahlreichen Bereichen tätig und erfüllen unterschiedliche Funktionen. Die Kompetenzakkumulation geht so weit, dass es als fraglich angesehen werden kann, ob die vielen Aufgaben einer Aufsichtsbehörde mit den Vorgaben des Gewaltenteilungsprinzips in Einklang gebracht werden können. Auch die Zuordnung der Aufsicht zu einer der drei klassisch unterschiedenen Staatsfunktionen liegt nicht in jeder Aufsichtskonstellation auf der Hand. 400

Schon in der Vergangenheit wurde die Einordnung der Aufsicht in das Staatsgefüge unterschiedlich diskutiert. Während etwa ZOEPFL die Aufsicht 1863 zur «voll- 401

ziehenden Gewalt» rechnete,¹³⁰⁸ leiteten viele Autoren im deutschen Schrifttum die staatliche Aufsicht aus dem «Wesen» oder dem «Begriff» des (souveränen) Staates ab und fassten sie als immanenter Bestandteil *jeder* Staatskompetenz und als Voraussetzung *jeder* Staatsfunktion auf. In diesem Sinne vertrat etwa bereits im 19. Jahrhundert SNELL die Ansicht, dass sich die Aufsicht gleichmässig «unter alle drei Gewalten» verteile. «Jede Gewalt muß sich über das Thatsächliche informieren, ehe sie etwas thun kann.»¹³⁰⁹ Die höchste Aufsicht über den ganzen Staat komme allerdings der Gesetzgebung zu.¹³¹⁰

- 402 Ebenso erteilte VON GERBER¹³¹¹ insb. der Idee einer (neben der gesetzgebenden und richterlichen) eigenständigen, (ober-)aufsehenden und vollziehenden «vier-ten» Gewalt eine Absage. Dies sei «nicht gerechtfertigt, indem die Ueberwachung aller Interessen des Staatslebens ebenso wie die Vollziehung des in Gesetzen oder sonst ausgesprochenen Staatswillens, als eine alle Handlungen der Staatsgewalt begleitende, mithin für sich nicht selbständige Funktion, dem allgemeinen Rechtsprinzip der Verwaltung untergeordnet ist».¹³¹²

In diesem Sinne war auch nach VON STACHAU die «Staatsoberaufsicht» «die intelligible Thätigkeit der Staatsgewalt, wonach sie sich zuvörderst die nöthige Erkenntniß des politischen Wesens verschafft, um darnach Entschlüsse zu fassen und praktisch thätig zu sein».¹³¹³ In den Worten HAENELS war die Beaufsichtigung «nicht eine der besondere[n] Hervorhebung und Feststellung bedürftige Kompetenz des Reiches, sondern notwendiger und darum selbstverständlicher Bestandteil jeder ihm durch die Verfassung beilegelegten Kompetenz».¹³¹⁴ «Sie ist ebenso Voraussetzung für jede Funktion des Staates, sowohl für die Gesetzgebung als auch für jede Art der Voll-

¹³⁰⁸ ZOEPFL, 515 (§ 436), wo er ausführte: «Die vollziehende Gewalt äussert sich hinsichtlich der inneren Staatszustände in vierfacher Weise: aufsehend, anordnend, entscheidend und vollstreckend, d.h. mit physischem Zwange einschreitend.»

¹³⁰⁹ SNELL, 211.

¹³¹⁰ *Ebd.*

¹³¹¹ CARL FRIEDRICH VON GERBER gilt zusammen mit PAUL LABAND als Begründer der modernen Staatsrechtswissenschaft in Deutschland. Für eine kurze Übersicht über sein richtungsweisendes Werk und sein stark zentriertes Staatsverständnis, das sowohl zwischen dem Staat und seinen Untertanen als auch zwischen dem Reich und den Ländern von einer Befehl-Gehorsam-Beziehung ausging, und dessen Bedeutung für die Staatsaufsicht vgl. KAHL, Staatsaufsicht, 147 ff.

¹³¹² VON GERBER, 30.

¹³¹³ KALTENBORN VON STACHAU, 50.

¹³¹⁴ HAENEL, 300.

ziehung.»¹³¹⁵ In diesem Sinne lehnte auch HENKE die Qualifikation der aufsehenden Gewalt als eigene Gewalt ab, gehe es bei ihr doch immer um ein «bloßes Vorbereiten» der gesetzgebenden oder vollziehenden Gewalt.¹³¹⁶

Insbesondere der Funktion der Rechtsprechung wurde wiederholt ein immanentes Aufsichtselement zugesprochen. In der deutschen Lehre fasste z.B. VON GIERKE den Zwang, «welchen die Aufsichtsbehörde auf dem Wege des Erlasses und der Durchsetzung von Geboten oder Verboten durch das Mittel der Ordnungsstrafen oder sonstiger Maßnahmen gegen die Träger von Körperschaftsämtern auszuüben berufen ist», als wesentlichen Teil der Staatsaufsicht auf¹³¹⁷ und nannte in diesem Zusammenhang auch «aufsichtsführende Gericht[e]».¹³¹⁸ TRIEPEL führte aus, weshalb zwischen Rechtsprechung und den «eigentlichen» Verwaltungsakten in Bezug auf die Aufsicht kein entscheidender Unterschied bestehe.¹³¹⁹ Die Diskussion hielt an. Anlässlich der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Saarbrücken 1963 argumentierte BULLINGER u.a. mit Hinweis auf die Aufsichtsausübung in den USA, dass gerichtliche Erkenntnisse in Zivil- und Strafsachen in der Tat «ein wesentliches Element der Staatstätigkeit zur Verwirklichung rechtsverbindlicher Maßstäbe in der Wirtschaft» bilden würden.¹³²⁰ Gerichtliche und «verwaltungsmäßige Staatsaufsicht» würden nebeneinanderstehen, sich ergänzen und könnten gegenseitig ausgewechselt werden.¹³²¹

Allmählich hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass eine konsequente formelle Umsetzung des populären klassischen Gewaltenteilungsprinzips im Staat mehr

¹³¹⁵ *Ebd.*

¹³¹⁶ HENKE, 99 f., wo er ferner auch die richterliche Gewalt nicht als eigenständige Gewalt auffasste, da sie «ja nur in einer Unterordnung einzelner Fälle unter die gesetzliche Norm (in so weit eine rein logische Verrichtung), und in der Verwirklichung desjenigen besteht, was nach dieser Unterordnung dem Gesetze entsprechend gefunden worden ist (Vollziehung der Urtheile)».

¹³¹⁷ VON GIERKE, 661. Als besonders «kräftig» hob er sodann die «Befugniss des Staates» hervor, «seinen Anspruch auf ein bestimmtes körperschaftliches Verhalten durch die Androhung einer unmittelbaren Reaktion gegen die Gesamtpersönlichkeit als solche und namentlich durch die Androhung der Vernichtung ihrer gesamten Existenz zu realisiren» (*ebd.*, 661 f.).

¹³¹⁸ *Ebd.*, 661 (Fn. 3).

¹³¹⁹ TRIEPEL, 135 ff.

¹³²⁰ BULLINGER, 297 m.w.H.

¹³²¹ Vgl. *ebd.*, 298 f. m.w.H. sowie 370.

theoretisch als praktisch durchführbar ist.¹³²² Verschiedentlich haben sich Lehrmeinungen gerade auch in der Schweiz dahin gehend geäußert, dass sich die staatliche Aufsichtsausübung keiner bestimmten Staatsgewalt zuordnen lasse.

EICHENBERGER z.B. qualifizierte die «Kontrollaufgaben» des Staates, wozu er u.a. auch die Aufsichtsaufgaben zählte,¹³²³ als «Staatsfunktion *sui generis*», die «häufig in eigens eingerichteten Verfahren mit besonderen Kontrollorganen» ablaufe.¹³²⁴ Entsprechend verzichtete er auf eine Zuordnung der «Kontrolle» zu einer der drei Gewalten und betonte vielmehr, dass sich ihre Ausübung oftmals auch mit anderen Staatsfunktionen überschneide. Er wies ausdrücklich darauf hin, dass der Bereich der «Kontrolle» «möglicherweise auch begleitet [sei] von Kontrollbetätigungen, die in andere Staatsfunktionen eingekleidet sind, z.B. eben Gesetzgebung, so daß die Kontrollaufgabe nur mittelbar erkennbar ist».¹³²⁵

Auch SEILER vertrat die Auffassung, dass sich die besonders im Wirtschaftsverwaltungsrecht anzutreffenden «von der hierarchischen Zentralverwaltung unabhängige[n], spezialisierte[n] Kommissionen oder Institutionen»¹³²⁶ sowie die «unabhängigen Administrative Agencies in den USA»¹³²⁷ nicht in die Gewaltentrias einordnen lassen.¹³²⁸

¹³²² Vgl. dazu auch hinten N 502 ff. – Zur «populären Gewaltenteilungsauffassung» in der Schweiz und ihrer Prägung durch GIACOMETTI vgl. etwa SEILER, Gewaltenteilung, 482 ff. mit Verweis auf GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, insb. 9 ff. und 30 ff.; vgl. auch MAHON, § 65; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 2264 ff.

¹³²³ EICHENBERGER fasste den Kontrollbegriff so weit, dass er darunter, neben den finanziellen Kontrollen des Parlaments gegenüber der Exekutive oder der Einsetzung parlamentarischer Untersuchungsausschüsse, auch «die Staatsaufsicht über private oder gemischtwirtschaftliche Aufgabenträger» subsumierte (vgl. EICHENBERGER, Kontrolle, 129; vgl. auch vorne Fn. 351 [N 123]). Vgl. auch zum Begriff der Kontrolle in Abgrenzung zum Aufsichtsbegriff vorne N 122 ff. m.w.H.

¹³²⁴ EICHENBERGER, Kontrolle, 129; vgl. auch EICHENBERGER in: Kommentar aBV 1874, Art. 102 N 28 zur Bundesaufsicht.

¹³²⁵ EICHENBERGER, Kontrolle, 129.

¹³²⁶ SEILER, Gewaltenteilung, 120. Dazu zählte er u.a. die Kartellkommission ebenso wie die Bankenkommission (vgl. *ebd.*, 120, Fn. 303).

¹³²⁷ *Ebd.*, 120.

¹³²⁸ *Ebd.*, 121, wo er ausführt, dass Gleiches auch für die sog. «Finanzkontrollorgane» gelte. Angesprochen ist damit die «staatsinterne» «Kontrolle der Finanzgebarung des Staates» (vgl. so die Bezeichnung bei FRENKEL, N 1233, auf den auch SEILER verweist). Sie werde «je nach Autor als Teil der Legislative, Exekutive, Judikative oder als eigenständige «Gewalt» betrachtet» (vgl. SEILER, Gewaltenteilung, Fn. 308 [S. 121] m.w.H.).

Ferner kritisierte auch MASTRONARDI «das alte Schema» der Gewaltenteilung, allerdings im Hinblick auf die parlamentarische Oberaufsicht im Bund. Er fordert dazu auf, davon Abstand zu nehmen, weil es «der Realität des modernen Verwaltungsstaates» nicht mehr entspreche und auch nicht gestatte, «die Eigenart der Kontrollfunktion», um die es gehe, sichtbar zu machen.¹³²⁹

Inzwischen fasst die Mehrheit der Lehre die staatliche Ausübung der Aufsicht über private Akteure der Wirtschaft jedoch als Funktion der Exekutive auf.¹³³⁰ Die unter dem Begriff der «Rechtsaufsicht» zusammengefasste Hauptaufgabe, nämlich die Einhaltung der anwendbaren rechtlichen Normen zu überwachen und durchzusetzen und damit zur Rechtsverwirklichung beizutragen,¹³³¹ gehört zu den klassischen Verwaltungsaufgaben, die – neben der Regierungstätigkeit – von der Exekutive mitumfasst sind.¹³³²

Unterscheiden lässt sich einerseits die Aufsicht, die von der Zentralverwaltung ausgeübt wird, andererseits die Aufsichtstätigkeit von Behörden der dezentralen Bundesverwaltung i.S.v. Art. 2 Abs. 3 RVOG. Gemäss Art. 7a Abs. 1 lit. a und c RVOV werden dazu insb. die – der Zuteilung zur Exekutive zum Trotz – begrifflich als «ausserparlamentarische Kommissionen» bezeichneten Akteure nach Art. 57a ff. RVOG (und damit die Verwaltungs- und Behördenkommissionen) gezählt, ebenso die durch Gesetz errichteten rechtlich verselbstständigten öffentlich-rechtlichen Anstalten.¹³³³ Als Verwaltungsbehörden sind sie jeweils einem Departement auf Bundesebene zugeordnet. Ihre genaue Zuweisung lässt sich insb. den Anhängen 1 und 2 zur RVOV entnehmen.

Während Anhang 1 eine Liste der Verwaltungseinheiten der Bundesverwaltung enthält und dabei die rechtlich verselbstständigten Körperschaften, Anstalten und Stiftungen als «Verwaltungseinheiten der dezentralen Bun-

¹³²⁹ MASTRONARDI, 505 f. m.w.H.

¹³³⁰ Vgl. aus der Lehre BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.13; vgl. auch BIAGGINI, Unabhängige Regulierungsbehörden, 382; BELLANGER, Phénomène, 10.

¹³³¹ Dazu vorne N 80 ff.

¹³³² Zum Begriff der Verwaltung eingehend S. VOGEL, Einheit, 3 ff. m.w.H. insb. auf OTTO MAYER (Bd. I, 7), der die Verwaltung negativ beschrieb, nämlich als diejenige staatliche Funktion, die nicht in Gesetzgebung oder Rechtsprechung besteht. Vgl. ebenfalls zur Definition der (öffentlichen) Verwaltung GERMANN, Verwaltung, 3 ff.; B. SCHINDLER, Evolution, 443 f.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 2 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 10 ff.; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 4 ff.; DUBEY/ZUFFEREY, N 1 ff.

¹³³³ Zu den öffentlich-rechtlichen Rechtsformen dezentraler Aufsichtsbehörden vgl. hinten N 668 ff. sowie N 676 ff. und N 828 ff. mit einer Untersuchung ausgewählter organisationsrechtlicher Aspekte beider Rechtsformen.

desverwaltung» den Departementen zuordnet,¹³³⁴ regelt Anhang 2 eigentlich die Entschädigungskategorien der einzeln aufgeführten und zugeordneten ausserparlamentarischen Behördenkommissionen.

- 407 Der Zuordnung zur Exekutive steht der Umstand nicht entgegen, dass regelmässig die u.a. (verwaltungs-)unabhängige Ausgestaltung der Aufsichtsbehörden der dezentralen Bundesverwaltung betont wird, ebenso ihre Stellung «ausserhalb der Bundesverwaltung».¹³³⁵ Auf damit verknüpfte Fragestellungen insb. rund um die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden wird nachfolgend noch näher eingegangen.¹³³⁶
- 408 Auch Diskussionen rund um das Wahlorgan der Aufsichtsbehörden vermögen an dieser Zuordnung nichts zu ändern.

So wird z.B. der EDÖB auf Bundesebene als organisatorisch verselbstständigte Verwaltungseinheit ohne Rechtspersönlichkeit der dezentralen Bundesverwaltung aufgefasst, die der Bundeskanzlei administrativ zugeordnet ist,¹³³⁷ und damit als Teil der Exekutive.¹³³⁸ Daran ändert auch der Umstand nichts, dass das totalrevidierte DSG die Wahl des Leiters oder der Leiterin des EDÖB durch die Vereinigte Bundesversammlung vorsieht (Art. 43 Abs. 1 DSG), nachdem die ursprünglich vorgesehene Wahl durch den Bundesrat als Wahl des Kontrollierenden durch den Kontrollierten kritisiert worden war, weil der EDÖB doch auch die Einhaltung des DSG und der übrigen Datenschutzvorschriften des Bundes durch die Bundesorgane überwacht.¹³³⁹

¹³³⁴ So ist bspw. die FINMA – eine rechtlich verselbstständigte öffentlich-rechtliche Anstalt – als Verwaltungseinheit der dezentralen Bundesverwaltung aufgeführt und dem Eidgenössischen Finanzdepartement (EFD) zugeordnet (vgl. Anhang 1 RVOV, Abschnitt B.V.2.2.1).

¹³³⁵ Vgl. z.B. Botschaft FINMAG, BBl 2006 2915.

¹³³⁶ Dazu hinten N 627 ff.

¹³³⁷ Vgl. Art. 7a Abs. 1 lit. b, Art. 7b lit. a, Art. 8 Abs. 1 und Anhang 1 A Ziff. 2.1.1 RVOV; vgl. auch Art. 43 Abs. 4 nDSG.

¹³³⁸ Mit Bezug auf das Wahlorgan der Aufsicht präsentierte sich die Rechtslage in den Kantonen sehr unterschiedlich (vgl. dazu etwa die Übersicht bei WALDMANN/OESCHGER, § 15 N 39).

¹³³⁹ JÖHRI, Handkommentar DSG, Art. 26 N 5; RUDIN, 80 f. – Der Bundesrat hatte sich zunächst kritisch zu dieser Lösung geäußert und sich insb. auf den Standpunkt gestellt, dass die ursprünglich vorgesehene Wahl durch den Bundesrat auch mit den europarechtlich vorgesehenen Anforderungen vereinbar gewesen wäre (Botschaft DSG, BBl 2017 7087 f. m.w.H.).

Trotz ihrer klaren Verortung innerhalb der Gewaltentrias werden Aufsichtsbehörden auch rechtsetzend und rechtsprechend tätig und machen damit nicht halt vor Funktionen, die eigentlich anderen Staatsgewalten zugeschrieben sind. Aufgrund ihrer speziellen Fachkenntnisse kommen ihnen zudem oftmals auch Strafuntersuchungsaufgaben zu.¹³⁴⁰ 409

Beispielhalber lässt sich etwa auf die Botschaft zum HMG verweisen, in der zur Zuständigkeit von Swissmedic als Strafverfolgungsbehörde ausgeführt wurde, das Institut verfüge über die erforderliche Sachkenntnis, während die kantonalen Strafverfolgungsbehörden mit der Strafverfolgung im Rahmen des HMG in sachlicher, aber auch in zeitlicher Hinsicht überlastet wären. Da ausserdem die Vorbereitung und Anwendung von Vorschriften des HMG auf Bundesebene insb. durch das Institut erfolge, solle diese Behörde auch deren Einhaltung überprüfen und ggf. Strafverfahren einleiten können.¹³⁴¹ Mit anderen Worten waren die zahlreichen Kompetenzen und Funktionen von Swissmedic kein Hinderungsgrund, sondern boten vielmehr Anlass, eine zusätzliche Kompetenz der Behörde zu begründen.

Obwohl sich eine weit aufgefächerte Aufgabenpalette der Aufsichtsbehörden inzwischen etabliert hat, liegt die Problematik der Kumulation von Untersuchungs-, allenfalls Anklage-, Entscheidungs- und Regulierungskompetenzen unter dem Dach einer einzigen Behörde auf der Hand. KUNZ spricht (mit Blick auf die FINMA) von einer möglichen Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips, des Legalitäts- und Verhältnismässigkeitsprinzips sowie des Demokratieprinzips.¹³⁴² Ausserdem werden Fragen zur «Waffengleichheit» zwischen der ermittelnden Aufsichtsbehörde und den betroffenen Beaufsichtigten aufgeworfen. Die nachfolgenden Ausführungen steigen auf solche Diskussionen ein, indem zunächst die Rechtsetzungs- und Rechtsprechungsaufgaben, die von Aufsichtsbehörden wahrgenommen werden, näher untersucht werden. In Kapitel IV wird sodann auf Aspekte des Aufsichtsverfahrens eingegangen. 410

¹³⁴⁰ Dazu hinten N 1286. – Die Lehre ist geteilter Meinung, wenn es um die Zuteilung der Staatsanwaltschaft zur Exekutive oder zur Justiz geht. Betont wird auch, dass die Organisation der Strafbehörden und auch ihre staatsrechtliche Einordnung nach Art. 14 StPO dem Bund sowie den Kantonen überlassen wird (vgl. etwa SCHMID, Stellungnahme, N 2.1.1 f. m.w.H.; SK StPO-KELLER, Art. 14 N 32 ff.; vgl. auch HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 26 N 11 ff., die die Strafbehörden materiell als Organe der Rechtspflege auffassen). Mehrheitlich wird jedoch von einer Zuordnung zur Exekutive ausgegangen, wodurch ihre ausführenden Funktionen als untersuchende und anklagende und damit die Initiative ergreifende Behörden in den Vordergrund gestellt werden (vgl. so METTLER, 73 ff. und 232 ff. m.w.H.; vgl. auch Zürcher Kommentar StPO-KELLER, Art. 14 N 32 m.w.H.).

¹³⁴¹ Botschaft HMG, BBl 1999 III 3565.

¹³⁴² P. KUNZ, FINMA-Regulierung, insb. N 8 ff., N 151 f.; P. KUNZ, Gewaltenteilung.

II. Aufsicht und Rechtsetzung

A. Überblick

- 411 Zahlreiche Aufsichtsbehörden sind quasi-legislativ tätig, wobei allerdings der Umfang ihrer Rechtsetzungskompetenzen und -tätigkeiten variiert. Regelmässig sind sie insb. zum Erlass rechtsetzender Bestimmungen im Sinne sog. «autonomer Satzungen» ermächtigt oder sogar verpflichtet, die auf Verordnungsstufe ergehen.¹³⁴³ Insgesamt lassen sich folgende Legislativbefugnisse unterscheiden, die auch der Gliederung dieses Abschnitts zugrunde liegen:
- 412 – Aufsichtsbehörden erlassen regelmässig Ausführungsvorschriften in ihrem Fachbereich mittels Rechtsverordnungen.¹³⁴⁴
- 413 – Nicht selten sind Aufsichtsbehörden auch «kompilierend» tätig, indem sie Grundregeln und den aktuellen Wissensstand ihres Fachbereichs zusammentragen, systematisieren und nach aussen kommunizieren. Ein besonderes Beispiel dazu liefert der Erlass der Pharmakopöe.¹³⁴⁵
- 414 – Eine wichtige Bedeutung kommt Verwaltungsverordnungen im Aufsichtsrecht zu. Wie aufzuzeigen sein wird, werden unter diesem Begriff zahlreiche von Aufsichtsbehörden aufgestellte Vorgaben zusammengefasst, mit denen sie ihre Aufsichtspraxis wiedergeben mit dem Ziel, zu einer einheitlichen und transparenten Rechtsanwendung beizutragen.¹³⁴⁶ Auf die Rundschreiben der FINMA wird illustrativ näher eingegangen.¹³⁴⁷ Weil die Rechtsqualität von Verwaltungsverordnungen (generell) vielfach Fragen aufwirft, wird sie in der Folge vertieft untersucht.¹³⁴⁸
- 415 – Aufsichtsbehörden nutzen zusätzlich eine Vielfalt von Publikationsformen, mit welchen sie ihre Behördenpraxis kodifizieren und sowohl behördenintern als auch nach aussen kommunizieren. Regelmässig ergehen solche Publikationen z.B. als «Direktiven», «Richtlinien», «Weisungen», «Mitteilungen», «Weg-

¹³⁴³ In der Regel handelt es sich dabei um Rechtsverordnungen, denkbar sind aber auch Verwaltungsverordnungen (vgl. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 323 ff. und insb. N 327; WALDMANN/WIEDERKEHR, 1/20 ff.).

¹³⁴⁴ Dazu hinten N 419 ff.

¹³⁴⁵ Dazu hinten N 437 ff.

¹³⁴⁶ Dazu hinten N 441 ff.

¹³⁴⁷ Dazu hinten N 445 ff.

¹³⁴⁸ Dazu hinten N 451 ff.

leitungen», «Merkblätter» oder auch als «Checklisten» und «FAQ».¹³⁴⁹ Trotz deren überragender Bedeutung insb. in der wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Praxis herrscht oftmals Uneinigkeit über die Rechtswirkungen solcher Instrumente ebenso wie über ihre Einordnung in die Dogmatik des Verwaltungsrechts.¹³⁵⁰

- Aufsichtsbehörden können sodann die von ihren Beaufichtigten aufgestellten Normen anerkennen, genehmigen oder ihre Durchsetzung unterstützen und so zur Regulierung der Selbstregulierung beitragen. Illustrativ wird nachfolgend auf Mechanismen der regulierten Selbstregulierung im Bereich der Produktsicherheit sowie des Finanzmarktrechts eingegangen.¹³⁵¹ 416
- Schliesslich wirken die Aufsichtsbehörden, wie gesehen, regelmässig bei der Erarbeitung sektorspezifischer internationaler Aufsichtsstandards mit.¹³⁵² 417
Auch im Rahmen innerstaatlicher Rechtsetzungsverfahren ist ihr spezifisches Fachwissen insb. bei der Vorbereitung neuer Erlasse auf Gesetzes- und Verordnungsebene gefragt und verleiht ihnen nicht selten eine einflussreiche Position.¹³⁵³

Die legislativen Aufgaben von Aufsichtsbehörden werfen grundlegende Fragen auf, die nachfolgend ebenfalls untersucht werden: Das Gewaltenteilungsprinzip gilt als strapaziert, wenn eine Exekutivbehörde Rechtsetzungsaufgaben übernimmt,¹³⁵⁴ ebenso das Legalitäts- und Demokratieprinzip angesichts unabhängiger und von der demokratischen Verantwortlichkeit scheinbar ausgelagerter Aufsichtsbehörden.¹³⁵⁵ Nicht selten wird ausserdem eine parteiliche Einflussnahme seitens der Behörden im Rechtsetzungsverfahren befürchtet.¹³⁵⁶ Auch der eingeschränkte Rechtsschutz gegenüber Verwaltungsverordnungen der Aufsichtsbehörden lässt sich kritisieren – eine verfahrensrechtliche Thematik, die in Kapitel IV aufgegriffen wird.¹³⁵⁷ 418

¹³⁴⁹ Dazu hinten N 462 ff.

¹³⁵⁰ Dazu hinten N 474 ff.

¹³⁵¹ Dazu hinten N 478 ff.

¹³⁵² Dazu vorne N 325 ff.

¹³⁵³ Dazu hinten N 491 ff.

¹³⁵⁴ Dazu vorne N 118 sowie hinten N 502 ff.

¹³⁵⁵ Dazu hinten insb. N 507 ff.

¹³⁵⁶ Dazu hinten N 522 ff.

¹³⁵⁷ Dazu hinten N 1578 ff.

B. Formen der Rechtsetzung durch Aufsichtsbehörden

1. Aufsichtsrechtliche Rechtsverordnungen

1.1 Vorbemerkungen

419 In zahlreichen aufsichtsrechtlichen Bereichen ist die Gesetzgebung mit einem rasanten technologischen Wandel und damit einhergehenden komplexen Fragestellungen konfrontiert, die sich nicht ohne Weiteres in den bestehenden Regulierungsrahmen einfügen lassen und auch nicht leichthin einer neuen generell-abstrakten Regelung auf Gesetzesstufe zugeführt werden können. Nicht selten entscheidet sich das rechtsetzende Parlament in solchen Konstellationen für den Erlass von Normen, die den vollziehenden Behörden Ermessensspielräume im Rahmen der Rechtsanwendung einräumen. Dadurch sollen einzelfallgerechte Lösungen ermöglicht werden für Themenbereiche, die kaum abschliessend überblickt, antizipiert und legislativ erfasst werden können.¹³⁵⁸ Es wird mit anderen Worten den Verwaltungsbehörden überlassen, flexibel und mit dem erforderlichen Sachverstand auf die Verhältnisse zu reagieren, möglichst auch unter Berücksichtigung einschlägiger technischer, betriebswirtschaftlicher und/oder politischer Aspekte.¹³⁵⁹ Zu diesem Zweck werden in den gesetzlichen Grundlagen offene Rechtsbegriffe verwendet und z.B. Zielnormen geschaffen. Oftmals beschränkt sich die Gesetzgebung auch auf den Erlass sog. Rahmengesetze, die die wichtigen regulatorischen Eckpfeiler i.S.v. Art. 164 Abs. 1 BV enthalten, weitere Rechtsetzungsbefugnisse jedoch möglichst der Verordnungsstufe überlassen. Durch Gesetzesdelegation werden die Verwaltungsbehörden ermächtigt, selber geeignete generell-abstrakte Normen zu erlassen.¹³⁶⁰ Diese ergehen auf Verordnungsstufe. Richten sich solche (unselbstständige)¹³⁶¹ Verordnungen an die Allgemeinheit (und nicht nur an Behörden), ist die Rede von sog. Rechtsverordnungen,¹³⁶² die

¹³⁵⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 391; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 582; vgl. auch G. MÜLLER, Zuständigkeit, 347 f., der in diesem Zusammenhang von einer «Entscheidungsdelegation» spricht.

¹³⁵⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 391.

¹³⁶⁰ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 394 f.

¹³⁶¹ Zur Unterscheidung zwischen selbstständigen und unselbstständigen Verordnungen vgl. etwa TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 308 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 106 ff.; DUBEY/ZUFFEREY, N 301 ff.

¹³⁶² Zu den Rechtsverordnungen (im Gegensatz zu den Verwaltungsverordnungen, auf die sogleich näher eingegangen wird [hinten N 441 ff.]) vgl. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 303 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 77 ff.; DUBEY/ZUFFEREY, N 297 ff.

das Gesetz entweder nur näher ausführen oder auch ergänzen und vervollständigen können.¹³⁶³

Die Delegation von Verordnungskompetenzen an Verwaltungsbehörden im Allgemeinen und damit auch an Aufsichtsbehörden (im Besonderen) ist inzwischen mehrheitlich etabliert, und zwar unabhängig von ihrer organisationsrechtlichen Ausgestaltung und Rechtsform. 420

Insbesondere kommen Verordnungskompetenzen nicht nur Aufsichtsbehörden in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Anstalten zu, sondern auch in der Rechtsform von Behördenkommissionen. So hat bspw. die ComCom gestützt auf Art. 11a Abs. 4 und Art. 22a Abs. 3 FMG die Verordnung betreffend das Fernmeldegesetz vom 23. Oktober 2020 erlassen und die ESBK auf der Grundlage von Art. 17 GwG und Art. 68 Abs. 3 BGS die Verordnung der Eidgenössischen Spielbankenkommission über die Sorgfaltspflichten der Spielbanken zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (GwV-ESBK).

D.h. allerdings nicht, dass sämtliche Aufsichtsbehörden auch mit Verordnungskompetenzen ausgestattet sein müssen. So weist z.B. Art. 22 Abs. 2 lit. b StromVG der ElCom zwar Überprüfungsbefugnisse hinsichtlich der Netznutzungstarife und -entgelte sowie der Elektrizitätstarife zu, räumt ihr aber keine eigentliche Regelungskompetenz ein.¹³⁶⁴ Ferner beschränkt z.B. Art. 6 Abs. 3 KG etwa die Befugnisse der WEKO auf die Veröffentlichung «allgemeiner Bekanntmachungen», während der Bundesrat zum Erlass von Verordnungen berechtigt ist.¹³⁶⁵

Im Ergebnis treten damit Verordnungen der Aufsichtsbehörden neben die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen sowie die Verordnungen des Bundesrates und bilden mit ihnen zusammen massgebliche aufsichtsrechtliche Grundlagen für bestimmte Rechtsbereiche.¹³⁶⁶ 421

¹³⁶³ Es wird entsprechend zwischen sog. Vollziehungsverordnungen und gesetzvertretenden Verordnungen unterschieden. Vgl. dazu etwa TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 313 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 93 ff.; DUBEY/ZUFFEREY, N 305 ff.

¹³⁶⁴ Kritisch dazu etwa P. MÜLLER, insb. 17 f.; vgl. auch KRATZ, 436 f. m.w.H., die allerdings davon ausgeht, dass den ersten Leitentscheiden der ElCom ähnliche Wirkungen wie eine *Ex-ante*-Regulierung zukommen könnten.

¹³⁶⁵ Von dieser Kompetenz hat der Bundesrat allerdings bislang keinen Gebrauch gemacht, er hat hingegen, gestützt auf Art. 60 KG, die Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) erlassen.

¹³⁶⁶ Regelmässig sind die anwendbaren Rechtsgrundlagen überblicksartig auf der Website der Aufsichtsbehörden aufgeführt und lassen sich dort auch herunterladen.

1.2 Voraussetzungen der zulässigen Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen an die Aufsichtsbehörden

- 422 Die Rechtssetzungsdelegation hat sich an gewisse Vorgaben zu halten, die «eine Aus-
höhlung der gewaltenteiligen und demokratischen Verfassungsordnung» zu verhin-
dern suchen:¹³⁶⁷ (i) Zunächst ist (auf Bundesebene) jeweils nach Art. 164 Abs. 2
BV gefordert, dass die Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen nicht durch die
Bundesverfassung ausgeschlossen ist. (ii) Ferner ist eine gesetzliche Grundlage für
Delegationsnormen verlangt. (iii) Darüber hinaus wird nach bundesgerichtlicher
Rechtsprechung und herrschender Lehre vorgegeben, dass sich die Delegation auf
ein bestimmtes, genau umschriebenes Sachgebiet beschränken muss und (iv) die
Grundzüge der delegierten Materie im Gesetz selbst enthalten sind.¹³⁶⁸
- 423 Nach Lehre und Rechtsprechung müssen diese Voraussetzungen kumulativ erfüllt
sein.¹³⁶⁹ Weitere Anforderungen an die Delegationsnorm ergeben sich je nach Be-
deutung und Natur der zu regelnden Materie. Zwar wurde etwa im Corporate-
Governance-Bericht des Bundesrates ausgeführt, die Rechtssetzungskompetenzen
der verselbstständigten Einheiten hätten sich im Grundsatz «auf den Erlass von
Bestimmungen fachtechnischen Inhalts von untergeordneter Bedeutung» zu be-
schränken.¹³⁷⁰ Sind dennoch bspw. Grundrechte durch die Regelung betroffen,
müssen schwerwiegende Eingriffe selbst gesetzlich vorgesehen sein (Art. 36
Abs. 1 BV).
- 424 Dabei gilt es zu beachten, dass die Gesetzesdelegation des Parlaments klassischer-
weise auf die Regierung als Adressatin und (entsprechende) Verordnungsgeberin

¹³⁶⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 367; vgl. auch etwa BGE 146 II 56, E. 6.2.1.

¹³⁶⁸ Aus der Rechtsprechung vgl. BGE 128 I 327, E. 4.1, allerdings zur Gesetzesdele-
gation im kantonalen Bereich; vgl. auch etwa BGE 144 II 376, E. 7. Aus der Leh-
re vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 368 f.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 421 ff.
Eingehender zur Gesetzesdelegation auf Bundesebene etwa BIAGGINI, Kommentar
BV, Art. 164 N 9 ff.; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Vol. I,
N 1631 ff.; vgl. auch MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, N 406 ff., die allerdings zu beden-
ken geben, dass sich die Kompetenz zum Erlass von Verordnungen grundsätzlich aus
der Verfassung ergebe und nicht durch eine Delegation des Gesetzgebers begründet
werde, weshalb sie auch den Begriff der «Gesetzesdelegation» als irreführend ableh-
nen.

¹³⁶⁹ Vgl. etwa BGE 142 I 26, E. 3.3; 134 I 322, E. 2.4; 128 I 113, E. 3c; 118 Ia 245, E. 3b. –
Aus der Lehre: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 368 m.w.H.; TSCHANNEN/MÜLLER/
KERN, N 423.

¹³⁷⁰ Vgl. Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8275 und insb. Leitsatz 13; vgl. auch
EFV, Erläuternder Bericht zum Corporate-Governance-Bericht, 43.

ausgerichtet ist. Hinsichtlich der Delegation «zur Seite» an dezentrale Verwaltungsträger (und darunter auch Aufsichtsbehörden) sind einige Aspekte offen.¹³⁷¹ Klar scheint, dass sämtliche Voraussetzungen, die im Fall einer Delegation an die Regierung gelten, auch für die Aufsichtsbehörden als Mindeststandard angewandt werden.¹³⁷²

Auch die sog. Subdelegation an Aufsichtsbehörden, d.h. die (Weiter-)Übertragung der Verordnungskompetenzen durch den Bundesrat,¹³⁷³ wirft Fragen auf. Sie ist auf Bundesebene nach Art. 48 RVOG lediglich für die Übertragung der Zuständigkeit zum Erlass von Rechtssätzen an die Departemente sowie an Gruppen und Ämter geregelt.¹³⁷⁴ Gleichwohl ist sie in zahlreichen Aufsichtsgesetzen vorgesehen.

So schafft etwa Art. 55 Abs. 2 FINMAG eine solche Grundlage für die FINMA. Nach dieser Bestimmung kann der Bundesrat (nämlich) die FINMA ermächtigen, «in Belangen von beschränkter Tragweite, namentlich in vorwiegend technischen Angelegenheiten», sowohl zum FINMAG als auch zu den Finanzmarktgesetzen Ausführungsbestimmungen zu erlassen. Ebenso kann der Bundesrat nach Art. 82 Abs. 2 HMG «den Erlass von Bestimmungen fachtechnischen Inhalts und untergeordneter Bedeutung» dem Institut¹³⁷⁵ übertragen.¹³⁷⁶ Und nach Art. 6 Abs. 6 lit. f ENSIG erlässt der ENSI-Rat «die dem ENSI vom Bundesrat delegierten Ausführungsbestimmungen».¹³⁷⁷

¹³⁷¹ UHLMANN, Legalitätsprinzip, N 31 m.w.H. auf Lehre und Rechtsprechung.

¹³⁷² Vgl. so BGE 128 I 113, E. 3e; vgl. auch UHLMANN, Legalitätsprinzip, N 31; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 374a; WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. I, N 603 m.w.H.

¹³⁷³ Zur Subdelegation generell vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 2308 ff.; DUBEY/ZUFFEREY, N 539 f.; vgl. auch BSK BV-WYTENBACH/WYSS, Art. 164 BV N 39 f.; MALINVERNI/HOTTELLIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Vol. I, N 1644 ff.

¹³⁷⁴ Für die Übertragung der Rechtsetzung auf Gruppen und Ämter ist nach Art. 48 Abs. 2 RVOG eine Ermächtigung in einem Bundesgesetz oder einem allgemeinverbindlichen Bundesbeschluss notwendig.

¹³⁷⁵ Gemäss Art. 72a Abs. 1 lit. k HMG fällt der Erlass solcher Bestimmungen in den Kompetenzbereich des Institutsrats.

¹³⁷⁶ So überwies der Bundesrat etwa die nähere Umschreibung der technischen Anforderungen und Einzelheiten für die Herstellungsbewilligung gemäss Art. 3 Abs. 3 AMBV an Swissmedic.

¹³⁷⁷ Dazu gehören nach Art. 24 Abs. 2 ENSIG Ausführungsbestimmungen zu Organisation, Personalwesen und Rechnungswesen.

Als nicht subdelegierbar gelten hingegen die Kompetenzen zum Erlass von konstitutionellem Notstandsrecht und allfälligen Notstandsverfügungen, die auf der Grundlage von Art. 184 Abs. 3 BV, Art. 185 Abs. 3 BV sowie Art. 173 Abs. 1 lit. b BV ausschliesslich dem Parlament und dem Bundesrat zukommen. Dies stellte etwa das Bundesverwaltungsgericht in einem seiner Entscheide zur Kundendatenherausgabe an die USA klar, als es festhielt, dass die FINMA sich wie jede mit der Erfüllung von Bundesaufgaben betraute Einheit an die rechtsstaatlichen Regeln zu halten habe und entsprechend nicht befugt gewesen sei, Notstandsrecht oder Notstandsverfügungen zu erlassen.¹³⁷⁸

- 427 Generell lässt sich die massgebliche Bedeutung der (aufsichts-)gesetzlichen Delegationsnorm als Voraussetzung für die zulässige Übertragung von Rechtsetzungskompetenzen an die Aufsichtsbehörden hervorheben. Im Falle dezentralisierter Aufsichtsinstanzen werden die Legislativbefugnisse der Behörden auf der Grundlage des Gesetzes in das rechtsstaatliche Gesamtgefüge eingebunden und demokratisch legitimiert.¹³⁷⁹

Als Beispiel für eine Delegationsnorm lässt sich etwa aus dem Heilmittelbereich Art. 14 Abs. 1 HMG nennen. Nach dieser Bestimmung sieht das Institut für bestimmte Kategorien von Arzneimitteln vereinfachte Zulassungsverfahren vor.¹³⁸⁰ U.a. auf dieser Grundlage erliess Swissmedic die Verordnung des Schweizerischen Heilmittelinstituts über die vereinfachte Zulassung von Arzneimitteln und die Zulassung von Arzneimitteln im Meldeverfahren (VAZV) vom 22. Juni 2006.

Der Erlass einer Verordnung durch die FINMA ist nach Art. 7 Abs. 1 lit. a FINMAG zulässig, «wo dies in der Finanzmarktgesetzgebung vorgesehen ist». Eine Ermächtigung in diesem Sinne findet man bspw. in Art. 2 Abs. 2 BankG, auf dessen Grundlage z.B. die Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die ausländischen Banken in der Schweiz (Auslandbankenverordnung-FINMA, ABV-FINMA) vom 21. Oktober 1996 entstanden ist. Ein weiteres Beispiel für eine Verordnung der FINMA aus dem Bankenbereich ist die Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Insolvenz von Banken und Wertpapierhäusern (Banken-

¹³⁷⁸ Urteil BVGer, B-1092/2009, 5.1.2010, E. 8.4.1. – Gemäss dem in der Folge stark kritisierten bundesgerichtlichen Entscheid im gleichen Fall war die FINMA hingegen befugt – im Zusammenwirken mit dem Bundesrat –, eine Verfügung zu erlassen und sich dabei auf die polizeiliche Generalklausel zu berufen (BGE 137 II 431, E. 3.2 und insb. E. 3.2.3; vgl. dazu hinten N 1369 ff.).

¹³⁷⁹ Dazu hinten N 514 ff.

¹³⁸⁰ Vorausgesetzt wird, dass das vereinfachte Zulassungsverfahren mit den Anforderungen an Qualität, Sicherheit und Wirksamkeit vereinbar ist und weder Interessen der Schweiz noch internationale Verpflichtungen entgegenstehen.

insolvenzverordnung-FINMA, BIV-FINMA) vom 30. August 2012. Sie stützt sich auf mehrere Finanzmarktgesetze, nämlich auf das BankG,¹³⁸¹ das FINIG¹³⁸² sowie das Pfandbriefgesetz¹³⁸³. Dabei lässt der Wortlaut der Bestimmungen im BankG nicht unbedingt auf eine *Verordnungskompetenz* der FINMA schliessen, ist doch die Rede von «Weisungen» oder von «Verfügungen und Anordnungen». Auch in Art. 3g sowie Art. 6b BankG kommt der Begriff der Verordnung nicht vor. Gleichwohl hat die FINMA u.a. auf dieser Basis ihre Verordnung über die Rechnungslegung (Rechnungslegungsverordnung-FINMA, RelV-FINMA) vom 31. Oktober 2019 erlassen.

Der Bundesgesetzgeber kann zudem verlangen, dass die ergangenen Verordnungen seltener der Bundesversammlung¹³⁸⁴ häufiger aber dem Bundesrat zur Genehmigung unterbreitet werden müssen. Eine Genehmigung des Bundesrates ist bspw. regelmässig für die Gebühren- und Personalverordnungen statuiert, die von den Aufsichtsbehörden selbstständig erlassen werden. 428

Art. 13 Abs. 4 und Abs. 5 FINMAG sowie Art. 75 Abs. 2 HMG räumen bspw. der FINMA bzw. Swissmedic die Befugnis ein, Personalangelegenheiten in einer eigenen Verordnung zu regeln.¹³⁸⁵ Nach Art. 65 Abs. 5 HMG legt der Institutsrat von Swissmedic seine Gebühren ausserdem in einer Gebührenverordnung fest.¹³⁸⁶ Die Genehmigungskompetenz des Bundesrates ist ebenfalls in diesen Bestimmungen vorgesehen.

Auch die Geschäftsreglemente der Aufsichtsbehörden in der Rechtsform von Behördenkommissionen bedürfen regelmässig einer Genehmigung durch den Bundesrat.¹³⁸⁷ Demgegenüber sind die Aufsichtsbehörden in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Anstalten zum selbstständigen Erlass ihrer Reglemente befugt.¹³⁸⁸ 429

¹³⁸¹ Art. 28 Abs. 2 und Art. 34 Abs. 3 BankG.

¹³⁸² Art. 67 FINIG.

¹³⁸³ Art. 42 PfG.

¹³⁸⁴ Vgl. dazu HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 2311 f.

¹³⁸⁵ Umgesetzt wurden diese Kompetenzen mit dem Erlass der FINMA-Personalverordnung sowie der Swissmedic-Personalverordnung.

¹³⁸⁶ Umgesetzt wurde diese Kompetenz mit dem Erlass der Verordnung des Schweizerischen Heilmittelinstituts über seine Gebühren (GebV-Swissmedic). – Demgegenüber wurde die FINMA-Gebühren- und Abgabenverordnung (FINMA-GebV) vom Bundesrat erlassen.

¹³⁸⁷ Dazu hinten N 844 und N 909 (mit einer Übersicht über die Aufsichtsbefugnisse des Bundesrates).

¹³⁸⁸ Es ist der Verwaltungs- oder Institutsrat der öffentlich-rechtlichen Anstalten, der jeweils die behördeneigenen Reglemente erlässt (dazu hinten N 691 sowie N 782 mit einer Übersicht über die Aufsichtsbefugnisse des Bundesrates).

Eine Genehmigung durch den Bundesrat ist etwa in Art. 20 Abs. 2 KG für das Geschäftsreglement der WEKO vorgesehen, ebenso in Art. 95 Abs. 2 BGS für das Geschäftsreglement der ESBK.

Die rechtliche Qualifikation der Geschäfts- und Organisationsreglemente ist allerdings nicht geklärt.¹³⁸⁹ Aufgrund ihrer verwaltungsinternen Ausrichtung wird es sich regelmässig um Verwaltungsverordnungen handeln, denkbar sind aber auch Reglemente mit Aussenwirkungen, was für ihre Zuordnung zu den Rechtsverordnungen sprechen kann.¹³⁹⁰

- 430 Die Kompetenz der Aufsichtsbehörden zum Erlass solcher Bestimmungen wird deshalb kaum hinterfragt, weil die verselbstständigten Einheiten über die notwendige Nähe zur operativen Ebene ihrer Aufgabenerfüllung verfügen, die für solche Vorschriften entscheidend ist.¹³⁹¹

1.3 Regelung der Regulierungstätigkeit der FINMA

- 431 Die Verordnungskompetenzen der FINMA im Besonderen lassen sich nicht nur den jeweiligen Delegationsnormen entnehmen, sondern sind inzwischen zusätzlich einer eigenen rechtlichen Regelung zugeführt: So reguliert die FINMA nach Art. 7 Abs. 1 FINMAG sowohl mittels Verordnungen (lit. a) als auch mittels Rundschreiben (lit. b). Ihre «Regulierungstätigkeit» hat dabei grundsätzlich zurückhaltend zu erfolgen: Nach Art. 7 Abs. 2 FINMAG reguliert die FINMA nur, «soweit dies mit Blick auf die Aufsichtsziele nötig ist, sowie wenn immer möglich prinzipienbasiert». Zudem hat sie jeweils das übergeordnete Bundesrecht zu beachten sowie insbesondere:

- «(a) die Kosten, die den Beaufsichtigten durch die Regulierung entstehen;
- (b) wie sich die Regulierung auf den Wettbewerb, die Innovationsfähigkeit und die internationale Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz auswirkt;
- (c) die unterschiedlichen Grössen, Komplexitäten, Strukturen, Geschäftstätigkeiten und Risiken der Beaufsichtigten; und
- (d) die internationalen Mindeststandards.»

¹³⁸⁹ Vgl. etwa Urteil BGer, 2C_387/2018, 18.12.2018, E. 3.5.2, wo die Frage nach der rechtlichen Qualifikation des Organisationsreglements der FINMA offengelassen wurde.

¹³⁹⁰ Vgl. so etwa zum Geschäftsreglement der WEKO BRUCH/MEIER, DIKE-KG, Art. 20 N 16 f.

¹³⁹¹ EFV, Erläuternder Bericht zum Corporate-Governance-Bericht, 43 f.

Auch die vom Bundesrat erlassene Verordnung zum FINMAG (FINMAG-VO)¹³⁹² hält in Art. 5 Abs. 1 FINMAG-VO generell fest, dass die Rechtsetzungskompetenzen der FINMA, «sofern nicht anders vorgesehen», «auf den Erlass von Bestimmungen fachtechnischen Inhalts von untergeordneter Bedeutung» gerichtet sind. Art. 6 FINMAG-VO sieht zudem Grundsätze der Regulierung durch die FINMA vor, die insb. auch beim Erlass von Verordnungen einzuhalten sind. Danach hat die FINMA jeweils den Handlungsbedarf für eine Regulierung darzulegen und zu dokumentieren,

- «(a) welche Risiken mit einer Regulierung abgedeckt werden sollen,
- (b) die konkreten rechtlichen Grundlagen für ein Regulierungsvorhaben sowie
- (c) die Gesetzmässigkeit und Verhältnismässigkeit des Vorhabens».¹³⁹³

Nach Art. 6 Abs. 2 FINMAG-VO ist allgemein diejenige Variante einer Regulierung zu wählen, die dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit am besten entspricht. In diesem Zusammenhang sind auch die Auswirkungen auf die Zukunftsfähigkeit und die internationale Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes zu berücksichtigen, wobei Abweichungen von diesem Grundsatz zu begründen sind. Ferner sind die Regulierungen nach Art. 6 Abs. 3 FINMAG-VO «wettbewerbs- und technologie-neutral auszugestalten».

Sodann hat die FINMA nach Art. 6 Abs. 6 FINMAG-VO bestehende Regulierungen periodisch auf ihre Notwendigkeit, Angemessenheit und Wirksamkeit hin zu überprüfen, wobei sie dazu die interessierten Kreise anzuhören und die Überprüfungsergebnisse zu veröffentlichen hat.

Gemäss der Übergangsbestimmung in Art. 16 FINMAG-VO ist die FINMA ausserdem verpflichtet, innerhalb von fünf Jahren ab Inkrafttreten der FINMAG-VO ihre sämtlichen Regulierungen auf ihre Stufengerechtigkeit hin zu überprüfen und die nötigen Anpassungen vorzunehmen, die in ihre Zuständigkeit fallen.

Die Verordnung zum FINMAG regelt zusätzlich auch das Regulierungsverfahren der FINMA: Zunächst sieht Art. 7 FINMAG-VO Wirkungsanalysen vor, deren Umfang und Detaillierungsgrad von der Bedeutung eines Regulierungsvorhabens abhängen (Abs. 4). Im Rahmen solcher Abklärungen sind «verschiedene Regulierungsvarianten zu prüfen und die ihr zugrunde liegenden Annahmen und Unsicherheiten darzulegen» (Abs. 2). Ferner hält Art. 8 FINMAG-VO die Beteiligung

¹³⁹² Zu den Hintergründen dieses Erlasses vgl. hinten N 515 ff.

¹³⁹³ Art. 6 Abs. 1 FINMAG-VO.

des EFD und der betroffenen Kreise am Regulierungsvorhaben fest. Sie sollen in angemessener Weise in die Planung und Ausarbeitung einer Regulierung miteinbezogen werden (Art. 8 Abs. 1 FINMAG-VO). Zudem konsultiert die FINMA die mitinteressierten Verwaltungseinheiten (Art. 9 FINMAG-VO). Bei Verordnungen von grosser Tragweite führt die FINMA ferner ein Vernehmlassungsverfahren durch und sonst zumindest Anhörungen (Art. 10 f. FINMAG-VO).

- 436 Im Rahmen der öffentlichen Konsultationen sind Inhalt und Ziele des Regulierungsvorhabens zu erläutern sowie insb. darzulegen, inwiefern die Regulierungsgrundsätze berücksichtigt wurden. Ausserdem ist die Wirkungsanalyse zu veröffentlichen (Art. 11 Abs. 2 FINMAG-VO). Nach Art. 11 Abs. 4 und 5 FINMAG-VO werden die anlässlich der Konsultationen eingegangenen Stellungnahmen gewichtet und ausgewertet, die Ergebnisse werden in einem Bericht zusammengefasst, und schliesslich werden sowohl die Stellungnahmen als auch der Ergebnisbericht veröffentlicht. Diese Vorgaben sollen dazu beitragen, die Legitimation der Rechtsetzungsverfahren der FINMA zu stärken, war und ist diese doch immer wieder Gegenstand von z.T. grundsätzlicher Kritik.¹³⁹⁴

1.4 Die Pharmakopöe im Besonderen

- 437 Eine besondere Stellung als «aufsichtsrechtlicher Erlass» nimmt die Pharmakopöe ein, eine Sammlung von Vorschriften u.a. über die Qualität von Arzneimitteln, pharmazeutischen Hilfsstoffen und einzelnen Medizinprodukten, die in der Schweiz in Verkehr gebracht werden.¹³⁹⁵ Wie bereits in Kapitel I angesprochen,¹³⁹⁶ lassen sich aus Sicht der Schweiz eine Europäische (*Pharmacopoea Europaea*) sowie eine Schweizerische Pharmakopöe (*Pharmacopoea Helvetica*) auseinanderhalten.¹³⁹⁷
- 438 Swissmedic erlässt die Pharmakopöe gestützt auf Art. 52 Abs. 1 HMG.¹³⁹⁸ Das Institut ist verantwortlich für die Gesamtplanung, Erarbeitung und laufende Aktualisierung der Sammlung nach neuen wissenschaftlichen Erkenntnissen und nach

¹³⁹⁴ Dazu hinten N 502 ff.

¹³⁹⁵ Vgl. Art. 1 Abs. 2 und 3 PhaV; vgl. dazu auch N 332.

¹³⁹⁶ Vgl. vorne N 333.

¹³⁹⁷ Art. 4 Abs. 1 lit. g sowie Art. 52 Abs. 3 HMG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 PhaV. Zum Begriff und Inhalt der Pharmakopöe vgl. BSK HMG-EGGENBERGER STÖCKLI/KESSLER, Art. 52 N 1 ff.

¹³⁹⁸ Vor Inkrafttreten des revidierten Heilmittelgesetzes oblag diese Kompetenz noch dem Bundesrat (vgl. dazu etwa Botschaft HMG, BBl 1999 III 3531).

den Erfordernissen der pharmazeutischen Praxis.¹³⁹⁹ Dabei arbeitet es mit den zuständigen europäischen Gremien, externen Fachpersonen und betroffenen Kreisen zusammen und sorgt für deren Koordination.¹⁴⁰⁰

Die Vorschriften der Pharmakopöe sind rechtsverbindlich.¹⁴⁰¹ Sie wurden vom Bundesgericht in einem frühen Entscheid sogar als zwingend eingestuft, weil ihre Vorgaben nicht durch eine vertragliche Vereinbarung abgeändert werden können.¹⁴⁰² Gemäss Art. 8 HMG müssen Arzneimittel oder pharmazeutischen Hilfsstoffe, die in der Schweiz in Verkehr gebracht werden sollen, den Anforderungen der Pharmakopöe oder anderer vom Institut anerkannter Arzneibücher entsprechen, sofern entsprechende Vorschriften aufgeführt sind. Zudem sind ausgewählte Bestimmungen der Pharmakopöe etwa auch im Rahmen einer Herstellungsbeurteilung zu beachten.¹⁴⁰³ Bei zulassungspflichtigen Arzneimitteln muss gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. a HMG u.a. als materielle Zulassungsvoraussetzung belegt werden, dass sie qualitativ hochstehend, sicher und wirksam sind. Dabei gelten als «qualitativ hochstehend» Arzneimittel, die gemäss den analytischen Studien und den weiteren Gesuchsunterlagen den anerkannten pharmazeutischen Regeln entsprechen und damit insb. auch den Anforderungen der Pharmakopöe sowie der Guten Herstellungspraxis genügen.¹⁴⁰⁴ 439

Die Erlassform der Pharmakopöe wirft Fragen auf. Nicht einzuleuchten vermag ihre rechtliche Qualifikation als Sachverständigengutachten, das den jeweils bekannten Erkenntnisstand bezüglich der pharmazeutischen Grundregeln zusam- 440

¹³⁹⁹ Vgl. Art. 52 Abs. 1 HMG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 PhaV.

¹⁴⁰⁰ Art. 2 Abs. 2 PhaV. – Vgl. zur Erarbeitung der *Pharmacopoea Europaea* vorne N 333 m.w.H.

¹⁴⁰¹ Vgl. für die Europäische Pharmakopöe Art. 52 Abs. 3 HMG sowie Art. 1 des Übereinkommens über die Ausarbeitung einer Europäischen Pharmakopöe; vgl. aus der Rechtsprechung etwa Eidg. Rekurskommission für Heilmittel, Entscheid HM 02.012, 19.3.2003, VPB 68.31, E. 3.3, sowie Urteil BGer, 2A.200/2003, 18.8.2003, E. 2.1.

¹⁴⁰² Vgl. BGE 81 II 65, E. 2.

¹⁴⁰³ Nach Art. 7 HMG müssen Arzneimittel und pharmazeutische Hilfsstoffe, deren Herstellung einer Bewilligung bedarf, nach den anerkannten Regeln der Guten Herstellungspraxis hergestellt werden. Der Bundesrat hat diese in den Anhängen 1 und 2 der AMBV näher umschrieben. Nach Anhang 2 der AMBV sind etwa die Bestimmungen der Kapitel 20.1 und 20.2 der *Pharmacopoea Helvetica* als Regeln der Guten Herstellungspraxis für Arzneimittel in kleinen Mengen anwendbar.

¹⁴⁰⁴ BSK HMG-SCHOTT/ALBERT, Art. 10 N 11 mit Verweis auf die von Art. 26 lit. c der EU-Richtlinie 2001/83/EG abweichende Terminologie, die allerdings keine Differenz in der Sache ausdrücken wollte.

menfasse.¹⁴⁰⁵ Es trifft zu, dass sich insb. die Pharmakopöe-Monografien ganz wesentlich auf die durch Fachexperten erarbeiteten wissenschaftlichen Grundlagen stützen. Mit Blick auf das vorgeschriebene Erlassverfahren der Pharmakopöe, das in eine Publikation gemäss Art. 5 PublG mündet, sowie insb. angesichts der rechtlichen Verbindlichkeit ihrer Vorschriften überzeugt diese Ansicht jedoch nicht.¹⁴⁰⁶ Vielmehr lässt sich die Pharmakopöe (nach wie vor¹⁴⁰⁷) als gesetzesvertretende Rechtsverordnung qualifizieren, die gestützt auf das HMG ergeht.¹⁴⁰⁸

2. Aufsichtsrechtliche Verwaltungsverordnungen

2.1 Vorbemerkungen

- 441 Neben den von Aufsichtsbehörden erlassenen Rechtsverordnungen hat sich eine Reihe unterschiedlicher generell-abstrakt formulierter Erlasse der Behörden etabliert, mit welchen diese die einschlägigen Aufsichtsmassstäbe und ihre Auslegung in der Praxis kodifizieren und kommunizieren mit dem Ziel, dadurch zu einer einheitlichen, transparenten Praxis beizutragen. Neben dem Informationscharakter, der solchen Publikationen zukommt, können mit ihnen auch gezielt einzelne Beaufsichtigte oder Gruppen von Beaufsichtigten auf bestimmte Themen angesprochen werden, allenfalls sogar verknüpft mit konkreten Handlungsanweisungen. Insofern lassen sie sich regelmässig sowohl als Massstäbe als auch als Mittel der Aufsicht qualifizieren.¹⁴⁰⁹ Oftmals werden sie *tel quel* unter die Kategorie der «Verwaltungsverordnungen» subsumiert, weshalb diese auch schon als «Sammelbecken und Verlegenheitskategorie für alle erdenklichen Phänomene» bezeichnet wurden.¹⁴¹⁰ Insgesamt gelten Verwaltungsverordnungen im aufsichtsrechtlichen Kontext als stark verbreitet.¹⁴¹¹ Allerdings werden sie unterschiedlich bezeichnet. Im Heilmittelbereich sind mit Verwaltungsverordnungen etwa die sog. «Wegleitungen» angesprochen,¹⁴¹² im Kartellrecht die «Bekanntmachungen» der

¹⁴⁰⁵ Vgl. so KIESER, Heilmittel, N 20.

¹⁴⁰⁶ Vgl. ebenso BSK HMG-EGGENBERGER STÖCKLI/KESSELRING, Art. 52 N 7 m.w.H.

¹⁴⁰⁷ Vgl. Botschaft HMG, BBl 1999 III 3531.

¹⁴⁰⁸ Vgl. auch BSK HMG-EGGENBERGER STÖCKLI/KESSELRING, Art. 52 N 7 m.w.H.

¹⁴⁰⁹ A.A. BIAGGINI, Verwaltungsverordnung, 16, der Verwaltungsverordnungen ausschliesslich als Massstäbe der Aufsicht erfasst.

¹⁴¹⁰ *Ebd.*, 17; vgl. auch PFISTERER, 18 ff.

¹⁴¹¹ HETTICH bezeichnet die vollzugslenkende Verwaltungsverordnung pointiert sogar als «vorherrschend[e] Handlungsform des Präventionsstaates» (HETTICH, Kooperative Risikovorsorge, N 508).

¹⁴¹² Vgl. etwa BSK HMG-SCHOTT/ALBERT, Art. 11 N 9 m.w.H.

WEKO,¹⁴¹³ im Finanzmarktbereich ist die Rede von sog. «Rundschreiben». Vor allem auf Letztere wird sogleich etwas näher eingegangen. Dabei soll verdeutlicht werden, dass sich die Kategorie der Verwaltungsverordnungen nach herkömmlicher Auffassung nicht wirklich eignet, um die so bezeichneten aufsichtsrechtlichen Erlasse zu erfassen, und ihre Verwendung weitreichende Fragen aufwirft. Insbesondere lässt sich die Rechtsqualität der als Verwaltungsverordnungen qualifizierten Normen im aufsichtsrechtlichen Kontext regelmässig nicht überzeugend verneinen.

2.2 Verwaltungsverordnungen als Auffangkategorie im Aufsichtsrecht

2.2.1 Begriff und Funktion der Verwaltungsverordnungen nach klassischer Auffassung

Verwaltungsverordnungen sind v.a. als verwaltungsinterne Instrumente gedacht:¹⁴¹⁴ 442 Auf ihrer Grundlage richten sich die vorgesetzten Behörden mit generell-abstrakten Dienstanweisungen, d.h. verallgemeinerten Handlungsanweisungen über die Besorgung von Verwaltungsangelegenheiten, an die ihnen unterstellten (ebenfalls der Verwaltung zugeordneten) Behörden und Personen.¹⁴¹⁵ Bezeichnet werden die Verwaltungsverordnungen denn auch als «Führungsinstrumente» der Verwaltung.¹⁴¹⁶ Oftmals betreffen sie organisatorische Angelegenheiten eines Verwaltungsträgers oder dienen dazu, eine einheitliche Praxis des Gesetzesvollzugs sicherzustellen.¹⁴¹⁷

Da Verwaltungsverordnungen nach traditioneller Auffassung keine Rechtsnormen 443 enthalten und insb. im Aussenverhältnis (d.h. auch im Verhältnis zwischen dem Staat und Privaten) keine Rechte und Pflichten statuieren,¹⁴¹⁸ gelten sie aus

¹⁴¹³ Vgl. dazu etwa BORER, Kommentar KG, Art. 6 N 3; vgl. auch BGE 143 II 297, E. 5.3.3.

¹⁴¹⁴ So ausdrücklich BGE 136 V 295, E. 5.7. – Vgl. aus der Lehre TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1114 ff. sowie N 1118 f.; PFISTERER, 19; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 422 ff.

¹⁴¹⁵ Generell zu den Verwaltungsverordnungen TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1114 ff.; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 420 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 81 ff.; P. EGLI, Verwaltungsverordnungen, 1159; KILGUS, Expertengutachten, N 63 ff.; vgl. auch eingehend PFISTERER, 2 ff.

¹⁴¹⁶ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1114; vgl. auch GYGI, Verwaltungsrecht, 101.

¹⁴¹⁷ Es ist die Rede von organisatorischen und vollzugslenkenden Verwaltungsverordnungen. Vgl. dazu TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1115 f.; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 422 ff.; BIAGGINI, Verwaltungsverordnung, 3 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 83; PFISTERER, 73 ff.; vgl. auch BGE 128 I 167, E. 4.3.

¹⁴¹⁸ Die Diskussion der Rechtsqualität von Verwaltungsverordnungen ist nicht neu. Vgl. dazu etwa bereits MANFRINI, 33 ff.; GYGI, 101; vgl. auch TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, insb. N 1116 und N 1119 m.w.H.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 84; MOOR/FLÜCKIGER/

Sicht des Bundesgerichts nicht als verbindliche Rechtsquellen des Verwaltungsrechts,¹⁴¹⁹ sondern werden vielmehr als «Meinungsäusserungen» der Verwaltung über die Auslegung der anwendbaren Rechtsnormen begriffen.¹⁴²⁰ Folglich werden sie von der Legaldefinition für rechtsetzende Bestimmungen nach Art. 22 Abs. 4 ParlG nicht erfasst und sind die rechtsanwendenden Behörden und Gerichte auch nicht an sie gebunden.¹⁴²¹ Verwaltungsverordnungen werden im Übrigen auch nicht in der Amtlichen Sammlung publiziert; wenn, dann erscheinen sie im Bundesblatt.¹⁴²²

- 444 Weil Verwaltungsverordnungen vom Bundesgericht nicht als Rechtsquellen anerkannt sind, hat sich die Auffassung etabliert, dass ihr Erlass keiner gesetzlichen Grundlage und auch keiner Delegation durch die Gesetzgebung bedürfe.¹⁴²³ Zwar sehen vereinzelte positivrechtliche Rechtsgrundlagen gleichwohl Kompetenzen zum Erlass von Verwaltungsverordnungen vor.¹⁴²⁴ Aber auch ohne solche Kompetenznormen wird die grundsätzliche Zulässigkeit von Verwaltungsverordnungen meist unter Rückgriff auf das Hierarchieprinzip bzw. die verwaltungsinterne Weisungsbefugnis der übergeordneten Verwaltungseinheiten sowie auf ihren generellen, verfassungsrechtlich eingeräumten Vollzugsauftrag von Lehre und Praxis bejaht.¹⁴²⁵ Dies hat zur Folge, dass der Erlass sowie Änderungen von Verwaltungsverordnungen weitgehend im Belieben der regulierenden Behörden liegen,

MARTENET, 423 f. – Aus der Rechtsprechung vgl. etwa BGE 146 I 105, E. 4.1; 129 V 200, E. 3.2; 121 II 473, E. 2b.

¹⁴¹⁹ Ausdrücklich BGE 136 V 295, E. 5.7; 121 II 473, E. 2b. – Vgl. dazu aus der Lehre etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 84 und N 87; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1119.

¹⁴²⁰ BGE 123 II 16, E. 7; 121 II 473, E. 2b.

¹⁴²¹ BGE 123 II 16, E. 7; 121 II 473, E. 2b.

¹⁴²² Vgl. auch BSK HMG-RICHLI, Art. 82 N 10; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1117; kritisch dazu aus Transparenzgesichtspunkten MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 424. Eingehend zur Veröffentlichung von Verwaltungsverordnungen PFISTERER, 145 ff.

¹⁴²³ So bereits GYGI, 103; vgl. auch UHLMANN/BINDER, 153 f.; HETTICH, Kooperative Risikovorsorge, N 431; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 426 m.w.H.

¹⁴²⁴ So kann etwa die ComCom das BAKOM nach Art. 57 Abs. 2 FMG beim Vollzug des Fernmelderechts beiziehen und ihm Weisungen erteilen. – Nach Art. 63 AMBV erlässt die Swissmedic «nach Anhörung der von den Kantonen bezeichneten Inspektorate Richtlinien zur Gewährleistung einer einheitlichen Inspektionspraxis im schweizerischen Inspektionswesen».

¹⁴²⁵ Vgl. etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 82; UHLMANN/BINDER, 153 f.; WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. I, N 458 m.w.H.; vgl. auch zur Vollzugsfunktion als Basis für den Erlass von generellen Weisungen BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 182 N 13. Für einen Überblick eingehend PFISTERER, 113 ff.

was besonders im aufsichtsrechtlichen Kontext zu einer Vielzahl an entsprechenden Regulierungen führt und immer wieder Anlass zu Diskussionen gibt. Solche würden vermutlich erheblich verringert werden, würden auch die Verwaltungsverordnungen einer gesetzlichen Grundlage zugeführt und damit sichergestellt werden, dass im Ergebnis rechtsetzende Bestimmungen, die von den Behörden erlassen werden, gesetzlich verankert sind.¹⁴²⁶

2.2.2 Rundschreiben der FINMA

Die «Rundschreiben über die Anwendung der Finanzmarktgesetzgebung» werden – neben den Verordnungen nach Art. 7 Abs. 1 lit. a FINMAG – als Regulierungskompetenz der FINMA in Art. 7 Abs. 1 lit. b FINMAG aufgeführt. Sie geben in allgemeiner Form die «grundsätzlich anzuwendende und angewendete (kodifizierte) Aufsichtspraxis der FINMA» wieder¹⁴²⁷ mit dem Ziel, dadurch eine einheitliche, transparente Praxis für alle Betroffenen zu gewährleisten.¹⁴²⁸ Art. 5 Abs. 2 Satz 1 FINMAG-VO hält dazu fest, dass die FINMA mittels Rundschreiben «Transparenz über die Anwendung der Finanzmarktgesetzgebung in ihrer Aufsichtstätigkeit» schafft. Die Rundschreiben sollen helfen, offene, unbestimmte Rechtsnormen zu konkretisieren und Vorgaben für die Ermessensausübung aufzustellen.¹⁴²⁹ Entsprechend lassen sie sich als eine Art «behördlichen Kommentar»¹⁴³⁰ und damit als Hilfestellung für die Praxis auffassen.¹⁴³¹ Mit ihnen sollen u.a. auch die Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit der Aufsichtspraxis verbessert und die Effektivität der Aufsicht erhöht werden bei gleichzeitiger Vermeidung unnützer Verfahren und entsprechender Kosten.¹⁴³² Wie die FINMA in ihrer Stellungnahme zur Vernehmlassung über eine Verordnung zum Finanzmarktaufsichts-

¹⁴²⁶ Dazu hinten N 514 ff.

¹⁴²⁷ KILGUS, Expertengutachten, N 82.

¹⁴²⁸ Vgl. *ebd.*; STADLER in: ARPAGAU/STADLER/WERLEN, N 308; vgl. auch HETTICH, Kooperative Risikoversorge, N 385.

¹⁴²⁹ STADLER in: ARPAGAU/STADLER/WERLEN, N 308 m.w.H. auf entsprechende Ausführungen der FINMA auf ihrer Website.

¹⁴³⁰ Die frühere Kontrollstelle zur Bekämpfung der Geldwäscherei nannte den Vorgängererlass zum inzwischen aufgehobenen FINMA-RS 2011/1 (Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG) «Praxiskommentar» zur Frage der Unterstellungspflicht unter das GwG (vgl. KILGUS, Expertengutachten, N 106 m.w.H.).

¹⁴³¹ KILGUS, Expertengutachten, N 106.

¹⁴³² *Ebd.*, N 115.

gesetz ausgeführt hatte, werden Rundschreiben aus solchen Gründen vonseiten der Beaufsichtigten regelmässig begrüsst.¹⁴³³

- 446 Die Qualifikation der FINMA-Rundschreiben als (v.a. vollzugslenkende) Verwaltungsverordnungen gilt inzwischen¹⁴³⁴ als etabliert.¹⁴³⁵ Als «eine Form kodifizierter und standardisierter Aufsichtspraxis»¹⁴³⁶ wird den Rundschreiben der FINMA die Qualität als bindende Rechtsnormen abgesprochen.¹⁴³⁷ Sie werden vielmehr als rechtlich unverbindliche Äusserungen der FINMA über die «richtige» Anwendung des Gesetzes aufgefasst.¹⁴³⁸ Gemäss herrschender Lehre genügt somit auch Art. 7 Abs. 1 lit. b FINMAG als gesetzliche Grundlage für den Erlass der Rundschreiben. Zusätzliche Delegationsnormen, z.B. innerhalb der Finanzmarktgesetzgebung, sind demnach nicht nötig. Argumentiert wird, dass sich die Kompetenz der FINMA zum Erlass von Rundschreiben bereits aus der ihr zufallenden «allgemeinen und unbestrittenen Aufsichts- und Vollzugskompetenz» ergebe.¹⁴³⁹ – Von einer solchen Sichtweise ausgeklammert wird allerdings die massgebliche Bedeutung der Rundschreiben auch und gerade für die beaufsichtigten, verwaltungsexternen Privaten, was insb. Fragen zu ihrer Rechtsqualität aufwirft und zunehmend zu Kritik geführt hat. Auf solche Aspekte ist sogleich näher einzugehen.¹⁴⁴⁰
- 447 Unstreitig ist, dass es der FINMA nicht zusteht, selbstständig mittels Rundschreiben Neuregulierungen einzuführen, die von der Gesetzgebung nicht vorgespurt worden sind. Art. 5 Abs. 2 Satz 2 FINMAG-VO hält dies mit folgender Formulierung deutlich fest:

¹⁴³³ Vgl. FINMA, Stellungnahme FINMAG-VO, 3.

¹⁴³⁴ Bereits die Einordnung der Rundschreiben der EBK in das verwaltungsrechtliche Normgefüge war umstritten. Vgl. dazu KILGUS, Expertengutachten, N 80 m.w.H.

¹⁴³⁵ So ausdrücklich aus der Rechtsprechung etwa BGE 141 II 103, E. 3.5; vgl. auch Urteil BVGer, B-7765/2008, 14.12.2009, E. 8.4. Aus der Lehre vgl. KILGUS, Expertengutachten, N 69; P. KUNZ, Finanzmarktregulierung, N 229; HETTICH, Kooperative Risikovorsorge, N 385.

¹⁴³⁶ KILGUS, Expertengutachten, N 41.

¹⁴³⁷ Verweisen lässt sich dazu auf die Botschaft FINMAG, BBl 2006 2861, wo ausgeführt wurde: «Die Rundschreiben haben nicht den Charakter eines Rechtserlasses, welcher Beaufsichtigten in unmittelbar verbindlicher und generell-abstrakter Form Pflichten auferlegt, Rechte verleiht oder Zuständigkeiten festlegt.» Vgl. dazu aus der Lehre etwa STADLER in: ARPAGAU/STADLER/WERLEN, N 309; KILGUS, Expertengutachten, N 83; vgl. auch BGE 141 II 103, E. 3.5.

¹⁴³⁸ HETTICH, Kooperative Risikovorsorge, N 385 und 431 m.w.H.

¹⁴³⁹ Vgl. so BSK FINMAG-WINZELER Art. 7 N 18; KILGUS, Expertengutachten, N 41.

¹⁴⁴⁰ Vgl. hinten N 451 ff.

«Rundschreiben dienen ausschliesslich der Rechtsanwendung und dürfen keine rechtsetzenden Bestimmungen enthalten (Art. 7 FINMAG¹⁴⁴¹).»

Nicht zulässig wäre es demnach, wenn die FINMA mittels Rundschreiben ausserhalb ihrer Zuständigkeiten rechtsetzend tätig werden würde oder aber (auch innerhalb ihres Kompetenzbereichs) inhaltliche Neuerungen rechtsetzend einführen würde, für welche die dafür notwendigen gesetzlichen Grundlagen fehlen. Legislative «Eigeninitiativen» der FINMA, mit welchen (politische) Entscheide des Gesetzgebers in Rundschreiben vorweggenommen wurden und/oder die Praxis in eine bestimmte Richtung gelenkt wurde, sind in der Vergangenheit entsprechend kritisch hinterfragt worden.¹⁴⁴² 448

Zu Diskussionen Anlass gaben bspw. das FINMA-RS 2010/1, das Mindeststandards für Vergütungssysteme bei Finanzinstituten aufstellte,¹⁴⁴³ oder auch das inzwischen revidierte FINMA-RS 2009/1, das Verhaltensregeln für unabhängige Vermögensverwalter aufstellte und in seiner ursprünglichen Fassung Vollzugsinstrumente der FINMA vorsah, für die aber eine entsprechende Grundlage im KAG fehlte.¹⁴⁴⁴

Wiederholt wurde in der Vergangenheit auch die Wahl von Rundschreiben als Erlassform für bestimmte Inhalte kritisiert und etwa vorgebracht, eine Rechtsverordnung der FINMA mit entsprechend erhöhter demokratischer und rechtsstaatlicher Legitimation wäre vorzuziehen gewesen. 449

In diese Richtung ging z.B. die Kritik am inzwischen im Zusammenhang mit der Übertragung der Aufsicht über die Prüfgesellschaften von der FINMA an die RAB aufgehobenen FINMA-RS 2013/4. Darin wurden Standards zur Auslegung der Begriffe «nötiges Fachwissen» und «nötige Erfahrung» im Sinne des damals noch geltenden Art. 19b lit. b aGwG aufgestellt, die dazu führten, dass etliche Prüferinnen und Prüfer von direkt unterstellten Finanzintermediären ihre Akkreditierung verloren haben. KILGUS kritisierte den Erlass solcher Bestimmungen mit unmittelbaren, direkten Konsequenzen für ihre Adressaten in Form eines Rundschreibens. Ihrer Ansicht nach wäre der Erlass einer vollziehenden Behördenverordnung durch die FINMA vorzuziehen gewesen.¹⁴⁴⁵

¹⁴⁴¹ Mit der Nennung von Art. 7 FINMAG wird wohl auf die darin enthaltenen Regulierungsgrundsätze verwiesen.

¹⁴⁴² Vgl. dazu etwa KILGUS, Expertengutachten, N 116 insb. mit Verweis auf entsprechende parlamentarische Postulate.

¹⁴⁴³ Vgl. HETTICH/PFAFFHAUSER, 29 f.

¹⁴⁴⁴ Vgl. z.B. CONTRATTO, Verhaltensregeln, 355 zum FINMA-RS 2009/1.

¹⁴⁴⁵ KILGUS, Expertengutachten, N 96 f.

Auch das vormalige FINMA-RS 2015/1¹⁴⁴⁶ wurde kritisiert. KUNZ führte etwa aus, dass es mit seinen weitgehenden Vorgaben hinsichtlich Rechnungslegung, die sich u.a. direkt an die Banken und an die Effekthändler richteten, besser als Rechtsverordnung zu erlassen gewesen wäre.¹⁴⁴⁷

- 450 Wird allerdings der Erlass einer Rechtsverordnung als erforderlich angesehen, wird eine gültige Übertragung entsprechender Rechtsetzungsbefugnisse an die Aufsichtsbehörde vorausgesetzt; ein Erfordernis, das nicht immer erfüllt ist, insb. wenn die nötige Delegationsnorm fehlt.¹⁴⁴⁸

2.3 Rechtsqualität aufsichtsrechtlicher Verwaltungsverordnungen

2.3.1 Zunehmende Anerkennung des Rechtsnormcharakters

- 451 Wie mit den Ausführungen zu den FINMA-Rundschreiben illustriert wurde, tragen aufsichtsrechtliche Verwaltungsverordnungen als «Ausdruck des Wissens und der Erfahrung einer Fachstelle»¹⁴⁴⁹ dazu bei, die Praxis der Aufsichtsbehörden zu vereinfachen und zu rationalisieren und dabei ihre Kohärenz, Kontinuität und Voraussehbarkeit zu verbessern.¹⁴⁵⁰ Sie helfen, einen rechtsgleichen, einheitlichen und sachrichtigen Gesetzesvollzug sicherzustellen, und tragen damit auch zur Gewährleistung von Rechtssicherheit bei.¹⁴⁵¹ Generell lassen sich den Verwaltungsverordnungen oftmals hilfreiche Hinweise für die Ermessensausübung und die Anwendung offen formulierter Vorschriften in konkreten Einzelfall ableiten.¹⁴⁵² Über ihre behördeninterne Geltungskraft hinaus kommt ihren Vorgaben damit automatisch auch eine «Aussenwirkung» zu,¹⁴⁵³ die sich auf das Verhalten der beaufsichtigten Privaten prägend auswirken kann.

¹⁴⁴⁶ Heute gilt das FINMA-RS 2020/1 (Rechnungslegung Banken) an seiner Stelle.

¹⁴⁴⁷ P. KUNZ, FINMA-Regulierung, N 118 ff.

¹⁴⁴⁸ Zu den Voraussetzungen einer zulässigen Rechtsetzungsdelegation vgl. vorne N 422 ff.

¹⁴⁴⁹ Urteil BVGer, B-7407/2009, 7.7.2011, E. 3.5.

¹⁴⁵⁰ BIAGGINI, Verwaltungsverordnungen, 4.

¹⁴⁵¹ BIAGGINI, Verwaltungsverordnung, 4; UHLMANN/BINDER, 152 f.; WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. I, N 488; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 425 f.

¹⁴⁵² Aus der Rechtsprechung statt vieler BGE 132 V 200, E. 5.1.2 sowie BGE 130 V 163, E. 4.3 (in beiden Fällen sprach das Gericht allerdings von «Verwaltungsweisungen»); BVGE 2008/22, E. 3.1.1; Urteil BVGer, B-7765/2008, 14.12.2009, E. 8.4. Vgl. aus der Lehre etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 83.

¹⁴⁵³ So bereits GYGI, 103.

Die Beaufsichtigten sind generell wohl gut beraten, zum Zwecke eines guten Ein- 452
vernehmens mit den Aufsichtsbehörden ihre Anforderungen aus den Verwaltungs-
verordnungen grundsätzlich einzuhalten. Entscheiden sie sich dagegen, erlassen
die Behörden im Einzelfall allenfalls eine entsprechende Verfügung, sodass die
Verwaltungsverordnungen faktisch verpflichtend wirken.¹⁴⁵⁴ Die Vorgaben der
Aufsichtsbehörden beeinflussen die unternehmensinternen Abläufe entsprechend
oft und in entscheidendem Masse. Vielfach dürften die betroffenen Beaufsich-
tigten gar keine andere Wahl haben, als sich an die Verhaltensregeln und *Best
Practices* «ihrer» Aufsichtsbehörde zu halten. Es sind vertriebstechnische und
geschäftspolitische Gründe ebenso wie u.U. auch haftungsrelevante Überlegun-
gen (Stichwort: Sorgfaltspflicht), die dazu führen können, dass grundsätzlich frei-
willige Verhaltensvorgaben der Aufsicht von den Beaufsichtigten faktisch über-
nommen werden¹⁴⁵⁵ und bspw. auch die Vertragsgestaltung der Beaufsichtigten
beeinflussen können.¹⁴⁵⁶ Nicht ausgeschlossen ist auch, dass aufsichtsrechtliche
Bestimmungen in «eigene», verbandsrechtliche Vorgaben der Beaufsichtigten
überführt werden.¹⁴⁵⁷

Überdies werden auch die Gerichte im Falle ihrer Anrufung (generell) nicht ohne 453
triftigen Grund von der Ermessensausübung einer behördlichen Vorinstanz abwei-
chen,¹⁴⁵⁸ dies noch weniger, wenn sie sich auf eine Verwaltungsverordnung stüt-
zen können.¹⁴⁵⁹ Oftmals dienen Letztere als massgebliche Auslegungshilfen,¹⁴⁶⁰
die bei einer behördlichen oder gerichtlichen Entscheidungsfindung mitberücksichtigt
werden, sofern sie «eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Aus-
legung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen» zulassen und «eine über-
zeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen».¹⁴⁶¹

¹⁴⁵⁴ Vgl. so STADLER in: ARPAGAU/STADLER/WERLEN, N 309.

¹⁴⁵⁵ Vgl. CONTRATTO, Verhaltensregeln, 348 f., wenn auch zu Verhaltensregeln aus einem
von der FINMA anerkannten Verhaltenskodex (damals i.S.v. Art. 6 Abs. 2 lit. b KKV).

¹⁴⁵⁶ Vgl. etwa KILGUS, Expertengutachten, N 108 f., die die Reflexwirkung der dem Anle-
gerschutz dienenden Regelungen aus FINMA-Rundschreiben auf das Privatrecht und
die Vertragsgestaltung als nicht wirklich überraschend einstuft.

¹⁴⁵⁷ So wurden bspw. die an die unabhängigen Vermögensverwalter gerichteten Verhal-
tensregeln aus dem (inzwischen aufgehobenen) FINMA-RS 2009/1 in die Standesre-
geln der Vermögensverwalter umgemünzt. Vgl. CONTRATTO, Verhaltensregeln, 348 f.
m.w.H.

¹⁴⁵⁸ Dazu hinten N 1587 ff.

¹⁴⁵⁹ Dazu hinten N 1595 und N 1599 m.w.H.

¹⁴⁶⁰ Vgl. ausdrücklich etwa das Urteil BVGer, C-449/2008, 30.4.2010, E. 4.4.

¹⁴⁶¹ BGE 146 I 105, E. 4.1 m.w.H.

- 454 Es liegt damit auf der Hand, dass sich die inhaltlichen Vorgaben der Verwaltungsverordnungen auf die Rechtsstellung der betroffenen natürlichen und/oder juristischen Personen auswirken, deren Rechte und Pflichten durch solche Bestimmungen präzisiert werden. Vor diesem Hintergrund scheint eine generelle Kategorisierung von Verwaltungsverordnungen als lediglich «rechtlich unverbindliche Meinungsäusserung» nicht haltbar zu sein. Auch die vom Bundesgericht gestützte Auffassung, wonach Verwaltungsverordnungen lediglich im Innenbereich Rechtswirkungen entfalten würden, nicht jedoch im Aussenbereich, überzeugt nicht und entpuppt sich besonders mit Blick auf aufsichtsrechtliche Normen als problematisch.¹⁴⁶²
- 455 In der neueren Lehre hat sich vor diesem Hintergrund das Verständnis durchgesetzt, dass zumindest Verwaltungsverordnungen mit Aussenwirkung Rechtsnormqualität zukomme.¹⁴⁶³ Im Sinne von G. MÜLLER lässt sich festhalten, dass es für die in einem konkreten Einzelfall betroffene natürliche oder juristische Person im Übrigen nicht von Belang ist, ob sich die verfügten (Aufsichts-)Massnahmen unmittelbar auf Gesetz und Verordnung stützen oder ob noch eine Verwaltungsverordnung auf den Entscheidungsprozess einer Behörde eingewirkt hat.¹⁴⁶⁴
- 456 Besonders konstruiert wirkt die Unterscheidung zwischen Innen- und Aussenwirkung im aufsichtsrechtlichen Kontext, wenn sich Normen der (aufsichtsrechtlichen)

¹⁴⁶² Statt vieler G. MÜLLER, *Rechtsetzung*, 199; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 427 ff.; vgl. zur Unterscheidung eingehend auch PFISTERER, 181 ff.

¹⁴⁶³ Vgl. BIAGGINI, *Verwaltungsverordnung*, 15, 17 ff. und 24; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 92; TANQUEREL, *Manuel*, 338; PFISTERER, 260 f.; HETTICH, *Kooperative Rechtsetzung*, N 432; M. MÜLLER, *Rechtsverhältnis*, 293 f. und 297; KILGUS, *Expertengutachten*, N 89; P. EGLI, *Verwaltungsverordnungen*, 1164 ff., die aufzeigt, dass Verwaltungsverordnungen und insb. der Typus der vollzugslenkenden Verwaltungsverordnung vielfach die Voraussetzungen zur Anerkennung als Gewohnheitsrecht erfüllen und auf diesem Weg als Rechtsquellen des Verwaltungsrechts qualifiziert werden können. – Eine andere Ansicht vertreten TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1129 ff., die betonen, dass auch dann, wenn Verwaltungsverordnungen als Rechtsquellen qualifiziert würden, die erforderlichen Differenzierungen nicht unterbleiben dürften. Mit Verweis auf GYGI (101) fassen sie Verwaltungsverordnungen als eine Art «internes Führungsmittel eines «Grossunternehmens»» auf, bei welchen die Optimierung von Verwaltungsabläufen im Vordergrund stehe und nicht der Interessenausgleich zwischen Staat und Bürger, weshalb Verwaltungsverordnungen nicht Quellen von Aussenrecht seien (*ebd.*, 1131 [Hervorhebung im Original]).

¹⁴⁶⁴ Vgl. G. MÜLLER, *Rechtsetzung*, 199.

Verwaltungsverordnungen von vornherein an die Beaufsichtigten richten. Diese Feststellung trifft in besonderem Masse auf die Rundschreiben der FINMA zu.¹⁴⁶⁵

Zu denken ist etwa an das FINMA-RS 2020/1 oder auch an das FINMA-RS 2016/1. Beide richten sich insb. an Banken und Wertpapierhäuser sowie an von der FINMA beaufsichtigte Finanzgruppen.¹⁴⁶⁶ Sie haben, gestützt auf diese Rundschreiben, die vorgegebenen Rechnungslegungsvorschriften und Offenlegungspflichten einzuhalten.

Auch wenn nach wie vor prinzipiell davon ausgegangen wird, dass die FINMA- 457
Rundschreiben selbstständig keine rechtlich bindenden, generell-abstrakten Normen für die Zukunft aufstellen dürfen, wäre es abwegig, ihnen die rechtliche Verbindlichkeit vollumfänglich abzuspochen. Vielmehr ist eine differenzierte Betrachtungsweise gefordert.¹⁴⁶⁷ Danach sind ihre Vorgaben grundsätzlich (i) «indirekt» verbindlich, weil die FINMA auf ihrer Grundlage (individuell-konkrete) Verfügungen erlassen kann. (ii) Eine gewisse Allgemeinverbindlichkeit kommt den Inhalten der Rundschreiben ausserdem zu, wenn sie sich als nachgeordnete, technische Ausführungsregeln auffassen lassen, zu welchen die FINMA, gestützt auf eine Verordnung des Bundesrates (und damit via Subdelegation¹⁴⁶⁸), ermächtigt ist.¹⁴⁶⁹ (iii) Zusätzlich binden die Rundschreiben nicht zuletzt auch die FINMA an ihre eigene Praxis, indem sie regelmässig einen aufsichtsrechtlich relevanten Massstab setzen bzw. konkretisieren; die FINMA muss diesen aufgrund des Vertrauensschutzprinzips grundsätzlich auch einhalten.¹⁴⁷⁰ Die Wirkung der in Rundschreiben publizierten standardisierten Praxis der FINMA lässt sich insofern mit der Wirkung von Ge-

¹⁴⁶⁵ Vgl. auch KILGUS, Expertengutachten, N 92, welche die Rundschreiben der FINMA angesichts Art. 7 Abs. 1 FINMAG und des ihnen zugrunde liegenden «formell rechtsstaatsähnlichen» Erlass-Verfahrens zu Recht als «rechtssatzähnlicher» und «formell rechtsstaatlicher» bezeichnet, als vergleichbare Verwaltungsverordnungen anderer Behörden.

¹⁴⁶⁶ Vgl. FINMA-RS 2020/1, N 2, sowie FINMA-RS 2016/1, N 8.

¹⁴⁶⁷ Vgl. in diesem Sinne auch BIAGGINI, Verwaltungsverordnung, 24, der von einer «facettenreichen, differenzierenden Verbindlichkeit» spricht, «die sich zwischen den Polen «imperativ» und «influenzierend» bewege.

¹⁴⁶⁸ Dazu vorne N 425 f.

¹⁴⁶⁹ Vgl. z.B. FINMA-RS 2008/20, das, insb. gestützt auf Art. 2 Abs. 2 sowie Art. 80 Abs. 2 ERV, im Sinne von technischen Ausführungsbestimmungen von der FINMA erlassen wurde. Vgl. ebenso FINMA-RS 2015/2, das die Bestimmungen der Liquiditätsverordnung mittels technischer Ausführungsbestimmungen konkretisiert (etwa Art. 1 Abs. 2 LiqV).

¹⁴⁷⁰ Vgl. zu diesem Ansatz durchaus auch kritisch etwa BIAGGINI, Verwaltungsverordnung, 5 sowie 22 f. m.w.H.

richtsentscheiden vergleichen, als diese ebenfalls für die Auslegung weiter oder unbestimmter Rechtsbegriffe hinzugezogen werden und dadurch über den strittigen Einzelfall hinaus prospektiv Rechtswirkungen zu erzeugen vermögen.

2.3.2 Paradigmenwechsel erforderlich

- 458 Insgesamt besteht damit eine erhebliche Diskrepanz zwischen der auf die Rundschreiben der FINMA bzw. die Verwaltungsverordnungen im Allgemeinen anwendbaren und vom Bundesgericht vertretenen Verwaltungsrechtsdogmatik einerseits und der Bedeutung dieser Erlassform in der aufsichtsrechtlichen Praxis andererseits.¹⁴⁷¹ Die Schwierigkeit, Verwaltungsverordnungen einzuordnen, drückt sich auch in ihrer Bezeichnung als «Zwischengebilde» zwischen Gesetz und Einzelakt, als «Bindeglied» «an der Schnittstelle zwischen Normtext und Entscheidung»¹⁴⁷² oder als «Hermaphrodit von Rechtsetzung und Rechtsanwendung»¹⁴⁷³ aus.
- 459 Nach BIAGGINI sind solche «bereits von Resignation gezeichnete Formel[n]» allerdings «noch zu schönfärberisch».¹⁴⁷⁴ Er charakterisiert das Institut der Verwaltungsverordnung vielmehr als «juristisches Chamäleon», ändern sich doch seine Eigenschaften «je nach den vermeintlichen oder angeblichen Imperativen der konkreten Rechtsanwendungs-Situation».¹⁴⁷⁵ Vor diesem Hintergrund warnt er vor der Verwendung allzu absolut formulierter höchstrichterlicher Formeln und spricht sich dafür aus, näher auf den konkret betroffenen Einzelfall und die fragliche Verwaltungsverordnung einzugehen. Nach ihm muss eine «moderne Theorie der Verwaltungsverordnung» aufzeigen, «dass in Sachen Rechtsnatur der Verwaltungsverordnung ein Paradigmenwechsel nötig ist», aber auch, dass ein solcher keine dramatischen Konsequenzen für die praktischen Ergebnisse im Einzelfall hat.¹⁴⁷⁶ Denn auch wenn der Rechtsnormcharakter von Verwaltungsverordnungen und ihre Verbindlichkeit anerkannt werden würden, müssten sie sich nach wie vor an die von Gesetz und Verfassung aufgestellten Massstäbe halten.¹⁴⁷⁷

¹⁴⁷¹ HETTICH, Kooperative Risikovorsorge, N 385.

¹⁴⁷² P. EGLI, Verwaltungsverordnungen, 1164 mit Verweis auf BIAGGINI, Verwaltungsverordnung, 14 f.

¹⁴⁷³ SK FINIG-MAUCHLE, Art. 61 N 13 zu den Rundschreiben der FINMA im Besonderen.

¹⁴⁷⁴ BIAGGINI, Verwaltungsverordnung, 25.

¹⁴⁷⁵ *Ebd.*

¹⁴⁷⁶ *Ebd.*

¹⁴⁷⁷ *Ebd.*, 26 f.; vgl. auch WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. I, N 460 m.w.H.; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 426 f.; eingehend zur «Rechtsbindung» von Verwaltungsverordnungen PFISTERER, 59 ff.

Damit wäre auch die Gefahr gebannt, dass die Verwaltung mittels Verwaltungs- 460
verordnungen zu einer «unkontrollierbaren Macht ohne Verantwortung» werden
würde.¹⁴⁷⁸ Ausserdem würde auch das Bild der modernen Verwaltung notwendige
Retuschen erfahren, wenn der Rechtsnormcharakter von Verwaltungsverordnun-
gen bejaht werden würde, basiert dieser Schritt doch auf der Anerkennung einer
eigenständigen und verantwortlichen Verwaltung.¹⁴⁷⁹

Einem Paradigmenwechsel ist zuzustimmen. Das traditionelle Rechtskleid der 461
Verwaltungsverordnung wirft generell Fragen auf, passt aber insb. nicht auf ihre
aufsichtsrechtlichen Ausformungen und kann durch ein Beharren auf klassischen
Auffassungen dieser Erlassform auch nicht passend gemacht werden. Anstatt die
befürchtete Machtakкумуляtion aufseiten der Verwaltung einzudämmen, bewirkt
das scheinbar bewusste Augenverschliessen vor der wichtigen Bedeutung und den
tatsächlichen Rechtswirkungen aufsichtsrechtlicher Verwaltungsverordnungen
zudem das Gegenteil, nämlich eine weitverbreitete Verwendung dogmatisch z.T.
schwierig einzuordnender Erlassformen mit normativer Kraft, aber ohne gesetzli-
che Grundlage. Das Ergebnis sind faktisch (Aufsichts-)Recht setzende Aufsichts-
behörden, die das durch sie anzuwendende Recht häufig ohne rechtliche Grund-
lage zu einem gewissen Grad selber festlegen und gestalten – Rechtsnormen, die
im Übrigen – wie noch näher aufzuzeigen sein wird¹⁴⁸⁰ – regelmässig nur einge-
schränkt gerichtlich überprüft werden können.¹⁴⁸¹

3. Weitere Erlass- und Kommunikationsformen der Aufsichtsbehörden

3.1 Richtlinien, Mitteilungen, Merkblätter und FAQ – ein Überblick

3.1.1 Vorbemerkungen

Regelmässig erlassen die Aufsichtsbehörden zusätzlich zu solchen Regulierungs- 462
formen und neben den gesetzlich vorgeschriebenen Veröffentlichungen wie Jah-
resberichten, Jahresrechnungen und z.B. den strategischen Zielen eine Vielfalt von
Publikationen unter verschiedenen Bezeichnungen und mit unterschiedlichen In-
halten. Häufig handelt es sich um Kommunikationsformen der Aufsichtsbehörden,

¹⁴⁷⁸ BIAGGINI, Verwaltungsverordnung, 26 f.

¹⁴⁷⁹ *Ebd.*, 2 sowie 9 f.

¹⁴⁸⁰ Dazu hinten N 1578 ff.

¹⁴⁸¹ In diesem Sinne führt auch HETTICH wesentliche rechtsstaatliche Defizite im (auch
Aufsichtsmechanismen umfassenden) «Risikorecht» auf die fehlende dogmatische
Einbindung der rege benutzten Verwaltungsverordnungen in den Rechtsetzungspro-
zess zurück (HETTICH, Kooperative Risikoversorge, N 432).

mit welchen v.a. die Beaufsichtigten über Neuerungen, Aktualitäten oder auch die eigene (Aufsichts-)Praxis informiert werden sollen. Manchmal kommen solchen Veröffentlichungen auch regulatorische Züge zu. Dann stellen sich Fragen nach ihrer rechtlichen Verbindlichkeit und Einordnung, auf die nachfolgend ebenfalls kurz einzugehen ist.¹⁴⁸²

3.1.2 Merkblätter, Wegleitungen, Richtlinien, Leitfäden, Checklisten und FAQ

- 463 Verbreitet sind Kommunikationsformen der Aufsichtsbehörden, mit welchen die Beaufsichtigten über die behördeneigene Auslegung einschlägiger Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen und die aktuelle Vollzugspraxis anwendungsbezogen, häufig mit Blick auf ein spezifisches Verfahren, informiert werden. Entsprechende Merkblätter, Wegleitungen, Richtlinien, Leitfäden oder auch Checklisten enthalten hilfreiche Angaben bspw. für die Einreichung eines Gesuchs bei den Behörden zwecks Erlangung, Erweiterung oder Aufrechterhaltung einer Bewilligung. Sie lassen sich deshalb auch als «Arbeitsinstrumente» oder «Hilfsmittel»¹⁴⁸³ bzw. «Arbeitshilfe»¹⁴⁸⁴ beschreiben, die sowohl den Beaufsichtigten als auch den Aufsichtsbehörden dienen.

Verweisen lässt sich bspw. auf die Wegleitung Fintech Bewilligung der FINMA vom 2. August 2021¹⁴⁸⁵ oder auf die Swissmedic-Wegleitung Zulassungsgesuche für COVID-19 Arzneimittel im Pandemiefall vom 1. August 2022.¹⁴⁸⁶

Auch die sog. «Leitlinien zur Kommunikation» der FINMA vom 25. September 2014¹⁴⁸⁷ lassen sich als Beispiel aufführen. Die FINMA unterscheidet darin zwischen der öffentlichen Kommunikation, der Regulierungskommunikation sowie der Aufsichtskommunikation¹⁴⁸⁸ und nennt ihre Kommunikationsziele. Diese sollen namentlich (i) Rechtssicherheit schaffen und die Rechtsauslegung im Aufsichtsrecht allgemein zugänglich machen; (ii) die präventive Wirkung der Aufsicht verstärken; (iii) die Re-

¹⁴⁸² Dazu hinten N 474 ff.

¹⁴⁸³ Vgl. so KILGUS, Expertengutachten, N 121.

¹⁴⁸⁴ FINMA, Leitlinien Kommunikation, 7 zu den Wegleitungen.

¹⁴⁸⁵ Die Wegleitung ist abrufbar über die Suchfunktion auf der Website der FINMA (<<https://www.finma.ch>>); vgl. dazu auch hinten Fn. 4332 (N 1541).

¹⁴⁸⁶ Die Wegleitung ist abrufbar über die Suchfunktion auf der Website von Swissmedic (<<https://www.swissmedic.ch>>).

¹⁴⁸⁷ Auch die Leitlinien sind abrufbar über die Suchfunktion auf der Website der FINMA (<<https://www.finma.ch>>).

¹⁴⁸⁸ FINMA, Leitlinien Kommunikation, 4 ff.

putation des Finanzplatzes national und international stärken sowie (iv) die Aufsichtshandlungen der FINMA erklären und nachvollziehbar machen. Schliesslich (v) soll die FINMA auch über unerlaubt tätige Finanzintermediäre aufklären.¹⁴⁸⁹

Die Werbe- und Sponsoringrichtlinien, die das BAKOM als Aufsichtsbehörde über die Radio- und Fernsehveranstalter erlässt,¹⁴⁹⁰ fassen die Praxis des BAKOM zusammen, erläutern Rechtsbegriffe und Gesetzesbestimmungen und geben Hinweise, wie das Bundesamt in Zukunft entscheiden wird. Die Richtlinien sollen dadurch einen Beitrag «für eine voraussehbare und rechtsgleiche Anwendung der gesetzlichen Vorgaben» leisten.¹⁴⁹¹

Aus dem Bereich des Strahlenschutzes lässt sich etwa die Richtlinie ENSI-G15 «Strahlenschutzziele für Kernanlagen» vom November 2010 (geändert am 16. September 2021) anführen.¹⁴⁹²

Als Beispiele für Checklisten sind z.B. die Checkliste für die Inspektion von Aufbereitungseinheiten für Medizinprodukte vom 26. Mai 2022 zu nennen, die v.a. Swissmedic im Rahmen ihrer Inspektionstätigkeit in Spitälern dient,¹⁴⁹³ während etwa die Checkliste Gesuch Betriebsbewilligung Umgang kontrollierte Substanzen vom 5. Oktober 2021 eine Übersicht über die einzureichenden Unterlagen für Gesuchstellende bietet.

Häufig etwas allgemeiner gehalten sind die sog. *FAQ* («*Frequently Asked Questions*»), bei welchen v.a. die Information der Beaufsichtigten bzw. potenziell Beaufsichtigter im Vordergrund steht. Verweisen lässt sich zu Illustrationszwecken etwa auf die FAQ bzw. «Fragen und Antworten» von Swissmedic. Wiederkehrende Fragen zu den gleichen aufsichtsrechtlichen Themen können durch sie leicht verständlich, effizient und transparent geklärt und die Handhabung des Aufsichtsrechts so erleichtert werden.¹⁴⁹⁴ 464

¹⁴⁸⁹ FINMA, Leitlinien Kommunikation, 4.

¹⁴⁹⁰ Die Richtlinien sind abrufbar unter <<https://www.bakom.admin.ch> → Elektronische Medien → Werbung und Sponsoring → Werbe- und Sponsoringrichtlinien> (besucht am 15.8.24).

¹⁴⁹¹ So die Ausführungen auf der Website des BAKOM (<https://www.bakom.admin.ch> → Elektronische Medien → Werbung und Sponsoring → Werbe- und Sponsoringrichtlinien> [besucht am 15.8.24]).

¹⁴⁹² Die Richtlinie ist abrufbar unter <<https://www.ensi.ch> → Dokumente → Richtlinien → Richtlinien in Kraft → Strahlenschutzziele für Kernanlagen> (besucht am 15.8.24).

¹⁴⁹³ Die Checkliste ist abrufbar über die Suchfunktion auf der Website von Swissmedic (<<https://www.swissmedic.ch>>).

¹⁴⁹⁴ Vgl. etwa KILGUS, Expertengutachten, N 132 zu den damaligen FAQ der FINMA. Diese wurden allerdings als Gefässe zur Aufsichtskommunikation der FINMA Anfang 2020 aufgehoben (vgl. FINMA, Jahresbericht 2019, 59).

- 465 Solche Veröffentlichungen sind regelmässig thematisch gegliedert auf der Website der jeweiligen Aufsichtsbehörden abrufbar – *nota bene* i.d.R. *nicht* unter dem Link «Recht» oder «Rechtsgrundlagen».¹⁴⁹⁵

3.1.3 Aufsichtsmitteilungen der FINMA

- 466 Mitteilungen der FINMA werden zu Informationszwecken verfasst. Richten sie sich primär an bestimmte Beaufichtigte und nicht etwa an die Öffentlichkeit, ist die Rede von Aufsichtsmitteilungen (im Gegensatz zu Medienmitteilungen). Die FINMA selber bezeichnet diese als «öffentliche Kommunikation gegenüber den Beaufichtigten».¹⁴⁹⁶
- 467 FINMA-Aufsichtsmitteilungen bezwecken, die Beaufichtigten bzw. eine Gruppe Beaufchtigter flexibel, rasch, konkret und transparent über Aktualitäten zu informieren und auf technische Vorgaben hinzuweisen. Die FINMA wählt dieses Kommunikationsgefäss regelmässig, um *ad hoc* und auch vorausschauend die Adressaten für bestimmte Aufsichtsthemen zu sensibilisieren, bspw. für laufende Rechtsentwicklungen, Praxisänderungen oder gewisse Risiken.¹⁴⁹⁷
- 468 Die Behörden haben dabei regelmässig Vorgaben aus dem Bereich des Persönlichkeitsschutzes, des Datenschutzes und des Amts- und Geschäftsgeheimnisschutzes zu beachten und sie gegenüber dem Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit abzuwägen. Art. 22 Abs. 2 FINMAG bringt dies bspw. dahin gehend zum Ausdruck, dass die FINMA nicht öffentlich über einzelne Verfahren berichten darf, es sei denn, es bestehe dafür ein besonderes aufsichtsrechtliches Bedürfnis.
- 469 Zusätzliche Fragen stellen sich mit Blick auf Aufsichtsmitteilungen, denen, über ihren Informationscharakter hinaus, auch regulierende oder zumindest regulierungsähnliche Wirkungen zukommen.

¹⁴⁹⁵ Auf der Website von Swissmedic bspw. lassen sie sich unter «Dokumente und Formulare» abrufen (<<https://www.swissmedic.ch> → Über uns → Dokumente und Formulare> [besucht am 15.8.24]). Sie werden zusätzlich regelmässig im Swissmedic Journal publiziert.

¹⁴⁹⁶ FINMA, Leitlinien Kommunikation, 7.

¹⁴⁹⁷ *Ebd.*, 7, wo auch ausgeführt wird, die FINMA-Aufsichtsmitteilung sei im Unterschied zu FINMA-Verordnungen und FINMA-Rundschreiben auf den Taterfolg und nicht auf die Rechtswirkung ausgerichtet. Vgl. zu dieser Kommunikationsform etwa auch KILGUS, Expertengutachten, N 124 ff. m.w.H. u.a. auf die inzwischen archivierte FINMA-Mitteilung 41 (2012), «Aufsichtsrechtliche Massnahmen – Retrozessionen» vom 26.11.2012, die im Nachgang zu BGE 138 III 755 publiziert wurde.

Als Beispiel lässt sich etwa die FINMA-Aufsichtsmitteilung 05/2021 «Prävention und Bekämpfung von Greenwashing» vom 3. November 2021 nennen, die u.a. angibt, in welchen Konstellationen die FINMA bei schweizerischen kollektiven Kapitalanlagen ein potenzielles Greenwashing-Risiko aufgrund fehlender Transparenz gegenüber den Anlegerinnen und Anlegern sieht und auf welche Aspekte die FINMA im Hinblick auf eine angemessene Organisation von Instituten achtet, die kollektive Kapitalanlagen mit Nachhaltigkeitsbezug verwalten.

Auch die FINMA-Aufsichtsmitteilung 03/2022, «Umsetzung der Klimarisiko-Offenlegung durch Kategorie 1-2 Institute» vom 29. November 2022, die die wesentlichen Erkenntnisse aus der Analyse der ersten Offenlegungen zu klimabezogenen Finanzrisiken festhält und generell kommuniziert, zeigt bspw. Verbesserungsmöglichkeiten auf, die sehr wahrscheinlich auch im Rahmen künftiger Offenlegungen Berücksichtigung finden werden.

Wie sogleich aufzuzeigen sein wird, kann die rechtliche Einordnung entsprechen- 470
der «Informations- und Kommunikationsgefässe» schwierig sein.

3.1.4 Stellungnahmen, Berichte, Referate und Fachartikel der Aufsichtsbehörden

Aufsichtsbehörden bzw. die in ihrem Namen auftretenden Mitarbeitenden äussern 471
sich regelmässig in Stellungnahmen, wissenschaftlichen Berichten und Studien sowie in Referaten und Fachartikeln. Nicht selten enthalten solche Kommunikationsgefässe auch Stellungnahmen und Meinungsäusserungen sowie Vorschläge *de lege ferenda*. Auch wenn solche Publikationen keine rechtlich verbindlichen Normen enthalten oder für die Beaufsichtigten direkt verbindliche Vorgaben machen, fliessen ihre Inhalte u.U. in die Auslegung unbestimmter Normen mit ein und vermögen damit auch gewisse Rechtswirkungen zu entfalten.

So konnte bspw. die Nichtbeachtung des (inzwischen archivierten) FINMA-Positionspapiers zu den Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft («Positionspapier Rechtsrisiken») vom 22. Oktober 2010 in die Gesamtbetrachtung zur Einhaltung der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit einfließen.¹⁴⁹⁸

¹⁴⁹⁸ KILGUS, Expertengutachten, N 139 f., die in diesem Zusammenhang die Frage aufwarf, weshalb die FINMA «nur» das Publikationsgefäss eines Positionspapiers gewählt hatte und nicht etwa eine «höhere» Erlassform wie bspw. eine Mitteilung oder gar ein Rundschreiben. Vgl. dazu auch M. BLATTER, 83 f.

Die Publikationen von Swissmedic im Swissmedic Journal zur eigenen Auslegung und Praxis enthalten z.B. oftmals detaillierte und präzise Kriterien, damit ein bestimmtes Verhalten mit den Gesetzesvorgaben vereinbar ist.¹⁴⁹⁹ Auf sie wird zu Auslegungszwecken regelmässig Bezug genommen.¹⁵⁰⁰

- 472 Fragen werden aufgeworfen, wenn die rechtliche Bedeutung und Verbindlichkeit solcher «informativer» Verlautbarungen der Aufsichtsbehörden unklar sind. Ihre Rechtsnatur ist nämlich nicht geklärt.¹⁵⁰¹ Als besonders problematisch werden sie erachtet, wenn sie Gebiete betreffen, in welchen die Aufsichtsbehörden über keine Rechtsetzungsbefugnis verfügen.

Schwierigkeiten bereitete etwa eine Publikation von Swissmedic im Swissmedic Journal in der Augustausgabe 2006 mit dem Titel «Arzneimittelwerbung im Internet – Anforderungen von Swissmedic; Praxis ab dem 1. Januar 2007».¹⁵⁰² Mit diesem Aufsatz wollte Swissmedic verdeutlichen, «wie ein Internetauftritt in Übereinstimmung mit den heilmittelrechtlichen Bestimmungen zur Arzneimittelwerbung gestaltet werden kann».¹⁵⁰³ Der Artikel endete mit dem Hinweis, Swissmedic gehe davon aus, «dass die dargelegten Anforderungen an die Arzneimittelwerbung auf dem Internet, insbesondere die Zugangsbeschränkung zur Fachwerbung für verschreibungspflichtige Präparate, bis am 1. Januar 2007 von sämtlichen Anbietern umgesetzt sind».¹⁵⁰⁴ Die Publikation stiess in der Folge auf Kritik. Es wurde u.a. festgehalten, Swissmedic habe damit sowohl formell als auch materiell ihren Zuständigkeitsbereich überschritten.¹⁵⁰⁵ Inzwischen ist die Arzneimittelwerbung im Internet in Art. 5a der Arzneimittel-Werbeverordnung des Bundesrates (AWV) einer eigenen Regelung zugeführt worden.

- 473 Ebenfalls als heikel zu erachten sind Aussagen von Verantwortungsträgerinnen und -trägern der Aufsichtsbehörden in den Medien, v.a. dann, wenn sie faktisch Druck auf die Beaufsichtigten ausüben und ihr Verhalten in eine bestimmte Richtung zu lenken vermögen.

¹⁴⁹⁹ Vgl. dazu EGGENBERGER STÖCKLI, Heilmittel, N 15.16.

¹⁵⁰⁰ Vgl. bspw. BSK HMG-EGGENBERGER STÖCKLI/KESSELRING, Art. 4 N 150, oder auch BSK HMG-EGGIMANN/ISLER/WILDI, Art. 5 N 14.

¹⁵⁰¹ Dazu hinten N 474 ff.

¹⁵⁰² Swissmedic, Arzneimittelwerbung im Internet – Anforderungen von Swissmedic; Praxis ab dem 1.1.2007, Swissmedic Journal 8/2006, 796 ff.

¹⁵⁰³ *Ebd.*, 796.

¹⁵⁰⁴ *Ebd.*, 800.

¹⁵⁰⁵ BÜRGI, 78.

Strittig war bspw., inwiefern die Ende 2013 in den Medien verbreitete Aufforderung des damaligen Direktors der FINMA an die Schweizer Banken, am US-Programm zur Beilegung des Steuerstreits teilzunehmen,¹⁵⁰⁶ zulässig war.¹⁵⁰⁷

3.2 Rechtliche Einordnung

Die Rechtswirkungen solch unterschiedlicher aufsichtsrechtlicher Erlass- und Kommunikationsformen müssen im Einzelfall ermittelt werden. Je nachdem lassen sich die gewählten Publikationsformen der Aufsichtsbehörden – unabhängig von ihrer Bezeichnung – als Realakte, als Allgemeinverfügungen oder auch als Verwaltungsverordnungen qualifizieren:

Richten sich einzelne Mitteilungen oder Vorgaben aus den Wegleitungen oder Richtlinien z.B. gezielt an einzelne Beaufsichtigte bzw. Gruppen von Beaufsichtigten und stellen sie konkrete Handlungsanweisungen auf, könnte etwa argumentiert werden, dass es sich dabei um eine generell-konkrete Allgemeinverfügung handle, die nicht bloss informative Zwecke erfülle.¹⁵⁰⁸ Enthalten die Verlautbarungen demgegenüber «Meinungsäusserungen» der Aufsichtsbehörden über die Auslegung der anwendbaren Rechtsnormen in generell-abstrakter Form, könnte auch eine Verwaltungsverordnung vorliegen.¹⁵⁰⁹ Demgegenüber handelt es sich im Falle von amtlichen Empfehlungen oder Warnungen regelmässig um Realakte.¹⁵¹⁰

Solche Abgrenzungen sind durchaus von rechtlicher Relevanz. Es bestehen z.B. erhebliche Unterschiede hinsichtlich der jeweils einzuhaltenden Verfahrensvorgaben: Während etwa beim Erlass generell-abstrakter Verwaltungsverordnungen die Betroffenen nicht zwingend vorher angehört werden müssen,¹⁵¹¹ ist ihr recht-

¹⁵⁰⁶ Es handelte sich dabei um den folgenden Zeitungsartikel: PATRICK RAAFLAUB, Entscheidende Phase für Schweizer Banken, NZZ vom 29.11.2013 (in der Zeitung *Le Temps* erschien der Artikel am 30.11.2013 unter dem Titel «*Le programme américain: phase décisive pour la Suisse*»).

¹⁵⁰⁷ Dazu etwa P. KUNZ, Finanzmarktregulierung, N 237 f.; vgl. ebenfalls mit einem Einordnungsversuch RÜEDI, 78 ff.

¹⁵⁰⁸ Vgl. auch KILGUS, Expertengutachten, N 126 zu Mitteilungen der FINMA.

¹⁵⁰⁹ Vgl. dazu vorne N 443.

¹⁵¹⁰ Dazu hinten N 1155 ff.

¹⁵¹¹ Die FINMAG-VO beschreibt diesbezüglich allerdings neue Wege: Sie sieht nach Art. 8 ff. nebst der Beteiligung des EFD den Einbezug der Betroffenen, die Konsultation der mitinteressierten Verwaltungseinheiten sowie öffentliche Konsultationen vor. Vgl. dazu (allerdings auch kritisch) hinten N 519.

liches Gehör vor Erlass einer Verfügung gemäss Art. 30 Abs. 1 VwVG zu wahren. Ferner erfolgt die Bekanntmachung von Verwaltungsverordnungen i.d.R. nicht durch individuelle Eröffnung i.S.v. Art. 34 VwVG, allerdings auch nicht mittels Publikation in den offiziellen Gesetzessammlungen.¹⁵¹² Sie müssen zudem nicht wie Verfügungen nach Art. 35 VwVG begründet werden.

- 477 Sodann sind von den aufgeführten rechtlichen Kategorien lediglich Allgemeinverfügungen direkt (und nicht nur vorfrageweise) anfechtbar. Sie sind es auch, die auf Rechtswirkungen ausgerichtet und sowohl rechtlich verbindlich als auch erzwingbar sind,¹⁵¹³ während Informationstexte und selbst darin enthaltene Empfehlungen und Warnungen zwar auf die Meinungsbildung und Entscheidungsfindung der Adressantinnen und Adressaten einzuwirken vermögen und damit auch ihr Verhalten beeinflussen können, ihre Missachtung jedoch i.d.R. keine rechtlichen Konsequenzen nach sich zieht.¹⁵¹⁴ Publikationen der Aufsichtsbehörden zu Informationszwecken gelten nicht als Rechtsquellen des Verwaltungsrechts im klassischen Sinne, sondern werden regelmässig als Realakte der Verwaltung eingestuft.¹⁵¹⁵ Fehlt es an einem «beschwerdefähigen» Anfechtungsobjekt, wird der Rechtsschutz der Beaufsichtigten u.U. allerdings empfindlich eingeschränkt. Insbesondere ist es kaum möglich, die Rechtmässigkeit solcher Erlass- und Kommunikationsformen, die durchaus von rechtlicher Relevanz sind, gerichtlich überprüfen zu lassen. Hinzu kommen grundsätzliche Fragestellungen insb. rund um das Legalitätsprinzip, die aufgeworfen werden, wenn es Aufsichtsbehörden faktisch möglich ist, ihren Rechtsbereich massgeblich mit solchen informellen Erlass- und Kommunikationsformen zu prägen, u.U. ohne dass die dafür erforderlichen gesetzlichen Grundlagen vorliegen. Kapitel IV wird solche Fragestellungen weiter vertiefen.

¹⁵¹² Dazu hinten N 443 m.w.H.

¹⁵¹³ Zur Allgemeinverfügung generell vgl. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 685 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 933 ff.

¹⁵¹⁴ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN begreifen sie als «staatliche Aussagen über die faktische Ratsamkeit bestimmter Verhaltensweisen», mit welchen eine Handlungspräferenz ausgedrückt und eine entsprechende Verhaltenslenkung bei den Bürgerinnen und Bürgern bezweckt wird (TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1090; vgl. dazu auch TSCHANNEN, Warnungen, 365 ff. und 380 ff.). Zum eingeschränkten Rechtsschutz gegenüber aufsichtsrechtlichen Realakten vgl. hinten N 1568 ff.

¹⁵¹⁵ TSCHANNEN, Warnungen, 380 m.w.H.; MOOR/POLTIER, 28.

4. Aufsichtsrechtliche Regulierung der Selbstregulierung

4.1 Vorbemerkungen

Zu den regulatorischen Tätigkeiten von Aufsichtsbehörden gehört auch der Ein- 478
bezug privater Regelwerke im Rahmen der «Steuerung», «Lenkung» oder «Regulierung» der sog. «Selbstregulierung» privater Akteure der Wirtschaft.¹⁵¹⁶ Gemeint ist damit die typischerweise mit dem Bild des «Gewährleistungsstaats»¹⁵¹⁷ in Verbindung gebrachte Rolle des Staates, nicht alles Recht selbst zu setzen, sondern Regulierungsformen Privater zuzulassen, sie jedoch nicht vollumfänglich sich selbst zu überlassen, sondern innerhalb eines gewissen Ordnungsrahmens zu steuern, sei es durch das eigentliche Veranlassen solcher Normen, sei es durch ihre allgemeine Förderung und Anerkennung.¹⁵¹⁸ Entscheidend für den Begriff der «regulierten Selbstregulierung» ist, dass die privaten Selbstregulierungsnormen durch einen staatlichen Akt mit «öffentlichen Belangen aufgeladen» werden¹⁵¹⁹ und dadurch (auch) eine staatliche «Prägung» und (auch) eine «öffentliche Funktion» erhalten.¹⁵²⁰ Alleine die Form bleibt privat.¹⁵²¹ Der Einbezug bestehender Regelwerke nicht staatlicher Fachorganisationen durch die staatlichen Behörden lässt sie allerdings auch Teil der Rechtsordnung werden – ein Mechanismus der «Koregulierung»¹⁵²² und gegenseitiger Annäherung privater und staatlicher Normen, der als Charakteristikum des Technikrechts aufgefasst wird.¹⁵²³ Ein Blick auf

¹⁵¹⁶ Zum Begriff der «gesteuerten Selbstregulierung» vgl. MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, N 509 ff. bzw. N 511 f.; vgl. auch SGHB Finanzmarktrecht I-WINZELER, § 7 N 12 und 20 ff., der den Begriff der «gesteuerten Selbstregulierung» jedoch als unglückliche Wahl einstuft, weil er insinuiert, dass die Selbstregulierung durch eine Behörde gelenkt werde. Korrekter sei der Begriff einer «gemischten» oder «vereinbarten» Regulierung (*ebd.*, § 7 N 20); zur «Skala» von «privater Selbstregulierung», «regulierter Selbstregulierung» sowie der «(imperativ-hoheitlichen) Regulierung» vgl. ebenfalls statt vieler HETTICH, Kooperative Risikovorsorge, N 512 ff. m.w.H.

¹⁵¹⁷ Dazu vorne N 41 und N 367 ff.

¹⁵¹⁸ Vgl. zur Rechtsetzung im Gewährleistungsstaat SCHUPPERT, Gewährleistungsstaat, 35 ff. m.w.H. u.a. auf G. MÜLLER, Gewährleistungsstaat, 234 f.

¹⁵¹⁹ Vgl. so SEFEROVIC, Konsumentenschutz, N 11.18 mit Verweis auf die Verwendung des Ausdrucks durch DI FABIO, 37 ff., 42 f.; vgl. auch LEPSIUS, 349 f.

¹⁵²⁰ HETTICH, Kooperative Risikovorsorge, N 515 insb. mit Verweis auf RUCH, Regulierungsfragen, 419; vgl. dazu auch SEFEROVIC, Konsumentenschutz, N 11.18.

¹⁵²¹ KILGUS, Regulierung, N 161 und N 165; vgl. auch WOHLERS, Selbstregulierung, 289.

¹⁵²² Der Ausdruck der «Koregulierung» ist im Europäischen Recht gebräuchlich (HETTICH, Kooperative Risikovorsorge, N 512).

¹⁵²³ RUCH, Recht der Technik, 18; vgl. auch B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 454; eingehend zu den Besonderheiten des Technikrechts vgl. MÜLLER/ZECH, 72 ff.

solche Regulierungskonzeptionen insb. im Bereich Produktesicherheit¹⁵²⁴ sowie im Finanzmarktbereich¹⁵²⁵ soll die aufsichtsrechtliche Regulierung der Selbstregulierung nachfolgend illustrieren.

4.2 Regulierte Selbstregulierung im Bereich der Produktesicherheit

- 479 «Produkte dürfen in Verkehr gebracht werden, wenn sie bei normaler oder bei vernünftigerweise vorhersehbarer Verwendung die Sicherheit und die Gesundheit der Verwenderinnen und Verwender sowie Dritter nicht oder nur geringfügig gefährden», heisst es in Art. 3 Abs. 1 PrSG. Produkte müssen gesetzlich festgelegten grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen entsprechen oder – falls keine solchen formuliert worden sind – «dem Stand des Wissens und der Technik». ¹⁵²⁶
- 480 Zuständig für die Festlegung der entsprechenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen ist gemäss Art. 4 Abs. 1 PrSG der Bundesrat. Detailliertere Vorgaben, welche die oftmals allgemein gehaltenen Verordnungsbestimmungen näher konkretisieren, lassen sich wiederum anerkannten technischen Normen entnehmen, die ausserhalb des staatlichen Gesetzgebungsverfahrens entstehen. Sie sind das Ergebnis der freiwilligen ¹⁵²⁷ Selbstregulierungstätigkeit durch die interessierten und fachlich spezialisierten privatrechtlich organisierten Kreise, die Erfahrungen aus Forschung und Entwicklung einzelner technischer Bereiche bündeln und regelmässig «den üblichen Standard» und «das übliche Mass» von Sorgfaltsanforderungen festlegen. Entsprechend werden solche Normen auch für die Auslegung solcher Formulierungen verwendet und können im Einzelfall für die Prüfung herangezogen werden, ob Produkte den Herstellungsanforderungen genügen oder nicht. ¹⁵²⁸
- 481 Gemäss Art. 6 Abs. 1 PrSG bezeichnet das für einen bestimmten Fachbereich zuständige Bundesamt im Einvernehmen mit dem Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) diejenigen technischen Normen, die geeignet sind, die nach Art. 4 PrSG

¹⁵²⁴ Dazu sogleich N 479 ff.

¹⁵²⁵ Dazu hinten N 486 ff.

¹⁵²⁶ Art. 3 Abs. 2 PrSG.

¹⁵²⁷ Relativiert wird die Freiwilligkeit innerhalb verschiedener Branchen allerdings angesichts des regelmässig bestehenden Drucks, gewisse Mindeststandards einzuhalten, insb. wenn solche Eingang in Einkaufsbedingungen finden, Gegenstand von Verträgen sind oder die Gesetzgebung ihre Einhaltung vorschreibt.

¹⁵²⁸ In einem konkreten Haftungsfall muss allerdings oftmals darüber hinaus auch geprüft werden, ob zusätzliche Anforderungen ebenfalls hätten berücksichtigt werden müssen (vgl. Hess, SHK PrSG, Art. 6 N 6 sowie N 7 ff.).

§1 Einordnung der Aufsicht innerhalb der Gewaltentrias des modernen Staates

vom Bundesrat festgelegten grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen zu konkretisieren. Soweit möglich, sind nach Art. 6 Abs. 2 PrSG international harmonisierte Normen zu wählen, um technische Handelshemmnisse vermeiden zu helfen.¹⁵²⁹

Eine aktualisierte Zusammenstellung aller Normentitel führt das Schweizerische Informationszentrum für technische Regeln (switec).¹⁵³⁰ Ausserdem werden die technischen Normen mit Titel und Fundstelle oder Bezugsquelle im Bundesblatt veröffentlicht.¹⁵³¹

Im Kontext des PrSG koordiniert das SECO in Absprache mit den Vollzugsorganen den Vollzug des PrSG.¹⁵³² Zusammen mit dem Büro für Konsumentenfragen betreibt es eine Melde- und Informationsstelle Produktesicherheit.¹⁵³³ Ferner übernimmt das SECO die Rolle der staatlichen «Aufsichtsbehörde» und damit die Aufsicht über den Vollzug der Vorschriften über die Marktüberwachung über bestimmte Produkte gemäss Art. 19 ff. PrSV.¹⁵³⁴ Das SECO sorgt in diesem Zusammenhang auch für die Koordination der Tätigkeit der Kontrollorgane¹⁵³⁵ und kann Weisungen zur Marktüberwachung erlassen.¹⁵³⁶ 482

¹⁵²⁹ Vgl. dazu auch Art. 4 THG. – Wie gesehen, engagiert sich auch die Schweiz aktiv an den Standardisierungsaktivitäten europäischer und internationaler Normennetzwerke (dazu vorne N 325 ff.; vgl. dazu auch Art. 11 THG). Als zentrale, vom Bund beauftragte Stelle nimmt dabei die Schweizerische Normen-Vereinigung (SNV) eine wichtige Koordinationsfunktion ein (vgl. für weitere Informationen <<https://www.snv.ch>>).

¹⁵³⁰ Sie ist abrufbar unter <<https://www.switec.info>>.

¹⁵³¹ Art. 6 Abs. 3 PrSG.

¹⁵³² Art. 3 Abs. 1 PrSV.

¹⁵³³ Art. 4 Abs. 1 PrSV.

¹⁵³⁴ Art. 25 Abs. 1 PrSV. – Gemäss Art. 19 lit. a–g PrSV gelten die Vorschriften des 5. Abschnitts der PrSV für Maschinen im Sinne der Maschinenverordnung vom 2.4.2008 (SR 819.14), Aufzüge im Sinne der Aufzugsverordnung vom 23.6.1999 (SR 930.112), Gasgeräte im Sinne der Gasgeräteverordnung vom 25.10.2017 (SR 930.116), Druckgeräte im Sinne der Druckgeräteverordnung vom 20.11.2002 (SR 930.114), einfache Druckbehälter im Sinne der Druckbehälterverordnung vom 20.11.2002 (SR 930.113), persönliche Schutzausrüstungen im Sinne der PSA-Verordnung vom 25.10.2017 (SR 930.115) sowie für übrige Produkte, «soweit diese nicht unter den Geltungsbereich der Vorschriften nach den Buchstaben a–f oder anderer bundesrechtlicher Regelungen fallen».

¹⁵³⁵ Die Kontrollorgane sind gemäss Art. 20 Abs. 1 lit. a–c PrSV die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (Suva), die Schweizerische Beratungsstelle für Unfallverhütung (bfu) sowie die vom Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) bezeichneten Fachorganisationen.

¹⁵³⁶ Art. 25 Abs. 2 und 3 PrSV.

- 483 Die im Produktesicherheitsbereich so erfolgte Verknüpfung technischer Normen mit der regulären Gesetzgebung entspricht dem sog. *Global and New Approach*. Dieses Konzept wurde 1985 im Produkterecht der EU verankert, Mitte der Neunzigerjahre ins Schweizer Recht überführt und prägt seither das Produktesicherheitsrecht.¹⁵³⁷ Danach beschränkt sich die staatliche Gesetzgebung auf die wesentlichen Produktanforderungen im Hinblick auf den Schutz der öffentlichen Sicherheit und Gesundheit, während die detaillierten Vorgaben technischen, nicht staatlichen Normen entnommen werden.
- 484 Inhaltlich zielt diese Regelungsform auf die Regulierung von Risiken ab und verlangt von den Inverkehrbringern eines Produkts, dass sie das Risiko auf ein tragbares, anerkanntes Mass reduzieren.¹⁵³⁸ Die Anwendung von technischen Normen bleibt freiwillig. Es ist den Herstellerinnen bzw. Inverkehrbringern überlassen, ob sie solche Normen verwenden möchten oder nicht. Ein wesentlicher Anreiz zu ihrer Einhaltung besteht jedoch in der verbesserten Rechtsstellung, die damit verbunden ist: Werden die Produkte nämlich nach technischen Normen i.S.v. Art. 6 PrSG hergestellt, wird Konformität und damit Produktesicherheit vermutet.¹⁵³⁹
- Auch andere Gesetze sehen entsprechende Bestimmungen vor. So etwa Art. 23g EBG, Art. 4 und Art. 5 SebG, Art. 31 FMG oder auch Art. 15 LMG.
- 485 Wie noch auszuführen sein wird, stellt das Konzept der Selbstregulierung damit auf das Konzept der Selbstkontrolle in Bezug auf den Vollzug ab: Die Produkte können nämlich grundsätzlich ohne vorgängige Zulassungsprüfung auf den Markt gebracht werden.¹⁵⁴⁰

¹⁵³⁷ Botschaft PrSG, BBl 2008 7448. Vgl. zu den Grundzügen des Konzepts und zur Einführung in die Schweiz SEFEROVIC, Konsumentenschutz, N 11.16 ff.; vgl. auch HESS, SHK PrSG, Art. 4 N 15 ff.; vgl. auch HÄNER, Verfahrensrechtliche Aspekte, 78 ff. mit Verweis auf weitere Beispiele aus unterschiedlichen Bereichen.

¹⁵³⁸ HÄNER, Verfahrensrechtliche Aspekte, 79; vgl. auch BGE 143 II 518, E. 5.7 m.w.H.; 139 II 185, E. 11.3.

¹⁵³⁹ Art. 5 Abs. 2 PrSG. – Gelangen die technischen Normen hingegen nicht zur Anwendung, trägt derjenige, der das Produkt in Verkehr bringt, die Beweislast für den Nachweis, dass das Produkt die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen auf andere Weise erfüllt (Art. 5 Abs. 3 PrSG). – Vgl. zum Ganzen HESS, SHK PrSG, Art. 5 N 1 und 16 ff.; vgl. auch den Überblick bei HETTICH, Kooperative Risikoversorge, N 558.

¹⁵⁴⁰ Dazu hinten N 989 ff.

4.3 Regulierte Selbstregulierung im Finanzmarktbereich

Auch im Finanzmarktrecht ist die regulierte Selbstregulierung dadurch gekennzeichnet, dass private Normen einbezogen werden, um die staatliche Gesetzgebung zu verdichten und zu konkretisieren. Im Aufsichtsbereich der FINMA stehen v.a. vier private Verbände der Finanzmarktteilnehmer als Selbstregulierungsträger im Vordergrund, nämlich die Schweizerische Bankiervereinigung (SBVg), die Einlagensicherung der Schweizer Banken und Effekthändler (esisuisse), die Swiss Funds and Asset Management Association (SFAMA) sowie die Handelsplätze der SIX Group.¹⁵⁴¹ 486

Letztere sind selber bewilligungspflichtig als Finanzmarktinfrastrukturen gemäss Art. 4 ff. FinfraG und zudem gesetzliche Träger von Selbstregulierungs- (Art. 27 FinfraG) und Überwachungskompetenzen (Art. 31 ff. FinfraG).¹⁵⁴²

Der staatliche Zugriff auf ihre Normen kann auf unterschiedliche Arten erfolgen, wobei der FINMA jeweils eine wesentliche Rolle zukommt. Vor allem zwei Mechanismen lassen sich unterscheiden: 487

- Die Selbstregulierung kann auf einem Auftrag des Gesetz- oder Verordnungsgebers beruhen, einen bestimmten Sachverhalt zu regeln. Die Rede ist dann von sog. «obligatorischer Selbstregulierung». Häufig sind die Ergebnisse dadurch vorgegeben, die konkrete Ausgestaltung hingegen nicht.¹⁵⁴³ Bestimmte Finanzmarktgesetze sehen zudem vor, dass solche Normen der FINMA zur Genehmigung zu unterbreiten sind,¹⁵⁴⁴ oder den Erlass einer staatlichen Verordnung, wenn die Selbstregulierung nicht oder nicht genügend erfolgt ist.¹⁵⁴⁵

¹⁵⁴¹ Vgl. SGHB Finanzmarktrecht I-WINZELER, § 7 N 14 ff.; BSK FINMAG-WINZELER, Art. 7 N 87 m.w.H.

¹⁵⁴² BSK FINMAG-WINZELER, Art. 7 N 87 m.w.H.

¹⁵⁴³ ZULAUF, Koregulierung, 18.

¹⁵⁴⁴ Nach Art. 27 Abs. 1 FinfraG z.B. gewährleistet der Handelsplatz unter Aufsicht der FINMA eine eigene, seiner Tätigkeit angemessene Regulierungs- und Überwachungsorganisation. Nach Abs. 4 derselben Bestimmung hat der Handelsplatz seine Reglemente und deren Änderungen der FINMA zur Genehmigung zu unterbreiten. – Nach Art. 37h Abs. 1 Satz 2 BankG sind ausserdem Banken, die sog. privilegierte Einlagen (i.S.v. Art. 37a Abs. 1 BankG) besitzen, verpflichtet, sich zum Zwecke ihrer Sicherung vor der Entgegennahme solcher Einlagen der Selbstregulierung der Banken anzuschliessen. Nach Art. 37h Abs. 2 BankG unterliegt die Selbstregulierung der Genehmigung durch die FINMA. Abs. 3 derselben Bestimmung führt die Voraussetzungen für die Genehmigung auf.

¹⁵⁴⁵ Vgl. etwa Art. 37h Abs. 6 BankG.

- Sodann kann die FINMA gemäss Art. 7 Abs. 3 FINMAG private Formen der Selbstregulierung «im Rahmen ihrer Aufsichtsbefugnisse *als Mindeststandard anerkennen* und durchsetzen».

488 Als Voraussetzung für die Anerkennung als Mindeststandard achtet die FINMA gemäss Art. 12 Abs. 1 FINMAG-VO insb. darauf, dass die fragliche Selbstregulierung breit abgestützt ist. Ferner fordert die FINMA die Selbstregulierungsverbände in ihren Leitlinien zur Finanzmarktregulierung auf, «die Grundanliegen der an die FINMA gestellten Anforderungen an die Regulierung ebenfalls zu beachten».¹⁵⁴⁶ Ganz bewusst lädt eine solche Vorgabe zu einer Annäherung zwischen privaten und staatlichen Regelungen ein. Auch nimmt die FINMA mit solchen Vorgaben Einfluss auf den Inhalt der anzuerkennenden Normen. Was solche Grundanliegen allerdings sind, wird in den Leitlinien nicht klar definiert. Vermutlich sind damit die in den Leitlinien aufgeführten Regulierungsgrundsätze gemeint.¹⁵⁴⁷ Danach ist eine grundsätzlich zurückhaltende und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachtende, prinzipienbasierte Regulierung erwünscht, die möglichst wettbewerbs- und technologieneutral wirken soll und dabei in einem transparenten, berechenbaren und glaubwürdigen Regulierungsprozess ergeht, unter frühzeitigem Einbezug der Betroffenen.¹⁵⁴⁸ Generell ist zudem vorgesehen, dass die FINMA zusätzlich eine öffentliche Konsultation vorsehen kann, wenn der Inhalt einer Selbstregulierung von grosser materieller Tragweite ist.¹⁵⁴⁹ Damit würde allerdings die Selbstregulierung zu einem u.U. zeitraubenden Verfahren gezwungen werden.¹⁵⁵⁰

489 Die von der FINMA als Mindeststandard anerkannten Normen werden jeweils in den Anhang des FINMA-RS 2008/10 übertragen. Einmal als solche anerkannt und aufgeführt, gelten sie nicht mehr nur für die Mitglieder der Selbstregulierungsorganisation, sondern sind auch von den übrigen Branchenangehörigen zu beachten. Kommt es etwa zu Zuwiderhandlungen gegen eine anerkannte Norm der Selbstregulierung, kann die FINMA Massnahmen nach Art. 31 ff. FINMAG ergreifen,¹⁵⁵¹ und zwar unabhängig davon, ob das «fehlbare» Unternehmen Teilnehmer oder

¹⁵⁴⁶ FINMA, Leitlinien Finanzmarktregulierung, N 20.

¹⁵⁴⁷ *Ebd.*, N 1 ff.

¹⁵⁴⁸ Vgl. dazu *ebd.*, N 2, N 4, N 5 und N 6.

¹⁵⁴⁹ *Ebd.*, N 21.

¹⁵⁵⁰ Vgl. dazu BSK FINMAG-WINZELER, Art. 7 N 88.

¹⁵⁵¹ Zu den aufsichtsrechtlichen Durchsetzungsmassnahmen vgl. hinten N 1162 ff.

Mitglied der Selbstregulierungsträgerschaft ist oder nicht.¹⁵⁵² Anerkannte Normen erhalten dadurch allgemeinverbindliche Gültigkeit, die durchaus vergleichbar ist mit hoheitlichen Erlassen.¹⁵⁵³ Die anerkannte Selbstregulierung wird denn auch zuweilen «dem objektiven Recht» zugerechnet.¹⁵⁵⁴

Von der regulierten Selbstregulierung zu unterscheiden ist die sog. «freie» oder «echte» Selbstregulierung.¹⁵⁵⁵ Von ihr ist die Rede, wenn Private eigeninitiativ, also ohne Mitwirkung von staatlicher Seite, Regelungen für als regelungsbedürftig anerkannte Sachverhalte aufstellen (und sie allenfalls mit den Instrumenten des Privatrechts durchsetzen)¹⁵⁵⁶ und sie auch nicht einer staatlichen Stelle zur Anerkennung oder Genehmigung unterbreiten müssen. Im Finanzmarktbereich gehören bspw. die Empfehlungen der SBVg für das «*Business Continuity Management*» (BCM) dazu¹⁵⁵⁷ oder der für Finanzintermediäre bedeutende «*Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance*», der von der *economiesuisse* für börsennotierte Unternehmen erlassen wurde und eine hohe Autorität im Markt genießt.¹⁵⁵⁸ Ihre rechtliche Relevanz ergibt sich u.a. aus ihrer Verwendung durch die rechtsprechenden

¹⁵⁵² Vgl. dazu SGHB Finanzmarktrecht I-WINZELER, § 7 N 12 f. auch mit Verweis auf den Spezialfall der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 16), die nicht nur Gegenstand aufsichtsrechtlicher Prüfung ist, sondern zusätzlich ein von der SBVg eingerichtetes Untersuchungs- und Aufsichtsverfahren vorsieht, das gestützt auf eine Schiedsklausel zu einer Konventionalstrafe führen kann. Dieses Verfahren steht aber nur gegen Institute zur Verfügung, die diese Vereinbarung unterzeichnet haben.

¹⁵⁵³ Vgl. SGHB Finanzmarktrecht I-WINZELER, § 7 N 12; ZULAUF, Koregulierung, N 22 ff., allerdings mit weitgehenden Differenzierungen und insb. mit Ausführungen zur Frage, inwiefern eine als Mindeststandard anerkannte Selbstregulierung auch für die FINMA verbindlich ist.

¹⁵⁵⁴ Vgl. JUTZI, Mindeststandards, 209; vgl. ebenso BSK FINMAG-WINZELER, Art. 7 N 88.

¹⁵⁵⁵ BSK FINMAG-WINZELER, Art. 7 N 178; C. BÜHLER, N 122 ff.

¹⁵⁵⁶ Vgl. etwa die Darstellung bei WOHLERS, Selbstregulierung, 287.

¹⁵⁵⁷ Vgl. dazu BSK FINMAG-WINZELER, Art. 7 N 179 m.w.H.; vgl. auch SGHB Finanzmarktrecht I-WINZELER, § 7 N 36 ff. – Zu beachten ist, dass drei Kapitel dieses Regelwerks, das nur für die Mitglieder der SBVg verbindliche Empfehlungen enthält, von der FINMA als Mindeststandard anerkannt worden sind. Es handelt sich dabei um die Kapitel 4.4 (zur Definition einer Business-Continuity-Management-Strategie), Kapitel 4.5.1 (zur Durchführung einer Business-Impact-Analyse) sowie Kapitel 4.5.2 (zur Festlegung von Business-Recovery-Optionen). Vgl. dazu SGHB Finanzmarktrecht I-WINZELER, § 7 N 61.

¹⁵⁵⁸ Vgl. dazu etwa K. HOFSTETTER, passim m.w.H.; SGHB Finanzmarktrecht I-WINZELER, § 7 N 32 ff.; C. BÜHLER, N 1250 ff. und N 1259 ff. insb. zur Rechtsnatur des «*Swiss Code*».

Instanzen bspw. als Hinweise für «Marktusanzen» und Handelsbräuche oder zur Konkretisierung einschlägiger Bestimmungen des Aktienrechts.¹⁵⁵⁹ Solche Formen der Regulierungen sind rechtlich jedoch nicht verbindlich. Allerdings können Abweichungen von diesen Regelwerken mit erheblichen Reputationsrisiken verbunden sein, was zu einer faktischen Einschränkung ihrer Freiwilligkeit führen kann.

5. Mitwirkung der Aufsichtsbehörden im regulären Rechtsetzungsverfahren

5.1 Der Einfluss aufsichtsrechtlicher Regulierung auf die Rechtsentwicklung

- 491 Regelmässig sind Aufsichtsbehörden gehalten, «nicht bloss den Ist-Zustand oder gar die Vergangenheit» zu beurteilen, sondern «vorausschauend» tätig zu werden¹⁵⁶⁰ und sich mit Entwicklungen, die ihre Beaufsichtigten und deren Markt tangieren, kontinuierlich auseinanderzusetzen.¹⁵⁶¹ Als besonders fachkundige und kompetente Verwaltungsbehörden sind sie nicht selten anderen Akteuren in ihrem Fachbereich inhaltlich voraus.
- 492 Illustrativ war bspw. der Einfluss der FINMA auf die Erarbeitung des Finanzdienstleistungsgesetzes (FIDLEG) sowie des Finanzinstitutsgesetzes (FINIG). Ausgangspunkt dieser Gesetzesprojekte war nämlich die Feststellung der FINMA im Herbst 2010, dass das geltende Recht insb. keinen angemessenen Kundenschutz gewährleistete.¹⁵⁶² Im Februar 2012 folgte daraufhin das «FINMA-Positionspapier zur Regulierung der Produktion und des Vertriebs von Finanzproduktion»,¹⁵⁶³

¹⁵⁵⁹ So wird z.B. der Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance bspw. herangezogen, um die Sorgfaltspflicht des Verwaltungsrates zu bestimmen (vgl. C. BÜHLER, N 1261 f.).

¹⁵⁶⁰ KILGUS, Expertengutachten, N 107.

¹⁵⁶¹ In diesem Sinne wird z.B. in Ziel 6 der Strategischen Ziele 2021 bis 2024 der FINMA festgehalten, dass bei der Anwendung bestehender Vorschriften auf innovative Geschäftsmodelle die FINMA «pragmatisch und vorausschauend» vorgehe und sicherstelle, «dass Regulierung und Aufsicht keine unnötigen Hürden für Innovation darstellen und technologieneutral ausgestaltet sind» mit dem Ziel, dass «innovative Geschäftsmodelle und Produkte auf dem Markt faire Chancen haben».

¹⁵⁶² FINMA, Regulierung von Produktion und Vertrieb von Finanzproduktion an Privatkunden – Stand Mängel und Handlungsoptionen («FINMA-Vertriebsbericht 2010») Oktober 2010, abrufbar unter <<https://www.finma.ch> → Dokumentation → Archiv → Diskussions- und Positionspapiere> (besucht am 15.8.24).

¹⁵⁶³ FINMA, Regulierung der Produktion und des Vertriebs von Finanzprodukten («FINMA-Positionspapier Vertriebsregeln»), 24.2.2012, abrufbar unter <<https://www.finma.ch> → Dokumentation → Archiv → Diskussions- und Positionspapiere> (besucht am 15.8.24).

das als «Abschlussbericht» nach Durchführung einer Art Vernehmlassung in den sog. Hearing-Bericht des EFD für ein zukünftiges FIDLEG¹⁵⁶⁴ eingeflossen war. Das EFD begrüßte eine solche «Vor-Vernehmlassung» und erhoffte sich, daraus Trends sowie Mehrheiten ableiten und in die Vorarbeiten zum FIDLEG miteinbeziehen zu können.¹⁵⁶⁵ In der Folge beauftragte der Bundesrat am 28. März 2012 das EFD in Zusammenarbeit mit dem EJPD und der FINMA, den Handlungsbedarf im Bereich einer sektorenübergreifenden Regulierung von Finanzprodukten und -dienstleistungen sowie von deren Vertrieb zu prüfen und einen Vernehmlassungsentwurf mit den notwendigen gesetzlichen Grundlagen auszuarbeiten.¹⁵⁶⁶

Auch die Praxis der Aufsichtsbehörden, ihre Entscheidungen ebenso wie die von ihnen erlassenen Regulierungen können die ordentliche Rechtsetzung grundsätzlich beeinflussen. Es gehört zum «gewöhnlichen Gesetzgebungsverfahren», dass Ergebnisse aus der rechtsanwendenden Praxis im Rahmen der Rechtsetzung berücksichtigt, ja allenfalls sogar bestehende Erlasse mit Blick auf die Rechtsanwendungspraxis «nachgeführt» werden.¹⁵⁶⁷ Ist die Rechtsanwendungspraxis kodifiziert, wird dieser «Überführungsprozess» für die Gesetzgebung selbstredend zusätzlich vereinfacht. Entsprechend erstaunt es nicht, dass etwa die in aufsichtsrechtlichen Verwaltungsverordnungen gesammelte Praxis der Aufsichtsbehörden zur Rechtsfortentwicklung beitragen kann.¹⁵⁶⁸

So wurde bspw. in der Botschaft zum FINMAG festgehalten, die in den Rundschreiben zum Prüfungswesen der EBK eingeführte begriffliche Aufteilung in Rechnungs- und Aufsichtsprüfung werde neu auch in das Bankengesetz überführt. Zudem werde die bereits nach der Praxis der EBK geltende Pflicht für Prüfgesellschaften verankert, ihr Vorgehen mit den internen Revisoraten abzusprechen.¹⁵⁶⁹

¹⁵⁶⁴ EFD, Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) – Stossrichtungen möglicher Regulierung, 18.2.2013.

¹⁵⁶⁵ KILGUS, Expertengutachten, N 141 f. m.w.H.

¹⁵⁶⁶ Vgl. BR, Medienmitteilung vom 28.3.2012, «Bundesrat für einheitliche Regeln beim Vertrieb von Finanzprodukten».

¹⁵⁶⁷ Vgl. MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, N 268, zu experimentellen Aspekten der Rechtsetzung sowie N 195, wo sich die Autoren generell für eine «*ex post*»-Evaluation von Regelungen aussprechen.

¹⁵⁶⁸ Vgl. so etwa auch KILGUS, Expertengutachten, N 116 und N 107 m.w.H. – Dies leuchtet besonders ein, wenn sich die in Verwaltungsverordnungen niedergelegten Regeln als gewohnheitsrechtliche Vorschriften qualifizieren lassen, was, wie P. EGLI überzeugend darlegt, nicht selten der Fall ist (P. EGLI, Verwaltungsverordnungen, 1164 ff.).

¹⁵⁶⁹ Botschaft FINMAG, BBl 2006 2900.

Die FINMA übernahm ausserdem auch schon die Aufgabe, mit dem Erlass eines Rundschreibens die Zeit bis zum Erlass oder bis zur Anpassung eines Gesetzes zu überbrücken. Ein Beispiel in diese Richtung lieferte das FINMA-RS 2013/2, das für einen befristeten Zeitraum eingesetzt wurde.¹⁵⁷⁰

5.2 Einbezug der Aufsichtsbehörden in den ordentlichen Legislativprozess

- 494 Aufsichtsbehörden können als Fachbehörden und Expertengremien aber auch ganz offiziell im Auftrag des Bundes (und unter entsprechender finanzieller Entschädigung) an der vorparlamentarischen Gesetzgebungsvorbereitung in ihren Spezialgebieten mitwirken, indem sie in die Erarbeitung der Gesetzesvorentwürfe involviert werden. Nicht selten begleiten sie auch die nachparlamentarische Phase, bspw. im Rahmen der Ausarbeitung von Verordnungen des Bundesrates.¹⁵⁷¹ Solche Legislativkompetenzen der Aufsichtsbehörden haben unterschiedliche rechtliche Verankerungen erfahren:
- 495 – So wirkt bspw. das ENSI gemäss Art. 2 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 ENSIG an der Vorbereitung von Erlassen in den Bereichen Kernenergie- und Strahlenschutzgesetzgebung sowie Bevölkerungs- und Zivilschutzgesetzgebung mit und an Vorschriften betreffend die Beförderung von gefährlichen Gütern.
- 496 – Gemäss Art. 69 Abs. 3 HMG «kann» der Bundesrat auch «das [Schweizerische Heilmittelinstitut] beauftragen, bei der Vorbereitung der Erlasse auf dem Gebiet der Heilmittel mitzuwirken». In der Botschaft zum HMG wurde diese Institutskompetenz v.a. mit Blick auf künftige Gesetzes- und/oder Verordnungsanpassungen vorgesehen. Begründet wurde diese Kompetenz mit dem Know-how des Instituts, seinen internationalen fachlichen Kontakten und seiner «Erfahrung in der Anwendung».¹⁵⁷² Swissmedic war entsprechend in die in verschiedenen Etappen erfolgte Revision des HMG involviert.¹⁵⁷³

¹⁵⁷⁰ Vgl. FINMA-RS 2013/2, N 4; vgl. dazu auch KILGUS, Expertengutachten, N 114 (Fn. 179).

¹⁵⁷¹ Die GPK-S beschrieb in ihrem Bericht zur ausserparlamentarischen Gesetzgebung im Rahmen der beruflichen Vorsorge vom 7.4.1995 (BBl 1995 IV 1239 ff.) die Konsultation ausserparlamentarischer Kommissionen gar «als charakteristisch für den politischen Entscheidungsprozess», allerdings mit dem Hinweis, dass die ausserparlamentarischen Kommissionen im Rahmen des Gesetzesvollzugs nur beratende Funktion haben und die definitiven Entscheide von der Verwaltung oder vom Bundesrat gefasst werden (*ebd.*, 1252 f.).

¹⁵⁷² Vgl. Botschaft HMG, BBl 1999 III 3552.

¹⁵⁷³ Im damaligen Leistungsauftrag für die Jahre 2011 bis 2015 war denn auch vorgesehen, dass Swissmedic zusammen mit dem BAG «als fachkompetente Behörde aktiv an den anstehenden Änderungen der Gesetze und Verordnungen im Heilmittelbereich» mitarbeitet (vgl.

- In der Vergangenheit hatte sich Swissmedic noch auf den Standpunkt gestellt, 497
dass die Formulierung von Art. 69 Abs. 3 HMG als «Kann-Vorschrift» und die
generelle Aufteilung der Zuständigkeiten im Hinblick auf die Vorbereitung und
Ausarbeitung von Erlassen im Heilmittelbereich unbefriedigend seien.¹⁵⁷⁴ Es
führte aus, «dass die Federführung bei der Gesetzgebung demjenigen Organ
übertragen werden sollte, das direkt mit den praktischen Problemen und den
Marktteilnehmern konfrontiert ist und das über die Sachkompetenz und das
Know-how im Heilmittelbereich verfügt»,¹⁵⁷⁵ nicht zuletzt auch zwecks Stär-
kung der Glaubwürdigkeit von Swissmedic auf nationaler und internationaler
Ebene.¹⁵⁷⁶ Nur wenn das Institut über einen direkten Zugang zu den politischen
Entscheidungsträgern im Bereich der Gesetzgebung verfüge, könne sich Swiss-
medic als Schweizer Kompetenzzentrum im Heilmittelbereich positionieren, an-
sonsten werde das BAG als «hauptsächliche Schaltstelle im Heilmittelbereich»
wahrgenommen.¹⁵⁷⁷ Demgegenüber vertrat das EDI die Ansicht, Vorbereitung
und Erarbeitung von Erlassen müssten innerhalb der Weisungsbefugnis des (po-
litisch verantwortlichen) Departementvorstehers bleiben. Zu beachten seien u.a.
enge Beziehungen zwischen dem HMG und anderen Gesetzen, die ebenfalls im
Zuständigkeitsbereich des BAG liegen würden und koordiniert werden müssten.
Insb. wies das EDI darauf hin, dass eine Übertragung von Rechtsetzungskompe-
tenzen an Swissmedic auch angesichts der Unabhängigkeit des Instituts heikel
sein könne. Die Zuweisung politischer und operativer Aufgaben an verschiedene
Organe wahre die Glaubwürdigkeit der Entscheidungen von Swissmedic und sei
auch aus Gründen der Gewaltentrennung geboten.¹⁵⁷⁸
- Die GPK-S, die die neu errichtete Swissmedic relativ kurz nach ihrer Ein- 498
setzung untersucht hatte,¹⁵⁷⁹ hielt es insgesamt für unabdingbar, dass Swiss-

Swissmedic, Leistungsauftrag 2011–2015, 6 [Strategischer Schwerpunkt «Produktgruppe Normen»]; vgl. auch Swissmedic, Leistungsvereinbarung 2016, 1 [Schwerpunkt 1]).

¹⁵⁷⁴ GPK-S, Swissmedic-Bericht, BBl 2005 336.

¹⁵⁷⁵ *Ebd.*

¹⁵⁷⁶ *Ebd.*

¹⁵⁷⁷ *Ebd.*, BBl 2005 336 f.

¹⁵⁷⁸ *Ebd.*, BBl 2005 337.

¹⁵⁷⁹ Vorausgegangen war ein Bericht der EFK, der am 1.10.2002 an Swissmedic adressiert worden war und beträchtliche Schwierigkeiten aufzeigte, mit welchen das neue Institut befasst war. Nachdem einige Schlussfolgerungen aus diesem Bericht in der Presse aufgetaucht waren, wurde am 13.12.2002 eine parlamentarische Interpellation eingereicht (Interpellation Leuthard [02.3762]). Schliesslich wurde auch die GPK-S aktiv (zu den Hintergründen ihrer Untersuchung vgl. GPK-S, Swissmedic-Bericht, BBl 2005 283 ff.) und ihr Bericht, der auch Empfehlungen an das EDI und an den Bundesrat enthielt, führte schliesslich zur Erarbeitung des Corporate-Governance-Berichts des Bundesrates (vgl. dazu hinten N 599 ff.).

medic als sachkompetente Behörde am Vorverfahren der Gesetzgebung beteiligt sei und der Institutsrat berechtigt sein müsse, Antrag zum Erlass, zur Änderung oder zur Aufhebung heilmittelrechtlicher Erlasse zu stellen.¹⁵⁸⁰ Es genüge nicht, wenn der Einbezug des Instituts – der Kann-Formulierung von Art. 69 Abs. 3 HMG entsprechend – formell «vom guten Willen der betroffenen Organe der Zentralverwaltung abhängig» sei.¹⁵⁸¹ Vielmehr sollte nach Ansicht der GPK-S eine solche Kompetenz gesetzlich garantiert sein. Die GPK-S kam deshalb zum Schluss, die Formulierung in Art. 69 Abs. 3 HMG sei insgesamt unzureichend.¹⁵⁸² In ihrer «Empfehlung 4» forderte sie den Bundesrat entsprechend auf, anlässlich der nächsten Revision des HMG entsprechende Änderungen im Gesetz zu verankern und in der Zwischenzeit Swissmedic eine wirksame Einbeziehung in die Gesetzgebung zu ermöglichen.¹⁵⁸³ Bislang wurde Art. 69 Abs. 3 HMG allerdings – soweit ersichtlich – nie angetastet.¹⁵⁸⁴

499 – Bemerkenswerterweise wurde zwar die Regulierungstätigkeit der FINMA mit Art. 7 FINMAG einer gewissen Regelung zugeführt und wurden insb. Regulierungsgrundsätze erlassen, allerdings nennt die Bestimmung explizit nur Verordnungen und Rundschreiben (Abs. 1) sowie die Selbstregulierung (Abs. 3). Auf ihre mögliche Mitwirkung im ordentlichen Rechtsetzungsprozess wird nicht Bezug genommen. Gleichwohl nimmt die FINMA solche Aufgaben wahr. Interessant ist in diesem Zusammenhang Art. 13 Abs. 2 FINMAG-VO, wonach die FINMA und das EFD einander diejenigen Informationen, Unterlagen und Daten zur Verfügung stellen, «welche die jeweils andere Behörde für die Wahrnehmung ihrer Aufgaben in der Regulierung benötigt». Auf die dadurch möglicherweise aufgeworfenen Bedenken u.a. zum Thema Unabhängigkeit wird nachfolgend näher eingegangen.¹⁵⁸⁵

500 Dass die Aufsichtsbehörden ihre Erfahrung und ihre gebündelte Expertise in die Rechtsetzung in ihren Fachbereichen einfließen lassen, ist sinnvoll, sind doch nur wenige in die Gesetzgebung involvierte Akteure in vergleichbarer Weise fachlich spezialisiert und qualifiziert. Es erscheint auch nur als sachgerecht, wenn sie von sich aus eigene Vorschläge unterbreiten oder Anregungen zu fachspezifischen Vorschriften geben können, die so den Weg in die Gesetzgebung finden.¹⁵⁸⁶ Dass

¹⁵⁸⁰ GPK-S, Swissmedic-Bericht, BBI 2005 338.

¹⁵⁸¹ *Ebd.*

¹⁵⁸² *Ebd.*

¹⁵⁸³ *Ebd.*, BBI 2005 339.

¹⁵⁸⁴ Der Wortlaut von Art. 69 Abs. 3 HMG lautet immer noch gleich wie der ursprünglich in Kraft gesetzte Gesetzestext vom 15.12.2000 (vgl. AS 2001 2790).

¹⁵⁸⁵ Dazu hinten N 519 ff., N 522 ff. sowie N 793 ff.

¹⁵⁸⁶ So äusserte sich etwa die GPK-S im Swissmedic-Bericht, BBI 2005 338.

beaufsichtigenden und vollziehenden Instanzen auch rechtsetzerische Aufgaben zufallen können, wird somit in Kauf genommen und auch nicht weiter problematisiert. Entsprechend reichen die Aufsichtsbehörden regelmässig im Rahmen der verwaltungsinternen Ämterkonsultation oder im Rahmen eines eröffneten Vernehmlassungsverfahrens Stellungnahmen zu Gesetzesentwürfen ein.

Die Konsultation von Einheiten der zentralen oder dezentralen Bundesverwaltung im Rahmen eines Gesetzgebungsverfahrens erfolgt im Rahmen der Ämterkonsultation (Art. 4 RVOV) und manchmal auch im Rahmen des Mitberichtsverfahrens (Art. 15 RVOG).¹⁵⁸⁷ Neben aufsichtsausübenden Bundesämtern, die der zentralen Bundesverwaltung zugeordnet werden,¹⁵⁸⁸ bringen sich auch Aufsichtsbehörden, die zur dezentralen Bundesverwaltung gezählt werden¹⁵⁸⁹ (und damit sowohl Aufsichtsbehörden in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Anstalten als auch Behördenkommissionen¹⁵⁹⁰), auf diesem Weg ein. Behördenkommissionen können ferner gestützt auf Art. 4 Abs. 2 lit. e VIG i.V.m. Art. 10 Abs. 2 VIV i.V.m. Anhang 2 RVOV von der federführenden Behörde als «im Einzelfall interessierte ausserparlamentarische Kommissionen» zur Stellungnahme im Vernehmlassungsverfahren eingeladen werden.

Der massgebliche Einfluss, der den Aufsichtsbehörden im gesetzgeberischen Vorverfahren zukommt, ist nicht unerheblich, zumal regelmässig in diesem Stadium die entscheidenden Weichenstellungen für den weiteren Gang des Gesetzgebungsverfahrens gelegt und grundlegende Entscheide über die Ausrichtung eines Erlasses getroffen werden, die oftmals das spätere parlamentarische Verfahren prägen.¹⁵⁹¹ Auch aus diesem Grund ist zuweilen die Rede von einer faktischen Abhängigkeit des Bundesrates und der Bundesversammlung von der Bundesverwaltung, die dank ihrer Grösse und ihrer Spezialisierung als einzige in der Lage ist, das im Gesetzgebungsprozess notwendige Wissen zu sammeln und zu verarbeiten.¹⁵⁹² Die Mitwirkung der Aufsichtsbehörden in Legislativprozessen stellt die bedeutenden Rechtsetzungs- und Steuerungskompetenzen, die der Exekutive generell und der Verwaltung im Besonderen innerhalb des Staates zukommen, unter Beweis.¹⁵⁹³ 501

¹⁵⁸⁷ BJ, Gesetzgebungsleitfaden 2019, N 217.

¹⁵⁸⁸ Dazu hinten N 588 ff.

¹⁵⁸⁹ Dazu hinten N 595 ff.

¹⁵⁹⁰ Zu den öffentlich-rechtlichen Rechtsformen N 668 ff.; zur organisationsrechtlichen Ausgestaltung von Aufsichtsbehörden in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Anstalten bzw. von Behördenkommissionen vgl. hinten N 676 ff. bzw. N 828 ff.

¹⁵⁹¹ Vgl. dazu SÄGESSER, Kommentar RVOG, Art. 7 N 4 ff. m.w.H.

¹⁵⁹² HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 2080; BIAGGINI, öffentliche Verwaltung, § 20 N 2; STÖCKLI, Bundesrat, N 35.

¹⁵⁹³ Dazu sogleich N 502 ff.

C. Grundsätzliche Diskussionspunkte angesichts rechtsetzender Aufsichtsbehörden

1. Strapaziertes Gewaltenteilungsprinzip?

502 Wie die vorangehenden Ausführungen gezeigt haben, sind unterschiedliche Rechtsetzungskompetenzen von Aufsichtsbehörden heute weitgehend etabliert. Wenn anstelle des formellen Gesetzgebers (gemäss Verfassung: Bundesversammlung und Stimmvolk) Akteure der Exekutive rechtsetzend wirken und damit die «verfassungsmässige Stammfunktion»¹⁵⁹⁴ des Gesetzgebers übernehmen, wird allerdings in die unter dem Begriff des Gewaltenteilungsprinzips angesprochene klassische Ordnung des Staates eingegriffen. Legislativaufgaben von Aufsichtsbehörden führen im Ergebnis zu einer Kompetenzakkumulation bei diesen Behörden, die nicht mehr «nur» für die Rechtsanwendung und somit die Aufgaben der Massstabdurchsetzung zuständig sind, sondern auch für den Erlass der anwendbaren Normen und damit für die Massstabsetzung. Diese Vermischung von Kompetenzen – es ist die Rede von einem eigentlichen «Machttransfer» vom Parlament an die Verwaltung¹⁵⁹⁵ – wird auch angesichts der Tatsache, dass die Aufsichtsbehörden regelmässig nicht bloss technische Details von untergeordneter Bedeutung regeln, sondern mit ihren (auch rechtlich nicht verbindlichen) Erlassen die Rechtsstellung der Beaufsichtigten z.T. direkt zu tangieren vermögen, mit Sorge beobachtet.¹⁵⁹⁶ Allerdings stellen sich mit Blick auf die unterschiedlichen Formen der Rechtsetzung durch Aufsichtsbehörden unterschiedliche Fragen:

503 Stellte GIACOMETTI etwa die Zulässigkeit der Gesetzesdelegation an die Exekutive noch in Frage,¹⁵⁹⁷ ist sie heute im Grundsatz nicht mehr umstritten. Lehre und Rechtsprechung sind jedoch darauf bedacht, sie nur innerhalb bestimmter Grenzen zuzulassen.¹⁵⁹⁸ Während es somit Aufgabe der Gesetzgebung bleibt, wichtige politische Risiko- und Richtungsentscheide sowie Entscheide über Grundwertungsfragen

¹⁵⁹⁴ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 423.

¹⁵⁹⁵ Vgl. etwa P. KUNZ, Gewaltenteilung.

¹⁵⁹⁶ Bereits BULLINGER plädierte dafür, «daß Maßstabsetzung und Maßstabdurchsetzung, Lenkung und Aufsicht in der täglichen Verwaltungspraxis säuberlich voneinander geschieden werden. Den Wirtschaftsunternehmen muß klar und rechtsverbindlich der Maßstab für ihr Verhalten gesetzt werden, bevor sie mit Maßnahmen der Aufsicht überzogen werden» (BULLINGER, 291). Andernfalls fürchtete er eine «[u]ngemessene Bevormundung oder schleichende Verstaatlichung (...), wenn Elemente der Wirtschaftslenkung oder -leitung in die Staatsaufsicht einfließen» würden (*ebd.*, 290).

¹⁵⁹⁷ GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, 158 ff.

¹⁵⁹⁸ Dazu vorne N 422 ff. m.w.H.

zu normieren,¹⁵⁹⁹ ist sie häufig in fachspezifischen Tätigkeitsbereichen der dezentralisierten Verwaltung weder gewillt noch in der Lage, materielle Steuerungsent-scheide zu fällen.¹⁶⁰⁰ Es gehört zum gewaltengegliederten Staat, dass sich das Par-lament in solchen Konstellationen dafür entscheiden kann, gewisse Kompetenzen zu delegieren, um ein bestimmtes (politisches) Programm besser zu verwirklichen. Gesetzliche Delegationsnormen erlauben es aus dieser Sicht, das gebündelte Fach-wissen, die Praxisnähe sowie die Möglichkeiten der Aufsichtsbehörden zu nutzen, um zeitgerechte Regelungen im Rahmen weniger schwerfälliger Gesetzgebungsver-fahren zu erlassen.¹⁶⁰¹ Rechtsetzende Aufsichtsbehörden widersprechen nach heuti-gen Auffassungen somit nicht grundsätzlich dem Prinzip der Gewaltenteilung. Die Vorstellung, der Rechtssetzer dürfe nicht identisch mit dem Gesetzes- bzw. Rechts-anwender sein und die drei Gewalten üben ihre Aufgaben absolut getrennt und in gegenseitiger Unabhängigkeit aus,¹⁶⁰² entspricht weder dem Verfassungsrecht – das im Übrigen auch keine explizite Formulierung des Gewaltenteilungsprinzips enthält¹⁶⁰³ – noch dem Gesetzesrecht.¹⁶⁰⁴ Es wurde auch in keinem Staatswesen konsequent umgesetzt.¹⁶⁰⁵ Nach SEILER widerspricht ein solches Bild sogar einem grossen Teil der klassischen Gewaltenteilungslehre.¹⁶⁰⁶ Gewaltenteilung wird denn

¹⁵⁹⁹ Vgl. etwa M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, 336.

¹⁶⁰⁰ *Ebd.*, 286.

¹⁶⁰¹ Vgl. in diesem Sinne auch MÖLLERS, Drei Gewalten, 127 f.; BIAGGINI, öffentliche Ver-waltung, § 20 N 2; TSCHANNEN, Staatsrecht, N 1420.

¹⁶⁰² Vgl. zu solchen Auffassungen eingehend etwa SEILER, Gewaltenteilung, 285 ff. und 482 ff.; MARTENET, Séparation des pouvoirs, N 6 ff.

¹⁶⁰³ Vgl. dazu MAHON, § 65 N 19; MARTENET, Séparation des pouvoirs, N 26 ff. – Den-noch wird das Gewaltenteilungsprinzip vom Bundesgericht als verfassungsmässiges Recht anerkannt und besteht insb. angesichts Art. 143 ff. BV kein Zweifel an der ver-fassungsrechtlichen Geltung dieses Grundsatzes. Vgl. dazu etwa MARTENET, Sépara-tion des pouvoirs, N 29; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Vol. I, N 1793 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, N 1004; BELSER/WALDMANN/WIEDERKEHR, 7/26 ff.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 2291 ff. m.w.H. auf die Rechtsprechung.

¹⁶⁰⁴ Art. 7 RVOG hält etwa unter dem Titel «Rechtsetzung» explizit fest: «Unter Vorbe-halt des parlamentarischen Initiativrechts leitet der Bundesrat das Vorverfahren der Gesetzgebung. Er legt der Bundesversammlung Entwürfe zu Verfassungsänderungen, Bundesgesetzen und Bundesbeschlüssen vor und erlässt die Verordnungen, soweit er dazu durch Verfassung oder Gesetz ermächtigt ist.»

¹⁶⁰⁵ RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, 2264; vgl. in diesem Sinne auch MÖLLERS, Separation, 230 ff.; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 446.

¹⁶⁰⁶ Vgl. SEILER, Gewaltenteilung, 125 ff., 295 ff. (zu Verordnungen der Regierung und Verwaltung) sowie 489 ff. (Reihenfolge) mit einer eingehenden Übersicht über die Kritik an populären Gewaltenteilungsauffassungen im schweizerischen Staatsrecht.

auch schon lange nicht mehr als vorgegebenes, klar definiertes, starres Raster einer Staatsstruktur aufgefasst, sondern als Richtlinie, die bei der organisatorischen Ausgestaltung von Staatsaufgaben hilfreich sein kann.¹⁶⁰⁷ Genannt wird regelmässig die damit in Verbindung gebrachte Grundintention, Macht zu mässigen zugunsten der Förderung von Freiheit.¹⁶⁰⁸ Nach aktuellem Verständnis liegt gerade im Zusammenwirken der Gewalten – auch im Rahmen der Rechtsetzung – ein wesentliches Kontroll- und Machthemmungselement.¹⁶⁰⁹

- 504 M. MÜLLER geht noch einen Schritt weiter, wenn er davor warnt, an einem herkömmlichen Verwaltungsverständnis starr festzuhalten, könne dies doch zu falschen Zuweisungen der Steuerungskompetenzen in der Rechtswirklichkeit verleiten und damit auch mitursächlich für Steuerungsmängel sein.¹⁶¹⁰ Er plädiert insb. dafür, «die Eigenständigkeit der Verwaltung im Gewaltengefüge nicht nur rhetorisch anzuerkennen, sondern auch in der Rechtsdogmatik entsprechend zu berücksichtigen» und ihr so eine «originäre Rechtsetzungs- und Steuerungskompetenz», einen Bereich «administrativer Selbststeuerung», zuzugestehen.¹⁶¹¹
- 505 Die Aufsichtsbehörden eignen sich besonders gut, um die zunehmend anerkannte wichtige Bedeutung der Verwaltung (bzw. ihrer Einheiten) und ihre «autonome Stellung» innerhalb des Gewaltengefüges¹⁶¹² zu illustrieren. Die Mitwirkung von Aufsichtsbehörden im ordentlichen Gesetzgebungsprozess,¹⁶¹³ aber auch aufsichts-

¹⁶⁰⁷ MASTRONARDI, 510.

¹⁶⁰⁸ EICHENBERGER, Kontrolle, 132; vgl. auch SEILER, Gewaltenteilung, 278 ff. und insb. 270, wo er dafür plädiert, das gewaltenteilige Postulat «nicht primär als Kontrolle, Verantwortung oder Dialog zwischen <Gewalten> zu verstehen, sondern zwischen Behörden und Menschen», wobei die Kontrolle der Machtausübung im Vordergrund stehe. In diesem Sinne auch TSCHANNEN, Staatsrecht, N 1003 sowie N 1006 ff. m.w.H.; MASTRONARDI, 510; MAHON, § 65, N 2 und N 13; vgl. zu den Hintergründen und unterschiedlichen Narrativen rund um das Gewaltenteilungsprinzip MÖLLERS, Separation, 230 ff. und insb. 245; ebenso eingehend MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Vol. I, N 1779 ff.; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 435 ff.

¹⁶⁰⁹ Vgl. dazu aus der schweizerischen Literatur etwa MARTENET, Séparation des pouvoirs, N 21 ff. m.w.H.; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, insb. 456 f.; vgl. auch SEILER, Gewaltenteilung, 126 m.w.H.; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Vol. I, N 1805 f.; MAHON, insb. § 65 N 12 f. m.w.H.

¹⁶¹⁰ M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, 208 f.

¹⁶¹¹ *Ebd.*, 231 sowie 284 ff. zur «administrativen Selbststeuerung» im Besonderen.

¹⁶¹² *Ebd.*, 231. Vgl. dazu auch STÖCKLI, Bundesrat, N 35 m.w.H.; BIAGGINI, öffentliche Verwaltung, § 20 N 2; TSCHANNEN, Staatsrecht, N 1419 ff.; SEILER, Gewaltenteilung, 738 ff.

¹⁶¹³ Dazu vorne N 491 ff.

rechtliche Rechtsverordnungen¹⁶¹⁴ strapazieren das Gewaltenteilungsprinzip nach dieser Auffassung nicht übermäßig und müssen auch nicht *per se* problematisch sein, sofern die erforderlichen, einschlägigen rechtlichen Vorgaben eingehalten werden. Vielmehr ist der Einbezug des Wissens und der Erfahrung spezialisierter Fachbehörden in den Rechtsetzungsprozess meist sachlich angezeigt und sinnvoll. Wie aufgezeigt, hat sich die Übertragung von Kompetenzen zur Regelung fachspezifischer Fragen von der gesetzgebenden Gewalt an verordnungserlassende Aufsichtsbehörden inzwischen gefestigt. Somit klären die Aufsichtsbehörden immer mehr Steuerungsfragen, während sich die Gesetzgebung auf den Erlass von «Auffang-» oder «Rahmengesetzen» konzentriert.¹⁶¹⁵

Schwieriger erscheint die rechtsdogmatische Einordnung von Verwaltungsverordnungen¹⁶¹⁶ ebenso wie die rechtliche Erfassung weiterer Erlass- und Kommunikationsformen der Aufsichtsbehörden wie Richtlinien, Merkblätter, Mitteilungen, Stellungnahmen etc.¹⁶¹⁷ Problematisch ist allerdings nicht die Tatsache, dass Exekutivbehörden ihre eigene Praxis festhalten und kommunizieren und damit mittels detaillierter materieller Vorgaben eine gewisse (auch rechtliche) Verhaltenssteuerung der Beaufsichtigten bewirken können. Vielmehr werden damit regelmässig Fragen zur demokratisch-rechtsstaatlichen Einbindung solcher Behörden und ihrer (Rechtsetzungs-)Tätigkeiten aufgeworfen. MÖLLERS wendet etwa ein, dass es problematisch sei, wenn solche Gremien nicht an die demokratische Verantwortlichkeit der allgemeinen Exekutive angebunden seien, indem sie (explizit) «unabhängig» von ihr ausgestaltet werden würden¹⁶¹⁸ – ein Aspekt, der im Rahmen der Untersuchung der Unabhängigkeit von Aufsichtsbehörden besonders zu besprechen sein wird.¹⁶¹⁹ Im Hinblick auf die Rechtsetzungstätigkeiten der Aufsichtsbehörden führen solche Bedenken insb. zu erhöhten Anforderungen an die gesetzlichen Grundlagen der jeweiligen (aufsichts-)behördlichen Erlasse. Auf diese Diskussion wird sogleich näher eingegangen.

¹⁶¹⁴ Dazu vorne N 419 ff.

¹⁶¹⁵ Zu solchen Entwicklungen vgl. bereits vorne N 88 und N 419; vgl. auch HETTICH, Kooperative Risikoversorge, insb. N 508, der den Begriff der Rahmengesetzgebung allerdings v.a. im Zusammenhang mit Mechanismen der privaten Selbstregulierung verwendet (vgl. *ebd.*, N 554, N 669).

¹⁶¹⁶ Dazu vorne N 451 ff.

¹⁶¹⁷ Dazu vorne N 474 ff.

¹⁶¹⁸ Vgl. MÖLLERS, Drei Gewalten, 133.

¹⁶¹⁹ Dazu hinten insb. N 640 ff.

2. Genügende gesetzliche Grundlagen?

- 507 Von Aufsichtsbehörden erlassene Normen werden regelmässig im Hinblick auf ihre gesetzliche Grundlage bemängelt. Aufsichtsbehörden verfügen innerhalb der Exekutive nicht über eine institutionelle demokratische Legitimation wie die Regierung. Ihre demokratische Legitimation als Teil der Verwaltung ist eine abgeleitete.¹⁶²⁰ Entsprechend ist auch die Legitimationsbasis ihrer Erlasse, und insb. von Verwaltungsverordnungen, generell «schmäler (...) als jene anderer Rechtsätze»¹⁶²¹ und auch oftmals weitgehend lückenhaft, wenn sie originäre Rechtsätze beinhalten.¹⁶²²
- 508 Verstärkt wird die Problematik aufgrund von bereits angesprochenen Entwicklungen, die vielfach mit dem Präventionsstaat in Verbindung gebracht werden¹⁶²³ und sich u.a. folgendermassen abzeichnen:
- 509 – Weil die Behörden im Rahmen ihrer Rechtsetzungstätigkeit regelmässig internationale bzw. transnationale Vorgaben zu berücksichtigen haben,¹⁶²⁴ akzentuiert sich der Rückzug des formellen Gesetzgebers in vielen aufsichtsrechtlich relevanten Bereichen zusätzlich.¹⁶²⁵
- 510 – Mit der Übertragung von Normierungskompetenzen auf eine tiefere Normstufe reduziert die Gesetzgebung ihre eigenen Vorgaben häufig und beschränkt sich bspw. auf die Festlegung von Zielen und Auffangregelungen. Die Gesetzesbestimmungen gewinnen an Stabilität, wenn die kontinuierlich notwendigen Anpassungen an die konkreten Verhältnisse den Aufsichtsbehörden überlassen werden.¹⁶²⁶ Gleichzeitig sind aber auch die Grundanliegen des Bestimmtheitsgebots weiterhin zu achten.¹⁶²⁷
- 511 – Neben Vorgaben, die als Rechts- oder Verwaltungsverordnungen ergehen, sind, wie gesehen, weitere Erlass- und Kommunikationsformen der Aufsichtsbehörden verbreitet (wie z.B. Richtlinien, Merkblätter, Checklisten, Mitteilungen, Stellungnahmen und Berichte¹⁶²⁸), die häufig informell publiziert werden.

¹⁶²⁰ Vgl. auch etwa STÖCKLI, Bundesrat, N 35.

¹⁶²¹ M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, 298.

¹⁶²² *Ebd.*, 298 f.

¹⁶²³ Dazu vorne N 374 ff.

¹⁶²⁴ Generell zum transnationalen Aufsichtsrecht vgl. vorne N 300 ff.

¹⁶²⁵ Dazu vorne insb. N 384.

¹⁶²⁶ Vgl. auch HETTICH, Kooperative Risikovorsorge, N 429.

¹⁶²⁷ Vgl. so statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 345.

¹⁶²⁸ Dazu vorne N 462 ff.

Gleichwohl können sie die Aufsichtspraxis massgeblich beeinflussen. Ihre rechtliche Bedeutung ist somit nicht selten unklar.¹⁶²⁹

- Unter welchen Voraussetzungen und nach Massgabe welcher Kriterien eine Aufsichtsbehörde welche Regulierungsformen erlassen darf, ist oftmals nicht hinreichend geklärt. Ob etwas tatsächlich mittels einer Verwaltungsverordnung geregelt werden soll, ob eine Mitteilung reichen würde oder gar auf ein Rechtsgefäss zurückgegriffen werden müsste, das über eine weitergehende demokratische und rechtsstaatliche Legitimation verfügt, liegt im Ermessen der Behörden. Dieselben Behörden, die die Praxis in einem bestimmten Bereich massgeblich prägen, sind somit zusätzlich in der Lage, rechtsetzende Kompetenzen wahrzunehmen, deren Ausübung und Umfang allerdings häufig nicht definiert ist. 512
- Hinzu kommt die Problematik, dass der Rechtsschutz hinsichtlich aufsichtsrechtlicher Erlasse oftmals eingeschränkt ist; dies, obwohl sich, wie gesehen, die Vorgaben der Aufsichtsbehörden durchaus prägend auf die Rechtsstellung Privater auszuwirken vermögen. Gegen Verwaltungsverordnungen im Besonderen lässt sich kein direkter Rechtsweg beschreiten,¹⁶³⁰ und – wie in Kapitel IV aufzuzeigen sein wird – der individuelle Rechtsschutz im Aufsichtsverfahren vermag diesen Umstand kaum zu kompensieren.¹⁶³¹ Pointiert kommt KUNZ zum Schluss, diese «Behördenmacht des Faktischen» sei rechtsstaatlich unhaltbar.¹⁶³² 513

Um die damit angesprochenen vielfältigen und sich z.T. überlappenden Problemfelder anzugehen, wird eine gesetzliche Regelung der (aufsichts-)behördlichen Rechtsetzungstätigkeit diskutiert. Für eine gültige Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen in Form von Rechtsverordnungen wird eine gesetzliche Delegationsnorm ja bereits vorausgesetzt, die u.a. die Delegation auf ein bestimmtes, genau umschriebenes Sachgebiet beschränkt. Zudem wird eine gesetzliche Grundlage verlangt, in der die Grundzüge der delegierten Materie enthalten sind.¹⁶³³ Daran anknüpfend, würde auch eine gesetzliche Grundlage weiterer Erlassformen der Aufsichtsbehörden helfen, die Legislativbefugnisse der Aufsichtsbehörden auf eine solidere Legitimationsbasis zu stellen. Nach Art. 164 Abs. 1 BV sollten im Gesetz die wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen enthalten sein, womit auch sichergestellt wäre, dass die politischen Entscheidungen im ordentlichen Legislativ- 514

¹⁶²⁹ Dazu vorne N 464 ff.

¹⁶³⁰ Dazu hinten N 1578 ff.

¹⁶³¹ Dazu hinten N 1583 ff. und insb. N 1587 ff.

¹⁶³² P. KUNZ, Gewaltenteilung, der mit Blick auf die FINMA von einem problematischen «Machttransfer» vom Parlament an die Verwaltung spricht; vgl. auch P. KUNZ, FINMA-Regulierung, 11.

¹⁶³³ Dazu vorne N 422 ff.

prozess getroffen worden sind und nicht durch Auslagerung an Fachbehörden der politischen Debatte entzogen werden.¹⁶³⁴ Nach der Auffassung von M. MÜLLER würde eine gesetzlich verankerte prozedurale Steuerung von Verfahrens- und Handlungsstrukturen der Verwaltung eine bessere rechtsstaatliche Einbettung ihrer Tätigkeiten bewirken sowie eine Kontrolle und Hemmung ihrer Macht.¹⁶³⁵

515 Tatsächlich waren es auch solche Überlegungen, die vor vergleichsweise kurzer Zeit zum Erlass der FINMAG-VO geführt haben, die am 13. Dezember 2019 in Kraft gesetzt worden ist. Auf ihrer Grundlage wird wie gesehen versucht, die rechtsetzenden Kompetenzen der FINMA, namentlich auf internationaler Ebene,¹⁶³⁶ sowie ihre Kompetenzen zum Erlass von Rechtsverordnungen und Rundschreiben (und damit Verwaltungsverordnungen¹⁶³⁷),¹⁶³⁸ anknüpfend an Art. 7 FINMAG, einer eigenen Regelung zuzuführen.

516 Vorausgegangen war eine Reihe von Beanstandungen der Regulierungs- und Kommunikationstätigkeit der FINMA: Im Parlament wurden Ende 2012/Anfang 2013 mehrere Postulate zu diesem Thema eingereicht.¹⁶³⁹ In der Folge beauftragte das EFD im Jahre 2014 SABINE KILGUS mit dem Expertengutachten, auf das auch im Rahmen dieser Untersuchung mehrfach Bezug genommen wird. Der Bundesrat formulierte schliesslich Empfehlungen zuhanden der FINMA und äusserte sich dabei auch zu den rechtlichen Grundlagen der Verordnungen und Rundschreiben.¹⁶⁴⁰ Er ging jedoch zu diesem Zeitpunkt im Hinblick auf die rechtlichen Vorgaben von keinem zusätzlichen Handlungsbedarf aus. Die bestehenden Vorschriften würden nach seiner Auffassung «gewährleisten, dass der FINMA ein ausreichender, aber auch nicht zu weit gehender Handlungsspielraum bei ihrer Regulierung zur Verfügung steht».¹⁶⁴¹ Die Motion Landolt vom 4. Mai 2017 machte die Regulierungstätigkeiten der FINMA allerdings erneut zum Thema.¹⁶⁴² Ausserdem wandte sich eine Grup-

¹⁶³⁴ Vgl. so etwa TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 396; in diesem Sinne ebenfalls MOOR, *Théorie*, 43; vgl. auch BGE 133 II 331, E. 7.2.1. Zum Legalitätsprinzip vgl. ausserdem hinten N 1352 ff.

¹⁶³⁵ M. MÜLLER, *Rechtsverhältnis*, 336 f. sowie eingehend dazu 300 ff.

¹⁶³⁶ Dazu vorne N 348 ff.

¹⁶³⁷ Dazu vorne N 445 ff.

¹⁶³⁸ Dazu vorne N 431 ff. und N 445 ff.

¹⁶³⁹ So Postulat Graber (12.4095); Postulat de Courten (12.4121); Postulat Schneeberger (12.4122); Postulat de Buman (13.3282).

¹⁶⁴⁰ BR, Bericht FINMA und ihre Regulierungs- und Aufsichtstätigkeit, 45 ff. und insb. 47.

¹⁶⁴¹ *Ebd.*, 45.

¹⁶⁴² Motion Landolt (17.3317).

pe von Inlandbanken unter der Führung des Schweizerischen Gewerbeverbands im gleichen Jahr an die Geschäftsprüfungskommissionen (GPK) des National- und des Ständerats mit dem Anliegen, die Regulierungstätigkeit der FINMA auf ihre Rechtmässigkeit hin zu überprüfen.¹⁶⁴³ Es war vor diesem Hintergrund, dass der Bundesrat schliesslich am 31. Oktober 2018 das EFD beauftragte, eine Vernehmlassungsvorlage für eine neue Verordnung zum FINMAG zu erarbeiten.¹⁶⁴⁴

Dass die Regulierungstätigkeit der FINMA und damit einer prominenten Aufsichtsbehörde einer eigenen Regelung zugeführt worden ist, ist zu begrüßen. Wichtige Regulierungsgrundsätze und Grundpfeiler des Verfahrens, die in Art. 7 Abs. 4 FINMAG verankert sind, nämlich ein transparenter Regulierungsprozess mit einer angemessenen Beteiligung der Betroffenen, haben dadurch Konturen erhalten und das Rechtsetzungsverfahren gewinnt, insb. auch durch die nun geregelte Verständigung mit betroffenen und interessierten Kreisen, insgesamt an Legitimation. 517

Die gewählte Erlassform und Normstufe, nämlich eine Verordnung des Bundesrates, ist aus Praktikabilitätsgründen nachvollziehbar, eine noch stärkere demokratisch legitimierte Grundlage wäre allerdings mit einer formell-gesetzlichen Verankerung geschaffen worden. Zudem lässt sich – wie bereits angesprochen¹⁶⁴⁵ – die Frage aufwerfen, ob Art. 55 Abs. 1 FINMAG, auf die sich die Verordnung stützt, als gesetzliche Delegationsnorm ausreichend sei. Insbesondere wird in dieser Bestimmung die Delegation nicht auf eine bestimmte, genau umschriebene Materie beschränkt. Mit Blick auf Art. 7 FINMAG lässt sich allerdings argumentieren, dass die Grundzüge der Regulierungstätigkeit der FINMA bereits eine gesetzliche Verankerung erfahren haben. 518

¹⁶⁴³ Es wurde u.a. vorgebracht, die FINMA lege ihr Regulierungsmandat zunehmend extensiv aus und erlasse Verordnungen und Rundschreiben, die vielfach höherrangiges Recht verletzen würden bzw. sich nicht auf eine Delegationsnorm stützen könnten. Zudem weite sie den Adressatenkreis ihrer Normen zu sehr aus, reguliere auch mittels unterschiedlicher Gefässe, deren Verbindlichkeit unklar sei, und berücksichtige dabei auch das Verhältnismässigkeitsprinzip nicht bzw. zu wenig (GPK, Jahresbericht 2018, BBl 2019 2753). – Die GPK-S schloss ihre Arbeiten im Juli 2018 ab. Sie kam zum Schluss, dass die Voraussetzungen für eine weiterführende Untersuchung nicht gegeben seien; es fehlten Hinweise auf Mängel, die das ordnungsgemässe Funktionieren der FINMA in Frage gestellt hätten, und es habe keine systematische Verletzung des Legalitäts- und Verhältnismässigkeitsprinzips festgestellt werden können. Die Kommission vermerkte ausserdem, dass sowohl das EFD als auch die FINMA Handlungsbedarf erkannt hätten und dass zu diesem Zeitpunkt die Regulierungskompetenzen der FINMA auf politischer Ebene diskutiert worden seien (GPK, Jahresbericht 2018, BBl 2019 2753 f.).

¹⁶⁴⁴ EFD, Erläuternder Bericht FINMAG-VO, 3 ff. – Vgl. ebenfalls zur ganzen Entwicklung HETTICH/FREYER, 117 f.

¹⁶⁴⁵ Dazu vorne N 350.

- 519 Erneut aufzugreifen ist ausserdem der Hinweis, dass die Erlasse der FINMA in Zukunft wohl vermehrt politisch diskutiert werden, sieht doch die Verordnung eine verstärkte Zusammenarbeit der FINMA mit dem Bund und dem EFD vor sowie einen frühen Miteinbezug der Betroffenen und der mitinteressierten Verwaltungseinheiten.¹⁶⁴⁶ Zu erwarten ist entsprechend auch eine Erhöhung des mit der Regulierungstätigkeit verbundenen administrativen Aufwands.¹⁶⁴⁷ Bedenken dazu hatte bereits die FINMA im Rahmen der Vernehmlassung zur FINMAG-VO geäussert.¹⁶⁴⁸ Sie hatte ausgeführt, dass insb. auch die geforderten Berichterstattungs- und Analysetätigkeiten, wie z.B. das Darlegen und Untersuchen unterschiedlicher Regulierungsvarianten und die Berechnung unterschiedlicher Kostenfolgen, zusätzliche Aufwände generieren und Ressourcen binden würden – Ressourcen, die wiederum an anderen Orten knapp seien. Zudem gab sie zu bedenken, dass solche Vorgaben zu einer Verlangsamung der bestehenden Prozesse führen würden – ein nicht unwesentliches Kriterium angesichts der sich rasch verändernden Rahmenbedingungen, nicht zuletzt auch im Zuge der Digitalisierung.¹⁶⁴⁹

In ihrer Stellungnahme zur Vernehmlassung betonte die FINMA ausserdem ihr Bestreben, stets differenzierte und auch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit besonders berücksichtigende Regelungen zu erlassen,¹⁶⁵⁰ was insb. nach Studien der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich (BIZ) offenbar auch besonders vermerkt werde.¹⁶⁵¹

¹⁶⁴⁶ Art. 8–10 FINMAG-VO.

¹⁶⁴⁷ NOBEL, Finanzmarktrecht, Stand der Dinge N 77; vgl. auch NOBEL, Entwicklungen, 24. Vgl. dazu bereits vorne N 350.

¹⁶⁴⁸ Vgl. so FINMA, Stellungnahme FINMAG-VO, 1 sowie 6 f.

¹⁶⁴⁹ *Ebd.*, 7.

¹⁶⁵⁰ In ihrer Stellungnahme verwies die FINMA beispielhalber auf sog. *De-minimis*-Bestimmungen in Rundschreiben, die eingeführt wurden, um Ausnahmen für solche Institute zu schaffen, die nicht als systemrelevant eingestuft werden. Zudem erwähnte sie das eingeführte sog. Kleinbankenregime, das besonders sicheren Kleinbanken die Option bieten soll, sich von gewissen aufsichtsrechtlichen Vorgaben zu befreien, sofern sie überdurchschnittlich kapitalisiert und mit hoher Liquidität ausgestattet sind. Ferner gab die FINMA an, dass sie bereits vor Inkrafttreten der FINMAG-VO Wirkungsanalysen im Regulierungsprozess vorgesehen und auch umgesetzt habe (vgl. FINMA, Stellungnahme FINMAG-VO, 4 f. m.w.H.).

¹⁶⁵¹ *Ebd.*, 4 mit Verweis insb. auf FSI, FSI Insights on Policy Implementation No. 1, Proportionality in Banking Regulation: A Cross-Country Comparison, August 2017, abrufbar unter <<https://www.bis.org> → About → Financial Stability Institute → Publications> (besucht am 15.8.24).

Betont hatte die FINMA ausserdem, dass es entscheidend sei, dass die abschliessende Entscheidungskompetenz für FINMA-Rundschreiben und somit für die Festlegung der Aufsichtspraxis beim FINMA-Verwaltungsrat verbleibe.¹⁶⁵² Eine entsprechende Regelung sucht man im Wortlaut der FINMAG-VO nun allerdings vergeblich. Die gewählten Formulierungen lassen offen, wer die abschliessende Entscheidungskompetenz für die FINMA-Rundschreiben hat. Vor allem mit Blick auf die wesentliche Bedeutung der grundsätzlichen (und noch näher zu beleuchtenden) Unabhängigkeit der FINMA¹⁶⁵³ erscheint dieser Umstand als nicht unproblematisch.

Immerhin wurde die ursprünglich noch in Art. 6 Abs. 7 E-FINMAG-VO vorgesehene Bestimmung schliesslich fallengelassen, wohl insb. nach der deutlichen Intervention der FINMA. Gestützt auf diese Vorschrift sollte die FINMA jeweils darlegen, «inwiefern eine Regulierung der Finanzmarktpolitik des Bundesrates Rechnung trägt».¹⁶⁵⁴ Eine solche Pflicht zur Berücksichtigung von Politikentscheidungen des Bundesrates hätte der Unabhängigkeit der FINMA nach heutigem Verständnis widersprochen, weshalb die FINMA in ihrer Stellungnahme die ersatzlose Streichung dieser Vorschrift gefordert hatte.¹⁶⁵⁵

Angesprochen wird damit ausserdem ein weiteres wichtiges Thema im Kontext von Rechtsetzungstätigkeiten von Aufsichtsbehörden, nämlich das Erfordernis unabhängiger Rechtsetzung, auf das sogleich eingegangen wird.

3. Erfordernis unabhängiger Rechtsetzung

Dass verschiedene Akteure versucht sein können, auf die Regulierung ihres eigenen Wirtschaftssektors Einfluss zu nehmen, liegt auf der Hand und gehört auch zum regulären Rechtsetzungsverfahren. Im Rahmen von Vernehmlassungsverfahren wird etwa versucht, interessierte Kreise an der Meinungsbildung und Entscheidungsfindung teilhaben zu lassen und dadurch gleichzeitig Aufschluss darüber zu erhalten, inwiefern ein regulatorisches Vorhaben als sachgerecht und durchführbar akzeptiert wird.¹⁶⁵⁶ In der Praxis ist es auch nicht unüblich, dass einzelne, meist

¹⁶⁵² FINMA, Stellungnahme FINMAG-VO, 6.

¹⁶⁵³ Zur Unabhängigkeit als Kernkriterium der Aufsicht vgl. hinten eingehend N 627 ff.; vgl. ausserdem N 795 ff. und insb. N 803 ff.

¹⁶⁵⁴ Art. 6 Abs. 7 E-FINMAG-VO (abrufbar unter <<https://www.fedlex.admin.ch> → Vernehmlassungen → Abgeschlossene Vernehmlassungen → 2019> [besucht am 15.8.24]).

¹⁶⁵⁵ FINMA, Stellungnahme FINMAG-VO, 6.

¹⁶⁵⁶ Vgl. etwa Art. 2 VIG.

grössere und einflussreichere Beaufichtigte in der Folge ganze Regelungsentwürfe ausarbeiten (bzw. von ihrer Rechtsberatung erarbeiten lassen) und in die Regulierungsdiskussionen einbringen.

- 523 Heikle Fragen stellen sich u.U., wenn sich die Positionen einzelner Akteure besonders durchsetzen können, so z.B. diejenigen gewisser Beaufchtigter oder auch des betroffenen Departements oder Bundesamts. Wird die Regulierung v.a. durch die regulierten Beaufchtigten beeinflusst und in ihrem Sinne ausgestaltet, ist die Rede von sog. «*Regulatory Capture*».¹⁶⁵⁷ Problematisch ist dieses Phänomen, wenn es dazu führt, dass die Interessen einzelner Kreise privilegiert berücksichtigt werden, drohen doch dann die übrigen Beaufchtigten ungleich behandelt zu werden und ausserdem die von der Aufsicht zu wahrenden öffentlichen Interessen in den Hintergrund zu rücken.
- 524 Der Vorwurf der einseitigen Parteinahme im Rahmen der Rechtsetzung hat v.a. das ENSI vor nicht allzu langer Zeit besonders betroffen: Von verschiedenen Seiten wurde im Zusammenhang mit der 2018 durchgeführten Teilrevision der Kernenergieverordnung, der Kernenergiehaftpflichtverordnung, der Ausserbetriebnahmeverordnung und der Gefährdungsannahmenverordnung argumentiert, die Revision habe zu einer Lockerung der notwendigen Sicherheitsstandards zugunsten der Atomwirtschaft geführt – trotz der im Vernehmlassungsverfahren geäusserten Proteste verschiedener Fachexperten.¹⁶⁵⁸ Die tieferen Sicherheitsanforderungen würden sich insgesamt als faktische Laufzeitverlängerung für verschiedene bestehende Atomkraftwerke auswirken, was im krassen Widerspruch zum in der

¹⁶⁵⁷ Eine solche «Vereinnahmung» der Regulierungsbehörde wurde etwa von STIGLER untersucht, der 1971 die These aufwarf, dass Regulierung i.d.R. zum Vorteil der Industrie konzipiert werde: «(...) as a rule, regulation is acquired by the industry and is designed and operated primarily for its benefit» (STIGLER, 3). Als einer der Ersten, die dieses Phänomen beschrieben haben, gilt JAFFE, der ausführte: ««*industry orientation*» is much less a disease of certain administrations than a condition endemic in any agency or set of agencies which seek to perform such a task» (JAFFE, 1113).

¹⁶⁵⁸ Vgl. etwa die zusammengefassten Stellungnahmen vonseiten der Umwelt- und Landschaftsschutzorganisationen sowie der Schweizerischen Energie-Stiftung (SES) in: UVEK, Bericht über die Ergebnisse der Vernehmlassung zur Teilrevision der Kernenergieverordnung, Teilrevision der Kernenergiehaftpflichtverordnung und Teilrevision der Ausserbetriebnahmeverordnung sowie der Gefährdungsannahmenverordnung, 7.12.2018, abrufbar unter <<https://www.fedlex.admin.ch> → Vernehmlassungen → Abgeschlossene Vernehmlassungen → 2018> (besucht am 15.8.24).

Schweiz etablierten Grundsatz¹⁶⁵⁹ stehe, dass die Kernkraftwerke (nur) so lange weiterbetrieben werden könnten, wie sie auch sicher seien.¹⁶⁶⁰

Zudem wurde der gewählte Zeitpunkt für die Revision kritisiert, weil noch zu Beginn der Vernehmlassungseröffnung ein Verfahren der Anwohnerinnen und Anwohner von Beznau gegen das ENSI und die Axpo Power AG beim Bundesverwaltungsgericht hängig war, das sich auf genau diese Verordnungen bezogen hatte. Die Beschwerdeführenden hatten darin zusammengefasst u.a. vorgebracht, das ENSI habe die (damals) geltende Fassung der Strahlenschutzverordnung mit den darin verankerten Grenzwerten verletzt bzw. falsch angewendet und so den Weiterbetrieb des (von der Axpo betriebenen) Kernkraftwerks Beznau zugelassen, obwohl erhebliche Sicherheitslücken im Falle eines Erdbebens bestehen würden.¹⁶⁶¹ 525

Wie sich dem Erläuterungsbericht zur Vernehmlassung entnehmen liess, war das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht tatsächlich ein Grund für die Teilrevision der Verordnungen gewesen. Darin wurde ausgeführt, das Verfahren habe aufgezeigt, dass der Wortlaut der Verordnungen «unklar formuliert ist. Da die Verfügung des ENSI beim Bundesverwaltungsgericht angefochten wurde, muss in 526

¹⁶⁵⁹ Vgl. zu diesem Grundsatz: BR, Medienmitteilung vom 15.3.2013, «Bundesrat legt Energiestrategie 2050 als indirekten Gegenvorschlag zur Atomausstiegsinitiative vor». Eine rechtliche Verankerung hat dieser Grundsatz insb. in Art. 32 ff. und Art. 44 KEV erfahren.

¹⁶⁶⁰ So argumentierte etwa die SES in ihrer Stellungnahme vom 11.4.2018 im Vernehmlassungsverfahren zur Teilrevision der Kernenergieverordnung, Teilrevision der Kernenergiehaftpflichtverordnung und Teilrevision der Ausserbetriebnahmeverordnung sowie der Gefährdungsannahmenverordnung, Ziff. 2.1.

¹⁶⁶¹ Vgl. die Rechtsbegehren der Beschwerdeführer (insb. Ziff. 2.1), abgedruckt in Urteil BVGer, A-1969/2017, 22.1.2019, Sachverhaltsabschnitt G, sowie Urteil BGer, 2C_206/2019, 25.3.2021, Sachverhaltsabschnitte B und C. – Das Bundesverwaltungsgericht hat die Beschwerde abgewiesen bzw. ist nicht darauf eingetreten und kam zusammengefasst zum Schluss, das ENSI habe den korrekten Grenzwert (100 mSV anstelle von 1 mSv) verwendet (Urteil BVGer, A-1969/2017, 22.1.2019, E. 7.11). Dies wurde auch vom Bundesgericht bestätigt (Urteil BGer, 2C_206/2019, 25.3.2021, E. 14 sowie 8.3 ff.), allerdings wurde die Beschwerde insoweit gutgeheissen, als festgestellt wurde, dass das ENSI einen zusätzlichen deterministischen Sicherheitsnachweis hätte verlangen müssen bzw. das ENSI zu verpflichten sei, einen solchen (nach neuem Recht) zu verlangen, «soweit dies nicht durch anderweitige Überprüfungen gegenstandslos geworden ist» (*ebd.*, E. 16 sowie E. 19).

dieser Frage umgehend wieder Rechtssicherheit hergestellt werden. Die bisherige Praxis soll nun auf Verordnungsstufe klar und eindeutig abgebildet werden.»¹⁶⁶²

- 527 Die Verordnungsänderungen während des laufenden Gerichtsverfahrens waren problematisch, erweckten sie doch den Anschein, «als würde der Bundesrat die Spielregeln während des Spiels ändern».¹⁶⁶³ Ausserdem wurden die revidierten Verordnungsbestimmungen z.T. als einseitig zugunsten des ENSI und der Atomwirtschaft im Allgemeinen bzw. der im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht als Beschwerdegegnerin aufgeführten Axpo gewertet und daraus eine Verflechtung zwischen dem Departement, den AKW-Betreibern und der Aufsicht abgeleitet,¹⁶⁶⁴ die insb. mit dem Grundsatz der Unabhängigkeit des ENSI¹⁶⁶⁵ nicht vereinbar ist. – Dass das ENSI in die Revisionsarbeiten involviert war, wurde aus verschiedenen Umständen abgeleitet.¹⁶⁶⁶

¹⁶⁶² BFE, Erläuterungsbericht Teilrevision KEV et al., 3. Derselbe Text war im von der damaligen Vorsteherin des UVEK, Bundesrätin Doris Leuthard, unterzeichneten Begleitschreiben zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens vom 10.1.2018 abgedruckt (abrufbar unter <<https://www.fedlex.admin.ch> → Vernehmlassungen → Abgeschlossene Vernehmlassungen → 2018> [besucht am 15.8.24]).

¹⁶⁶³ Vgl. so etwa STALDER. – Das Bundesgericht äusserte sich nicht zu entsprechenden Fragen, welche die Beschwerdeführenden aufgeworfen hatten (vgl. Urteil BGer, 2C_206/2019, 25.3.2021, E. 6.5).

¹⁶⁶⁴ Vgl. etwa die pointierte «Analyse der Zusammenhänge zwischen der Teilrevision der Kernenergie-, der Ausserbetriebnahme- und der Gefährdungsannahmenverordnung und dem damals hängigen Beznau-Verfahren» von MARTIN PESTALOZZI (der die Beschwerdeführenden im sog. Beznau-Verfahren als Rechtsanwalt vertreten hatte), die als Anhang 1 zur Vernehmlassungsstellungnahme der SES vom 11.4.2018 eingereicht worden war. Darin führte er aus, es habe sich beim Erläuterungsbericht zu den Verordnungsbestimmungen im Wesentlichen um eine «Kompilation der Parteistandpunkte des ENSI, angereichert mit Parteistandpunkten der Axpo», aus dem Beznau-Verfahren gehandelt. Das Revisionspaket erweise sich «als fragwürdiger Versuch, mangels besserer Argumente ein Rechtsverfahren mit rein politischen Mitteln fortzusetzen und dessen Ausgang einseitig zu beeinflussen» (*ebd.*, N 3).

¹⁶⁶⁵ Vgl. Art. 18 Abs. 1 ENSIG.

¹⁶⁶⁶ Wie gesehen, wirkt das ENSI, gestützt auf Art. 2 Abs. 2 ENSIG, generell bei der Vorbereitung von Erlassen in seinen Tätigkeits- und Fachbereichen mit. Ferner hatte das ENSI bei dieser Vorlage begrüsst, dass mit der Revision die z.T. unpräzise formulierten Regelungen zu den Störfallanalysen vom Bundesrat geklärt worden seien, und festgehalten, der nun verwendete Wortlaut entspreche insb. «der seit Jahren vom ENSI angewendeten Praxis» (ENSI, Bundesrat setzt revidierte Kernenergieverordnung in Kraft, Artikel vom 7.12.2018; vgl. auch ENSI, Bundesrat eröffnet Vernehmlassung zur Revision der Kernenergieverordnung, Artikel vom 10.1.2018; beide News-Artikel sind abrufbar unter <<https://www.ensi.ch>>). – Vgl. dazu auch RECHSTEINER, 49.

Zwar lassen sich in der Literatur Stimmen vernehmen, die im Hinblick auf die Unabhängigkeitsgarantie zwischen «Aufsichtstätigkeiten» und anderen Tätigkeiten zu differenzieren versuchen,¹⁶⁶⁷ mit Blick auf das dargestellte Beispiel vermögen solche aber nicht vollumfänglich zu überzeugen. Vielmehr liegt die massgebliche Bedeutung der Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden auch im Rahmen ihrer rechtsetzenden Tätigkeiten auf der Hand, wenn einseitige Normen vermieden werden sollen. In einem Hochrisikobereich wie der nuklearen Sicherheit,¹⁶⁶⁸ wo konfligierende Interessen der (im schlimmsten Fall besonders stark) betroffenen, aber versprengten und disparaten Öffentlichkeit gut organisierten und finanziell starken Interessengruppen gegenüberstehen, wird besonders deutlich, wie wichtig neutrale, unabhängige und nur von sachlichen, fachlich-technischen Überlegungen geleitete kompetente Fachbehörden sind. Es ist denn auch kein Zufall, dass das ENSI besonders unabhängig ausgestaltet sein soll.¹⁶⁶⁹ Zudem wird angesichts solcher Beispiele die Bedeutung eines geregelten und frühzeitigen Einbezugs betroffener und interessierter Kreise in die Regulierungsprozesse unterstrichen.¹⁶⁷⁰ Entsprechende rechtliche Vorgaben für die Regulierungsverfahren in unterschiedlichen Aufsichtsbereichen wären zu begrüßen.

528

III. Aufsicht und Rechtsprechung

A. Überblick

Die durch Aufsichtsbehörden wahrgenommene Rechtsaufsicht ist eine Form der Rechtsanwendung, die Abgrenzungsfragen zu Rechtsprechungsaufgaben aufwerfen kann. Dies ist umso mehr der Fall, wenn Aufsichtsbehörden auch streitschlichtende Aufgaben übernehmen. Nicht zuletzt rückt auch die Betonung der Unabhängigkeit von Aufsichtsbehörden – ein Aspekt, der noch zu vertiefen sein wird¹⁶⁷¹ – diese

529

¹⁶⁶⁷ BIAGGINI, Gutachten ENSI, 15 sowie 30.

¹⁶⁶⁸ Das Bundesgericht hielt in BGE 139 II 185 pointiert dazu fest, dass ein Null-Risiko nur erreicht werden könnte, wenn der Betrieb von Kernanlagen generell verboten wäre (E. 11.4).

¹⁶⁶⁹ Aktuell räumen die auf das ENSI anwendbaren rechtlichen Vorgaben dieser Behörde mehr Unabhängigkeit ein als vergleichbaren Behörden (vgl. dazu etwa hinten N 790 [mit dem Hinweis, dass z.B. die strategischen Ziele des ENSI keiner Genehmigung durch den Bundesrat bedürfen] und insb. N 938 ff.).

¹⁶⁷⁰ Dies wurde beim Erlass der FINMAG-VO erkannt, die auch das Regulierungsverfahren in Art. 7 ff. einer Regelung zuführt (vgl. dazu vorne N 435 und N 519).

¹⁶⁷¹ Dazu hinten N 627 ff.

in die Nähe der Gerichte, gilt doch die Unabhängigkeit der Gerichte als wichtiger Grundsatz und als Gebot im Rechtsstaat, das auch als Verfahrensgarantie eine Verankerung in Art. 6 Ziff. 1 EMRK sowie Art. 30 Abs. 1 BV erfahren hat.¹⁶⁷²

- 530 Nachdem die «Gerichtsähnlichkeit» der Aufsichtsbehörden näher beleuchtet wurde,¹⁶⁷³ geht der darauffolgende Abschnitt auf wesentliche Unterschiede zwischen Aufsichtsbehörden und Gerichten ein.¹⁶⁷⁴ Abschliessend zeigt ein Überblick über die Rechtsprechung des Bundesgerichts, dass die «quasi-richterlichen» Aufgaben und Kompetenzen¹⁶⁷⁵ von Aufsichtsbehörden zwar wiederholt anerkannt wurden, sie jedoch nicht der Justiz zugeordnet werden.¹⁶⁷⁶

B. Gemeinsamkeiten

1. Rechtsanwendung

- 531 Aufsichtsbehörden und Gerichte sind rechtsanwendend tätig.¹⁶⁷⁷ In der Regel erforschen sie den rechtserheblichen Sachverhalt und wenden auch das Recht, dessen Einhaltung sie überprüfen,¹⁶⁷⁸ von Amtes wegen auf den ermittelten Sachverhalt an. Auf dieser Grundlage treffen sie dann eine rechtsverbindliche Entscheidung. In den Worten FLEINERS haben sie zunächst somit festzustellen, «ob ein unter das Gesetz fallender Tatbestand vorliege und hierauf auf diesen die abstrakte Rechts-

¹⁶⁷² Dazu hinten N 1669 ff.

¹⁶⁷³ Dazu sogleich N 531 ff.

¹⁶⁷⁴ Dazu hinten N 547 ff.

¹⁶⁷⁵ So bezeichnet wurde die Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) in der Literatur (vgl. J.P. MÜLLER/GROB in: Kommentar aBV 1874, Art. 55^{bis} N 70) ebenso wie vom Bundesgericht (vgl. BGE 122 II 471, E. 2, sowie BGE 137 I 340, E. 2.2.3, wo die Frage, ob die UBI als richterliche Instanz oder als quasi-richterlich amtende Behördenkommission zu qualifizieren sei, offengelassen wurde).

¹⁶⁷⁶ Auch umgekehrt gelten Gerichte heute nicht als aufsichtsausübende Behörden, obwohl sich Stimmen im deutschen Schrifttum durchaus in diese Richtung geäußert hatten (vgl. etwa zur sog. Theorie der richterlichen Aufsicht die aufgeführte Literatur bei KAHL, Staatsaufsicht, 416 Fn. 462 u.a. mit Verweis auf TRIEPEL, 453 ff., 17 ff. und 135 ff., sowie BULLINGER, 298 f. und 370). Inzwischen wird jedoch mehrheitlich die Ansicht vertreten, dass klar zwischen Aufsichtsausübung und gerichtlicher Rechtsprechung differenziert werden müsse (dezidiert so KAHL, Staatsaufsicht, 416 f. mit zahlreichen weiteren Hinweisen).

¹⁶⁷⁷ Vgl. MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, 374 m.w.H., welche die Komplementarität zwischen Aufsicht und Justizfunktion betonen; dazu auch hinten N 1669 ff.

¹⁶⁷⁸ Zur Rechtsaufsicht vgl. vorne N 80 ff.

vorschrift anzuwenden und sodann daraus die rechtlichen Schlüsse zu ziehen: Tatbestand, Rechtsnorm, Rechtsfolge».¹⁶⁷⁹

Als Rechtsfolge sind die Aufsichtsbehörden i.d.R. gehalten, Massnahmen anzuordnen. Dabei können sie vielfach aus einer breiten Palette von Massnahmen wählen, die sowohl präventive und repressive als auch verwaltungsstrafrechtliche und strafrechtliche Massnahmen umfasst.¹⁶⁸⁰ Je nachdem rücken sie dadurch eher in die Nähe von Verwaltungs- oder Strafgerichten, was insb. verfahrensrechtliche Auswirkungen haben kann.¹⁶⁸¹ 532

Im Falle der FINMA kommt hinzu, dass ihr gemäss Art. 25 BankG die Aufgabe zufällt, bei begründeter Besorgnis, dass eine Bank überschuldet ist oder ernsthafte Liquiditätsprobleme hat bzw. die Eigenmittelvorschriften nicht innert Frist erfüllt, wie ein Konkursgericht Schutzmassnahmen anzuordnen, ein Sanierungsverfahren zu eröffnen oder die Konkursliquidation (sog. Bankenkurs) anzuordnen.¹⁶⁸² Gemäss Art. 34 Abs. 1 BankG hat die Anordnung der Konkursliquidation die Wirkungen einer Konkurseröffnung nach Art. 197 ff. SchKG.¹⁶⁸³ Im Rahmen der Eröffnung eines Konkursverfahrens setzt die FINMA i.d.R. auch einen oder mehrere Konkursliquidatoren ein, die selber auch von der FINMA beaufsichtigt werden.¹⁶⁸⁴ Die Bankeninsolvenzverordnung sieht zudem vor, dass die FINMA die Aufgaben des Konkursliquidators auch selber übernehmen kann.¹⁶⁸⁵ Sowohl das Bundesgericht als auch das Bundesverwaltungsgericht haben in unterschied- 533

¹⁶⁷⁹ FLEINER, Institutionen, 7.

¹⁶⁸⁰ Dazu hinten N 1162 ff.

¹⁶⁸¹ Als «strafrechtliche Anklagen» qualifizierbare Aufsichtsmassnahmen fallen in den Anwendungsbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK und lösen die grundsätzliche Anwendbarkeit der strafrechtlichen Mindestgarantien nach dieser Bestimmung aus (vgl. dazu hinten N 1294 ff. und N 1666 ff.).

¹⁶⁸² Vgl. Art. 25 Abs. 1 lit. a–c BankG, wo auf Art. 26, Art. 28 ff. sowie Art. 33 ff. verwiesen wird.

¹⁶⁸³ Die Konkursliquidation ist entsprechend nach Art. 221 ff. SchKG durchzuführen. Die FINMA kann allerdings unter Vorbehalt der Art. 35–37m BankG abweichende Verfügungen treffen (Art. 34 Abs. 2 BankG).

¹⁶⁸⁴ Art. 33 Abs. 2 BankG.

¹⁶⁸⁵ Art. 12 Abs. 1 BIV-FINMA. Vgl. dazu auch Urteil BVGer, B-3771/201, 12.3.2013, E. 2.3.3. – Nach den «Leitlinien zum Enforcement» der FINMA (S. 2) ist dies allerdings die Ausnahme. Die FINMA tritt nur dann als Konkursliquidatorin ein, wenn die Konkursmasse wenig oder keine frei verfügbaren Vermögenswerte umfasst, sodass die Mandatierung eines externen Konkursliquidators mangels Aktiven nicht sachgerecht erscheint (WYSS: in ZULAUF/WYSS, 593).

lichen Verfahren inzwischen entschieden, dass die Personalunion von Aufsichts-/Untersuchungsinstanz und richterlicher Behörde sowie das Zusammenfallen von Konkursliquidator und Aufsichtsbehörde verfassungskonform sei.¹⁶⁸⁶

Die Übertragung der Aufgaben der Konkursgerichte an die damalige EBK/ heutige FINMA wurde mit Effizienzerwägungen und dem Fachwissen der Bankenkommission begründet. So führte die Botschaft zur Änderung des BankG vom 20. November 2002 u.a. aus, dass die Übertragung der Aufsicht über die Liquidatoren an die Gerichte nach Art. 17 ff. SchKG zwar möglich gewesen wäre, «[d]iese hätten indessen mangels vertiefter Kenntnis des vorgängigen Verfahrens Schwierigkeiten, eine Aufsicht über die Liquidation zu gewährleisten, die sich nahtlos an das Verfahren zum Erlass von Schutz- und Sanierungsmassnahmen anschliesst. Gegen eine Zuweisung der Aufsicht an die Gerichte spricht aber vor allem, dass die Aufsichtsbehörden in mehrheitlich ländlichen Kantonen mit verhältnismässig wenigen umfangreichen Konkursverfahren bei der Liquidation einer Bank überfordert wären. Diese Behörden verfügen weder über die nötige Anzahl Personal noch über das unabdingbare bankenspezifische Fachwissen. Eine Aufsicht durch kantonale Gerichte kommt daher nicht in Frage.»¹⁶⁸⁷

- 534 Die Entscheide sowohl von Gerichten als auch von Aufsichtsbehörden entfalten regelmässig über den Einzelfall hinaus Wirkungen. Kommuniziert wird die Aufsichtspraxis mittels unterschiedlicher informeller Erlassformen. Ausserdem lassen sich die Entscheidungen häufig auf der Website der Aufsichtsbehörden abrufen.¹⁶⁸⁸ Im Übrigen gelten die Bestimmungen des Öffentlichkeitsgesetzes (BGÖ) im Grundsatz.¹⁶⁸⁹ Allerdings stellt sich die Frage, inwiefern das BGÖ neben hoheitlichen Tätigkeiten auch informelles Handeln erfasst,¹⁶⁹⁰ das von Aufsichtsbehörden häufig

¹⁶⁸⁶ Im Urteil BGer, 2A.575/2004, 13.4.2005 (E. 2.1) hielt das Bundesgericht insb. fest: «Das vorliegende Verfahren, in dessen Rahmen die Sachverhaltsfeststellung und die Rechtsanwendung durch die Bankenkommission frei geprüft werden (...), genügt diesen Voraussetzungen [von Art. 6 EMRK], auch wenn eine Kontrolle der Angemessenheit ihres Entscheids nicht möglich ist (...). Der Einwand der Beschwerdeführer, das Verfahren der EBK sei verfassungswidrig, da diese in Personalunion als Untersuchungs- und richterliche Behörde gehandelt habe, verkennt, dass ihr Entscheid der Kontrolle durch das Bundesgericht unterliegt, womit den verfassungs- und konventionsrechtlichen Anforderungen Genüge getan ist.» Vgl. ausserdem Urteil BVGer, B-3771/2012, 12.3.2013, E. 2.

¹⁶⁸⁷ Botschaft revBankG, BBl 2002 8091.

¹⁶⁸⁸ Dazu hinten N 1536 ff. und insb. N 1541 m.w.H.

¹⁶⁸⁹ Dazu auch hinten N 1541 m.w.H.

¹⁶⁹⁰ Vgl. so SHK BGÖ-SÄGESESSER, Art. 2 N 30, wo er sich allerdings auf Art. 2 Abs. 1 lit. BGÖ bezieht.

genutzt wird.¹⁶⁹¹ Eine aufsichtsrechtlich relevante Ausnahme vom Geltungsbereich des BGÖ ist zudem in Art. 2 Abs. 2 BGÖ für die FINMA vorgesehen.¹⁶⁹²

Art. 2 Abs. 2 BGÖ hat den folgenden Wortlaut: «Das Gesetz gilt nicht für die Schweizerische Nationalbank und die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht.» – Bereits die EBK war vom Geltungsbereich des BGÖ ausgenommen, «konsequenterweise» wurde daraus auf die Ausnahme der FINMA geschlossen.¹⁶⁹³ Begründet wurde diese Ausnahmeregelung für die Finanzmarkt- und frühere Bankenaufsicht mit dem Hinweis auf ihren wirtschaftlich und politisch äusserst sensiblen Tätigkeitsbereich.¹⁶⁹⁴ Ferner wird auf die sensiblen und vertraulichen Daten verwiesen, die häufig auch dem Geschäftsgeheimnis sowie dem Bank- oder Berufsgeheimnis nach Banken- und Börsengesetz unterliegen, zu welchen die Aufsicht Zugang erhalte.¹⁶⁹⁵ Anggeführt wird ausserdem, dass die FINMA regelmässig auf Mitteilungen aus dem Finanzmarktbereich angewiesen sei (z.B. durch Revisionsgesellschaften oder andere Finanzmarktakteure) – ein Austausch, der ein Vertrauen in die Geheimhaltung der übermittelten Informationen bedinge.¹⁶⁹⁶ – Die FINMA stellt auf ihrer Website allerdings einen Grossteil ihrer Dokumentation zur Verfügung und sieht dafür auch eine hilfreiche Suchfunktion vor.¹⁶⁹⁷

¹⁶⁹¹ Dazu hinten N 1155 ff.

¹⁶⁹² Art. 2 Abs. 2 BGÖ hat den folgenden Wortlaut: «Das Gesetz gilt nicht für die Schweizerische Nationalbank und die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht.» – Bereits die EBK war vom Geltungsbereich des BGÖ ausgenommen, «konsequenterweise» wurde daraus auf die Ausnahme der FINMA geschlossen (vgl. dazu Botschaft FINMAG, BBl 2006 2895 f.). Begründet wurde diese Ausnahmeregelung für die Finanzmarkt- und frühere Bankenaufsicht mit dem Hinweis auf ihren wirtschaftlich und politisch äusserst sensiblen Tätigkeitsbereich (Botschaft BÖG, BBl 2003 1988). Ferner wird auf die sensiblen und vertraulichen Daten verwiesen, die häufig auch dem Geschäftsgeheimnis sowie dem Bank- oder Berufsgeheimnis nach Banken- und Börsengesetz unterliegen, zu welchen die Aufsicht Zugang erhalte (vgl. Botschaft FINMAG, BBl 2006 2895 f.). Anggeführt wird ausserdem, dass die FINMA regelmässig auf Mitteilungen aus dem Finanzmarktbereich angewiesen sei (z.B. durch Revisionsgesellschaften oder andere Finanzmarktakteure) – ein Austausch, der ein Vertrauen in die Geheimhaltung der übermittelten Informationen bedinge (vgl. so SHK BGÖ-SÄGESSER, Art. 2 N 56). – Die FINMA stellt auf ihrer Website allerdings einen Grossteil ihrer Dokumentation zur Verfügung und sieht dafür auch eine hilfreiche Suchfunktion vor (vgl. dazu auch hinten Fn. 4334 [N 1541]).

¹⁶⁹³ Vgl. dazu Botschaft FINMAG, BBl 2006 2895 f.

¹⁶⁹⁴ Botschaft BÖG, BBl 2003 1988.

¹⁶⁹⁵ Botschaft FINMAG, BBl 2006 2895 f.

¹⁶⁹⁶ Vgl. so SHK BGÖ-SÄGESSER, Art. 2 N 56.

¹⁶⁹⁷ Vgl. dazu auch hinten Fn. 4334 (N 1541).

2. Unabhängigkeit

535 Zwecks Unterscheidung zwischen Verwaltungsbehörden und Justizbehörden wird meist auf das Kriterium der Unabhängigkeit verwiesen. B. SCHINDLER führt bspw. aus, dass, während sich Gerichte «in einem institutionell geschützten Rahmen – ihrer Unabhängigkeit – auf die Anwendung des Rechts» zu konzentrieren hätten, die Verwaltungsbehörden im Allgemeinen regelmässig auf ein bestimmtes, materielles Ziel hinwirken würden.¹⁶⁹⁸ Exekutivämter werden – im Gegensatz zu Richterstellen – primär als politische Ämter aufgefasst, die oftmals auch für verschiedene Aufgabenbereiche im öffentlichen Interesse zuständig sind.¹⁶⁹⁹ Zudem sind die Verwaltungsbehörden oftmals eng mit der Zentralverwaltung verflochten. Übergeordnete Verwaltungsinstanzen besitzen i.d.R. gegenüber den untergeordneten Stellen Weisungsrechte und übernehmen auch verwaltungsinterne Aufsichtsaufgaben, die im Einzelfall auch in aufsichtsrechtliche oder disziplinarische Massnahmen münden können.¹⁷⁰⁰ Aufgrund solcher Aspekte kommt es im Verfahrensrecht zu einer prinzipiell unterschiedlichen Regelung von Verfahren vor Verwaltungsbehörden und Gerichtsverfahren, eine Thematik, die in Kapitel IV nochmals aufgegriffen und mit Blick auf Aufsichtsverfahren kritisch beleuchtet wird.¹⁷⁰¹

536 Aufsichtsbehörden nehmen in dieser Gegenüberstellung von Verwaltungsbehörden und Gerichten allerdings eine Sonderstellung ein. Wie noch genauer aufzuzeigen sein wird, wird ihre unabhängige Ausgestaltung in organisationsrechtlicher Hinsicht vielfach besonders betont und findet in den Aufsichtsgesetzen jeweils auch eine rechtliche Verankerung.¹⁷⁰² An der Qualifikation von Aufsichtsbehörden als Verwaltungsbehörden ändert dieser Umstand aber nichts. Zwar wurde die interne Besetzung der WEKO in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch schon als «Hindernis» für ihre Qualifikation als richterliche Behörde bezeichnet,¹⁷⁰³ umgekehrt leitete das Gericht aus einer unabhängigen Ausgestaltung einer

¹⁶⁹⁸ Vgl. so B. SCHINDLER, Befangenheit, 67 mit Verweis insb. auf FLEINER, Institutionen, 7.

¹⁶⁹⁹ Zur parteiähnlichen Stellung von Aufsichtsbehörden vgl. auch hinten N 547 ff.

¹⁷⁰⁰ Vgl. B. SCHINDLER, Befangenheit, 70; vgl. auch KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 427; THURNHERR, Verwaltungshandeln, N 314 f.

¹⁷⁰¹ Dazu hinten N 1669 ff.

¹⁷⁰² Dazu hinten insb. N 627 ff. Vgl. ausserdem spezifisch im Behördenvergleich N 704 ff., N 746 ff., N 772 ff. und N 795 ff. zu den öffentlich-rechtlichen Anstalten sowie N 869 ff., N 894 ff., N 888 ff. zu den Behördenkommissionen.

¹⁷⁰³ In BGE 139 I 72, E. 4.3 erwähnte das Bundesgericht den Einsitz von «Chefbeamten» in die WEKO sowie von Interessenvertretern.

Behörde jedoch nicht ihre Zugehörigkeit zur Justiz ab. In Bezug auf die ComCom führte es etwa aus, dass ihre im Gesetz vorgesehene Unabhängigkeit denn auch «nicht zum Ziel hat, diese zu einer gerichtlichen Behörde zu machen, sondern [zu gewährleisten], dass für die in ihrem – politisch mitunter heiklen – Zuständigkeitsbereich fallenden Entscheide fachliche und sachliche Kriterien im Vordergrund stehen».¹⁷⁰⁴

Generell genügt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Weisungsunabhängigkeit nicht, «um ein Organ als Gericht zu bezeichnen».¹⁷⁰⁵ In diesem Sinne führte das Bundesgericht in einem *obiter dictum* zu BGE 138 I 154 aus, dass neben der UBI auch die WEKO, die ComCom und die frühere EBK bzw. die heutige FINMA «nicht als Gerichte im Sinne von Art. 6 EMRK» gelten würden, sondern als «Behördenkommissionen, die zur dezentralen Bundesverwaltung gehören (...), obwohl auch sie unabhängig sind und nicht weisungsgebunden entscheiden».¹⁷⁰⁶ Schliesslich kam es zum Schluss, dass das Beschwerdeverfahren vor der UBI, um das es eigentlich ging, «eher den Charakter einer besonders gelagerten Aufsichtsbeschwerde¹⁷⁰⁷ als eines gerichtlichen Verfahrens hat».¹⁷⁰⁸ 537

Besonders die Nennung der FINMA in diesem Zusammenhang war aus verschiedenen Gründen bemerkenswert. Nicht nur stimmte die Qualifikation der FINMA als Behördenkommission nicht – die FINMA hat die Rechtsform einer öffentlich-rechtlichen Anstalt¹⁷⁰⁹ –, das Bundesgericht widersprach damit auch dem Bundesrat bzw. präziserte seine Ausführungen in der Botschaft zum FINMAG, mit welchen er die FINMA aufgrund ihrer unabhängigen Ausgestaltung in die Nähe einer Justizbehörde gerückt hatte. Wortwörtlich hatte er Folgendes festgehalten: 538

«Eine Finanzmarktaufsichtsbehörde benötigt zur zweckmässigen Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben eine funktionelle Unabhängigkeit von den politischen Behörden. Ohne diese Unabhängigkeit besteht die Gefahr, dass die Massnahmen der Finanzmarktaufsicht sachfremden Einflüssen unterliegen,

¹⁷⁰⁴ Urteil BGer, 2A.503/2000 und 2A.505/2000, 3.10.2001 (Commcare-Entscheid), E. 3b; vgl. insb. auch BGE 131 II 13, E. 3.2 in diesem Sinne. Weitere Entscheide zur ComCom sind hinten in N 566 aufgeführt.

¹⁷⁰⁵ BGE 138 I 154, E. 2.7.

¹⁷⁰⁶ *Ebd.* – Das Bundesgericht verwies dabei auch auf die Bestimmungen zur Verankerung der Unabhängigkeit dieser Behörden (namentlich auf Art. 19 Abs. 1 KG, Art. 56 Abs. 2 FMG und Art. 21 Abs. 1 FINMAG).

¹⁷⁰⁷ Gemeint war wohl eine verwaltungsinterne Aufsichtsbeschwerde.

¹⁷⁰⁸ BGE 138 I 154, E. 2.7.

¹⁷⁰⁹ Art. 5 Abs. 1 FINMAG.

was ordnungspolitisch unerwünscht ist. Die Stellung der Finanzmarktaufsichtsbehörde lässt sich demzufolge am ehesten mit derjenigen einer Justizbehörde vergleichen.»¹⁷¹⁰

- 539 Wie der nachfolgende Rechtsprechungsüberblick zeigt, hat sich die Rechtsprechung des Bundesgerichts inzwischen aufsichtsbereichsübergreifend gefestigt: Auch unabhängige Aufsichtsbehörden sind keine Gerichte.¹⁷¹¹ Daraus lässt sich jedoch nicht ein für alle Mal ableiten, dass Aufsichtsbehörden als Verwaltungsbehörden von den verfahrensrechtlichen Vorgaben nach Art. 30 Abs. 1 BV befreit wären. In Kapitel IV wird dieser Fragestellung vertieft nachgegangen.¹⁷¹²

3. Streitentscheidung

- 540 Eine besonders gerichtsähnliche Stellung kommt Aufsichtsbehörden in netzgeprägten Infrastrukturbereichen zu, etwa den Telekommunikations-, Elektrizitäts-, Eisenbahn- und Rundfunksektoren, die alle im Laufe der Jahre zunehmend liberalisiert worden sind.¹⁷¹³ In diesen Bereichen wird die Option einer autoritativen Streitschlichtung durch eine fachlich spezialisierte und unabhängige Aufsichtsbehörde – regelmässig in der Rechtsform einer Behördenkommission¹⁷¹⁴ – offenbar der Einsetzung einer gerichtlichen Instanz vorgezogen.¹⁷¹⁵
- 541 – So kommt z.B. der ComCom gemäss Art. 11a FMG die Aufgabe zu, autoritativ die Interkonnektionsbedingungen *zu verfügen*,¹⁷¹⁶ allerdings nur für den Fall, dass sich die Anbieterinnen von Fernmeldediensten nicht innerhalb von drei

¹⁷¹⁰ Botschaft FINMAG, BBl 2006 2836.

¹⁷¹¹ Vgl. die Rechtsprechungsübersicht hinten N 562 ff.

¹⁷¹² Dazu hinten N 1669 ff.

¹⁷¹³ Vgl. dazu stellvertretend etwa HETTICH, Infrastrukturverfassung, N 15 ff. m.w.H.

¹⁷¹⁴ Vgl. dazu *ebd.*, N 40.

¹⁷¹⁵ Vgl. die Übersicht bei BELLANGER, Phénomène, 27 ff. m.w.H.

¹⁷¹⁶ So die Wortwahl in Art. 11a FMG. – Art. 11a FMG knüpft an Art. 11 FMG an, wonach für marktbeherrschende Anbieter von Fernmeldediensten ein Kontrahierungszwang besteht. Sie müssen mit anderen Worten anderen Anbieterinnen auf transparente und nichtdiskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen Zugang zu ihren Einrichtungen und zu ihren Diensten gewähren. Begründet werden diese Vorgaben mit dem Ziel der Förderung von wirksamem Wettbewerb im Fernmeldebereich (vgl. zum Ganzen etwa Art. 11a Abs. 1 Satz 2 sowie Art. 1 Abs. 2 lit. c FMG; Botschaft FMG, BBl 1996 III 1419; vgl. auch AMGWERT, N 339 ff.; WEBER, Zugang, 27; WEBER, Übergang, 17 und 23 ff.).

Monaten über die Bedingungen des Netzzugangs einigen können.¹⁷¹⁷ Streitigkeiten betreffend die zivilrechtliche Auslegung und Durchsetzung von Zugangsvereinbarungen werden hingegen durch die Zivilgerichte beurteilt.¹⁷¹⁸

- Über Streitfälle betreffend den Netzzugang, die Netznutzungsbedingungen, die Netznutzungstarife und -entgelte sowie die Elektrizitätstarife entscheidet die Elektrizitätskommission (ElCom). Sie hat darüber hinaus die Aufgabe, die Einhaltung des StromVG zu überwachen und die für dessen Vollzug (und den Vollzug der Ausführungsbestimmungen) notwendigen Entscheide und Verfügungen zu erlassen.¹⁷¹⁹ 542
- Ebenfalls mit Verfügung insb. über die Gewährung des Netzzugangs, die Netzzugangsvereinbarungen oder die Berechnung des dafür geschuldeten Entgelts (des sog. Trassenpreises¹⁷²⁰) zu entscheiden hat die RailCom.¹⁷²¹ Im Vordergrund ihrer Entscheidungstätigkeit steht dabei die Gewährleistung des diskriminierungsfreien Zugangs.¹⁷²² 543
- «Gerichtsähnlich»¹⁷²³ entscheidet auch die UBI über veröffentlichte redaktionelle Publikationen oder die Zugangsverweigerung gemäss Art. 94 ff. RTVG. Zur Beschwerde ist befugt, wer am Beanstandungsverfahren vor der Ombudsstelle¹⁷²⁴ beteiligt war und eine enge Beziehung zum Gegenstand der beanstandeten redaktionellen Publikation nachweist bzw. dessen Gesuch um Zugang abgewiesen worden ist.¹⁷²⁵ Zudem ist auch eine sog. Programmbeschwerde zulässig von Personen, die keine enge Beziehung zum Gegenstand der beanstandeten Sendung haben, sofern sie mindestens 20 Unterschriften beibringen.¹⁷²⁶ 544

¹⁷¹⁷ Der Formulierung von Art. 11a Abs. 1 Satz 1 FMG lässt sich entnehmen, dass die ComCom nur subsidiär tätig wird, für den Fall, dass keine Einigung zustande kommt. In einem solchen Fall «muss der Regulator vermitteln und die Modalitäten der Netzzusammenschaltung festlegen» (vgl. Botschaft FMG, BBl 1996 III 1419).

¹⁷¹⁸ Art. 11b FMG.

¹⁷¹⁹ Vgl. Art. 22 StromVG.

¹⁷²⁰ Vgl. dazu Art. 9c EBG.

¹⁷²¹ Art. 40a^{ter} Abs. 1 lit. a–c EBG.

¹⁷²² Vgl. etwa Art. 9a Abs. 1 sowie Art. 9c Abs. 3 EBG.

¹⁷²³ Vgl. so Urteil BGer, 2C_844/2009, 22.11.2010, E. 3.2.2, wo das Bundesgericht die UBI als «*assimilable à un tribunal*» bezeichnete (nicht publiziert in BGE 137 II 40).

¹⁷²⁴ Art. 91–93 RTVG.

¹⁷²⁵ Art. 94 Abs. 1 lit. a und lit. b RTVG.

¹⁷²⁶ Art. 94 Abs. 2 RTVG.

- 545 In solchen Verfahren treten die Aufsichtsbehörden als «dritte Partei» oder eine Art «(r)echter Mittler»¹⁷²⁷ einer Zweiparteien-Konstellation gegenüber und übernehmen dabei die Rolle einer vermittelnden und autoritativ entscheidenden Instanz. Das Verfahren lässt sich dabei durchaus mit einer kontradiktorischen, gerichtlichen Streitbeilegung vergleichen.¹⁷²⁸
- 546 Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt die Streitentscheidung zwischen verschiedenen Parteien «als Wesenskern des gerichtlichen Verfahrens».¹⁷²⁹ Gleichwohl ändern aber auch Streitentscheidungskompetenzen von Aufsichtsbehörden nichts an ihrer grundsätzlichen Zuordnung zur Exekutive. Die nachfolgend aufgeführten Unterschiede verdeutlichen, mit welcher Begründung bei aller Vergleichbarkeit die gerichtliche Rechtsprechungstätigkeit von der Aufsichtstätigkeit abgegrenzt wird.

C. Unterschiede

1. Parteiihnliche Stellung der Aufsichtsbehörden

- 547 Während die Gerichte als neutrale und unabhängige überparteiliche Dritte zwischen den Parteien vermitteln, den Konfliktfall entscheiden und dadurch das Recht gewissermassen als «Selbstzweck» anwenden,¹⁷³⁰ lässt sich die Rechtsanwendung durch die Aufsichtsbehörden mehrheitlich besser als «Mittel zum Zweck» auffassen. Bereits FLEINER führte zum Unterschied zwischen der Justiz und der Verwaltung Folgendes aus:

«Die Justiz hat durch ihre Urteile festzustellen, was nach dem geltenden Gesetze Rechtens ist, unbekümmert darum, welche Folgen daraus für den Staat und die Betroffenen entstehen. Die Verwaltung dagegen hat das Gemeinwohl zu fördern, Nützliches zu schaffen. (....) Die Verwaltung wendet

¹⁷²⁷ So die gewählte Formulierung des Bundesgerichts in BGE 126 I 228, E. 2c/bb; vgl. auch BGE 123 I 87, E. 4e; 114 Ia 50, E. 3c, wo der amtierende Richter allerdings als «echter Mittler» bezeichnet wurde. – Vgl. auch B. SCHINDLER, Befangenheit, 68 (Fn. 343) m.w.H., der diese Wortwahl als «Standardformulierung des Bundesgerichts zur richterlichen Unabhängigkeit» bezeichnete.

¹⁷²⁸ Vgl. Urteil BGer, 2A.503/2000 und 2A.505/2000, 3.10.2001 (sog. Commcare-Entscheidung), E. 3b; BGE 131 II 13, E. 3.2.

¹⁷²⁹ Vgl. BGE 126 I 228, E. 2c/aa; vgl. auch BGE 123 I 87, E. 4e, wo das Gericht festhielt: «Das Wesen eines gerichtlichen Verfahrens ist die Streitentscheidung zwischen verschiedenen Parteien.»

¹⁷³⁰ So bereits FLEINER, Institutionen, 7; vgl. auch KAHL, Staatsaufsicht, 417, der von «*pouvoir neutre*» spricht.

(...) das Recht nicht an, in der Absicht, ihm um seiner selbst willen zu dienen und seinen Sätzen zum Siege zu verhelfen, sondern um unter dem Schutz des Rechts einen bestimmten, außerhalb der Rechtsverwirklichung liegenden materiellen Erfolg zu erreichen.»¹⁷³¹

Den Verwaltungsbehörden werden im Allgemeinen öffentliche (Eigen-)Interessen nachgesagt, die ihre parteiähnliche Stellung im Verfahren begründen.¹⁷³² Auch Aufsichtsbehörden werden typischerweise im Sinne des der Rechtsaufsicht zugrunde gelegten öffentlichen Interesses tätig.¹⁷³³ Sie sind nicht neutral.¹⁷³⁴ Deutlich wird dies insb. dann, wenn die Verfügung einer Aufsichtsbehörde im Verwaltungsverfahren weitergezogen wird und sich die Aufsichtsbehörde und die von der Verfügung betroffenen Personen als Parteien vor einem unabhängigen Gericht gegenüberstehen. In den Worten des Bundesgerichts in BGE 126 I 228 nimmt dabei «typischerweise die Verwaltung das öffentliche Interesse wahr, während der Beschwerdeführer seine Privatinteressen zu verteidigen versucht».¹⁷³⁵

In diesem Fall stellte das Bundesgericht in Bezug auf die Aufsichtsbefugnisse der Zürcher Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte fest:

«Die Aufsichtskommission wahrt (...) in einem umfassenden Sinn das öffentliche Interesse an der ordnungsgemässen Ausübung des Anwaltsberufs. Wenn sie einen Anwalt disziplinarisch bestraft, verfolgt sie selber dieses Ziel. Sie steht dem Rechtsanwalt, der die Rechtmässigkeit dieser Aufgabenwahrnehmung bestreitet, deshalb als Gegenpartei und nicht als «rechter Mittler» gegenüber.»¹⁷³⁶

¹⁷³¹ FLEINER, Institutionen, 7.

¹⁷³² Vgl. dazu THURNHERR, Verwaltungshandeln, N 314; vgl. auch HÄNER, Beteiligte, N 388; FEHLING, Verwaltung, 117; B. SCHINDLER, Befangenheit, 68 ff. m.w.H. – Vgl. aus der Rechtsprechung auch BGE 140 I 326, E. 5.2; 125 I 119, E. 3d und 3e, wo das Bundesgericht anhand der Kantonsregierung aufzuzeigen versuchte, dass sich diese bspw. im Rahmen eines Strassenprojekts oftmals sowohl in der Rolle der Bauherrin als auch in der Rolle der Bewilligungsbehörde wiederfindet.

¹⁷³³ Dazu vorne N 95 ff.

¹⁷³⁴ Das bedeutet allerdings nicht, dass die Aufsichtsbehörden nicht auch an Verfahrensgarantien zum Schutze der betroffenen Privaten gebunden wären (dazu hinten N 1646 ff. und insb. N 1633 ff.).

¹⁷³⁵ BGE 126 I 228, E. 2c/aa.

¹⁷³⁶ *Ebd.*, E. 2c/bb. – Bereits in BGE 108 Ia 316, E. 5b hatte das Bundesgericht die Handhabung des Anwaltsdisziplinarrechts als «verwaltungsbehördliche Funktion», wie vom Obergericht dargelegt, stehen gelassen.

- 550 Daraus folgte das Bundesgericht mit Verweis auf die eigene ältere Rechtsprechung, dass es sich auch bei der Aufsichtskommission um eine Verwaltungsbehörde und nicht um ein Gericht handle.¹⁷³⁷

Weil damit kein Gericht i.S.v. Art. 6 EMRK bzw. Art. 30 Abs. 1 BV eine öffentliche Verhandlung durchgeführt hatte und das Obergericht seinerseits auf eine öffentliche Verhandlung verzichtet hatte, kam das Bundesgericht schliesslich zum Schluss, dass die dem Beschwerdeführer aus Art. 6 EMRK bzw. Art. 30 BV zustehenden Verfahrensgarantien verletzt wurden. Diese gelangten vor Obergericht (als «formellem Gericht») selbstverständlich zur Anwendung, darüber hinaus aber auch im Verfahren vor der Aufsichtskommission, weil Disziplinarstreitigkeiten, die zur Einstellung in der Berufsausübung oder zum Entzug der entsprechenden Bewilligung führen, gemäss Lehre und Rechtsprechung als «zivilrechtlich» i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK gelten.¹⁷³⁸

2. «Hauptaufgaben» vs. «zusätzliche Funktionen» der Aufsicht

- 551 Selbst wenn Aufsichtsbehörden als Streiterledigungsinstanzen eingesetzt werden und damit durchaus gerichtsähnlich auftreten und rechtsprechende Funktionen wahrnehmen, differenziert das Bundesgericht zwischen den Hauptaufgaben und den zusätzlichen Funktionen einer Behörde und gewichtet Erstere stärker, wenn es um ihre Kategorisierung geht. Eine Anerkennung einer Aufsichtsbehörde als richterliche Behörde «in einzelnen Teilbereichen ihrer Zuständigkeit» wird abgelehnt.¹⁷³⁹

¹⁷³⁷ BGE 126 I 228, E. 2c/bb m.w.H. Der Entscheid wurde vom Bundesgericht u.a. bestätigt mit Urteil BGer, 2C_931/2015, 12.10.2016, E. 5.2. – Das Bundesgericht übertrug damit seine Begründung aus BGE 123 I 87, weshalb die Bündner Notariatskommission eine Verwaltungsbehörde, aber kein Gericht sei, auf die Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte und bestätigte seine Ausführungen damit. Auch in diesem Fall hatte es ausgeführt, die Bündner Notariatskommission habe «das öffentliche Interesse an einer ordnungsgemässen Ausübung des Notariats» gewahrt. «Wenn sie gegenüber einem Notar eine Inspektion durchführt und ihn allenfalls disziplinarisch bestraft, nimmt sie selber das öffentliche Interesse wahr. Sie steht insoweit dem Notar, der die Rechtmässigkeit dieser Aufgabenwahrnehmung bestreitet, als Gegenpartei und nicht als «rechter Mittler» gegenüber» (BGE 123 I 87, E. 4e).

¹⁷³⁸ BGE 126 I 228, E. 2a/aa m.w.H.; dazu hinten N 1660.

¹⁷³⁹ Vgl. so Urteil BGer, 2A.503/2000 und 2A.505/2000, 3.10.2001 (Commcare-Entscheid), E. 3b.

So stufte es etwa die ComCom in seinem sog. Commcare-Entscheid «in erster Linie [als] Konzessions- und nicht [als] Schlichtungsbehörde» ein.¹⁷⁴⁰ Die Konzessionserteilung inkl. ihrer Abänderung ebenso wie das Aussprechen von Sanktionen, wenn die Konzessionsbedingungen nicht eingehalten werden, seien «typische Merkmale einer Aufsichts- und Regulierungsbehörde und nicht eines Gerichts».¹⁷⁴¹ Zu diesem Regulierungsbereich gehöre auch die Festlegung der Interkonnektionsbedingungen nach Art. 11a FMG, «auch wenn sie nur nötig wird, wenn sich die beteiligten Anbieter nicht einigen können».¹⁷⁴² Das Bundesgericht schloss mit der Aussage: «Insgesamt sprechen damit mehr Argumente dagegen als dafür, dass es sich bei der Kommunikationskommission im Interkonnektionsstreit um eine richterliche Behörde handelt.»¹⁷⁴³ 552

In einem späteren Entscheid wurde das Bundesgericht dann deutlicher, als es ausführte: 553

«Zwar nähert sich die Tätigkeit der Kommunikationskommission bei der Regelung von Interkonnektionsstreitigkeiten einer kontradiktorischen Streiterledigung, doch handelt es sich dabei lediglich um eine *ergänzende Aufgabe der Kommission*, wie auch in anderen Bereichen Verwaltungsbehörden Streitfälle zu schlichten haben. Insgesamt ist daher zu schliessen, dass die Kommunikationskommission auch im Interkonnektionsverfahren als Verwaltungs- und nicht als Gerichtsbehörde amtet.»¹⁷⁴⁴

Diese Rechtsprechung wurde vom Bundesgericht in der Folge bestätigt.¹⁷⁴⁵ 554

In vergleichbarer Weise begründete das Bundesgericht seinen Entscheid zur UBI 555 in BGE 138 I 154. Darin rief das Bundesgericht die Kernaufgabe der UBI in Erinnerung, nämlich die «Aufsicht über den Inhalt redaktioneller Sendungen».¹⁷⁴⁶ «Sie kann in diesem Rahmen feststellen, dass Sendungen Programmvorschriften verletzt haben, und vom Veranstalter verlangen, den Mangel zu beheben.»¹⁷⁴⁷ Die-

¹⁷⁴⁰ Ebd.

¹⁷⁴¹ Ebd.

¹⁷⁴² Ebd.

¹⁷⁴³ Ebd.

¹⁷⁴⁴ Urteil BGer, 2A.586/2003 und 2A.610/2003, 1.10.2004, E. 3.2 (eigene Hervorhebung).

¹⁷⁴⁵ BGE 131 II 13, E. 3.2, wo das Bundesgericht diesen Absatz wortwörtlich übernahm und amtlich publizierte.

¹⁷⁴⁶ BGE 138 I 154, E. 2.7.

¹⁷⁴⁷ Ebd.

se Aufgabe gleiche «damit eher derjenigen einer Aufsichtsbehörde».¹⁷⁴⁸ Entsprechend sei auch die sog. «Programmbeschwerde» gemäss Art. 94 Abs. 2 RTVG von Personen zulässig, die keine enge Beziehung zum Gegenstand der beanstandeten Sendung haben. Es handle sich dabei um eine Popularbeschwerde, die «nicht in erster Linie dem Rechtsschutz Privater, sondern dem allgemeinen Interesse und der staatlichen Aufsicht über Radio und Fernsehen» diene.¹⁷⁴⁹ In diesem Sinne wurde in der alten Botschaft zum RTVG festgehalten, die Popularbeschwerde diene der «Überprüfung von Sendungen im Interesse der Öffentlichkeit und ihrer ungehinderten Willensbildung als wichtiges Element der Demokratie»¹⁷⁵⁰ – eine Formulierung, die weitere Verwendung fand.¹⁷⁵¹

3. Verfahrensrechtliche Aspekte

- 556 Zwecks Unterscheidung der Tätigkeit von Gerichts- und Aufsichtsbehörden lässt sich im Übrigen an die folgenden verfahrensrechtlichen Kriterien anknüpfen:¹⁷⁵²
- 557 – Gerichte werden «auf Antrag» von Betroffenen hin tätig, und dieser Antrag ist i.d.R. fristgebunden. Im Zivilverfahren gilt ausserdem die Dispositionsmaxime. In der Folge haben die Gerichte einen konkreten Einzelfall (grundsätzlich einmalig¹⁷⁵³) zu entscheiden. Demgegenüber sind die Aufsichtsbehörden – ausserhalb allfälliger Streitentscheidungskompetenzen¹⁷⁵⁴ – mehrheitlich kontinuierlich begleitend tätig,¹⁷⁵⁵ ohne dass für die Aufnahme ihrer Tätigkeiten ein Antrag nötig wäre; für die Aufsichtsbehörden gilt i.d.R. die Oficialmaxime.¹⁷⁵⁶ Zudem sind Aufsichtsbehörden inhaltlich auch nicht an mögliche Anträge gebunden.¹⁷⁵⁷

¹⁷⁴⁸ *Ebd.* – Damit wurde die früher festgestellte «Gerichtsähnlichkeit» der UBI wieder etwas relativiert (dazu vorne N 540).

¹⁷⁴⁹ BGE 138 I 154, E. 2.7.

¹⁷⁵⁰ Botschaft aRTVG, BBl 1987 III 708.

¹⁷⁵¹ Vgl. etwa Botschaft RTVG, BBl 2003 1575 mit Verweis auf BGE 122 II 471, E. 2b.

¹⁷⁵² Die Unterscheidung ist denn auch massgeblich für die Bestimmung des anwendbaren Verfahrensrechts. Dazu hinten insb. N 1669 ff.

¹⁷⁵³ Gerichtsentscheide, die in materielle Rechtskraft erwachsen, können unter Vorbehalt der Revision nicht mehr abgeändert werden. Sie gelten als massgeblich und verbindlich in jeder späteren Auseinandersetzung zwischen den gleichen Parteien (Stichwort: *res iudicata*). Vgl. so etwa RHINOW ET AL., N 955.

¹⁷⁵⁴ Dazu vorne N 540 ff.

¹⁷⁵⁵ Vgl. so auch VOISARD, N 39; zu den Instrumenten der laufenden Aufsicht vgl. vorne N 1059 ff.

¹⁷⁵⁶ Dazu hinten N 1466 m.w.H.

¹⁷⁵⁷ Dazu hinten N 1467 ff. m.w.H.

- Während die gerichtliche Rechtsprechung regelmässig auf subjektiven Rechtsschutz ausgerichtet ist, geht es bei der Rechtsaufsicht der Aufsichtsbehörden i.d.R. um die Sicherung der objektiven Rechtmässigkeit; sie erfolgt aus Gründen des öffentlichen Interesses.¹⁷⁵⁸ 558
- Hinzu kommt, dass die Gerichte – Verfahren um vorsorgliche Massnahmen ausgenommen – i.d.R. nachträglich tätig werden und somit hauptsächlich in die Vergangenheit blicken. Dies trifft oftmals auch auf Aufsichtsbehörden zu, die bspw. exekutorische, disziplinarische oder sanktionierende Massnahmen anzuordnen haben. Demgegenüber bedingt die kontinuierliche, «begleitende» Aufsichtsausübung zwecks Sicherung polizeilicher, systemischer oder qualitätssichernder Aspekte vermehrt einen Fokus auf die Gegenwart sowie die Zukunft.¹⁷⁵⁹ 559
- Vor Gerichten gilt der Grundsatz der Publikumsöffentlichkeit. Art. 30 Abs. 3 BV garantiert die öffentliche Gerichtsverhandlung und Urteilsverkündung im Grundsatz, Ausnahmen bleiben vorbehalten. Auf gesetzlicher Grundlage kann der Anspruch auf Öffentlichkeit auch für andere Verfahrensstadien vorgesehen werden.¹⁷⁶⁰ Jede Form geheimer Kabinettsjustiz soll nach diesem Grundsatz verhindert werden.¹⁷⁶¹ – Vor Aufsichtsbehörden kommt der Grundsatz der Publikumsöffentlichkeit in dieser Form hingegen nicht zum Tragen. Die Verhandlungen oder auch die Beratungen der Aufsichtsbehörden, die einem Entscheid zugrunde liegen, sind damit i.d.R. nicht öffentlich.¹⁷⁶² Der Grundsatz der Öffentlichkeit der Verwaltung bezieht sich demgegenüber auf den Anspruch sämtlicher Personen auf Zugang zu amtlichen Dokumenten¹⁷⁶³ und richtet sich auf Bundesebene nach den Vorgaben des BGÖ.¹⁷⁶⁴ 560

¹⁷⁵⁸ Vgl. so auch KAHL, Staatsaufsicht, 417 insb. m.w.H. auf das deutsche Recht.

¹⁷⁵⁹ So äusserte sich auch bereits STEIN, 16 f. und 18 f.

¹⁷⁶⁰ Art. 59 Abs. 1 BGG sieht etwa vor, dass die mündlichen Urteilsberatungen und Abstimmungen am Bundesgericht grundsätzlich öffentlich sind.

¹⁷⁶¹ Vgl. zum Ganzen etwa KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 218 bzw. 222 ff.; RHINOW ET AL., insb. N 265 ff.

¹⁷⁶² Dazu hinten N 1539 ff. – Eine bemerkenswerte Ausnahme dazu sieht jedoch Art. 97 Abs. 1 RTVG vor, wonach die Beratungen der UBI öffentlich sind, es sei denn, schützenswerte Privatinteressen stünden diesem Grundsatz entgegen.

¹⁷⁶³ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 241 ff.

¹⁷⁶⁴ Dazu auch vorne N 534 sowie hinten N 1541 ff.

- 561 – Die schliesslich ergangenen Verfügungen der Aufsichtsbehörden können grundsätzlich auch nach Eintritt der formellen Rechtskraft angepasst werden (so etwa im Rahmen einer Wiedererwägung, eines Widerrufs oder der Revision).¹⁷⁶⁵ Ob eine Verfügung – im Gegensatz zu einem Gerichtsurteil – überhaupt materiell rechtskräftig werden kann, gilt als umstritten.¹⁷⁶⁶

D. Rechtsprechungsübersicht: Aufsichtsbehörden sind keine Gerichte

- 562 Wie mehrfach erwähnt, hat sich das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung wiederholt mit der Zuordnung zahlreicher Aufsichtsbehörden in die Gewaltentrias befasst und deren Qualifikation als richterliche Behörden jeweils abgelehnt. In ständiger Rechtsprechung hielt das Bundesgericht fest, dass die untersuchten Aufsichtsinstanzen zur Verwaltung und damit zur Exekutive gehören.

Hintergrund dieser wiederkehrenden Fragestellung war nicht zuletzt die Rechtslage unter dem (alten) Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (aOG). Nach Art. 105 Abs. 2 aOG hatte sich das Gericht nämlich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob es sich bei verschiedenen Aufsichtsbehörden um richterliche Behörden handelte oder nicht und ob das Gericht entsprechend an ihre Sachverhaltsfeststellung gebunden war.¹⁷⁶⁷

- 563 Im Sinne einer Rechtsprechungsübersicht lässt sich insb. auf die folgenden Entscheide zu unterschiedlichen Aufsichtsbehörden verweisen:

- 564 – Eidgenössische Bankenkommission (EBK):

In BGE 108 Ib 270, E. 2a hielt das Bundesgericht fest, dass es sich bei der EBK nicht um eine Rekurskommission i.S.v. Art. 105 Abs. 2 aOG handelte. Diesen Entscheid bestätigten BGE 115 Ib 55, E. 2a, sowie BGE 116 Ib 73, E. 1b. Im Urteil BGer, 2A.230/1999, 2.2.2000, E. 1g, sowie im Urteil BGer,

¹⁷⁶⁵ Vgl. dazu etwa RHINOW ET AL., N 951 ff.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 664 f. – Eine Ausnahme besteht jedoch für Verfügungen, die die Grundlage eines weiteren Entscheides (z.B. eines Rechtsmittelentscheids) bilden. Sie dürfen nicht ohne Weiteres abgeändert werden. Die Behörde, die den zweiten Entscheid zu fällen hat, muss sich im Grundsatz auf den ersten Entscheid verlassen können (vgl. dazu etwa Urteil BVGer, A-6381/2009, 16.3.2010, E. 3.2 f.; BGE 136 II 447, E. 3.1).

¹⁷⁶⁶ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 665; RHINOW ET AL., N 956.

¹⁷⁶⁷ Art. 105 Abs. 2 aOG lautete folgendermassen: «Die Feststellung des Sachverhaltes bindet das Bundesgericht, wenn eine richterliche Behörde als Vorinstanz den Sachverhalt nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen festgestellt hat.»

2A.262/2000, 9.3.2001, E. 2b/aa (nicht publiziert in BGE 127 II 142), hielt das Bundesgericht fest, dass die EBK auch keine «richterliche Behörde» bzw. «*autorité judiciaire*» sei. Diese Rechtsprechung wurde mit BGE 138 I 154, E. 2.7 bestätigt.

– FINMA:

565

Im Urteil BGer, 2C_110/2019, 9.12.2019, E. 4.4 mit Verweis auf BGE 138 I 154 hielt das Bundesgericht unmissverständlich fest: «*Sur le vu de ce qui précède, force est de constater que la FINMA ne constitue pas une autorité judiciaire. Le simple fait qu'elle ne soit soumise à aucune directive ne suffit bien évidemment pas à la qualifier de tribunal. À l'instar de la Commission de la concurrence, de la Commission de la communication et de l'ancienne Commission fédérale des banques, la FINMA constitue une autorité décisionnelle appartenant à l'administration fédérale décentralisée. Elle remplit à ce titre non pas une fonction judiciaire, mais de surveillance (...).*»

– Kommunikationskommission (ComCom):

566

Im Urteil BGer, 2A.503/2000 und 2A.505/2000, 3.10.2001 (sog. Commcare-Entscheid; E. 3b), sprach das Bundesgericht die Frage an, ohne sie endgültig zu beantworten. Geklärt (und verneint) wurde die Frage in den Urteilen BGer, 2A.586/2003 und 2A.610/2003 sowie 2A.587/2003 und 2A.588/2003, 1.10.2004, E. 3. Bestätigt wurde diese Rechtsprechung ausserdem in BGE 131 II 13, E. 3.2, 132 II 47, E. 1.2, 132 II 257, E. 3.1, 138 I 154, E. 2.7, sowie Urteil BGer, 2C_110/2019, 9.12.2019, E. 4.4.

– UBI:

567

In BGE 121 II 359, E. 2b wurde die UBI als «richterliche Behörde» i.S.v. Art. 105 Abs. 2 OG qualifiziert und dieser Entscheid insb. mit Urteil BGer, 2C_844/2009, 22.11.2010, E. 3.2.2, bestätigt (nicht publiziert in BGE 137 II 40). In BGE 122 II 471, E. 2a wurde sie als «quasi-richterliches» Organ bezeichnet, gleichzeitig aber auch ihre Verwaltungsaufgaben betont. In BGE 137 I 340, E. 2 wurde die Frage offengelassen, allerdings kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die Spruchkörperbildung der UBI den Anforderungen gemäss Art. 29 und Art. 30 BV genüge. In BGE 138 I 154, E. 2.7 hielt das Bundesgericht dann fest, dass die UBI keine gerichtliche Behörde i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK sei, sondern eine Behördenkommission mit Aufsichtsaufgaben. Interessant ist die Argumentationsweise des Gerichts in BGE 147 II 476, E. 3.2, wo es mit Blick auf die grundsätzliche Öffentlichkeit der Beratungen der UBI gemäss Art. 97 Abs. 1 RTVG wiederum die Gerichtsähnlichkeit der UBI betonte.

– Wettbewerbskommission (WEKO):

568

In BGE 138 I 154, E. 2.7 hielt das Bundesgericht fest, dass die WEKO keine gerichtliche Behörde sei, sondern eine Behördenkommission. Bestätigung fand diese Rechtsprechung in BGE 139 I 72, E. 4.3 sowie im Urteil

BGer, 2C_110/2019, 9.12.2019, E. 4.4. In BVGE 2011/32 (E. 5.4.3 f.) hatte das Bundesverwaltungsgericht die Frage noch offengelassen, allerdings zahlreiche Hinweise in diesem Sinne angeführt. Es verwies u.a. auf die Einschätzung der WEKO selbst,¹⁷⁶⁸ die Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7.11.2001¹⁷⁶⁹ sowie auf die damals herrschende Lehre¹⁷⁷⁰.

IV. Zwischenergebnis und Überleitung

- 569 Die Aufsichtstätigkeit wird hauptsächlich als eine Funktion der Exekutive aufgefasst. Zusätzliche Rechtsetzungs- und Rechtsprechungsaufgaben der Aufsichtsbehörden vermögen nichts an der grundsätzlichen Zuordnung der Aufsicht zur Exekutive zu ändern. Dass auch solche in den Tätigkeitsbereich der staatlichen Aufsicht fallen können, ist heute etabliert bzw. eine gelebte Tatsache, die ganz bewusst von der Gesetzgebung vorgesehen wird, v.a. um fachspezifisches Wissen abholen und die Sachverhaltsnähe ebenso wie die vergleichsweise schnellen und oftmals effizienten Reaktionsmöglichkeiten der Aufsichtsbehörden für die Gesetzgebungszwecke nutzen zu können.
- 570 *Rechtsetzungsaufgaben* der Aufsicht werden grundsätzlich als zulässig anerkannt, sofern die erforderlichen Voraussetzungen auf Verfassungs- und Gesetzesstufe eingehalten werden, insb. die Vorgaben an eine gültige Gesetzesdelegation. Wie gesehen, werfen allerdings die von Aufsichtsbehörden rege genutzten Verwaltungsverordnungen regelmässig Fragen auf. Trotz anhaltender und deutlich geäusselter Kritik werden sie nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht als verbindliche Rechtsquellen anerkannt und aufgrund dessen wird für ihren Erlass i.d.R. auch keine gesetzliche Grundlage und auch keine Gesetzesdelegation verlangt. Die Aufsichtsbehörden dürfen sie, pointiert ausgedrückt, erlassen, weil sie Aufsichtsbehörden sind. Der Vorschlag, auch Verwaltungsverordnungen einer gesetzlichen Grundlage zuzuführen bzw. die Regulierungstätigkeit der Aufsichtsbehörden selber zu regulieren, wie dies etwa im Finanzmarktbereich mit dem Erlass der FINMAG-VO aufgegleist wurde, wird vor diesem Hintergrund begrüsst. Auf diesem Weg erfolgt eine normative Rückbindung der aufsichtsrechtlichen Rechtsetzungstätigkeit an die staats- und verwaltungsrechtlichen Grundlagen, wodurch

¹⁷⁶⁸ WEKO, Verfügung vom 5.2.2007 (publiziert in: RPW 2007/2, 241 ff., N 39 ff. sowie 317).

¹⁷⁶⁹ Vgl. Botschaft KG 2001, BBl 2002 2040.

¹⁷⁷⁰ Verwiesen wurde u.a. auf BORER, Kommentar KG, Art. 18 N 9; HANGARTNER, Verwaltungsverfahrenrecht, 267 f.; KOBEL, 1157; ZÄCH, N 1144.

nicht nur ihre Transparenz und Vorhersehbarkeit zunimmt, sondern auch ihre demokratische Legitimation gestärkt wird, und zwar nicht zuletzt dadurch, dass im Rahmen eines Normsetzungsverfahrens die Legislativaufgaben der Aufsicht einer Diskussion zugeführt werden.

Rechtsprechungskompetenzen der Aufsichtsbehörden bzw. Kompetenzen, die an 571 die Aufgaben der Judikative erinnern, werden i.d.R. als weniger problematisch beurteilt. Wie gesehen, mussten sich die Gerichte allerdings v.a. aus verfahrensrechtlichen Gründen wiederholt mit Fragen rund um die Einordnung von Aufsichtsbehörden und ihren Tätigkeiten zur Verwaltung bzw. Justiz befassen. Auch wenn Lehre und Rechtsprechung die Aufsichtsausübung mehrheitlich als Verwaltungstätigkeit von den Rechtsprechungsaufgaben der Judikative abgrenzen, sind im Einzelfall aus organisations- und verfahrensrechtlicher Hinsicht u.U. gewisse Differenzierungen angezeigt:

- Trotz der einheitlichen Qualifikation von Aufsichtsbehörden als Verwaltungs- 572 behörden sind diese organisationsrechtlich z.T. sehr unterschiedlich ausgestaltet, auch wenn sich allmählich gewisse Vereinheitlichungstendenzen abzeichnen.¹⁷⁷¹ Fragen werden regelmässig zu ihrer «unabhängigen» Organisation aufgeworfen.¹⁷⁷² Insbesondere ist bislang nicht geklärt, inwiefern sich die materiellen Vorgaben zur institutionellen Unabhängigkeit von Gerichten und Aufsichtsbehörden unterscheiden bzw. unterscheiden sollen.¹⁷⁷³
- Verfahrensrechtlich ist nicht ausgeschlossen, dass sich gewisse Aufsichtsbe- 573 hörden als «materielle Gerichte» qualifizieren lassen, sodass im nichtstreitigen Verfahren auch gerichtliche Verfahrensgarantien nach Art. 30 BV zur Anwendung gelangen können.¹⁷⁷⁴ Insofern ist die Unterscheidung zwischen Verwaltungsbehörden und Gerichten nicht nur von theoretischem Interesse.¹⁷⁷⁵ Ferner lässt die Gegenüberstellung von Gerichts- und Aufsichtsbehörden auch Einschränkungen der (gerichtlichen) Überprüfbarkeit von Aufsichtsentscheiden zutage treten. Kapitel IV zum Aufsichtsverfahren geht näher auf solche Fragestellungen ein.¹⁷⁷⁶

¹⁷⁷¹ Die organisationsrechtliche Ausgestaltung der Aufsichtsbehörden wird sogleich (N 574 ff.) vertieft.

¹⁷⁷² Dazu hinten insb. N 627 ff. Vgl. ausserdem im Behördenvergleich N 704 ff., N 746 ff., N 772 ff. und N 795 ff. zu den öffentlich-rechtlichen Anstalten sowie N 869 ff., N 894 ff., N 888 ff. zu den Behördenkommissionen.

¹⁷⁷³ Dazu hinten N 1669 ff. und insb. N 1680 ff.

¹⁷⁷⁴ Dazu hinten N 1680 ff. und insb. N 1707.

¹⁷⁷⁵ Dazu hinten N 1669 ff.

¹⁷⁷⁶ Dazu hinten N 1583 ff.

§ 2 Organisationsrechtliche Ausgestaltung der Aufsichtsbehörden

I. Vorbemerkungen

- 574 Auf den ersten Blick erscheinen die zahlreichen als staatliche Aufsichtsbehörden bezeichneten Instanzen sehr unterschiedlich organisiert und rechtlich ausgestaltet zu sein. Der nachfolgende Abschnitt versucht gleichwohl, einen Überblick über verschiedene Aufsichtsbehörden zu geben, wobei der Hauptfokus der Untersuchung schliesslich auf die dezentralen Aufsichtsbehörden des Bundes gerichtet sein wird. Dabei stellt sich heraus, dass trotz Unterschieden auch zahlreiche Gemeinsamkeiten in der organisationsrechtlichen Ausgestaltung von Aufsichtsbehörden bestehen und von der Gesetzgebung bewusst gefördert werden.
- 575 Der Eindruck organisatorischer Vielfalt wird bestärkt angesichts der verschiedenen innerstaatlichen Ebenen, auf welchen Aufsichtsbehörden angesiedelt sein können – nämlich auf Bundes-, Kantons- oder Gemeindeebene¹⁷⁷⁷ –, und mit Blick sowohl auf Behörden, die der Zentralverwaltung zugeordnet sind,¹⁷⁷⁸ als auch auf solche Behörden, die zur dezentralen Verwaltung gezählt werden.¹⁷⁷⁹ Bezüglich Letzterer interessiert ihre Rechtsform¹⁷⁸⁰ sowie ihre interne und unabhängige Ausgestaltung.¹⁷⁸¹ Zusätzliche Komplexität gewinnt die organisationsrechtliche Sicht auf die Aufsichtsinstanzen, wenn privatrechtliche bzw. gemischtrechtliche Einheiten mit Aufsichtsfunktionen in das Gesamtbild miteinbezogen werden.¹⁷⁸²
- 576 Solche Aspekte werden nachfolgend vertieft. Dabei wird (nicht unkritisch) auf Bestrebungen eingegangen, die Rechtsformen der Aufsichtsbehörden zu harmonisieren.¹⁷⁸³ Diskutiert wird ausserdem die Erarbeitung eines Unabhängigkeitskon-

¹⁷⁷⁷ Dazu hinten N 577 ff.

¹⁷⁷⁸ Dazu hinten N 588 ff.

¹⁷⁷⁹ Dazu hinten N 595 ff.

¹⁷⁸⁰ Dazu hinten N 666 ff.

¹⁷⁸¹ Vgl. hinten N 627 ff. zum Kriterium der Unabhängigkeit sowie N 676 ff. bzw. N 828 ff. zu wesentlichen organisationsrechtlichen Elementen öffentlich-rechtlicher Anstalten bzw. Behördenkommissionen.

¹⁷⁸² Zu denken ist etwa an den Einbezug privater Rechtsträger in die Aufsichtswahrnehmung wie z.B. die Prüfgesellschaften und Untersuchungsbeauftragten im Bereich der Finanzmarktaufsicht (dazu hinten N 723 ff. und N 736 ff.).

¹⁷⁸³ Dazu hinten N 915 ff. und N 922 ff.

zepts, das zur Vereinheitlichung der vielfältigen Unabhängigkeitsvorgaben an die Adresse der dezentralen Aufsichtsbehörden beitragen würde.¹⁷⁸⁴

II. Aufsichtsbehörden auf unterschiedlichen Stufen des Gemeinwesens

Besonders im Wirtschaftsbereich weist das Gesetz dem Bund regelmässig weitreichende Kompetenzen zu, die sowohl die Gefahrenabwehr als auch die ordnende, fördernde und/oder lenkende Einflussnahme auf das Wirtschaftsgeschehen umfassen und nicht selten auch Aufsichtskompetenzen vorsehen.¹⁷⁸⁵ Gleichwohl bestehen in ausgewählten Bereichen diverse Aufsichtskompetenzen der Kantone, deren rechtliche Ausgestaltung weder vereinheitlicht noch systematisiert worden ist.¹⁷⁸⁶ 577

Die Aufsichtsausübung auf kantonaler Ebene wird im Rahmen dieser Untersuchung nicht näher vertieft. Ein besonderer Blick ist allerdings auf Aufstellkonstellationen zu werfen, in denen der Bundesgesetzgeber die Kantone für die Umsetzung des Bundesaufsichtsrechts miteinbezieht. Dabei liegt es auf der Hand, dass das Nebeneinander von Aufsichtstätigkeiten auf unterschiedlichen Ebenen des Gemeinwesens Zuständigkeitsfragen aufwerfen und zu einem erhöhten Koordinationsbedarf führen kann.¹⁷⁸⁷ 578

- Im Gesundheitsbereich sind z.B. regelmässig kantonale Aufsichtsbehörden neben Bundesbehörden tätig. So kommen den Kantonen etwa im Bereich des *Heilmittelrechts* verschiedene Vollzugsaufgaben zu¹⁷⁸⁸ – ein Umstand, der sich nicht zuletzt auf die Wurzeln des HMG im (inter-)kantonalen Recht zurückführen lässt.¹⁷⁸⁹ Die Kantone sind z.B. zuständig für die Erteilung der Bewilligung 579

¹⁷⁸⁴ Dazu hinten N 936 ff. und insb. N 947 ff.

¹⁷⁸⁵ Zu den Kompetenzen des Bundes im Wirtschaftsbereich vgl. den Überblick bei RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 7 N 7 ff. sowie § 15 N 52; vgl. auch STÖCKLI, Organisatorische Fragen, 113.

¹⁷⁸⁶ STÖCKLI, Organisatorische Fragen, 113 f. Für einen Überblick über die kantonalen Kompetenzen im Wirtschaftsbereich generell vgl. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 7 N 17 ff. Zu den unabhängigen Verwaltungsbehörden der Kantone vgl. WISARD, 105 ff.

¹⁷⁸⁷ BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.25.

¹⁷⁸⁸ Vgl. Art. 83 Abs. 1 lit. a und b HMG, wonach die Kantone die Vollzugsaufgaben erfüllen, die ihnen das HMG überträgt und die nicht ausdrücklich dem Bund übertragen sind.

¹⁷⁸⁹ Dazu vorne N 239 ff.

für die Abgabe von Arzneimitteln.¹⁷⁹⁰ Zudem führen sie Betriebskontrollen¹⁷⁹¹ sowie Inspektionen durch¹⁷⁹². Ferner kontrollieren die Kantone im Rahmen der Marktüberwachung nachträglich die Rechtmässigkeit von Abgabe und Anwendung der in Verkehr gebrachten Arzneimittel in den Kantonen.¹⁷⁹³ So kontrollieren sie an den Abgabestellen etwa anhand von Stichproben oder auf Ersuchen der Swissmedic insb., ob die Vorschriften über die Abgabeberechtigungen eingehalten werden, die Vorschriften über die Arzneimittelwerbung befolgt werden und die Arzneimittel richtig gekennzeichnet sind.¹⁷⁹⁴

Die Anforderungen an die Inspektorate bzw. an die Inspektorinnen und Inspektoren sind in Art. 56 und Art. 57 AMBV geregelt.¹⁷⁹⁵ Swissmedic prüft und überwacht, ob sie von den Inspektoraten der Kantone, welche Inspektionen nach Art. 60 HMG wahrnehmen, auch eingehalten werden, und anerkennt diejenigen Inspektorate, welche die Anforderungen erfüllen.¹⁷⁹⁶ Ferner versucht Swissmedic darauf hinzuwirken, dass eine einheitliche Praxis bei der Durchführung von Inspektionen verfolgt wird. Der Erlass der Inspektions-Richtlinie bspw. erfolgte mit diesem Ziel.¹⁷⁹⁷

¹⁷⁹⁰ Vgl. Art. 30 Abs. 1 und 2 HMG.

¹⁷⁹¹ Vgl. Art. 30 Abs. 3 HMG.

¹⁷⁹² Art. 58 Abs. 1 HMG sowie Art. 60 Abs. 3–5 HMG.

¹⁷⁹³ Vgl. Art. 57 VAM.

¹⁷⁹⁴ Art. 57 Abs. 2 VAM.

¹⁷⁹⁵ Nach Art. 56 AMBV müssen die Inspektorate ein Qualitätsmanagementsystem nach international anerkannten Normen aufweisen und akkreditiert sein (vgl. dazu auch die Swissmedic Inspektions-Richtlinie, Ziff. 5.12 N 42). Inspektorinnen und Inspektoren sind darüber hinaus natürliche Personen, die gemäss Art. 57 Abs. 1 AMBV «im entsprechenden Fachgebiet über eine geeignete abgeschlossene Hochschulausbildung oder eine vergleichbare Qualifikation sowie über Erfahrung verfügen und sich laufend fortbilden». Der fachlichen Expertise der Inspektoren kommt denkbar grosses Gewicht zu. Anerkannt ist entsprechend auch die Möglichkeit, dass die Inspektoren Fachexperten für eine spezifische Inspektion beiziehen (vgl. Swissmedic Inspektions-Richtlinie, Ziff. 5.1 N 2). Neben hohen fachlichen Anforderungen müssen die Inspektorinnen und Inspektoren darüber hinaus von den Unternehmen, die sie inspizieren, unabhängig sein (Art. 57 Abs. 2 AMBV). Generell gilt, dass die Inspektorinnen und Inspektoren die erhaltenen Informationen vertraulich, mit Integrität und grösster Sorgfalt zu behandeln haben. Sie unterstehen der Schweigepflicht nach Art. 61 HMG (vgl. Swissmedic Inspektions-Richtlinie, Ziff. 5.1 N 11).

¹⁷⁹⁶ Vgl. Art. 58 Abs. 1 und 2 AMBV.

¹⁷⁹⁷ Vgl. dazu Art. 63 AMBV sowie Swissmedic Inspektions-Richtlinie, Ziff. 1. Ausserdem führt die Inspektions-Richtlinie regelmässige Treffen, gemeinsame Fortbildungsveranstaltungen sowie gemeinsame Inspektionen verschiedener Inspektorate als mögliche «Aktivitäten» auf, die zu einer gewissen Harmonisierung beitragen sollen (vgl. Swissmedic Inspektions-Richtlinie, Ziff. 5.12 N 43).

Festgestellte Ereignisse, Erkenntnisse und Beanstandungen melden die kantonalen Behörden je nach Zuständigkeit Swissmedic oder dem Bundesamt für Gesundheit.¹⁷⁹⁸ In der Folge werden regelmässig weitere Abklärungen durchgeführt und Massnahmen angeordnet, entweder durch das Institut oder das BAG.¹⁷⁹⁹ Bei unmittelbaren und schwerwiegenden Gesundheitsgefährdungen können aber auch die Kantone die erforderlichen Verwaltungsmassnahmen anordnen.¹⁸⁰⁰ Den Kantonen stehen grundsätzlich die gleichen Massnahmen zur Verfügung wie dem Institut,¹⁸⁰¹ das Verfahren richtet sich in solchen Fällen allerdings nach dem kantonalen Recht.¹⁸⁰²

- Im Bereich des *Lebensmittelrechts* sorgen die Kantone für die Kontrolle der Lebensmittel und der Gebrauchsgegenstände im Inland.¹⁸⁰³ Sie erteilen bspw. gewisse Betriebsbewilligungen,¹⁸⁰⁴ führen amtliche Kontrollen auf jeder Stufe der Produktion, Verarbeitung und des Vertriebs von Lebensmitteln sowie von für die Lebensmittelproduktion gehaltenen Tieren und von Gebrauchsgegenständen durch¹⁸⁰⁵ und sind auch für die Anordnung von Massnahmen zuständig.¹⁸⁰⁶ Die Kantone setzen eigene Vollzugsorgane ein, namentlich eine Kantonschemikerin, einen Kantonstierarzt sowie Lebensmittelinspektorinnen bzw. -kontrolleure sowie amtliche Tierärztinnen und amtliche Fachassistenten.¹⁸⁰⁷

¹⁷⁹⁸ Vgl. Art. 58 Abs. 5 HMG. Nach Art. 57 Abs. 3 und 4 VAM wird etwa Swissmedic informiert, wenn die Vorschriften über die Abgabeberechtigungen, die Arzneimittelwerbung oder die richtige Kennzeichnung der Arzneimittel verletzt wurden.

¹⁷⁹⁹ Art. 58 Abs. 5 HMG. Nach Art. 57 Abs. 3 VAM ist etwa der Kanton zuständig, um im Falle einer Verletzung der Bestimmungen über die Abgabeberechtigungen die notwendigen Abklärungen vorzunehmen und die erforderlichen Massnahmen zu verfügen. Nach Art. 57 Abs. 4 VAM kommt demgegenüber Swissmedic die Zuständigkeit zu, Abklärungen vorzunehmen und Massnahmen im Falle einer Verletzung der Vorschriften über die Arzneimittelwerbung bzw. über die richtige Kennzeichnung von Arzneimitteln zu ergreifen.

¹⁸⁰⁰ Art. 58 Abs. 5 HMG; vgl. zu dieser Bestimmung BSK HMG-EICHENBERGER, Art. 58 N 19 ff.

¹⁸⁰¹ Vgl. Art. 66 Abs. 1 HMG.

¹⁸⁰² Vgl. BSK HMG-MEYER/PFENNINGER-HIRSCHI, Art. 66 N 7a.

¹⁸⁰³ Art. 47 Abs. 2 LMG. – Das war auch schon unter dem LMG 1905 so (vgl. dazu vorne N 233 ff.).

¹⁸⁰⁴ So etwa für Schlachtbetriebe sowie Betriebe, die mit Lebensmitteln tierischer Herkunft umgehen (vgl. Art. 11 Abs. 1 LMG i.V.m. Art. 21 LGV).

¹⁸⁰⁵ Vgl. Art. 30 Abs. 1 LMG. Nach Abs. 3 und 4 dieser Bestimmung können die Vollzugsbehörden zwecks Überprüfung der Einhaltung der lebensmittelrechtlichen Bestimmungen Proben erheben, in Dokumente und andere Aufzeichnungen Einblick nehmen sowie Kopien davon erstellen und haben zwecks Erfüllung ihrer Aufgabe Zugang zu Grundstücken, Gebäuden, Betrieben, Räumen, Anlagen, Fahrzeugen und sonstigen Infrastrukturen.

¹⁸⁰⁶ Art. 34 ff. LMG.

¹⁸⁰⁷ Art. 49 LMG.

- 581 – Auch in die Aufsichtsausübung über die sog. «freien Berufe» der Anwältinnen und Anwälte sowie die universitären Medizinal- und Psychologieberufe sind kantonale Aufsichtsinstanzen eingebunden. Sie entscheiden z.B. über die jeweilige Berufszulassung¹⁸⁰⁸ und übernehmen die Aufsichtsausübung über diejenigen Personen, die in diesen Bereichen privatwirtschaftlich tätig sind.¹⁸⁰⁹
- 582 Verschiedene Bereiche sehen auch *interkantonale* Aufsichts- und Vollzugsbehörden vor:
- 583 – Im Bereich der *Spielbanken* z.B. übt zwar die ESBK im Rahmen der Vollzugszuständigkeit des Bundes die Aufsicht aus,¹⁸¹⁰ daneben ist aber gemäss Art. 105 BGS eine über ein Konkordat geschaffene «interkantonale Aufsichts- und Vollzugsbehörde» zuständig, sog. Grossspiele¹⁸¹¹ zu beaufsichtigen, und zwar zwecks Sicherstellung des Schutzes der Spielerinnen und Spieler vor exzessivem Geldspiel.¹⁸¹² Diese Aufgabe übernimmt seit 2021 die Interkantonale Geldspielaufsicht (Gespa), eine interkantonale öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit und Sitz in Bern,¹⁸¹³ die ihre Tätigkeit unabhängig auszuüben hat.¹⁸¹⁴

¹⁸⁰⁸ Art. 3 Abs. 1 BGFA anerkennt z.B. ausdrücklich das Recht der Kantone, im Geltungsbereich dieses Gesetzes die Anforderungen an den Erwerb des Anwaltspatentes festzulegen. Gemäss Art. 34 MedBG bedarf es für die Ausübung eines universitären Medizinalberufes in eigener fachlicher Verantwortung einer Bewilligung des Kantons, auf dessen Gebiet der Medizinalberuf ausgeübt wird.

¹⁸⁰⁹ Vgl. etwa Art. 14 BGFA, wonach jeder Kanton eine Behörde bezeichnet, die diejenigen Anwältinnen und Anwälte beaufsichtigt, die Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten. Vgl. auch Art. 41 Abs. 1 MedBG, wonach jeder Kanton eine Behörde bezeichnet, welche die Personen beaufsichtigt, die im betreffenden Kanton einen universitären Medizinalberuf in eigener fachlicher Verantwortung ausüben. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung kann die Behörde gewisse Aufsichtsaufgaben auch den kantonalen Berufsverbänden delegieren. Vgl. zur Thematik ausserdem z.B. WISARD, 118 ff.

¹⁸¹⁰ Vgl. Art. 106 Abs. 2 BV.

¹⁸¹¹ Als Grossspiele gelten nach Art. 3 lit. e BGS «Lotterien, Sportwetten und Geschicklichkeitsspiele, die je automatisiert oder interkantonale oder online durchgeführt werden».

¹⁸¹² Vgl. Art. 107 Abs. 1 lit. a sowie Abs. 3 BGS.

¹⁸¹³ Vgl. Art. 20 Abs. 1 des Gesamtschweizerischen Geldspielkonkordats (GSK) vom 20.5.2019 (in Kraft getreten am 1.1.2021). – Die Gespa löste die interkantonale Lotterien- und Wettkommission (Comlot) ab (vgl. Gespa, Medienmitteilung vom 4.1.2021, «Die interkantonale Geldspielaufsicht heisst neu Gespa»).

¹⁸¹⁴ Vgl. Art. 21 Abs. 1 GSK; vgl. auch Art. 106 BGS sowie Art. 107 ff. BGS mit weiteren bundesrechtlichen Vorgaben an die Adresse der interkantonalen Aufsichts- und Vollzugsbehörde. Weitere Informationen zur Gespa sind insb. abrufbar unter <<https://www.gespa.ch>>.

- Auch die BVG- und Stiftungsaufsicht wird inzwischen mehrheitlich von interkantonal zusammengeschlossenen Aufsichtsbehörden wahrgenommen.¹⁸¹⁵ 584
Unterschieden werden die folgenden regionalen Behörden:
- BVG- und Stiftungsaufsicht beider Basel (BSABB)
 - Ostschweizer BVG- und Stiftungsaufsicht (übernimmt im Bereich der beruflichen Vorsorge die Aufsicht in den Kantonen Glarus, Appenzell Inner- und Aargau, St. Gallen, Graubünden, Tessin und Thurgau)
 - Zentralschweizer BVG- und Stiftungsaufsicht (ZBSA) (verfügt über Aufsichtskompetenzen in den Kantonen Luzern, Uri, Schwyz, Ob- und Nidwalden und Zug)
 - BVG- und Stiftungsaufsicht des Kantons Zürich (mit Aufsichtskompetenzen über den Kanton Zürich und Schaffhausen)
 - BVG- und Stiftungsaufsicht Aargau (mit Aufsichtskompetenzen über die Kantone Aargau und Solothurn)
 - Bernische BVG- und Stiftungsaufsicht (übernimmt die Aufsicht in den Kantonen Bern und Freiburg)
 - Autorité de surveillance LPP et des fondations de Suisse occidentale (mit Aufsichtskompetenzen über Stiftungen in den Kantonen Waadt, Wallis, Neuchâtel und Jura)

Rechtliche Grundlage für die so erfolgten Zusammenschlüsse bildet Art. 61 BVG. 585
Nach Abs. 1 dieser Bestimmung bezeichnen die Kantone «die zuständige Behörde für die Aufsicht über die Vorsorgeeinrichtungen sowie die Einrichtungen, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dienen, mit Sitz im Kantonsgebiet». Nach Abs. 2 können die Kantone aber auch gemeinsame Aufsichtsregionen bilden und dafür eine eigene (einheitliche) Aufsichtsbehörde vorsehen – eine Möglichkeit, von der in der Praxis rege Gebrauch gemacht worden ist; inzwischen verfügt nur noch der Kanton Genf über eine eigene, kantonale Aufsichtsbehörde, die «*Autorité cantonale de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance*». ¹⁸¹⁶
Art. 61 Abs. 3 BVG schreibt schliesslich auch die Rechtsform dieser (inter-)kanto-

¹⁸¹⁵ Seit der sog. Strukturreform 2012 wird die BVG-Direktaufsicht – mit Ausnahme der Aufsicht über den Sicherheitsfonds, die Auffangeinrichtung und die Anlagestiftungen, die der Direktaufsicht der Obergewaltskommission (OGK BV) unterstellt sind gemäss Art. 64a Abs. 2 BVG – ausschliesslich von kantonalen bzw. regionalen Aufsichtsbehörden wahrgenommen. Vgl. Botschaft Strukturreform, BBl 2007 5703 f.; STAUFFER, N 1866 ff.

¹⁸¹⁶ Vgl. auch BSK BVG-GROB, Art. 61 N 32.

nalen Aufsichtsbehörden vor: Nach dieser Bestimmung haben die BVG- und Stiftungsaufsichtsbehörden jeweils die Rechtsform einer öffentlich-rechtlichen Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit.¹⁸¹⁷

- 586 Die interkantonal zusammengeschlossenen BVG-Aufsichtsbehörden übernehmen häufig auch die Aufsicht über die «klassischen» oder «gewöhnlichen» Stiftungen im erfassten Aufsichtsgebiet.¹⁸¹⁸

Nach Art. 84 Abs. 1 ZGB stehen die gewöhnlichen Stiftungen unter der Aufsicht des Gemeinwesens (Bund, Kanton, Gemeinden), dem sie nach ihrer Bestimmung angehören. Dafür wird insb. auf den Zweck der Stiftung sowie auf ihren räumlichen (d.h. kommunalen, kantonalen oder landesweiten) Wirkungskreis bzw. Tätigkeitsbereich abgestellt.¹⁸¹⁹ Als zuständige Stiftungsaufsichtsbehörde auf Bundesebene amtiert i.d.R. die Eidgenössische Stiftungsaufsicht ESA, die dem Generalsekretariat des EDI angegliedert ist.¹⁸²⁰ während sich die Zuständigkeit der kantonalen Aufsichtsbehörden über Stiftungen generell nach dem kantonalen Recht bestimmt, d.h. häufig nach den kantonalen Einführungsgesetzen (EG) zum ZGB.¹⁸²¹ Art. 84 Abs. 1^{bis} ZGB erlaubt ferner den Kantonen, interkommunale Stif-

¹⁸¹⁷ Für einen organisationsrechtlichen Überblick über die Rechtsform öffentlich-rechtlicher Anstalten vgl. hinten N 676 ff. – Satz 2 von Art. 61 Abs. 3 BVG hält zudem ausdrücklich fest, dass die BVG-Aufsichtsbehörden in ihrer Tätigkeit keinen Weisungen unterliegen (vgl. dazu BSK BVG-GROB, Art. 61 N 40 ff.). Diskutiert wurde allerdings auch noch im Rahmen der Vorlage zur Modernisierung der Aufsicht in der 1. Säule und Optimierung in der 2. Säule der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, ob Regierungsmitglieder der Kantone Einsitz in die Organe der kantonalen oder regionalen Aufsichtsbehörden nehmen dürfen. Der Bundesrat hatte vorgeschlagen, Art. 61 Abs. 3 BVG dahin gehend anzupassen, dass die Mitglieder der Aufsichtsbehörde weder der Kantonsregierung angehören noch Angestellte der kantonalen Verwaltung sein dürfen (Botschaft Modernisierung der Aufsicht, BBl 2020 88; vgl. dazu auch BSK BVG-GROB, Art. 61 N 46 ff.). Die vorgeschlagene Ergänzung von Art. 61 BVG konnte sich im Parlament allerdings zuletzt nicht durchsetzen (weitere Informationen sind abrufbar unter <<https://www.parlament.ch>> unter der Geschäftsnummer 19.080).

¹⁸¹⁸ Vgl. dazu etwa BK-RIEMER, Art. 84 ZGB N 30; BSK ZGB I-GRÜNINGER, Art. 84 N 6b m.w.H.; KUKO ZGB-JAKOB, Art. 84 N 3.

¹⁸¹⁹ Vgl. eingehend zur Bestimmung der örtlich zuständigen Aufsichtsbehörde etwa BK-RIEMER, Art. 84 ZGB N 9 ff.; BSK ZGB I-GRÜNINGER, Art. 84 N 5 ff.

¹⁸²⁰ In Sonderfällen kann auch ein Bundesamt zuständig sein. Ausserdem nicht durch das EDI, sondern durch ein anderes Departement ausgeübt wird die Bundesaufsicht, wenn der Stiftungszweck in enger Verbindung zu diesem anderen Departement steht (vgl. BK-RIEMER, Art. 84 ZGB N 13 f. m.w.H.).

¹⁸²¹ Vgl. BK-RIEMER, Art. 84 ZGB N 25 m.w.H.

tungen, d.h. Stiftungen, die in den Aufsichtsbereich verschiedener Gemeinden fallen, der kantonalen Aufsicht zu unterstellen.¹⁸²²

Bemerkenswert ist, dass eine eigene Oberaufsichtsbehörde, die Oberaufsichtskommission Berufliche Vorsorge (OAK BV), die Aufsicht über die Aufsichtsbehörden nach Art. 61 BVG ausübt.¹⁸²³ Es handelt sich dabei um eine ausserparlamentarische Behördenkommission i.S.v. Art. 57a RVOG i.V.m. Art. 8a Abs. 3 RVOV, die aus der Bundeszentralverwaltung ausgelagert ist und als Rechtsform im Aufsichtsrecht weite Verbreitung findet.¹⁸²⁴ Sie hat insb. die Funktion, eine einheitliche Aufsichtstätigkeit der kantonalen und regionalen Aufsichtsbehörden sicherzustellen¹⁸²⁵ und dabei Qualitätssicherung und Rechtssicherheit zu gewährleisten, indem sie überwacht, dass die kantonalen oder regionalen Aufsichtsbehörden ihre Aufgaben in der erforderlichen Qualität und in Übereinstimmung mit den bundesrechtlichen Vorschriften erledigen.¹⁸²⁶ 587

Im Rahmen der «klassischen» Stiftungsaufsicht kommt dieses Oberaufsichtsmodell hingegen nicht zur Anwendung. Infolge der Prüfung, ob es sich auch für klassische Stiftungen eignen würde, wurde es nicht zuletzt angesichts der Vielfalt der Stiftungszwecke und -tätigkeiten im Stiftungskontext als nicht sinnvoll erachtet, sondern – im Gegenteil – als die Aufsicht über die Stiftungen unnötig verkomplizierend und vertuernd.¹⁸²⁷

III. Aufsichtsausübung durch die Zentralverwaltung

Obwohl – wie noch genauer aufzuzeigen sein wird¹⁸²⁸ – die Auslagerung von 588
Aufsichtsaufgaben auf Verwaltungseinheiten ausserhalb der Zentralverwaltung inzwischen verbreitet ist, ja der Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates Aufsichtsaufgaben als besonders geeignet für eine dezentralisierte Wahrnehmung

¹⁸²² Vgl. zu dieser Norm etwa BK-RIEMER, Art. 84 ZGB N 28 m.w.H.

¹⁸²³ Art. 64a Abs. 1 Satz 1 BVG.

¹⁸²⁴ Dazu hinten insb. N 670 sowie N 828 ff. zu wichtigen organisationsrechtlichen Elementen von Aufsichtsbehörden in der Rechtsform von Behördenkommissionen.

¹⁸²⁵ Vgl. Art. 64a Abs. 1 lit. a BVG mit dem Hinweis, dass die Oberaufsichtskommission zu diesem Zweck Weisungen erlassen kann. Die Vorsorgeeinrichtungen können sich auf diese Weisungen auch gegenüber ihren Aufsichtsbehörden berufen. Vgl. dazu etwa BRECHBÜHL, 322; vgl. auch CAMINADA, 160 f.; vgl. auch STAUFFER, N 1900.

¹⁸²⁶ Botschaft Strukturreform, BBl 2007 5688.

¹⁸²⁷ Vgl. dazu BR, Bericht Steigerung der Attraktivität des Stiftungsstandortes Schweiz, BBl 2013 2213 ff.

¹⁸²⁸ Dazu hinten N 595 ff.

erachtet,¹⁸²⁹ sind auch verschiedene Akteure der Zentralverwaltung aufsichtsrechtlich tätig. Dazu gehören neben den Departementsvorstehern nach Art. 38 RVOG¹⁸³⁰ und den Verwaltungsfunktionären¹⁸³¹ etwa auch das Generalsekretariat des EDI, dem die Eidgenössische Stiftungsaufsicht ESA angegliedert ist.¹⁸³² Ferner übernehmen insb. der Bundesrat sowie die Bundesämter regelmässig Aufsichtsfunktionen:

- 589 Der *Bundesrat* übernimmt Aufsichtsaufgaben in Bereichen, die überwiegende öffentliche Interessen betreffen. Gestützt auf solche kann er etwa über eine ausnahmsweise Zulassung einer Wettbewerbsbeschränkung oder eines Unternehmenszusammenschlusses befinden.¹⁸³³ Weitgehende aussen- oder sicherheitspolitische Implikationen sind sodann betroffen, wenn er z.B. über das Gesuch (sowie über die Einwendungen und Einsprachen) um eine Rahmenbewilligung zum Bau oder Betrieb einer Kernanlage entscheidet.¹⁸³⁴ Zu beachten sind ferner auch seine Kompetenzen, gestützt auf Art. 184 Abs. 3 und 185 Abs. 3 BV, zwecks «Wahrung der Interessen des Landes» bzw. «um eingetretenen oder unmittelbar drohenden schweren Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit zu begegnen», polizeiliche Massnahmen in Verfügungs- oder Verordnungsform anzuordnen. Zu diesen wurde bspw. das Massnahmenpaket zwecks Rekapitalisierung der UBS im Jahre 2008 gezählt.¹⁸³⁵

¹⁸²⁹ Dazu hinten N 599 ff.

¹⁸³⁰ Nach Art. 38 Satz 1 RVOG verfügt die Departementsvorsteherin oder der Departementsvorsteher grundsätzlich über uneingeschränkte Weisungs-, Kontroll- und Selbsteintrittsrechte. Vorbehalten bleiben besondere Bestimmungen für bestimmte Verwaltungseinheiten oder durch Bundesgesetzgebung besonders geregelte Zuständigkeiten.

¹⁸³¹ Als solche gelten die von den Verwaltungseinheiten eingesetzten natürlichen Personen (Beamte, Angestellte oder Beauftragte), die die Amtsverrichtungen vornehmen. Sie werden oft auch als Organwalter oder Amtsinhaber bezeichnet (vgl. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 109 f.).

¹⁸³² Vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. a OV-EDI; dazu auch vorne N 586 m.w.H.

¹⁸³³ Vgl. Art. 31 und Art. 36 KG.

¹⁸³⁴ Vgl. Art. 48 KEG. Der Bundesrat unterbreitet seinen Entscheid gemäss Abs. 2 der Bundesversammlung zur Genehmigung, und der Beschluss der Bundesversammlung untersteht wiederum dem fakultativen Referendum (Abs. 4). In das Bewilligungsverfahren ist im Übrigen auch das Bundesamt für Energie (BFE) involviert (vgl. sogleich N 591).

¹⁸³⁵ So stützte sich etwa die Verordnung über die Rekapitalisierung der UBS AG vom 15.10.2008 (AS 2008 4741 f.) auf diese Bestimmungen der Bundesverfassung; vgl. dazu auch die Botschaft zu einem Massnahmenpaket zur Stärkung des schweizerischen Finanzsystems vom 5.11.2008, BBl 2008 8968 f.

In diesem Zusammenhang wurde auch die Frage aufgeworfen, ob der vom Bundesrat am 19. Dezember 2008 förmlich getroffene Entscheid, die FINMA (bzw. die damalige EBK) «einzuladen»,¹⁸³⁶ «alle notwendigen Massnahmen zu treffen», um eine Anklageerhebung gegen die UBS im «Interesse der Stabilität sowohl des schweizerischen als auch des globalen Finanzsystems» zu verhindern,¹⁸³⁷ sich nachträglich als Anordnung i.S.v. Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV hätte umdeuten lassen.¹⁸³⁸ Eine solche Auslegung hätte aber die Frage aufgeworfen, wie sich die Kompetenzen des Bundesrates mit dem Grundsatz der Unabhängigkeit der FINMA (gemäss Art. 21 FINMAG) vertragen hätten. Dieser Aspekt wurde vom Bundesgericht im Entscheid allerdings gänzlich ausgeblendet.¹⁸³⁹

Zu den zahlreichen Aufsichtsaufgaben, die von den *Bundesämtern* übernommen werden, gehören etwa die Erteilung von Bewilligungen, die Durchführung der vorgeschriebenen Kontrollen sowie die Anordnung aufsichtsrechtlicher Massnahmen.

- In das Bewilligungsverfahren rund um den Bau oder Betrieb einer Kernanlage ist etwa auch (neben dem Bundesrat¹⁸⁴⁰) das *BFE* involviert. Es nimmt das Rahmenbewilligungsgesuch und die entsprechenden Unterlagen entgegen, verlangt allenfalls Ergänzungen und holt die erforderlichen Gutachten ein. Ausserdem nimmt es Einwendungen und Einsprachen entgegen und lädt zu Stellungnahmen ein.¹⁸⁴¹
- Das *BAG* wiederum kontrolliert z.B. die Einhaltung der Vorschriften des Transplantationsgesetzes¹⁸⁴² und erteilt die notwendigen Bewilligungen.¹⁸⁴³

¹⁸³⁶ Während das Bundesgericht das Verb «einladen» verwendet (BGE 137 II 431, E. 3.2.2), wird im Bericht der Geschäftsprüfungskommissionen der Eidgenössischen Räte das Wort «ersuchen» eingefügt (vgl. etwa GPK-N/-S, Druck der Finanzkrise, BBl 2011 3239, 3325, 3333 f.), und an einer Stelle ist sogar davon die Rede, die EBK habe «vom Bundesrat das politische Plazet (in Form eines formellen Beschlusses)» erhalten (*ebd.*, 3328); vgl. dazu BIAGGINI, polizeiliche Generalklausel, 44 (Fn. 20).

¹⁸³⁷ Entscheid des Bundesrates vom 19.12.2008, zitiert in BGE 137 II 431, E. 3.2.2.

¹⁸³⁸ BIAGGINI, polizeiliche Generalklausel, 43 f.; dazu auch hinten N 1372 f.

¹⁸³⁹ Vgl. dazu hinten insb. N 807 ff.; vgl. auch BIAGGINI, polizeiliche Generalklausel, 38.

¹⁸⁴⁰ Dazu soeben N 589 m.w.H.

¹⁸⁴¹ Vgl. Art. 42, Art. 43, Art. 46 und Art. 47 KEG.

¹⁸⁴² Vgl. etwa Art. 63 ff. Transplantationsgesetz.

¹⁸⁴³ Bewilligungspflichtig sind etwa die Lagerung, Ein- und Ausfuhr von Organen, Geweben oder Zellen (Art. 25 Transplantationsgesetz) sowie klinische Versuche der Transplantation menschlicher Organe, Gewebe oder Zellen (Art. 36 Transplantationsgesetz). Ferner benötigen Transplantationszentren eine Bewilligung des BAG (Art. 27 Transplantationsgesetz).

Das BAG bzw. die Sektion Strahlentherapie und medizinische Diagnostik des BAG ist ausserdem Bewilligungsbehörde für den Umgang mit ionisierender Strahlung in Medizin, Industrie und Forschung. Es übernimmt auch die Funktion als Aufsichtsbehörde im Strahlenschutz in den Bereichen Medizin und Forschung,¹⁸⁴⁴ während die Suva die Aufsicht in Industrie- und Gewerbebetrieben übernimmt.¹⁸⁴⁵ Ferner ist das BAG z.B. zuständig für die Koordination zwischen den Ethikkommissionen sowie weiteren Prüfbehörden und kann Empfehlungen zur angemessenen Harmonisierung der Verfahren und der Beurteilungspraxis erlassen.¹⁸⁴⁶ Im Bereich des Arzneimittelrechts besteht ausserdem die Kompetenz des BAG, bei der Preisgestaltung für Heilmittel mitzuwirken. Das BAG entscheidet nämlich, ob ein Arzneimittel nach der Marktzulassung (durch Swissmedic)¹⁸⁴⁷ in die sog. Spezialitätenliste aufgenommen werden kann und damit in der Schweiz von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung vergütet wird oder nicht.¹⁸⁴⁸ Für eine Aufnahme in die Spezialitätenliste prüft das BAG, ob das betreffende Präparat die Voraussetzungen der Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit erfüllt.¹⁸⁴⁹

- 593 – Hauptaufsichtsbehörde im Bereich des Fernmeldewesens ist das *BAKOM*. Gemäss Art. 58 FMG wacht das Bundesamt darüber, dass das internationale Fernmelderecht, das FMG, die Ausführungsvorschriften und die Konzessionen eingehalten werden.¹⁸⁵⁰ Stellt es eine Rechtsverletzung fest, so ist das BAKOM befugt, von der für die Verletzung verantwortlichen (juristischen oder natürlichen) Personen zu verlangen, den Mangel zu beheben oder Massnahmen zu treffen, damit sich die Verletzung nicht wiederholt.¹⁸⁵¹ Ausserdem kann es von der verantwortlichen Person verlangen, die Einnahmen, die sie bei der Rechtsverletzung erzielt hat, an den Bund abzuliefern.¹⁸⁵² Ferner hat

¹⁸⁴⁴ Vgl. Art. 28 ff. StSG, insb. Art. 30 sowie Art. 37 Abs. 1 StSG i.V.m. Art. 11 Abs. 1 bzw. Art. 184 Abs. 2 StSV.

¹⁸⁴⁵ Art. 37 Abs. 1 StSG i.V.m. Art. 184 Abs. 4 StSV.

¹⁸⁴⁶ Art. 55 Abs. 1 und Abs. 4 HFG. – Gemäss Art. 55 Abs. 2 HFG erstatten die Ethikkommissionen dem BAG jährlich Bericht über ihre Tätigkeit, insb. über die beurteilten Forschungsprojekte. Das BAG veröffentlicht wiederum ein Verzeichnis der Ethikkommissionen und informiert die Öffentlichkeit über deren Tätigkeiten (vgl. Art. 55 Abs. 3 HFG).

¹⁸⁴⁷ Vgl. Art. 9 Abs. 1 HMG zum Grundsatz sowie Art. 65 Abs. 1 KVV.

¹⁸⁴⁸ Vgl. Art. 52 Abs. 1 lit. b KVG i.V.m. Art. 30 ff. KLV.

¹⁸⁴⁹ Art. 30 Abs. 1 lit. a KLV sowie Art. 65 Abs. 3 KVV; für die Beurteilung dieser Voraussetzungen vgl. Art. 32 ff. KLV sowie Art. 65 ff. KVV.

¹⁸⁵⁰ Art. 58 Abs. 1 FMG.

¹⁸⁵¹ Art. 58 Abs. 2 lit. a FMG.

¹⁸⁵² Art. 58 Abs. 2 lit. b FMG.

es die Kompetenz, die Konzession durch Auflagen zu ergänzen¹⁸⁵³ oder einzuschränken, zu suspendieren, zu widerrufen oder zu entziehen.¹⁸⁵⁴ Auch die Tätigkeit der für die Verletzung verantwortlichen Person kann das BAKOM einschränken, suspendieren oder sogar ganz verbieten.¹⁸⁵⁵ Der Inhaberin oder dem Inhaber kann das BAKOM das Fähigkeitszeugnis entziehen oder Auflagen machen.¹⁸⁵⁶ Vorsorgliche Massnahmen kann das Bundesamt im Rahmen seines Zuständigkeitsbereichs ebenfalls anordnen.¹⁸⁵⁷ Auch für die Untersuchung von Verstössen der beaufsichtigten Unternehmen und die Anordnung von Verwaltungssanktionen kann das BAKOM nach Art. 60 FMG zuständig sein. Eine Einschränkung erfahren die Kompetenzen des BAKOM allerdings im Kompetenzbereich der Kommunikationskommission: Hat die ComCom etwa Konzessionen erteilt (wie z.B. die Grundversorgungskonzession nach Art. 14 ff. FMG oder die Funkkonzession nach Art. 22a FMG, soweit sie diese Aufgabe nicht an das Bundesamt übertragen hat¹⁸⁵⁸), ist es dem Bundesamt verwehrt, im Zuständigkeitsbereich der ComCom Rechtsverletzungen zu untersuchen oder Aufsichtsmaßnahmen auszusprechen.¹⁸⁵⁹

Im Grundsatz kommen der ComCom v.a. dort Entscheidungskompetenzen zu, wo Entscheide der Bundesverwaltung mit der Rolle des Bundes als Wettbewerbsteilnehmer im liberalisierten Fernmeldemarkt nicht vereinbar wären.¹⁸⁶⁰

- Im Übrigen übernimmt das BAKOM zahlreiche administrative Aufgaben für die ComCom: So bereitet das BAKOM nach Art. 8 Abs. 1 des Geschäftsreglements der ComCom die Geschäfte der ComCom vor,¹⁸⁶¹ stellt ihr Anträge¹⁸⁶²

¹⁸⁵³ Art. 58 Abs. 2 lit. c FMG.

¹⁸⁵⁴ Art. 58 Abs. 2 lit. d FMG.

¹⁸⁵⁵ Art. 58 Abs. 2 lit. d FMG.

¹⁸⁵⁶ Art. 58 Abs. 2 lit. e FMG.

¹⁸⁵⁷ Vgl. Art. 58 Abs. 5 FMG.

¹⁸⁵⁸ Vgl. Art. 22a Abs. 3 FMG.

¹⁸⁵⁹ Art. 60 Abs. 2 FMG i.V.m. Art. 58 Abs. 4 FMG. Wurde die Konzession von der ComCom erteilt, trifft diese – allerdings auf Antrag des BAKOM – die entsprechenden Massnahmen.

¹⁸⁶⁰ RAMSAUER, 201.

¹⁸⁶¹ So z.B. die Verfahren für die Konzessionserteilung durch die ComCom, namentlich die Ausschreibungsverfahren, ebenso (u.a.) die Entscheide über Zugangsgesuche nach Art. 11a Abs. 1 FMG (Art. 8 Abs. 1 lit. b und c Geschäftsreglement ComCom).

¹⁸⁶² So z.B. für den Erlass vorsorglicher Massnahmen (Art. 8 Abs. 1 lit. d Geschäftsreglement ComCom).

und vollzieht ihre Entscheide.¹⁸⁶³ Die «Umkehrung der Hierarchien» zwischen Bundesamt und Behördenkommission geht sogar so weit, dass die ComCom gegenüber dem BAKOM nach Art. 57 Abs. 2 FMG auch Weisungen erteilen kann,¹⁸⁶⁴ sodass Mitarbeitende des BAKOM sowohl den Weisungen der ComCom als auch den Weisungen des Generalsekretariats des Departements unterstehen. Darüber hinaus ist zu beachten, dass der Direktor oder die Direktorin des BAKOM jeweils befugt ist (allenfalls unter Beizug der verantwortlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter), an den Sitzungen der ComCom mit beratender Stimme teilzunehmen.¹⁸⁶⁵ Die institutionelle Nähe zwischen der ComCom und der Bundesverwaltung fällt im Behördenvergleich auf und wirft insb. im Hinblick auf das Kriterium der Unabhängigkeit Fragen auf.¹⁸⁶⁶

IV. Dezentrale Aufsichtsbehörden

A. Weite Verbreitung

1. Allgemeines

- 595 Soll eine staatliche Behörde Private beaufsichtigen, werden häufig Stimmen laut, wonach schwerfällige, bürokratische und allzu «staatsnahe» hoheitlich tätige und politisch beeinflussbare Aufsichtsgebilde, die ausserdem der Finanzhaushaltsgesetzgebung der Zentralverwaltung unterstehen, verhindert werden sollen. Der Grundsatz einer staatsfreien Wirtschaftsordnung wird als Teilaspekt der Wirtschaftsfreiheit aufgefasst.¹⁸⁶⁷ Vor diesem Hintergrund bietet sich oftmals die Dezentralisierung von Aufsichtseinheiten an. Ausgegliederte Behörden vermögen das benötigte Fachwissen zu bündeln und versprechen neben ihrer öffentlich-rechtlichen Trägerschaft, die für die Wahrnehmung der exekutiven, hoheitlichen

¹⁸⁶³ Nach Art. 8 Abs. 1 lit. g Geschäftsreglement ComCom führt das BAKOM die Aufsichtsverfahren durch, für die die ComCom zuständig ist (Art. 58 Abs. 4 und 60 Abs. 2 FMG), und setzt die von ihr angeordneten Massnahmen um.

¹⁸⁶⁴ Vgl. dazu auch Art. 8 Abs. 1 Satz 2 Geschäftsreglement ComCom.

¹⁸⁶⁵ Vgl. Art. 14 Geschäftsreglement ComCom; vgl. auch die allerdings generell gehaltenen Hinweise zur ComCom bei LIENHARD/BOLZ/WÜEST-RUDIN, 81 ff. und 85.

¹⁸⁶⁶ Dazu hinten N 643, N 904 f., 912 und N 942.

¹⁸⁶⁷ Botschaft BV, BBl 1997 I 290. Vgl. dazu BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.129; BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 94 N 2 m.w.H.; vgl. auch RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 4 N 36 f. (zu Art. 31 aBV 1874) sowie § 4 N 69 f.

Aufsichtsaufgaben als erforderlich gilt, eine gewisse Staatsunabhängigkeit, die sich i.d.R. auch förderlich auf die Akzeptanz ihrer Entscheidungen auswirkt.¹⁸⁶⁸

Die Diskussionen, die bspw. im Zusammenhang mit der Entstehung des schweizerischen Kartellgesetzes geführt wurden, verdeutlichen die grundsätzliche Zurückhaltung hinsichtlich der Einführung staatlicher Kompetenzen. Nicht nur sollten die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen gegen Wettbewerbsbeschränkungen nach der Vorstellung der Botschaft zum Kartellgesetz von 1962 neben den zivilrechtlichen Vorschriften lediglich eine subsidiäre Stellung einnehmen,¹⁸⁶⁹ auch die vorgesehene Kartellkommission wurde von Anfang an als unabhängiges Milizgremium ausgestaltet, das nicht an Weisungen des Bundesrates oder der Departemente gebunden und mithin auch nicht in die Hierarchie der Bundesverwaltung eingegliedert war.¹⁸⁷⁰ Ein Beizug der Bundesverwaltung oder die Bildung eines in die staatliche Verwaltung eingegliederten Bundeskartellamts z.B. wurde nie ernsthaft erwogen.¹⁸⁷¹

Auch ein Blick in die Materialien zur Entstehung der Eidgenössischen Revisionsaufsichtsbehörde (RAB) belegt eine beobachtbare Zurückhaltung gegenüber zusätzlichen staatlichen Kompetenzen. So wurde etwa die Möglichkeit eines sog. *Peer-Review-Systems* geprüft, bei dem die Qualitätskontrollen von praktizierenden Revisorinnen und Revisoren – also «privaten Akteuren» anstelle einer staatlichen Aufsicht – durchgeführt worden wären. Um die Objektivität und Unabhängigkeit des Kontrollmechanismus zu sichern – sind doch anlässlich der Peer Reviews Berufskolleginnen und -kollegen beurteilend tätig –, wurde dieses Modell jedoch letztlich nicht ernsthaft in Erwägung gezogen, auch deshalb, weil absehbar war, dass sich neben den USA voraussichtlich auch die EU gegen ein Peer-Review-System entscheiden würde. Um nicht Gefahr zu laufen, dass das Schweizer Modell von anderen Staaten nicht als gleichwertig anerkannt werden wür-

¹⁸⁶⁸ Vgl. so etwa auch Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8262 ff.; SCHUPPERT, Verwaltungswissenschaft, 571 f., wenn auch zu den *Independent Regulatory Agencies*.

¹⁸⁶⁹ Vgl. Botschaft KG 1962, 564 und 599; vgl. dazu auch WEBER, Kartellrecht, 20 f. Geschützt war somit nicht primär der Wettbewerb als solcher, sondern die wirtschaftliche Persönlichkeit, d.h. das Recht des Einzelnen auf freie wirtschaftliche Betätigung (vgl. ZÄCH/HEIZMANN, N 145).

¹⁸⁷⁰ Vgl. Art. 17 Abs. 2 KG 62; vgl. auch SCHÜRMANN, Kommentar KG 62, 144 ff.; SCHÜRMANN/SCHLUEP, Art. 20 N V (S. 617); BSK KG-BANGERTER, Art. 18 N 3.

¹⁸⁷¹ SCHÜRMANN, Kommentar KG 62, 145. – Die letzte Kartellrechtsrevision, welche massgeblich zu einer stärkeren Unabhängigkeit der Wettbewerbsbehörden beigetragen hätte, ist im Herbst 2014 allerdings im Parlament gescheitert (vgl. dazu hinten N 882 ff.).

de,¹⁸⁷² vertrat der Bundesrat die Auffassung, dass eine unabhängige Verwaltungseinheit der dezentralen Bundesverwaltung im Rechtskleid einer selbstständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt geschaffen werden sollte.¹⁸⁷³

596 Heute ist die Auslagerung von Aufsichtsaufgaben aus der Zentralverwaltung weitverbreitet,¹⁸⁷⁴ nicht nur in der Schweiz; die Tendenz zu dezentralisierten Aufsichtsbehörden entspricht auch internationalen Vorgaben.¹⁸⁷⁵ Dies hängt mit der grundsätzlichen Eignung von Aufsichtsaufgaben zusammen, um von der Zentralverwaltung ausgelagert zu werden, wie dies bereits mehrfach vom Bundesrat festgestellt worden ist.

2. Aufsichtsbehörden im Vier-Kreise-Modell

597 Bereits das sog. Vier-Kreise-Modell, das der Bundesrat im Zusammenhang mit dem Projekt FLAG (Führen mit Leistungsauftrag und Globalbudget) zur Einführung von *New Public Management* (NPM) erarbeitet und auch mehrfach angepasst hatte,¹⁸⁷⁶ ordnete Betriebe und Anstalten, die zwar vollumfänglich im Besitz des Bundes, jedoch auf der Grundlage eines eigenen Organisationserlasses rechtlich selbstständig (mit eigenen Führungsorganen und eigener Rechnung) ausgestaltet sind, dem dritten Kreis zu und damit einer dezentralisierten Kategorie mit einer gewissen Distanz zur politischen Zentralsteuerung. Als Beispiel wurde u.a. Swissmedic genannt¹⁸⁷⁷ und damit eine Aufsichtsbehörde in der Rechtsform einer öffentlich-rechtlichen Anstalt.¹⁸⁷⁸

¹⁸⁷² Vgl. Botschaft RAG, BBl 2004 4103 ff. mit einer Übersicht über die Überlegungen zur Ausgestaltung der vorgesehenen Aufsichtsbehörde.

¹⁸⁷³ Vgl. *ebd.*, BBl 2004 4104.

¹⁸⁷⁴ Vgl. dazu etwa POLTIER, 67; S. VOGEL, Einheit, 225 ff. mit einer eingehenden Darstellung der unterschiedlichen Organisationsformen; vgl. auch MÜLLER/FRIEDERICH, 71 ff. zur dezentralen Staatsverwaltung auf Kantonsebene und insb. im Kanton Bern.

¹⁸⁷⁵ Dazu vorne N 294 sowie N 355 ff. Vgl. auch ZILLER, § 87 N 47; RUFFERT, Verwaltungseinheiten, 431 ff., der von einem «gemeineuropäischen Trend» spricht.

¹⁸⁷⁶ Das Modell ordnet die Bundesverwaltung in vier verschiedene Kreise ein, mit dem Ziel, die Bundesverwaltung stärker nach Effektivitäts- und Effizienzgesichtspunkten führen zu können. Den äusseren Kreisen wurden diejenigen Einheiten zugeordnet, die vermehrt durch den Markt gesteuert werden, den inneren Kreisen hingegen diejenigen, die in ihrer Aufgabenerfüllung stärker durch die Politik gesteuert werden (BR, Evaluationsbericht FLAG, BBl 2002 3538 ff.; vgl. auch Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8248 ff.).

¹⁸⁷⁷ Vgl. Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8249.

¹⁸⁷⁸ Art. 68 Abs. 2 HMG; vgl. dazu auch hinten N 685.

Fragen stellten sich jedoch hinsichtlich der Behördenkommissionen, die nicht wirklich überzeugend einem einzigen Kreis zugeordnet werden konnten. In seiner ursprünglichen Form schien das Vier-Kreise-Modell Behördenkommissionen dem ersten Kreis und damit der zentralen Verwaltung zuzuordnen.¹⁸⁷⁹ Eine solche Qualifizierung stand aber im Widerspruch zur RVOV und zur herrschenden Lehre, die Behördenkommissionen zur dezentralen Verwaltung zählen.¹⁸⁸⁰ In einer überarbeiteten Version wurde diese Qualifizierung entsprechend angepasst, sodass der dritte Kreis «Aufsichtsbehörden» und «Unternehmen mit öffentlichem Auftrag» umfasste.¹⁸⁸¹ Aber auch diese Lösung warf Fragen auf. Die zwischen den einzelnen Kreisen vorgenommene Grenzziehung vermochte insgesamt nicht zu überzeugen.¹⁸⁸² 598

3. Aufsichtsaufgaben gemäss Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates

3.1 Überblick

Der Mangel an einheitlichen Kriterien für die Auslagerung aus der zentralen Bundesverwaltung und auch das Fehlen eines Modells für eine kohärente Steuerung ausgelagerter Verwaltungseinheiten wurden zum Gegenstand mehrerer parlamentarischer Vorstösse und führten am 13. September 2006 zur Verabschiedung des Corporate-Governance-Berichts des Bundesrates,¹⁸⁸³ mit welchem das Vier-Kreise Modell umgestellt und weiterentwickelt wurde.¹⁸⁸⁴ Auch im Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates wurde die grundsätzliche Eignung zur Auslagerung von Aufsichtsaufgaben wiederholt.¹⁸⁸⁵ 599

Zurückführen lässt sich der Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates u.a. auf eine Untersuchung der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates (GPK-S), die durch Missstände bei der Gründung des Heilmittelinstituts Swissmedic ausgelöst worden war und im August 2004 in einen Bericht mündete, der auch Empfehlungen an das EDI und an den Bundesrat enthielt.¹⁸⁸⁶ Empfehlung 3 forderte etwa den Bundesrat auf, in

¹⁸⁷⁹ S. VOGEL, Einheit, 73 f. m.w.H. insb. auf BOLZ/REITZE/ERZINGER, 22 ff.

¹⁸⁸⁰ Dazu etwa vorne N 406 und hinten N 617 f.

¹⁸⁸¹ BR, Evaluationsbericht FLAG, BBl 2002 3565 f.

¹⁸⁸² Vgl. so insb. S. VOGEL, Einheit, 72 f. m.w.H.; TSCHANNEN, Organigramm, 519 f.

¹⁸⁸³ Vgl. Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8233 ff.

¹⁸⁸⁴ Vgl. dazu etwa S. VOGEL, Einheit, 74 f.

¹⁸⁸⁵ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8265.

¹⁸⁸⁶ Swissmedic und sein Personal waren von Anfang an mit erheblichen Startschwierigkeiten konfrontiert, als am 1.1.2002, mehr oder weniger von einem Tag auf den nächsten, die Inbetriebnahme des Heilmittelinstituts erfolgt war. Nachdem anläss-

seinem nächsten Evaluationsbericht FLAG u.a. auch Überlegungen zur Führung der dezentralen Verwaltung einfließen zu lassen und ein Inventar der dezentralen Einheiten aufzuführen.¹⁸⁸⁷ Formuliert wurde ausserdem ein Postulat bezüglich der Verwaltungsführung im 3. Kreis, womit der Bundesrat beauftragt wurde, einen Bericht vorzulegen zwecks Erläuterung, wie die Probleme und Fragen im Zusammenhang mit der Verwaltungsführung im 3. Kreis zu lösen seien. Der Bericht sollte u.a. Kriterien für die Schaffung oder für die Auslagerung von als Aufsichtsbehörden tätigen Verwaltungseinheiten bzw. Verwaltungseinheiten in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Anstalten enthalten.¹⁸⁸⁸

- 600 Der Corporate-Governance-Bericht verfolgte zwei Ziele: Einerseits sollten einheitliche Kriterien für die Auslagerung von Aufgaben an verselbstständigte Einheiten des Bundes erarbeitet werden. Andererseits bezweckte der Bericht, Grundsätze für deren rechtliche Verfassung und Steuerung aufzustellen.¹⁸⁸⁹ Als Ausgangspunkt diente eine Aufgabentypologie, mit welcher die von der Bundesverwaltung bzw. von den verselbstständigten Verwaltungseinheiten des Bundes erfüllten Aufgaben idealtypisch nach auslagerungs- und steuerungsrelevanten Eigenschaften erfasst wurden.¹⁸⁹⁰ Vier Aufgabentypen wurden unterschieden, nämlich (i) Ministerialaufgaben, (ii) Dienstleistungen mit Monopolcharakter, (iii) Dienstleistungen am Markt sowie (iv) Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht,¹⁸⁹¹ die vorliegend natürlich besonders interessieren.

lich eines Berichts des EFK die Schwierigkeiten als «besorgniserregend» bezeichnet worden waren (vgl. EFK, Jahresbericht 2002, BBl 2003 6993), beschloss die GPK-S im Januar 2003, den angeführten Missständen nachzugehen (vgl. GPK, Jahresbericht 2002/2003, BBl 2004 1733 f.). Vgl. zum Ganzen insb. der in der Folge erlassene Bericht der GPK-S, Swissmedic-Bericht, BBl 2005 293 ff. und insb. 300 ff.; vgl. auch BSK HMG-RICHLI, Vor 5. Kapitel N 20 f.

¹⁸⁸⁷ GPK-S, Swissmedic-Bericht, BBl 2005 331 und 346.

¹⁸⁸⁸ Vgl. Postulat GPK-S (04.3441); das Postulat war auch abgedruckt in GPK-S, Swissmedic-Bericht, BBl 2005 326 f., 328 ff. und 345.

¹⁸⁸⁹ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8241.

¹⁸⁹⁰ Ziel war es, mit der Aufgabentypologie bereits einen Indikator für die Auslagerungseignung bestimmter Aufgaben und einen Anknüpfungspunkt für die Festlegung von Steuerungsmechanismen gegenüber rechtlich selbstständigen Einheiten, die mit der Erfüllung dieser Aufgaben betraut sind, zu schaffen. Vgl. zum Ganzen Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8241, 8243 sowie 8251 ff. zur Herleitung der Aufgabentypologie.

¹⁸⁹¹ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8258 f. sowie eingehend zu den einzelnen Aufgabentypen 8260 ff. bzw. 8283 ff. zu den vier «aufgabentypenspezifischen Steuerungsmodellen». Vgl. zur Typologie gemäss Corporate-Governance-Bericht auch POLTIER, 83 ff.

Der Bericht sowie die darin enthaltenen (ursprünglich 28) Leitsätze für die Steuerung von ausgelagerten Einheiten wurden laufend weiterentwickelt: Im Jahre 2009 folgte ein Zusatzbericht, in dem der Bundesrat zahlreiche durch den ursprünglichen Corporate-Governance-Bericht aufgeworfene Fragen des Parlaments zu beantworten suchte und die Leitsätze ergänzte.¹⁸⁹² Ausserdem verabschiedete er eine sog. Umsetzungsplanung, die aufzeigte, wie der Bericht in die Praxis umgesetzt werden sollte.¹⁸⁹³ Im Dezember 2010 wurde – an diese Vorgaben anknüpfend – das Bundesgesetz über die Mitwirkung der Bundesversammlung bei der Steuerung der verselbstständigten Einheiten erlassen.¹⁸⁹⁴ 2019 folgte sodann eine Analyse zur Steuerung der vier bundesnahen Unternehmen Post, RUAG, SBB und Swisscom, die in einen Expertenbericht mündete.¹⁸⁹⁵ 2021 veröffentlichte der Bundesrat – in Erfüllung des Postulates 18.4274 von Fabio Abate vom 13. Dezember 2018 – sodann seine «Eignerstrategie für die verselbstständigten Einheiten des Bundes» und traf entsprechende Massnahmen.¹⁸⁹⁶ In seiner Eignerstrategie wurde u.a. auch festgehalten, dass ein regelmässiger, überdepartementaler Austausch der involvierten Eignerstellen unter der Federführung der EFV über Themen der Corporate Governance stattfinden solle.¹⁸⁹⁷

Inzwischen sind 37 Leitsätze ausformuliert und online abrufbar. Sie sollen bei der Ausgestaltung, Steuerung und Kontrolle von verselbstständigten Einheiten des Bundes berücksichtigt werden.¹⁸⁹⁸ Hinzu kommen die sog. «Muster-Organisationserlasse» der EFV, darunter insb. ein Mustererlass «für Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht», der eine Art Vorlage für die Ausgestaltung der Aufsichtsgesetze bzw. Organisationserlasse auf Bundesebene

¹⁸⁹² BR, Zusatzbericht CG, BBl 2009 2659 ff.

¹⁸⁹³ BR, Umsetzungsplanung CG-Bericht.

¹⁸⁹⁴ BBl 2010 8967.

¹⁸⁹⁵ LIENHARD/RIEDER/SONDEREGGER/LADNER/HÖCHNER/RITZ/ROOSE, Beurteilung der Corporate Governance des Bundes anhand der Analyse von vier Unternehmen, Bericht zuhanden der Eidgenössischen Finanzverwaltung (EFV), Bern/Luzern/St. Gallen/Lausanne 2019, abrufbar unter <<https://www.efv.admin.ch> → Themen → Corporate Governance → Grundlagen> (besucht am 15.8.24).

¹⁸⁹⁶ Die Eignerstrategie ist abrufbar unter <<https://www.efv.admin.ch> → Themen → Corporate Governance → Grundlagen> (besucht am 15.8.24).

¹⁸⁹⁷ BR, Eignerstrategie, 69 f., wonach dadurch zur Beantwortung von Fragen, zum Austausch von Erfahrungen, zur Sensibilisierung für neue Entwicklungen und Herausforderungen sowie zur Sicherstellung einer einheitlichen Praxis und Vorgehensweise beigetragen werden soll.

¹⁸⁹⁸ Die Leitsätze sind abrufbar unter <<https://www.efv.admin.ch> → Themen → Corporate Governance → Grundlagen> (besucht am 15.8.24).

zur Verfügung stellt, die insb. den Leitsätzen des Corporate-Governance-Berichts entspricht.¹⁸⁹⁹ Dieser Mustererlass findet sich im Anhang der vorliegenden Untersuchung.¹⁹⁰⁰ Zwar sind weder der Bericht noch die Leitsätze noch der Mustererlass für die Gesetzgebung rechtlich verbindlich;¹⁹⁰¹ ihnen kommt keineswegs Gesetzeskraft zu, sodass sie nicht etwa gesetzte Rechtsvorschriften in den Spezialgesetzen ersetzen oder verdrängen könnten.¹⁹⁰² Sie bieten aber Orientierungshilfen und lassen sich gewissermassen als eine Art «Werkzeugkasten» bei der Erarbeitung gesetzlicher Grundlagen und ihrer späteren Auslegung und Anwendung einsetzen.¹⁹⁰³ Ihnen kommt insofern allerdings «Richtliniencharakter» zu, als im Sinne eines sog. «*comply or explain*»-Ansatzes nur unter Nachweis triftiger Gründe von ihnen abgewichen werden soll, gleichzeitig wurden mit ihnen aber auch bewusst Handlungsspielräume offengelassen.¹⁹⁰⁴ Entsprechend wird im Rahmen der Normsetzung vielfach versucht, die darin enthaltenen Vorgaben umzusetzen,¹⁹⁰⁵ sodass sie durchaus eine harmonisierende Wirkung auf die behördeninterne Ausgestaltung von Aufsichtsbehörden haben können.¹⁹⁰⁶

3.2 Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht im Besonderen

- 603 Während die Aufgaben der sog. «Wirtschaftsaufsicht» im Sinne des Corporate-Governance-Berichts sämtliche Aufsichtstätigkeiten erfassen, «die sich mit der Funktionsweise von Märkten befassen und die bei Marktversagen bei der Allokation von Gütern und Dienstleistungen sowie bei der Preisbildung das korrigierende Eingreifen umfassen» (wie sie z.B. von der WEKO oder vom Preisüberwacher wahrgenommen werden),¹⁹⁰⁷ steht bei den Aufgaben der sog. «Sicherheitsauf-

¹⁸⁹⁹ Vgl. dazu etwa EFV, Bemerkungen zu den Bestimmungen des Mustererlasses, 4; vgl. auch STÖCKLI, Organisatorische Fragen, 148 f.

¹⁹⁰⁰ Hinten S. 939 ff.

¹⁹⁰¹ STÖCKLI, Organisatorische Fragen, 148; vgl. auch in diesem Sinne S. VOGEL, Einheit, 76.

¹⁹⁰² BIAGGINI, Gutachten ENSI, 18.

¹⁹⁰³ *Ebd.*, 18; vgl. auch Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8251.

¹⁹⁰⁴ Zum Richtliniencharakter des Berichts vgl. Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8295.

¹⁹⁰⁵ Vgl. etwa die Botschaft HMG 2012, BBl 2013 44 f.; vgl. auch Botschaft KG 2012, BBl 2012 3922.

¹⁹⁰⁶ Vgl. dazu insb. die nachfolgende organisationsrechtliche Untersuchung von Aufsichtsbehörden in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Anstalten (dazu hinten N 676 ff.).

¹⁹⁰⁷ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8263.

sicht» der prudenzielle Aspekt im Vordergrund. Ziel sei es, «die Öffentlichkeit bzw. einzelne Marktteilnehmer vor spezifischen Gefahren zu schützen, die mit der Erbringung spezifischer Marktleistungen zusammenhängen und sehr unterschiedlicher Art sein können».¹⁹⁰⁸ Der Bericht verweist dazu beispielhalber auf die FINMA, das ENSI und die Swissmedic.¹⁹⁰⁹

Trotz ihrer unterschiedlichen Ausgestaltung zeichnen sich beide dieser Aufsichts- 604
formen gemäss den Ausführungen des Corporate-Governance-Berichts dadurch
aus, dass jeweils «regulierend» in die wirtschaftlichen Aktivitäten Privater ein-
gegriffen wird zwecks Erfüllung «gemeinwirtschaftlicher» Aufgaben. So gehe es
bei der Wirtschaftsaufsicht etwa um die Vermeidung der negativen Effekte von
Marktversagen, während der Sicherheitsaufsicht z.B. Aufgaben zum Schutz der
Gesundheit sowie von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr zukommen.¹⁹¹⁰
Der «Monopolcharakter» und die «Hoheitlichkeit» solcher Aufsichtstätigkeiten
wurden vom Corporate-Governance-Bericht eigentlich als Argumente für eine
«zentrale Leistungserbringung» innerhalb der Bundesverwaltung und gegen eine
Auslagerung aufgeführt, bedingten Massnahmen mit Zwangscharakter doch eine
hohe demokratische Legitimation.¹⁹¹¹ Gleichzeitig wurde aber auch der den Auf-
sichtseinheiten des Bundes bewusst eingeräumte i.d.R. hohe Grad an Verselbst-
ständigung und Unabhängigkeit betont, mit dem die Glaubwürdigkeit und die Ef-
fektivität der Erfüllung von Aufsichtsaufgaben – auch förmlich und nach aussen
sichtbar¹⁹¹² – erhöht werden sollen.¹⁹¹³

4. Das Kriterium der Unabhängigkeit als Ziel und Grund für dezentralisierte Aufsichtsbehörden

Aus Sicht des Corporate-Governance-Berichts begründet der «Bedarf an Distanz 605
zum politischen Tagesgeschäft» und damit ein spezielles Unabhängigkeitserfor-
dernis, dass Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht grundsätzlich
verselbstständigt und von der Zentralverwaltung ausgelagert werden sollten.¹⁹¹⁴
So heisst es im Bericht:

¹⁹⁰⁸ *Ebd.*

¹⁹⁰⁹ *Ebd.*

¹⁹¹⁰ *Ebd.*

¹⁹¹¹ *Ebd.*, BBl 2006 8262 f. und 8253; vgl. auch BR, Eignerstrategie, 46.

¹⁹¹² Vgl. auch zur Bedeutung der Visibilität der Verselbstständigung bei Aufgaben im Auf-
sichtsbereich Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8258.

¹⁹¹³ *Ebd.*, BBl 2006 8262 f.; ebenso BR, Eignerstrategie, 46.

¹⁹¹⁴ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8262; ebenso BR, Eignerstrategie, 46.

«Insbesondere sollen Entscheide im Einzelfall unabhängig von der politischen Einflussnahme gefällt werden, damit Objektivität und Neutralität gewährleistet [sind].»¹⁹¹⁵

- 606 Das Kriterium der Unabhängigkeit in einem umfassenden Sinne (d.h. etwa auch aus funktionaler und finanzieller Sicht) als Ziel und Grund für dezentralisierte Aufsichtsbehörden ist nicht neu.¹⁹¹⁶ Als «organisationsrechtliche Kernfrage»¹⁹¹⁷ hat sie inzwischen die organisationsrechtliche Ausgestaltung vieler Aufsichtsbehörden beeinflusst, auch wenn sich die Verselbstständigung von Verwaltungseinheiten heute kaum mehr als unaufhaltsamer Trend darstellen lässt.¹⁹¹⁸
- 607 Auch internationale Vorgaben sprechen sich nicht selten für möglichst unabhängige Aufsichtsbehörden aus, was die gewählten Aufsichtsstrukturen innerstaatlich durchaus zu beeinflussen vermag.¹⁹¹⁹ Regelmässig werden internationale Standards in den Gesetzesmaterialien als Argument für die Auslagerung aus der zentralen Bundesverwaltung angeführt.¹⁹²⁰
- 608 – Beispielsweise verlangte das Übereinkommen über die nukleare Sicherheit vom 17. Juni 1994 (SR 0.732.020) eine wirksame Trennung der Aufgaben der nuklearen Sicherheitsbehörden von denjenigen anderer Stellen oder Organisationen, die mit der Förderung oder Nutzung von Kernenergie befasst sind. Auf nationaler Ebene führte dies im Rahmen der Totalrevision der Kernenergiegesetzgebung zum Erlass von Art. 70 KEG, der in Abs. 2 fordert, dass die nuklearen Aufsichtsbehörden in fachlicher Hinsicht nicht weisungsgebunden und formell von den Bewilligungsbehörden zu trennen sind.¹⁹²¹ Als es sodann um die rechtliche Verselbstständigung der Hauptabteilung für die Sicherheit der Kernanlagen (HSK) vom Bundesamt für Energie (BFE) und um ihre Überführung in das neu zu gründende Eidgenössische Nuklear-Sicherheitsinspektorat (ENSI) ging, wurde die Ausgestaltung der Behörde als Bundesamt aus Unabhängigkeitsgründen ausgeschlossen, u.a. mit dem Hinweis, «[d]ie Orga-

¹⁹¹⁵ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8263; ebenso BR, Eignerstrategie, 46.

¹⁹¹⁶ In diese Richtung äusserten sich Lehre und Rechtsprechung gerade im Hinblick auf öffentlich-rechtliche Anstalten auch schon in der Vergangenheit. Vgl. etwa LAZZARINI, 39 ff. m.w.H.

¹⁹¹⁷ STÖCKLI, Organisatorische Frage, 125 und 150.

¹⁹¹⁸ In diese Richtung äusserte sich etwa VIBERT, 18 ff.

¹⁹¹⁹ Dazu vorne insb. N 355 ff.

¹⁹²⁰ Für weitere Gründe, die für die Wahl dezentraler Organisationsformen angeführt werden, vgl. etwa den Überblick bei LIENHARD, Organisation und Steuerung, 1166.

¹⁹²¹ Vgl. Botschaft ENSIG, BBl 2006 8835.

nisationsform des Bundesamtes entspricht heute nicht mehr internationalen Standards».¹⁹²²

- Auch im Zusammenhang mit der Einführung einer neuen, integrierten Finanzmarktaufsicht wurde die Verbesserung der operationellen und finanziellen Unabhängigkeit dieser neuen Hauptaufsichtsbehörde besonders anvisiert.¹⁹²³ Die Aufsichtsbehörden im Finanzmarktbereich waren ja davor – im Gegensatz zur FINMA heute – entweder der zentralen Bundesverwaltung angegliedert (so die BPV) oder einem Departement administrativ zugeordnet (so die EBK).¹⁹²⁴ Eine nicht unwesentliche Rolle für die Kreierung einer eigenständigen Aufsichtsbehörde spielte dabei das Ergebnis der Überprüfung des schweizerischen Finanzsektors im Rahmen des «*Financial Sector Assessment Programm*» des IWF. Der Schlussbericht kritisierte nämlich ausdrücklich die finanzielle Abhängigkeit der EBK und befürwortete die Zusammenlegung insb. der Banken- und der Versicherungsaufsicht zu einer integrierten Aufsichtsbehörde.¹⁹²⁵ Als es in der Folge um die rechtliche Ausgestaltung einer solchen Behörde ging, wurde die Option, die Aufsichtsaufgaben einem Bundesamt zu übertragen, von Anfang an verworfen.¹⁹²⁶ Auch die Idee, Aufsichtskompetenzen der Schweize-

¹⁹²² Botschaft ENSIG, BBl 2006 8835 f.; zur Wahl der Rechtsform der öffentlich-rechtlichen Anstalt vgl. auch hinten N 923 m.w.H.

¹⁹²³ Bericht FINMA I, 15; vgl. dazu auch BSK FINMAG-HÜNERWADEL/TRANCHET, Art. 1 N 10 m.w.H.; vgl. auch ZUFFEREY/CONTRATTO, 25.

¹⁹²⁴ Bericht FINMA I, 15.

¹⁹²⁵ IMF Country Report No. 02/108, Switzerland: Financial System Stability Assessment, including Reports on the Observance of Standards and Codes on the following topics: Banking Supervision, Securities Regulation, Insurance Regulation, Payment Systems, and Monetary and Financial Policy Transparency, Juni 2002 (abrufbar unter <<https://www.imf.org>>), N 132, sowie Core Principle (CP) 1.2 und CP 20 in Table 4 (S. 51). Vgl. dazu auch Botschaft FINMAG, BBl 2006 2829, 2834.

¹⁹²⁶ Bereits im Bericht der 1998 eingesetzten Expertengruppe zur Untersuchung der Stärken und Schwächen der Finanzmarktaufsicht unter dem Vorsitz von Prof. Zufferey wurde ausgeführt, dass die Eingliederung der Aufsicht in ein Bundesamt sowohl die nötige Ressourcenhoheit als auch die institutionelle und funktionelle Unabhängigkeit nicht garantieren würde (vgl. Bericht Zufferey, N 642). Ferner gab die Botschaft zum FINMAG u.a. zu bedenken, dass ein Bundesamt nicht im eigenen, sondern nur im Namen des Bundes handeln und Verträge schliessen kann (Botschaft FINMAG, BBl 2006 2838). Hingewiesen wurde u.a. auch auf Herausforderungen des BPV, «seinen Personalbestand sowohl in quantitativer als auch in qualitativer Hinsicht den stetig wachsenden Erfordernissen einer professionalisierten und internationalisierten Versicherungsaufsicht anzupassen» und «hochqualifiziert[e] Fachleute zu rekrutieren» (Botschaft FINMAG, BBl 2006 2838).

rischen Nationalbank zu übertragen, wurde ausgeschlossen.¹⁹²⁷ Damit standen sich von Anfang an die Optionen der Gründung einer ausserparlamentarischen Kommission oder einer öffentlich-rechtlichen Anstalt des Bundes gegenüber – beides Optionen also, die auf einer Ausgliederung der Aufsicht aus der zentralen Bundesverwaltung basierten.¹⁹²⁸

- 610 Gleichwohl darf daraus nicht abgeleitet werden, dass sämtliche Aufsichtsbehörden zwingend dezentralisiert werden müssten.¹⁹²⁹ Einige Auslagerungsprojekte stiessen in der Vergangenheit durchaus auch auf Kritik.
- 611 – So etwa im Rahmen der 2014 gescheiterten KG-Reform, die u.a. auch Empfehlungen zur Professionalisierung der Wettbewerbsorgane seitens der OECD aufgenommen hatte.¹⁹³⁰ Die OECD kritisiert nämlich schon seit Jahren die Zusammensetzung und Unabhängigkeit der bestehenden Wettbewerbskommission und empfahl wiederholt, Vertreter von Wirtschaftsverbänden aus der Kommission zu entfernen, um die Unabhängigkeit der WEKO zu stärken.¹⁹³¹
- 612 – Auch Bestrebungen, die Eidgenössische Stiftungsaufsicht aus der zentralen Bundesverwaltung auszugliedern und in die Rechtsform einer öffentlich-rechtlichen Anstalt des Bundes zu überführen, konnten sich bislang nicht durchsetzen. Der Bundesrat hatte dies im Rahmen seiner Vorlage zu einem Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht (E-ESAG) vorgeschlagen, nachdem die Eidgenössische Stiftungsaufsicht (ESA) ausgebaut und als eigenständige Einheit innerhalb des GS-EDI geschaffen worden war.¹⁹³² Obwohl es sich diesbezüglich um eine rein organisatorische Massnahme handelte, die im Übrigen auch auf Zustimmung bei der EFK

¹⁹²⁷ Anggeführt wurden mögliche Interessenkonflikte hinsichtlich der Zuständigkeit der Nationalbank für die Geldpolitik. Zudem wurde auf die weit über den Bankenbereich hinausreichenden Aufgaben der integrierten Aufsichtsbehörde hingewiesen ebenso wie auf die internationale Tendenz, Aufsichtsaufgaben grundsätzlich von den Notenbankenaufgaben zu trennen (vgl. Bericht Zufferey, N 643).

¹⁹²⁸ Bericht Zufferey, N 644 und N 645.

¹⁹²⁹ Ebenso STÖCKLI, Organisatorische Frage, 150.

¹⁹³⁰ Botschaft KG 2012, BBl 2012 3913, 3921 sowie 3925 m.w.H.; vgl. dazu hinten N 882 ff. m.w.H. (insb. Fn. 2687).

¹⁹³¹ Vgl. etwa OECD, Economic Surveys: Switzerland 2017, 11, 39 und 58 (abrufbar unter <<https://www.oecd-ilibrary.org/switzerland>> [besucht am 15.8.24]).

¹⁹³² Vgl. dazu Art. 3 Abs. 2 lit. a OV-EDI. Vgl. auch Botschaft Eidg. Stiftungsaufsicht, BBl 2016 4762 ff. Eingehend zu diesem Entwurf: ARTER/CINCELLI, N 14 ff. (insb. N 17 m.w.H.) sowie N 22 ff.; vgl. auch den Überblick bei JAKOB, Grundlagen und Entwicklungen, 20 f.; SÄGESEER, Verwaltungsorganisationsrecht, 410 ff.

stiess,¹⁹³³ wurde der Entwurf stark kritisiert.¹⁹³⁴ Die Rechtskommission des Ständerates störte sich insb. daran, dass der Bundesrat die Auslagerung der ESA im Rahmen des Stabilisierungsprogramms (und damit als Teil eines Sparprogramms) vorgeschlagen hatte. Sie vertrat die Ansicht, dass der Bundesrat ein solches Gesetzgebungsprojekt erst nach einer umfassenderen Gesamtschau hätte verabschieden sollen. Zudem vermochten die Rechtskommissionen der beiden Parlamentskammern den Handlungsbedarf für eine Auslagerung nicht zu erkennen. Sie stellten sich auf den Standpunkt, die bestehende Stiftungsaufsicht funktioniere gut, und traten schliesslich nicht auf die Vorlage ein.¹⁹³⁵ Das E-ESAG ist damit bis auf Weiteres gescheitert; ausgeschlossen ist es aber wohl nicht, dass die Frage in Zukunft wieder aufgegriffen werden könnte.¹⁹³⁶

- Ebenfalls von Interesse im vorliegenden Zusammenhang dürfte die Auflösung 613 der Eidgenössischen Alkoholverwaltung (EAV) und deren Überführung in die zentrale Bundesverwaltung sein. Mit dem Bundesgesetz vom 29. Juni 1900 über die gebrannten Wasser wurde sie als öffentlich-rechtliche Anstalt mit Rechtspersönlichkeit ausgestattet.¹⁹³⁷ Mit der Aufhebung des Einfuhrmonopols und dem Rückzug des Bundes aus dem Ethanolmarkt veränderten sich jedoch die Rahmenbedingungen, die der rechtlichen Ausgestaltung der EAV zugrunde lagen. Vor allem stellte die inzwischen etablierte eigentliche Kernaufgabe der EAV, nämlich die Erhebung der Steuer auf gebrannte Wasser, eine Ministerialaufgabe dar, die gemäss Corporate-Governance-Bericht zu den originären, von der zentralen Bundesverwaltung zu erfüllenden Aufgaben gehört.¹⁹³⁸ Neu nimmt deshalb das Bundesamt für Zoll und Grenzsicherheit (BAZG), die vormalige Eidgenössische Zollverwaltung (EZV), die entsprechenden Aufgaben aus der Alkoholgesetzgebung wahr.¹⁹³⁹

¹⁹³³ EFK, Evaluation der Wirksamkeit, S. 28 ff. mit Empfehlungen der EFK und Stellungnahmen des GS-EDI sowie insb. S. 34 f. zur Ausgliederung und Verselbstständigung der ESA.

¹⁹³⁴ Vgl. etwa ARTER/CINCELLI, N 78 ff. m.w.H. und mit einer Übersicht über die der Vorlage entgegengebrachte Kritik.

¹⁹³⁵ Vgl. RK-SR, Medienmitteilung vom 26.4.2017, «Keine Auslagerung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht»; RK-NR, Medienmitteilung vom 23.10.2017, «Keine Auslagerung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht». Vgl. zum Ganzen ARTER/CINCELLI, N 94 ff.

¹⁹³⁶ So äusserte sich auch Nils Güggi, Leiter der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht, auf Anfrage (persönliche Kommunikation, 24.1.2023).

¹⁹³⁷ BBl 1900 III 606 ff.

¹⁹³⁸ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8260; BR, Umsetzungsplanung CG-Bericht, 7, 15, 19.

¹⁹³⁹ Vgl. zum Ganzen Botschaft AlkG, BBl 2016 3676. Zur Geschichte der schweizerischen Alkoholfrage, -politik und -gesetzgebung vgl. die Studie von AUDERSET/MOSER.

- 614 Unklar ist bspw. auch der Umgang mit kleineren Aufsichtseinheiten, bei denen sich die Übertragung auf eine dezentrale und verselbstständigte Einheit kaum lohnt. Der Corporate-Governance-Bericht warf etwa die Frage auf, ob z.B. mehrere kleinere Einheiten zusammengefasst werden könnten oder ob die Unabhängigkeit allenfalls auch «mit organisatorischen Abgrenzungen innerhalb der Zentralverwaltung (z.B. Behördenkommissionen) gewährleistet werden kann», ohne diese Frage allerdings selber zu beantworten.¹⁹⁴⁰
- 615 Sodann wird aus verfassungsrechtlicher Sicht auf die Problematik von Dezentralisierungsbestrebungen hingewiesen, wenn aus dem Ziel der Unabhängigkeit im Aufsichtsbereich abgeleitet wird, dass «der über die Gesetzgebung hinausgehende politische Steuerungsspielraum» bewusst gering zu halten sei.¹⁹⁴¹ Es stellt sich die Frage, wie für eine hinreichende Ein- oder Rückbindung der unabhängigen Aufsichtsbehörden in demokratische und rechtsstaatliche Zusammenhänge gesorgt werden kann.¹⁹⁴² Denn – das steht ausser Frage – auch dezentrale Verwaltungsträger sind, unabhängig von ihrem Rechtskleid, Teile der staatlichen Verwaltung.¹⁹⁴³ Entsprechend hält auch der Corporate-Governance-Bericht fest, dass «die Zuordnung zum Aufgabentypen «Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht» (...) nur mit Zurückhaltung und ausschliesslich an Einheiten erfolgen [soll], bei welchen die politische Unabhängigkeit durch den Gesetzgeber ausdrücklich gewünscht wird».¹⁹⁴⁴
- 616 Vor diesem Hintergrund sind im Folgenden nach einigen Hinweisen zur Zuordnung von Aufsichtsbehörden zur dezentralen Bundesverwaltung¹⁹⁴⁵ die Anforderungen an eine verselbstständigte Ausgestaltung dezentraler Aufsichtsbehörden näher zu beleuchten,¹⁹⁴⁶ bevor die angestrebte Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden vertieft wird.¹⁹⁴⁷

¹⁹⁴⁰ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8262. – Der Bericht verwendete damit eine andere Kategorisierung von Zentralverwaltung und dezentralen Einheiten, als sie dieser Untersuchung zugrunde liegt (dazu sogleich N 617 f.).

¹⁹⁴¹ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8263.

¹⁹⁴² Dazu vorne N 502 ff. und insb. N 506 sowie hinten insb. N 644 ff. m.w.H. – Aus der Lehre vgl. insb. MÖLLERS, Drei Gewalten, 133 und 135 m.w.H.; RUFFERT, Verwaltungseinheiten, 452 ff.; STÖCKLI, Organisatorische Fragen, 111 f. sowie 150; DREIER, 283 ff.

¹⁹⁴³ Statt vieler MÜLLER/FRIEDERICH, 71 f.

¹⁹⁴⁴ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8265.

¹⁹⁴⁵ Dazu sogleich N 617 f.

¹⁹⁴⁶ Dazu hinten N 619 ff.

¹⁹⁴⁷ Dazu hinten N 627 ff.

5. Zuordnung von Aufsichtsbehörden zur dezentralen Bundesverwaltung

Wie nachfolgend noch ausführlicher diskutiert wird, sind in der Schweiz die auf Bundesebene tätigen Aufsichtsbehörden, die im Fokus der vorliegenden Untersuchung stehen, regelmässig als Behördenkommissionen oder als rechtlich verselbstständigte öffentlich-rechtliche Anstalten konzipiert.¹⁹⁴⁸ Als solche werden sie, gestützt auf Art. 7a Abs. 1 lit. a und c RVOV, zur dezentralen Bundesverwaltung gezählt. Als Einheiten, die zwar ausserhalb der *Zentralverwaltung*, nicht aber «ausserhalb der *Bundesverwaltung*» i.S.v. Art. 178 Abs. 3 BV stehen,¹⁹⁴⁹ sind sie im Grundsatz von der Leitung und Aufsicht des Bundesrates erfasst (Art. 178 Abs. 1 und Art. 187 Abs. 1 lit. a BV)¹⁹⁵⁰ und jeweils einem Departement auf Bundesebene administrativ zugeordnet.

Die departementale Zuordnung lässt sich insb. den Anhängen 1 und 2 zur RVOV entnehmen: Während Anhang 1 eine Liste der Verwaltungseinheiten der Bundesverwaltung enthält und dabei die rechtlich verselbstständigten Körperschaften, Anstalten und Stiftungen als «Verwaltungseinheiten der dezentralen Bundesverwaltung» den Departementen zuordnet,¹⁹⁵¹ führt Anhang 2 die ausserparlamentarischen Kommissionen auf.¹⁹⁵²

Nicht übernommen wird hiermit der Begriff der «dezentralen Verwaltung», wie er von TSCHANNEN und TSCHANNEN/MÜLLER/KERN verwendet wird. Sie unterscheiden nämlich lediglich zwischen der «Zentralverwaltung» und der «dezentralen Verwaltung», wobei Letztere diejenige Verwaltung «ausserhalb der Zentralver-

¹⁹⁴⁸ Dazu hinten N 668 ff.

¹⁹⁴⁹ Ein solches Verständnis des Begriffs der dezentralen Verwaltung vertritt bspw. BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 178 N 6 f. und N 22; BIAGGINI, SG-Kommentar BV, Art. 178 N 8 ff. (insb. N 9) sowie N 27; vgl. auch WEBER/BIAGGINI, 48; AUBERT/MAHON, Art. 178 N 2.

¹⁹⁵⁰ Dazu hinten N 776 ff. und N 782 ff. (für Aufsichtsbehörden in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Anstalten) sowie N 906 f. und N 908 ff. (für Aufsichtsbehörden in der Rechtsform von Behördenkommissionen).

¹⁹⁵¹ So ist bspw. die FINMA als Verwaltungseinheit der dezentralen Bundesverwaltung aufgeführt und dem Eidgenössischen Finanzdepartement (EFD) zugeordnet (vgl. Anhang 1 RVOV, Ziff. B.V.2.2.1), das ENSI wiederum ist dem Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) zugeordnet (vgl. Anhang 1 RVOV, Ziff. B.VII.2.2.1).

¹⁹⁵² Anhang 2 nennt ausserdem die auf die Kommissionen anwendbaren Entschädigungskategorien sowie Taggeldansätze bzw. Pauschalen. – Die hier besonders interessierenden Aufsichtsbehörden in der Rechtsform von Behördenkommissionen sind als «marktorientierte Kommissionen» unter Ziff. 2 des Anhangs 2 aufgeführt.

waltung» meint, der Rechtspersönlichkeit zukommt.¹⁹⁵³ Würde diese Unterscheidung auf die vorliegende Untersuchung angewendet, würden damit die hier interessierenden Aufsichtsbehörden «aufgeteilt» werden: Behörden in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit würden zur «dezentralen Verwaltung» gezählt werden, während Behördenkommissionen ohne eigene Rechtspersönlichkeit als «weisungsfreie Verwaltungseinheiten» zum Bestand jenes Verwaltungsträgers gezählt werden würden, dem sie administrativ zugeteilt sind, und damit zur Zentralverwaltung.¹⁹⁵⁴ Auch wenn eine solche Aufteilung der Aufsichtsbehörden aufgrund ihrer Rechtsform materiell nicht weiter problematisch sein muss, mutet sie, ausgehend von einer funktionalen Betrachtungsweise, doch etwas künstlich an. Ferner steht sie in bewusstem Gegensatz zur Klassifizierung nach der RVOV, was weitere Fragen aufwerfen kann, weshalb dieser Auffassung hier nicht gefolgt wird.

Insbesondere wenn es um die Ausübung der Aufsicht über die Aufsichtsbehörden geht, erscheint eine unterschiedliche Kategorisierung der Rechtsformen als problematisch. Während nämlich dezentrale Behörden in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Anstalten (mit eigener Rechtspersönlichkeit) der *Verbands- oder Organisationsaufsicht* unterstehen, die gemäss Art. 24 Abs. 3 RVOV in Gegenstand und Umfang die Spezialgesetzgebung und insb. den jeweiligen Grad der Autonomie der beaufsichtigten Behörde zu beachten hat,¹⁹⁵⁵ unterstehen Behörden der Zentralverwaltung der umfassenden *Dienstaufsicht* i.S.v. Art. 24 Abs. 2 RVOV.¹⁹⁵⁶ Weil dies angesichts der unabhängigen Ausgestaltung von Aufsichtsbehörden in der Rechtsform von Behördenkommissionen (die nach der Kategorisierung von TSCHANNEN/MÜLLER/KERN zur Zentralverwaltung gezählt werden) zu stossenden Ergebnissen führen würde, ist anerkannt, dass auch die Aufsicht des Bundesrats über Behördenkommissionen (ebenso wie über Anstalten) zurückzunehmen ist,¹⁹⁵⁷ womit die beabsichtigte Vereinfachung der Kategorien an ihre Grenzen stösst und um einen Sonderfall ergänzt werden muss.

¹⁹⁵³ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 124 ff.; vgl. auch TSCHANNEN, Organigramm, 528 ff., insb. 530 f.; BSK BV-MÜLLER, Art. 178 N 50.

¹⁹⁵⁴ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 126.

¹⁹⁵⁵ Dazu hinten N 795 ff.

¹⁹⁵⁶ Vgl. dazu vorne N 34 sowie hinten N 777.

¹⁹⁵⁷ BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 187 N 10; BIAGGINI, Behördenorganisation, 38; BIAGGINI, SG-Kommentar BV, Art. 187 N 14; vgl. auch aus der Praxis etwa WBF, Antwort vom 23.6.2020 in Sachen Aufsichtsbeschwerde von Swissterminal gegen Wettbewerbskommission (WEKO) (publiziert in: RPW 2021/1, 299 ff.), E. 3 (S. 299 f.).

B. Rechtliche Vorgaben

Auch wenn die Aufgabenerfüllung durch selbstständige Verwaltungseinheiten der dezentralen Bundesverwaltung weitverbreitet ist,¹⁹⁵⁸ zeichnen sich solche Aufsichtsbehörden regelmässig durch einen Grad an Verselbstständigung aus, der aus verfassungsrechtlicher Sicht keine Selbstverständlichkeit darstellt. Nicht selten sind Aufsichtsbehörden derart «unabhängig» ausgestaltet, mit eigenen Entscheidungsbefugnissen ausgestattet und von Weisungen seitens der Bundesverwaltung oder auch des Bundesrates befreit, dass sich ein gewisses Spannungsverhältnis zur allgemeinen Leitungsverantwortung des Bundesrates gemäss Art. 178 Abs. 1 BV und auch zum Prinzip der hierarchischen Verwaltungsorganisation auftritt.¹⁹⁵⁹ 619

Aus diesem Grund werden auch solche Verselbstständigungsformen, die weniger weit gehen als eine eigentliche Auslagerung aus der Bundesverwaltung i.S.v. Art. 178 Abs. 3 BV,¹⁹⁶⁰ an gewisse rechtliche Vorgaben geknüpft.¹⁹⁶¹ 620

- Voraussetzung einer Aufsichtsausübung durch relativ selbstständige (dezentrale) Verwaltungseinheiten ist jeweils eine *hinreichende rechtliche Grundlage*. Vor allem die Einsetzung weisungsunabhängiger Verwaltungsbehörden macht eine formellgesetzliche Grundlage erforderlich.¹⁹⁶² Das Gesetzmässigkeitsprinzip trägt auch dem Spezialitätsprinzip Rechnung, wonach die übertragene Aufgabe spezifisch für die dezentralisierte Einheit zu bestimmen und zu definieren ist.¹⁹⁶³ 621

¹⁹⁵⁸ Vgl. BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 178 N 28; WEBER/BIAGGINI, 48, wo ausgeführt wird, dass, wenn die Bundesverfassung die eigentliche Aufgabenauslagerung i.S.v. Art. 178 Abs. 3 BV erlaube, *minus in maiore* davon auszugehen sei, dass auch weniger weit gehende Formen verselbstständigter Aufgabenerfüllung grundsätzlich gestattet seien.

¹⁹⁵⁹ BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 178 N 28; WEBER/BIAGGINI, 48, die in diesem Zusammenhang auch das Prinzip der Departementalorganisation der Bundesverwaltung (i.S.v. Art. 178 Abs. 2 BV) nennen.

¹⁹⁶⁰ Zu den Voraussetzungen der Auslagerung gemäss Art. 178 Abs. 3 BV vgl. etwa BIAGGINI, Kommentar BV, 20 ff.; BIAGGINI, SG-Kommentar BV, Art. 178 N 32 ff.; BSK BV-MÜLLER, Art. 178 N 57 f.

¹⁹⁶¹ Vgl. für einen Überblick etwa BIAGGINI, SG-Kommentar BV, Art. 178 N 35 f.

¹⁹⁶² Vgl. BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 178 N 28; BIAGGINI, SG-Kommentar BV, Art. 178 N 36; WEBER/BIAGGINI, 48; vgl. auch HÄNER, Organisationsrecht, N 28.41 ff.; nach LIENHARD hingegen ist nicht immer ein Gesetz im formellen Sinne erforderlich (vgl. LIENHARD, Organisation und Steuerung, 1167 f.).

¹⁹⁶³ Vgl. dazu auch POLTIER, 73 f.; HÄNER, Organisationsrecht, N 28.44.

- 622 – Welchen Inhalt die gesetzliche Grundlage zu regeln hat, ergibt sich verfassungsrechtlich aus Art. 164 BV.¹⁹⁶⁴ Gefordert wird, nicht zuletzt in Anlehnung an die Vorgaben von Art. 178 Abs. 3 BV, eine Regelung der mit den dezentralisierten Verwaltungsaufgaben einhergehenden Kompetenzen (insb. Verfügungsbefugnisse oder auch Rechtsetzungskompetenzen), ebenso die Modalitäten der Aufgabenerfüllung wie insb. ihre Finanzierung, ihre Kontrolle/Steuerung und Aufsicht¹⁹⁶⁵ sowie ihre Verantwortlichkeit. In der Regel werden im Gesetz zudem die vorgesehenen Organisationsorgane sowie oftmals auch das Personalverhältnis einer Regelung zugeführt ebenso wie Beziehungen zu Dritten.¹⁹⁶⁶
- 623 – Neben dem Erfordernis einer genügenden gesetzlichen Grundlage wird jeweils verlangt, dass die verselbstständigte Aufsichtsausübung im *öffentlichen Interesse* liegt. BIAGGINI nennt als Beispiel etwa das Interesse, «gewisse Entscheidungsbereiche vom unmittelbaren Einfluss der Politik abzuschirmen und dies auch nach aussen sichtbar zu machen», wie dies etwa im Finanzmarkt- oder Telekommunikationsbereich geschehen ist.¹⁹⁶⁷
- 624 – Die dezentrale Aufsichtsausgestaltung muss ferner verhältnismässig und insb. *geeignet* sein, um die verfolgten Ziele zu erreichen (Art. 5 BV).¹⁹⁶⁸
- 625 – Genannt wird auch die Sicherstellung der Aufgabenerfüllung durch die dezentralen Behörden insb. durch geeignete Aufsichtsstrukturen und -mittel, die es ermöglichen, auf Probleme zu reagieren sowie eine minimale Kohärenz des Verwaltungshandelns zu gewährleisten.¹⁹⁶⁹ Gemäss Art. 169 Abs. 1 BV unterstehen sämtliche Träger von Aufgaben des Bundes – und damit auch die Aufsichtsbehörden auf Bundesebene – der Oberaufsicht der Bundesversammlung. Ausserdem werden sie vom Bundesrat beaufsichtigt (Art. 187 Abs. 1 lit. a BV). Dadurch soll gewährleistet werden, «dass der Bundesrat und die Bun-

¹⁹⁶⁴ HÄNER, Organisationsrecht, N 28.41.

¹⁹⁶⁵ Im Falle der verselbstständigten und dezentralen Ausgestaltung von Aufsichtsbehörden somit gewissermassen «die Regelung der Aufsicht über die Aufsicht»; vgl. dazu hinten N 776 ff. und N 906 ff.; vgl. auch den Überblick über sich stellende und entsprechend zu regelnde Fragen bei HÄNER, Organisationsrecht, N 28.59 ff.

¹⁹⁶⁶ Vgl. auch HÄNER, Organisationsrecht, N 28.45.

¹⁹⁶⁷ BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 178 N 28; BIAGGINI, SG-Kommentar BV, Art. 178 N 36; WEBER/BIAGGINI, 48.

¹⁹⁶⁸ Vgl. so auch HÄNER, Organisationsrecht, N 28.40 sowie N 28.46 ff. zur Aufgabenauslagerung; vgl. BIAGGINI, Auslagerung, 161.

¹⁹⁶⁹ BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 178 N 28; WEBER/BIAGGINI, 48; BIAGGINI, SG-Kommentar BV, Art. 178 N 36 mit Verweis auf EICHENBERGER in: Kommentar aBV 1874, Art. 102 N 181 ff.; POLTIER, 73 f.

desversammlung als demokratisch legitimierte Instanzen Fehlentwicklungen rechtzeitig erkennen und nötige Korrekturen (insbesondere im Rahmen der Gesetzgebung) an die Hand nehmen können».¹⁹⁷⁰

- Schliesslich wird verlangt, dass die Grundrechte geschützt sind (Art. 35 BV) und der Rechtsschutz (in Analogie zu Art. 177 Abs. 3 BV¹⁹⁷¹) sichergestellt ist (Art. 29a BV).¹⁹⁷² 626

V. Unabhängige Aufsichtsbehörden

A. Unabhängigkeit als Kernkriterium der Aufsicht

Die Unabhängigkeit der staatlichen Aufsichtsbehörden wird in der Schweizer Rechtsordnung stark gewichtet.¹⁹⁷³ Sie soll sicherstellen, dass diese ihre Funktionen und ihre Aufgaben frei von sachfremden Einflüssen erfüllen können, sodass ihre Entscheidungen von den Betroffenen als richtig und legitim akzeptiert und befolgt werden. Darüber hinaus schaffen unabhängig und korrekt durchgeführte Aufsichtsverfahren und die gestützt darauf ergangenen Entscheidungen Vertrauen in die zuständigen Aufsichtsbehörden und damit in das geltende Aufsichtsregime als solches,¹⁹⁷⁴ ein Effekt, der sich mitunter auch positiv auf den Wirtschaftsstandort auszuwirken vermag.¹⁹⁷⁵ Unabhängige Aufsichtsbehörden gelten mit anderen Worten als eine entscheidende Voraussetzung für die Qualität, Wirksamkeit und Legitimität der mit dem Aufsichtsrecht gewählte Regulierungsform.¹⁹⁷⁶ 627

¹⁹⁷⁰ BIAGGINI, Behördenorganisation, 37.

¹⁹⁷¹ Vgl. WEBER/BAGGINI, 48.

¹⁹⁷² BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 178 N 28; BIAGGINI, SG-Kommentar BV, Art. 178 N 36; BIAGGINI, Auslagerung, 161 ff. zum Kriterium der Wahrung der Grundrechte; WEBER/BAGGINI, 48.

¹⁹⁷³ Wie gesehen, wird die Unabhängigkeit sogar als einer der Hauptgründe angeführt, um Aufsichtseinheiten von der Zentralverwaltung zu verselbstständigen und auszulagern (dazu vorne N 605 ff.).

¹⁹⁷⁴ Dazu auch hinten N 1669 ff.

¹⁹⁷⁵ Vgl. SCHÄR, 23, insb. mit Blick auf das Revisionswesen, der den Aufsichtsbehörden eine systemrelevante Bedeutung zuspricht und aus dem Vertrauen in den Wirtschaftsstandort auf eine erhöhte Investitionsbereitschaft schliesst.

¹⁹⁷⁶ Vgl. so etwa VARONE/INGOLD, 37; vgl. in diesem Sinne auch Botschaft FINMAG, BBl 2006 2836.

- 628 Aus organisationsrechtlicher Sicht lässt sich die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden als «organisationsrechtliche Kernfrage» bezeichnen.¹⁹⁷⁷ Denn Aufsichtsbehörden nehmen *per definitionem* hoheitliche Aufgaben an der Schnittstelle unterschiedlicher Interessen wahr. Regelmässig stehen sich dabei konfligierende politische, öffentliche und wirtschaftliche Interessen gegenüber, die sich nur schwer auflösen lassen.
- 629 Betont wurde dies etwa im Hinblick auf das ENSI, das sich regelmässig mit einem grundsätzlichen Interessenkonflikt konfrontiert sieht zwischen einerseits dem Wunsch, Kernanlagen möglichst wirtschaftlich errichten und betreiben zu können, und andererseits dem Anliegen, das sehr grosse Gefährdungspotenzial im Bereich der Kernenergie möglichst gering zu halten. In der Botschaft zum ENSIG wurde dazu festgehalten, es sei «ein prinzipielles Postulat, Nutzungs- und Wirtschaftsaspekte einerseits und Schutz- und Sicherheitsaspekte andererseits institutionell voneinander zu trennen. Eine solche Trennung betont die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden und stärkt deren Glaubwürdigkeit, was die Effektivität der Aufgabenerfüllung erhöht.»¹⁹⁷⁸ Auch bereits das Übereinkommen über nukleare Sicherheit, das in der Schweiz im Dezember 1996 in Kraft getreten ist, fordert eine wirksame Trennung der Nuklearaufsicht von anderen Stellen oder Organisationen, die mit der Förderung oder Nutzung der Kernenergie befasst sind.¹⁹⁷⁹
- 630 Auch die Swissmedic findet sich in einem Spannungsfeld potenziell gegenläufiger Interessen wieder: So stehen sich bspw. oftmals das Anliegen, vor Risiken, die von Heilmitteln ausgehen können, zu schützen, und die Erwartungen der Konsumentinnen und Patienten, einen raschen Zugang zu sicheren und wirksamen Heilmitteln zu haben, oftmals gegenüber. Hinzu kommt das Interesse der Heilmittelbranche, sich auf wettbewerbsfähige Rahmenbedingungen stützen zu können, die wiederum massgeblich durch international harmonisierte und teilweise verbindlich vorgegebene Standards beeinflusst werden.¹⁹⁸⁰
- 631 Nicht selten kommen den Aufsichtsbehörden, wie gesehen, zudem «quasi-richterliche» Aufgaben zu, haben sie doch über ermittelte Sachverhalte eine Entscheidung zu treffen, Massnahmen und Sanktionen zu verhängen¹⁹⁸¹ sowie vereinzelt

¹⁹⁷⁷ STÖCKLI, Organisatorische Fragen, 125.

¹⁹⁷⁸ Botschaft ENSIG, BBl 2006 8835.

¹⁹⁷⁹ Vgl. Art. 8 Abs. 2 Übereinkommen über nukleare Sicherheit.

¹⁹⁸⁰ Vgl. dazu etwa Swissmedic, Strategische Ziele 2019 bis 2022, S. 3; vgl. dazu etwa auch JUNOD, 109 ff.

¹⁹⁸¹ Zu den aufsichtsrechtlichen Durchsetzungsmassnahmen vgl. hinten N 1162 ff.

in kontradiktorischen Zweiparteienverfahren zu entscheiden.¹⁹⁸² Die gerichtsähnlichen Funktionen legen eine gerichtsähnlich unabhängige Organisation der Aufsichtsbehörden nahe und damit einen Unabhängigkeitsgrad, der bspw. für Verwaltungsträger mit politischen Gestaltungsaufgaben wenig sinnvoll erscheinen würde.¹⁹⁸³ Ausserdem wird aufgrund der gesetzlich vorgesehenen Unabhängigkeitsvorgaben im Bereich der Aufsichtsbehörden gefordert, dass sich die Aufsichtsausübung ihnen gegenüber in Zurückhaltung übt, mehr noch als gegenüber Einheiten der zentralen Bundesverwaltung.¹⁹⁸⁴

Der Anspruch auf unabhängige sowie unbefangene Beurteilung, der sich für «gerichtliche» Verfahren insb. auf Art. 30 Abs. 1 BV stützt, wird in Kapitel IV für das Aufsichtsverfahren näher beleuchtet. Dabei wird der Frage nachgegangen, ob und inwiefern dieser verfahrensrechtliche Anspruch auch für Aufsichtsbehörden gilt.¹⁹⁸⁵ Demgegenüber wird in diesem Kapitel die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden aus institutionell-organisatorischer Sicht vertieft. Zu diesem Zweck wird zunächst näher auf den Begriff der Unabhängigkeit eingegangen.¹⁹⁸⁶ Im Rahmen des anschliessenden Behördenvergleichs werden unterschiedliche organisationsrechtliche Aspekte diskutiert, die sich auf die unabhängige Ausgestaltung der dezentralen Behörden auszuwirken vermögen.¹⁹⁸⁷ Die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden wird abschliessend auch in den Schlussfolgerungen nochmals spezifisch aufgegriffen.¹⁹⁸⁸

Die nachfolgenden Ausführungen nehmen laufend Bezug auf die Untersuchungen zur Sicherstellung der Unabhängigkeit von «Aufsichts- und Regulierungsbehörden», die im Auftrag der Geschäftsprüfungskommissionen (GPK) der eidgenössischen Räte zwischen 2013 und 2022 durchgeführt worden sind. Angestossen

¹⁹⁸² Zur «Gerichtsähnlichkeit» von Aufsichtsbehörden vgl. vorne N 529 ff. sowie hinten N 1680 ff.

¹⁹⁸³ Vgl. so auch FEHLING, Verwaltung, 197 f.; vgl. auch S. VOGEL, Einheit, 265.

¹⁹⁸⁴ Vgl. dazu etwa GPK-S, Unabhängigkeit 2015, BBl 2016 1713; vgl. auch GPK, Handlungsgrundsätze, BBl 2015 4843. – MARTENET stellt sich allerdings auf den Standpunkt, dass die Aufsichtsausübung über die Aufsichtsbehörden grundsätzlich weniger heikel sei als diejenige, die gegenüber Gerichtsbehörden ausgeübt werde (MARTENET, Contrôle, 213).

¹⁹⁸⁵ Dazu hinten N 1669 ff.

¹⁹⁸⁶ Dazu sogleich N 634 ff.

¹⁹⁸⁷ Für Aufsichtsbehörden in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Anstalten vgl. hinten insb. N 704 ff., N 746 ff., N 772 ff. und N 795 ff. – Für Aufsichtsbehörden in der Rechtsform von Behördenkommissionen vgl. hinten N 869 ff., N 894 ff. und N 900 ff.

¹⁹⁸⁸ Dazu hinten N 936 ff.

wurden sie insb. durch verschiedene Medienberichte¹⁹⁸⁹ und parlamentarische Vorstösse,¹⁹⁹⁰ die v.a. die Unabhängigkeit von Führungsorganen der FINMA und des ENSI z.T. scharf kritisiert hatten. Bei den in der Folge veröffentlichten Untersuchungen handelt es sich um folgende:

- Bericht der Evaluationen der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle (PVK) vom 2. Februar 2015.¹⁹⁹¹ Darin stellte die PVK eine Bestandesaufnahme von 16 sog. Aufsichts- und Regulierungsbehörden zusammen und versuchte, die Ausgestaltung ihrer Unabhängigkeit, gestützt auf eine Normanalyse, zu verorten.¹⁹⁹²
- Bericht der GPK-S vom 6. Oktober 2015 mit eigenen Schlussfolgerungen und Empfehlungen.¹⁹⁹³ Die GPK-S ersuchte den Bundesrat insb., zu diesen sowie zur Evaluation der PVK Stellung zu nehmen und dabei darzulegen, mit welchen Massnahmen und bis wann er die Empfehlungen der Kommission umzusetzen beabsichtigt.¹⁹⁹⁴
- Stellungnahmen des Bundesrates vom 18. Dezember 2015¹⁹⁹⁵ sowie vom 17. Juni 2016.¹⁹⁹⁶
- Bericht der GPK-S vom 9. Mai 2017, in welchem sie auf die Stellungnahmen des Bundesrates reagierte¹⁹⁹⁷ und ihre Inspektion vorläufig abschloss. Sie stellte allerdings in Aussicht, im Rahmen einer Nachkontrolle in zwei bis drei Jahren die Umsetzung der Empfehlungen erneut zu untersuchen.

¹⁹⁸⁹ Vgl. etwa SCHLETT; SOUKOUP/BRÖNIMANN; MOOSER; BALMER.

¹⁹⁹⁰ So etwa Motion Landolt (17.3317); Motion WAK-N (17.3976); Motion Ettlin (18.3612).

¹⁹⁹¹ PVK, Evaluation Unabhängigkeit, BBl 2016 1723 ff.

¹⁹⁹² Die 16 ausgewählten Behörden umfassten die folgenden: Swissmedic, IGE, RAB, FINMA, Schweizerische Exportrisikoversicherung (SERV), ENSI, Oberaufsichtskommission Berufliche Vorsorge (OAK BV), Eidg. Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten (ESchK), Eidg. Spielbankenkommission (ESBK), Kommission für Technologie und Innovation (KTI), WEKO, ElCom, ComCom, PostCom, die damalige Schiedskommission im Eisenbahnverkehr (SKE; heute: Kommission für den Eisenbahnverkehr, RailCom), Schweizerische Unfalluntersuchungsstelle (SUST). Vgl. die Übersicht bei LIENHARD/BOLZ/WÜEST-RUDIN, 23 ff. (Tabelle 1).

¹⁹⁹³ GPK-S, Unabhängigkeit 2015, BBl 2016 1711 ff.

¹⁹⁹⁴ *Ebd.*, BBl 2016 1721.

¹⁹⁹⁵ BR, Stellungnahme Unabhängigkeit 2015, BBl 2016 1763 ff.

¹⁹⁹⁶ Mit einem Brief von diesem Datum beantwortete er verschiedene Fragen der Kommission, die noch nicht hinreichend geklärt worden waren; dieser Brief ist allerdings nicht öffentlich zugänglich.

¹⁹⁹⁷ GPK-S, Unabhängigkeit 2017, BBl 2017 4513 ff.

- Bericht der GPK-S vom 21. Oktober 2022, in welchem diese ihre abschließende Beurteilung u.a. zur bundesrätlichen Umsetzung von vier Empfehlungen veröffentlichte.¹⁹⁹⁸ In diesem Bericht stellte sich die GPK-S auf den Standpunkt, dass einige Fragen nach wie vor offen seien und auch noch Handlungsbedarf für den Bundesrat bestehe, dass ihre Arbeiten in diesem Dossier jedoch abgeschlossen seien.¹⁹⁹⁹

B. Begriff der Unabhängigkeit

Der Begriff der «Unabhängigkeit» ist nicht einheitlich definiert und wurde schon 634 vielfach unterschiedlich zu erklären versucht.²⁰⁰⁰ Hilfreich erscheint ein Zugang, der sich am Wortlaut des Begriffs orientiert. Danach bedeutet «Unabhängigkeit» das Nichtvorhandensein von Abhängigkeiten,²⁰⁰¹ ein Zustand also, der es erlaubt, frei von sachfremden Einflüssen und Bindungen, welche die Urteilsbildung beeinträchtigen und Abhängigkeiten schaffen könnten, eine Meinung zu bilden und Entscheide zu treffen.²⁰⁰² Die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden spricht somit sowohl die einzelnen Behördenmitglieder, in Bezug auf ihre eigene persönliche Entscheidungsfindung, als auch die Aufsichtsbehörden als institutionalisierte Entscheidungsgremien an. Ziel und Grundgedanke der organisationsrechtlichen Vorgaben zwecks Sicherung der Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden sind, dass diese Gewähr für objektive Entscheide gestützt auf fachliche und sachliche Kriterien bieten sollen.²⁰⁰³ Solche Aspekte stehen im Vordergrund der nachfolgenden Ausführungen. Ob ein verfahrensrechtlicher Anspruch sowohl auf eine institutionell-objektiv unabhängige Aufsichtsbehörde als auch auf eine (personenbezogen-subjektiv) unbefangene Beurteilung besteht, wird sodann in Kapitel IV vertieft.²⁰⁰⁴

Im Aufsichtskontext lassen sich zwei *Unabhängigkeitsrichtungen* unterscheiden: 635
(i) zum einen die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden von der übrigen Verwal-

¹⁹⁹⁸ GPK-S, Unabhängigkeit 2022, BBl 2022 2979 ff.

¹⁹⁹⁹ *Ebd.*, BBl 2022 2979, 3 sowie 30.

²⁰⁰⁰ Zu terminologischen Differenzierungen vgl. auch hinten N 1677 ff.

²⁰⁰¹ Vgl. so D. FISCHER, 63 m.w.H.

²⁰⁰² *Ebd.*, 62.

²⁰⁰³ Dazu auch hinten N 1680 ff. Vgl. eingehend zum Begriff der Unabhängigkeit D. FISCHER, 62 ff. und insb. 64 u.a. m.w.H. auf DRUEY, 153 ff.

²⁰⁰⁴ Dazu hinten N 1669 ff.

tung und den politischen Instanzen (Parlament und Regierung), (ii) zum anderen die Unabhängigkeit vom Markt und insb. von den Beaufsichtigten.²⁰⁰⁵

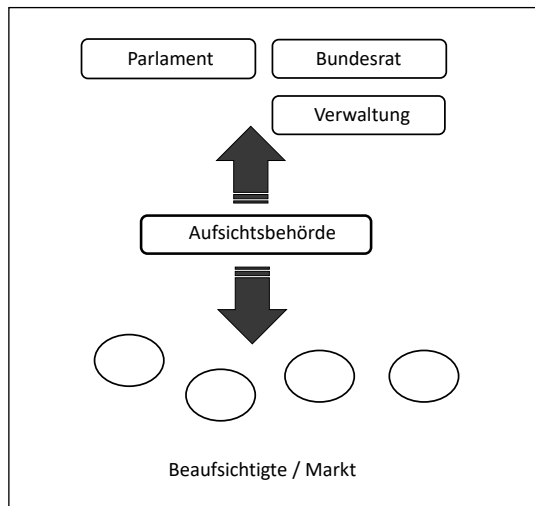


Abbildung 1: Unabhängigkeitsrichtungen

- 636 Zudem werden verschiedene «Dimensionen der Unabhängigkeit» unterschieden. Namentlich wird zwischen der *funktionalen*, *institutionellen*, *personellen* und *finanziellen Unabhängigkeit einer Behörde* differenziert. Soweit ersichtlich, wurde diese Differenzierung erstmals in der Botschaft über die Revision des Nationalbankgesetzes vom 26. Juni 2002 vorgenommen²⁰⁰⁶ und in der Folge in der Botschaft zum FINMAG bestätigt.²⁰⁰⁷ Inzwischen hat sie sich in Praxis und Literatur etabliert.²⁰⁰⁸

²⁰⁰⁵ Vgl. PVK, Evaluation Unabhängigkeit, BBl 2016 1734; vgl. auch STÖCKLI, Organisatorische Fragen, 127 sowie 131 ff., der allerdings eine andere Wortwahl verwendet; er spricht nämlich von zwei «Dimensionen» und vier «Formen» der Unabhängigkeit. Vgl. zum Ganzen auch etwa VARONE/INGOLD, 44 ff. sowie insb. 47 ff., wo sie zudem die Unabhängigkeit gegenüber weiteren Aufsichtsbehörden als zusätzliche zu beachtende Unabhängigkeitsrichtung aufführen und anhand unterschiedlicher im schweizerischen Telekommunikationssektor aktiver Behörden illustrieren (genannt werden u.a. die ComCom, das BAKOM, die WEKO sowie der Preisüberwacher).

²⁰⁰⁶ Botschaft NBG, BBl 2002 6108 f.

²⁰⁰⁷ Botschaft FINMAG, BBl 2006 2836 f.

²⁰⁰⁸ Vgl. dazu etwa STÖCKLI, Organisatorische Fragen, 127 ff., der allerdings in diesem Zusammenhang von «Formen» der Unabhängigkeit spricht; vgl. auch PVK, Evaluation Unabhängigkeit, BBl 2016 1734; LIENHARD/BOLZ/WÜEST-RUDIN, 9 ff.

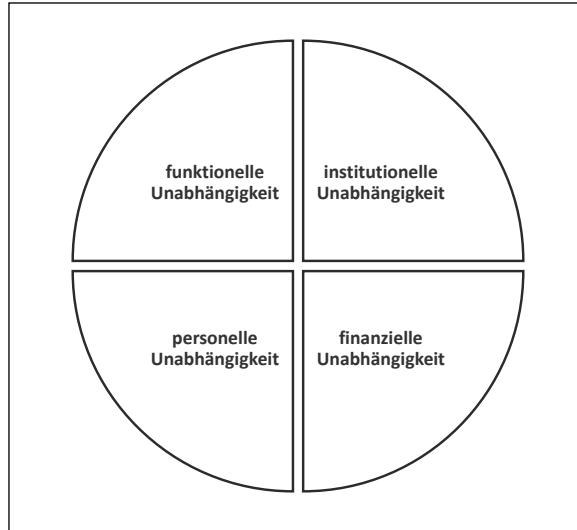


Abbildung 2: Unabhängigkeitsdimensionen

Manchmal ist auch von einer prozessualen Unabhängigkeitsdimension die Rede, 637 die sich auf die Art und Weise der Durchführung der Aufsichtsverfahren bezieht und bspw. die Entscheidungskompetenzen der Behörden sowie die Möglichkeit, das Verfahren eigenständig zu strukturieren, zu organisieren und Prioritäten zu setzen, berücksichtigt.²⁰⁰⁹ Nach hier vertretener Ansicht wird diese Dimension jedoch vom funktionellen Unabhängigkeitsbegriff erfasst. Auch die sog. «fachliche Unabhängigkeit», wie sie insb. in Art. 21 des Mustererlasses vorgesehen ist, knüpft an die funktionale Unabhängigkeitsdimension an und stellt somit keine eigene, zusätzliche Unabhängigkeitsdimension dar.²⁰¹⁰

Dabei hängen die unterschiedlichen Unabhängigkeitsdimensionen als «Voraussetzung 638 für eine qualitativ hochstehende Aufgabenerfüllung» durch die Aufsichtsbehörden zusammen. So führte etwa die Botschaft zum FINMAG aus, dass «die funktionelle Unabhängigkeit ohne eine institutionelle Selbstbestimmung und ohne die Möglichkeit, über die Ressourcen zu verfügen», kaum sinnvoll sei.²⁰¹¹ «Ist die

²⁰⁰⁹ LIENHARD/BOLZ/WÜEST-RUDIN, 14.

²⁰¹⁰ Vgl. zur fachlichen Unabhängigkeit im Behördenvergleich hinten N 772 ff. bzw. 900 ff. – Vgl. zu Art. 21 des Mustererlasses ausserdem EFV, Bemerkungen zu den Bestimmungen des Mustererlasses, 50.

²⁰¹¹ Botschaft FINMAG, BBl 2006 2837.

Finanzmarktaufsicht als Arbeitgeberin wenig attraktiv, leidet die Fachkompetenz der Behörde. Dies wiederum gefährdet ihre Unabhängigkeit.»²⁰¹²

- 639 Die Unabhängigkeitsrichtungen und -dimensionen werfen unterschiedliche Fragen auf und sind nachfolgend spezifisch zu beleuchten.

1. Unabhängigkeitsrichtungen

1.1 Unabhängigkeit gegenüber den politischen Instanzen

- 640 Die Forderung nach von den politischen Instanzen unabhängigen Aufsichtsbehörden wird unterschiedlich begründet. Primär geht es jeweils darum, sie vor unmittelbarer politischer Einflussnahme zu schützen und sicherzustellen, dass sie ihre Aufgaben von den Wahlzyklen der Politik entkoppelt und allein nach Massgabe der anwendbaren rechtsnormativen Grundlagen wahrnehmen können.²⁰¹³ In den Worten von TSCHANNEN/MÜLLER/KERN lassen sich Aufsichtsfunktionen glaubwürdig nur erfüllen, «wenn die betreffenden Behörden in ihrer Tätigkeit unabhängig und allein dem Recht verpflichtet sind. Wären sie weisungsgebunden, liesse sich das Risiko innerstaatlicher Interessenkonflikte und politischer Vereinbarungen nicht vermeiden.»²⁰¹⁴
- 641 Eine apolitisch-neutrale Ausrichtung der Aufsichtsbehörden erlaubt es ausserdem, die Aufsichtstätigkeit der Behörden auf lange Sicht auszurichten, was wiederum für eine längerfristige Vorausssehbarkeit und Rechtssicherheit für die Beaufsichtigten sorgt.²⁰¹⁵
- 642 Insbesondere im Wirtschaftsbereich wird die «Unabhängigkeit» der Aufsicht «vom Staat» als bedeutsam und auch dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit entsprechend hervorgehoben.²⁰¹⁶ Häufig wird damit auch der Versuch mitgemeint,

²⁰¹² *Ebd.*

²⁰¹³ Vgl. dazu REICH, *Odysseus*, 63 f.; S. VOGEL, *Einheit*, 264; STÖCKLI, *Organisatorische Fragen*, 131.

²⁰¹⁴ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 160.

²⁰¹⁵ Vgl. dazu REICH, *Odysseus*, 63 f.; STÖCKLI, *Organisatorische Fragen*, 132 (wenn auch mit dem Hinweis, dass diese Argumente im politisch stabilen System der Schweiz kaum im Vordergrund stehen); vgl. auch BIAGGINI, *Unabhängige Regulierungsbehörden*, 395 f.; vgl. auch VARONE/INGOLD, 41 f., die ausserdem die Bedeutung der Glaubwürdigkeit unabhängiger Aufsichtsausübung für die Investitionssicherheit in regulierten und beaufsichtigten Bereichen hervorheben.

²⁰¹⁶ Vgl. auch S. VOGEL, *Einheit*, 264 sowie 40 f., der für den Bereich der Wirtschaftsaufsicht die Unabhängigkeit sogar ein Stück weit als verfassungsrechtlich begründet begreift, weil mit ihr dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit entsprochen werde.

eine Distanz zu mächtigen wirtschaftlichen Akteuren wie Verbänden und Grosskonzernen zu schaffen, die als sog. intermediäre Gewalten politischen Druck ausüben und auf diesem Weg Einfluss nehmen können.²⁰¹⁷

Ein weiterer Grund, der für die Unabhängigkeit von Aufsichtsbehörden angeführt wird, ist der Umstand, dass der Staat in gewissen Wirtschaftsbereichen regelmässig mehrere Rollen gleichzeitig wahrnimmt. So ist er bspw. in den liberalisierten Bereichen der Telekommunikation, Post und Energie nicht nur in der Marktregulierung und -aufsicht tätig, sondern übt auch die Wettbewerbs- und Datenschutzaufsicht aus und ebenso die Preisüberwachung, gewährt Subventionen, bestellt regelmässig selber Leistungen als Kunde und ist allenfalls gleichzeitig auch Eigner von Unternehmen.²⁰¹⁸ Die Sicherung einer unabhängigen und damit auch unparteilichen und wettbewerbsneutralen Aufsichtsausübung ist in solchen Konstellationen zentral, um vor drohenden Interessenkonflikten im Einzelfall zu schützen.²⁰¹⁹ Entsprechend als problematisch erscheint die starke Verflechtung zwischen der ComCom und dem BAKOM.²⁰²⁰

Die Abgrenzung der Aufsichtsbehörden vom Staat ist aber zunehmend auch Gegenstand von Kritik geworden: Es wird etwa vorgebracht, die Auslagerung der staatlichen Aufsicht auf unabhängige Behörden führe zu einer vermehrten Fragmentierung des staatlichen Handelns, neigten spezialisierte Behörden doch erfahrungsgemäss zu einer gewissen «Eindimensionalität».²⁰²¹ Wie gesehen, wird ausserdem das Prinzip der hierarchischen Verwaltungsorganisation sowie das Prinzip der Departementalorganisation²⁰²² der Bundesverwaltung tangiert ebenso wie die allgemeine Leitungsverantwortung des Bundesrates.²⁰²³ Vor allem aber werden Bedenken dahin gehend geäussert, dass die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden zu einer Verminderung ihrer demokratischen Legitimation sowie der Transparenz und Rechenschaftspflicht der Regierung führe.²⁰²⁴ Die Idee der

²⁰¹⁷ Vgl. dazu S. VOGEL, Einheit, 265 m.w.H.; WEBER/BIAGGINI, 171 zur Unabhängigkeit gegenüber wirtschaftlichen Interessen.

²⁰¹⁸ STÖCKLI, Organisatorische Fragen, 132.

²⁰¹⁹ *Ebd.*

²⁰²⁰ Dazu vorne N 594 sowie hinten N 904 f., 912 und N 942.

²⁰²¹ BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.99; STÖCKLI, Organisatorische Fragen, 131.

²⁰²² Vgl. dazu etwa BIAGGINI, SG-Kommentar BV, Art. 178 N 23 ff.

²⁰²³ WEBER/BIAGGINI 47; vgl. zu den Aufsichtsbefugnissen des Bundesrates etwa auch hinten N 782 ff. bzw. N 908 ff.

²⁰²⁴ Vgl. dazu auch BIAGGINI, Statehood, 570 f.

ununterbrochenen Legitimationskette, welche die Verwaltung einbinden soll,²⁰²⁵ trägt namentlich bei unabhängigen Aufsichtsbehörden offensichtlich nicht – eine Erkenntnis, die in der Staatsrechtslehre dazu führt, dass die Unabhängigkeit dieser Behörde wieder kritischer diskutiert wird.²⁰²⁶

- 645 Um die Legitimation solcher Behörden anders zu konstruieren, fordert etwa HOFFMANN-RIEM die Akzeptanz eines Wechsels «von der lückenlosen Legitimationskette zum ausreichenden Legitimationsniveau».²⁰²⁷ Darunter berücksichtigt werden könnte u.a. etwa die demokratische Legitimation der gesetzlichen Grundlagen, die der Aufsichtstätigkeit und auch der Existenz solcher Behörden zugrunde liegt.²⁰²⁸ KLEY wiederum spricht sich dafür aus, die Legitimation unabhängiger Behörden anhand eines Modells «pluraler Legitimation» unter Berücksichtigung von Input- und insb. auch Output-Elementen zu konzipieren.²⁰²⁹ Fachlich «bessere» Entscheidungen begründen nach seiner Ansicht ein wichtiges Legitimationselement solcher Behörden, das an die Stelle der demokratischen Legitimation zu treten vermöge.²⁰³⁰ MÖLLERS stellt allerdings die Idee eines «von Legitimationsproblemen freie[n] und unpolitische[n] wissenschaftliche[n] Expertenwissen[s]»

²⁰²⁵ Das Bild wurde massgeblich geprägt vom deutschen Bundesverfassungsgericht, als es bspw. in BVerfGE 47, 253 (275) ausführte, dass die «verfassungsrechtlich notwendige demokratische Legitimation (...) eine ununterbrochene Legitimationskette vom Volk zu den mit staatlichen Aufgaben betrauten Organen und Amtswaltern» erfordert. Vgl. dazu KLEY, Demokratie, 127 ff. und insb. 129, wo er die Kettentheorie wiederum auf die beiden Professoren und Verfassungsrechtler ROMAN HERZOG und ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE zurückführt.

²⁰²⁶ Vgl. den neueren Beitrag von HETTICH/FREYER, die «die demokratische Kontrolle unabhängiger Aufsichts- und Regulierungsbehörden» gleich im Titel als «Oxymoron» bezeichnen. Ebenfalls in diese Richtung äussern sich etwa MÖLLERS, Drei Gewalten, 133; S. VOGEL, Einheit, insb. 47 f.; HETTICH, Kooperative Risikoversorge, 446 m.w.H., der in diesem Zusammenhang von einer «Legitimationskrise» spricht; vgl. auch BELLANGER, Phénomène, 12; STÖCKLI, Organisatorische Fragen, 111 und 131; KLEY, Demokratie, 139 ff.; B. SCHINDLER, Regierung, § 152 N 39. Aus dem amerikanischen Rechtskreis vgl. etwa stellvertretend den Hinweis auf das Buch «*Unelected Power*» von PAUL TUCKER. – A.A. hingegen HEINEMANN, Demokratie, 126 f., der sich auf den Standpunkt stellt, dass das Demokratieprinzip der Einrichtung einer unabhängigen Aufsichtsbehörde im Grundsatz nicht entgegenstehe.

²⁰²⁷ HOFFMANN-RIEM, Organisationsrecht, 375 f.

²⁰²⁸ Vgl. VIBERT, 70.

²⁰²⁹ KLEY, Demokratie, 148 ff. und insb. 152 m.w.H.

²⁰³⁰ *Ebd.*, 152; vgl. dazu auch HETTICH/FREYER, 136.

als wenig überzeugend grundsätzlich in Frage.²⁰³¹ Ausserdem trifft sein Hinweis zu, dass auch unabhängige Behörden im Laufe ihrer Tätigkeit insb. im Rahmen ihrer Arbeitsbeziehungen eigene Interessen- und Abhängigkeitsstrukturen entwickeln können, die sich allenfalls als problematisch herausstellen können.²⁰³²

HETTICH/FREYER nehmen das Verfahren stärker in den Fokus und sprechen sich dafür aus, angesichts des als problematisch angenommenen «Legitimationsniveaus» unabhängiger Regulierungsbehörden «andere Stellschrauben zu suchen». Sie finden diese in der Beteiligung der Betroffenen nicht nur im Rahmen von Konsultationen, sondern auch durch die Stärkung ihrer Möglichkeiten, Regulierungen anzufechten, sowie durch die Stärkung ihres Rechtsschutzes gegenüber den Entscheidungskompetenzen der Behörden.²⁰³³ Wie in Kapitel IV noch näher auszuführen sein wird, ist damit aber auch gleich eine weitere Schwierigkeit angesprochen.²⁰³⁴ Mit UEBERSAX konstatiert, besteht das rechtsstaatliche Risiko nämlich nicht alleine in der Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden an sich, sondern «im gehäuften Auftreten dieser Unabhängigkeit mit offenen gesetzlichen Regelungen und den damit verbundenen Handlungsspielräumen»,²⁰³⁵ die zusammen mit der regelmässig eingeschränkten gerichtlichen Überprüfbarkeit des Aufsichtshandelns zu gar «allmächtigen» Aufsichtsbehörden führen.

Relativierend ist dazu anzufügen, dass sich auch weitestgehend autonome Aufsichtsbehörden allerdings nicht völlig frei bewegen, sondern der Aufsicht (und damit gewissen Kontroll- und Steuerungsbefugnissen) des Bundesrates sowie der Oberaufsicht des Parlaments unterstehen, weshalb sie durchaus in demokratische und rechtsstaatliche Zusammenhänge eingebunden bleiben.²⁰³⁷ Wie noch aufzuzeigen sein wird, werden die Aufsichtskompetenzen des Bundesrates über die unabhängigen

²⁰³¹ MÖLLERS, Drei Gewalten, 133 m.w.H. auf Diskussionen rund um die demokratische Politisierung der Wissensgenerierung.

²⁰³² *Ebd.*, 133 m.w.H. insb. auf STEINBERG, 122 f.

²⁰³³ HETTICH/FREYER, 137.

²⁰³⁴ Dazu hinten N 1568 ff., N 1578 ff. sowie N 1583 ff.

²⁰³⁵ UEBERSAX, Verwaltungsinstanzen, 700 sowie 692 ff.

²⁰³⁶ Der Begriff der Autonomie wird vorliegend als Synonym zum Begriff der Unabhängigkeit verwendet (vgl. ebenso S. VOGEL, Einheit, 156; STÖCKLI, Organisatorische Fragen, 127 [Fn. 139]).

²⁰³⁷ So auch STÖCKLI, Organisatorische Fragen, 127 f.; vgl. auch S. VOGEL, Einheit, 47 f. – Zur Aufsichtsausübung über die Aufsichtsbehörden vgl. hinten N 776 ff. bzw. N 906 ff.

Aufsichtsbehörden tatsächlich als beträchtlich wahrgenommen.²⁰³⁸ Zudem wendet etwa STÖCKLI zu Recht ein, dass die Gründung von Aufsichtsbehörden in erster Linie ein Tätigwerden des Gesetzgebers bedürfe. Die Regierung ist nicht etwa befugt, ihre politische Verantwortlichkeit selbst durch die Abschiebung von Verantwortlichkeit an eine ausgelagerte unabhängige Behörde zu reduzieren (sog. «*Blame Shifting*»).2039

BIAGGINI warf etwa angesichts der politischen Brisanz und Aussergewöhnlichkeit der Anordnung der FINMA im Jahre 2009, ohne finanzmarktrechtliche Grundlage, aber auf Anweisung des Bundesrates hin Kundendaten der UBS an die amerikanischen Behörden herauszugeben, die Frage auf, ob eine unabhängige Aufsichtsbehörde wie die FINMA überhaupt in der Lage gewesen sei, Verantwortung für diesen Entscheid zu übernehmen. Hätte ein solcher Entscheid nicht einer politisch verantwortlichen Behörde vorbehalten sein müssen?²⁰⁴⁰ – Auch das Bundesverwaltungsgericht hielt in diesem Fall fest, dass in einer Notstandssituation, in der Massnahmen ergriffen werden, die «ausserhalb des ordentlichen Verfahrens ergehen (...) der Erlass durch eine Behörde, welche – in gewisser Weise kompensatorisch – in qualifiziertem Mass demokratisch legitimiert ist, unerlässlich» ist.²⁰⁴¹

- 648 UEBERSAX führt dazu aus, dass zumindest «die Weichen stellenden Schlüsselentscheide» grundsätzlich nicht in die Zuständigkeit unabhängiger Aufsichtsbehörden fallen sollten, «sondern in die Kompetenz der politischen und dafür die politische Verantwortung tragenden Behörden».²⁰⁴² Damit gibt er zu bedenken, dass die gewünschte Entpolitisierung von Aufsichtsbehörden da an ihre Grenzen stosse, wo politische brisante Entscheide zu fällen seien, die geradezu nach politischer Verantwortung riefen.²⁰⁴³

1.2 Unabhängigkeit gegenüber den Beaufsichtigten

- 649 Eine weitere Forderung nach Unabhängigkeit betrifft das Verhältnis zwischen der Aufsichtsbehörde und der durch sie Beaufsichtigten. Die massgebliche Bedeutung dieser Dimension der Unabhängigkeit liegt auf der Hand. Die Entscheide der Auf-

²⁰³⁸ Insb. zum Spannungsverhältnis zwischen der bundesrätlichen Aufsichtsausübung (über Aufsichtsbehörden in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Anstalten) und der Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden vgl. hinten N 795 ff.

²⁰³⁹ STÖCKLI, Organisatorische Fragen, 133 ff.; vgl. auch VARONE/INGOLD, 43 f.

²⁰⁴⁰ BIAGGINI, polizeiliche Generalklausel, 38 f.; vgl. dazu auch hinten N 807 ff. und N 1371 ff.

²⁰⁴¹ Urteil BVGer, B-1092/2009, 5.1.2010, E. 9.1.

²⁰⁴² UEBERSAX, Verwaltungsinstanzen, 701.

²⁰⁴³ *Ebd.*, 694.

sichtsbehörden sollen zur Rechtsdurchsetzung beitragen und im öffentlichen Interesse liegen (Stichwort: Rechtsstaatsprinzip), nicht aber auf spezifische Partikular- oder Gruppeninteressen ausgerichtet sein. Gefordert wird eine unparteiliche, unbefangene und im Grundsatz (wettbewerbs-)neutrale²⁰⁴⁴ Tätigkeit des Staates und seiner Aufsichtsbehörden.²⁰⁴⁵

Tatsächlich lässt sich empirischen Studien entnehmen, dass das Risiko von sog. «*Regulatory Capture*» bzw. «*Clientele Capture*» bei von der Zentralverwaltung unabhängigen Aufsichtsbehörden tendenziell grösser ist. Zurückgeführt wird dieser Umstand auf die abgeschwächte politische Einbindung und Kontrolle solcher Behörden, ihre fachliche Spezialisierung, den z.T. intensiven Kontakt mit den Beaufsichtigten, Klientelorientiertheit sowie Eindimensionalität, die dazu führen können, dass die Behörden von der Sichtweise der Beaufsichtigten beeinflusst werden.²⁰⁴⁶ 650

Unter diesem Gesichtspunkt wurde etwa auch die frühere Praxis des ENSI diskutiert, vorab mit den Beaufsichtigten «Vorbesprechungen» durchzuführen, auch zu einzelnen Verfügungen. So konnten gemeinsam auch alternative Lösungsvorschläge diskutiert und sichergestellt werden, dass die Beschlüsse der Behörde nicht fernab der Praxis getroffen wurden.²⁰⁴⁷

In diesem Zusammenhang genannt werden ausserdem die personellen Verflechtungen innerhalb spezialisierter Fachbereiche sowie der Effekt der sog. «*revolving doors*», wenn Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter beaufsichtigter Unternehmen zur Aufsicht wechseln und umgekehrt.²⁰⁴⁸ In spezialisierten Fachkreisen kreuzen sich die Ausbildungs- und Berufswege der involvierten Experten meistens im Verlaufe ihres Lebens wiederholt. Die involvierten Personen – ein überschaubarer Kreis von Spezialisten – kennen sich untereinander. Ferner schafft Sachverstand immer auch gewisse «Verbindungen», wenn Informationsquellen Glauben geschenkt wird.²⁰⁴⁹ 651

²⁰⁴⁴ Vgl. dazu eingehend etwa BAUMANN, N 118 und 337 ff. m.w.H.

²⁰⁴⁵ Vgl. so auch STÖCKLI, Organisatorische Fragen, 136.

²⁰⁴⁶ STÖCKLI, Organisatorische Fragen, 136 f.; VARONE/INGOLD, 46 f.; S. VOGEL, Einheit, 265 m.w.H.; DREIER, 199 f. m.w.H.; FEHLING, Verwaltung, 273 ff. eingehend mit Blick auf die *Independent Regulatory Agencies* in den USA; vgl. ebenso zu diesen SCHUPPERT, Verwaltungswissenschaft, 571 ff. und 573 ff.

²⁰⁴⁷ PVK, Evaluation Unabhängigkeit, BBl 2016 1745.

²⁰⁴⁸ Vgl. FEHLING, Verwaltung, 274 m.w.H.; HETTICH, Kooperative Risikoversorge, N 505; vgl. auch VARONE/INGOLD, 46 f. mit Verweis auf das Beispiel von Mark Branson, der seit 2010 für die FINMA und zwischen 2014 und 2021 als Direktor der FINMA tätig war, davor jedoch eine Position bei der UBS AG innehatte.

²⁰⁴⁹ Vgl. auch D. FISCHER, 60 und 78.

Als umso wichtiger wurde etwa die fachlich kompetente und mit der notwendigen Distanz ausgestaltete Aufsichtsinstanz im Bereich der Kernenergie betont. Sie dürfe sich insb. nicht in den «atomaren Glaubenskrieg»²⁰⁵⁰ zwischen den Fraktionen «pro und contra Atom» einbeziehen lassen, sondern habe ihre Aufgaben (namentlich die Überwachung der Einhaltung der nuklearen Sicherheit) möglichst neutral, gestützt auf ihre Expertise, auszuüben.²⁰⁵¹

- 652 Die Schwierigkeit besteht regelmässig darin, das «richtige» Mass an Nähe und Distanz der Behörde zur Branche festzulegen, denn um sachgerechte Lösungen zu finden, ist eine gewisse Nähe oftmals unabdingbar, während die nötige Distanz allerdings als entscheidend für die Gewährleistung unabhängiger Entscheide gilt.²⁰⁵²
- 653 Mittels verschiedener Instrumente wird in den Organisationserlassen sodann versucht, die Unabhängigkeit gegenüber den Beaufsichtigten zu gewährleisten.²⁰⁵³ Dazu gehören bspw. Wählbarkeits- und Unvereinbarkeitsregeln,²⁰⁵⁴ Ausstandsvorschriften,²⁰⁵⁵ die Pflicht zur Offenlegung von Interessenbindungen²⁰⁵⁶ sowie allenfalls Karenzfristen²⁰⁵⁷ zwecks Vorbeugung von Interessenkonflikten. Ebenso vermögen Verhaltenskodizes²⁰⁵⁸ und Verfahrensvorgaben die Ausgestaltung der Entscheidungsprozesse zu beeinflussen und helfen insb. auch, darüber zu entscheiden, welche Interessen inwieweit im Verfahren zu Gehör gebracht werden können.²⁰⁵⁹ Zusätzlich wird darauf hingewiesen, dass die Ausstattung der Aufsichtsbehörden mit genügend personellen und sachlichen Mitteln von grosser Wichtigkeit sei, wenn es darum gehe, der Informationsasymmetrie zwischen Auf-

²⁰⁵⁰ So etwa der Titel des Beitrags von KISTER.

²⁰⁵¹ Vgl. zur Geschichte der Atomenergie in der Schweiz und zu den hierzulande geführten Diskussionen eingehend M. FISCHER. Zu den auf das ENSI anwendbaren rechtlichen Vorgaben zur Sicherung ihrer Unabhängigkeit vgl. etwa hinten N 790 (mit dem Hinweis, dass z.B. die strategischen Ziele des ENSI keiner Genehmigung durch den Bundesrat bedürfen) und insb. N 938 ff.

²⁰⁵² So PVK, Evaluation Unabhängigkeit, BBI 2016 1747.

²⁰⁵³ Vgl. dazu etwa den Überblick bei STÖCKLI, Organisatorische Fragen, 137 m.w.H.

²⁰⁵⁴ Zu den Vorgaben zur personellen Unabhängigkeit vgl. hinten N 704 ff. und N 869 ff.

²⁰⁵⁵ Zu Befangenheits- und Ausstandsgründen vgl. etwa hinten N 662 sowie N 1720 ff.

²⁰⁵⁶ Dazu hinten N 662 sowie N 706, N 708 sowie N 873 f.

²⁰⁵⁷ Dazu hinten N 671 und N 875.

²⁰⁵⁸ Dazu hinten etwa N 662, N 707 ff., N 714, N 876 und N 1724 m.w.H.

²⁰⁵⁹ Vgl. so auch FEHLING, Verwaltung, 197.

sichtsbehörde und Beaufsichtigten entgegenzutreten. Je besser ausgestattet die Behörden nämlich sind, desto weniger sind sie auf die Informationen der Beaufsichtigten angewiesen.²⁰⁶⁰

2. Unabhängigkeitsdimensionen

2.1 Funktionale Unabhängigkeit

Bei der funktionalen Unabhängigkeit steht das eigentliche Ziel der unabhängigen *Aufgabenerfüllung* und damit die *Tätigkeit* der Aufsichtsbehörde im Vordergrund. Es geht darum, dass die Behörde ihren Auftragsauftrag frei von Weisungen und Einflüssen jeglicher Art erfüllen kann.

Fragen könnten aufgeworfen werden, wenn sich die Tätigkeit der Aufsichtsbehörden nicht als «eigentliche Aufsichtstätigkeit» qualifizieren lässt, weil die Behörde z.B. rechtsetzend tätig wird. BIAGGINI gibt etwa zu bedenken, dass die gesetzlich vorgesehenen Unabhängigkeitsvorgaben regelmässig «nur» für Aufsichtstätigkeiten der Aufsichtsbehörden gelten, nicht aber auch für die übrigen Tätigkeiten, die diese Behörden zusätzlich wahrnehmen.²⁰⁶¹ Wie gesehen, vermag eine solche Differenzierung jedoch nicht in jedem Fall ganz zu überzeugen.²⁰⁶²

Die funktionale Unabhängigkeit betrifft im Grundsatz sowohl die Unabhängigkeit gegenüber dem Markt und den Beaufsichtigten als auch jene gegenüber der Politik und Verwaltung.²⁰⁶³ Dies, obwohl etwa die Bemerkungen zu Art. 21 des Mustererlasses lediglich die Unabhängigkeit gegenüber den politischen Behörden ansprechen.²⁰⁶⁴

Darüber hinaus ist zu beachten, dass institutionell-organisatorische, personelle oder finanzielle Faktoren auch die funktionelle Unabhängigkeit zu beeinträchtigen vermögen.²⁰⁶⁵ Auf diese weiteren Unabhängigkeitsdimensionen ist im Folgenden näher einzugehen.

²⁰⁶⁰ VARONE/INGOLD, 47; HETTICH, Kooperative Risikoversorge, 505; vgl. auch STÖCKLI, Organisatorische Fragen, 137.

²⁰⁶¹ BIAGGINI, Gutachten ENSI, 15 und 30.

²⁰⁶² Dazu vorne N 528.

²⁰⁶³ PVK, Evaluation Unabhängigkeit, BBl 2016 1735.

²⁰⁶⁴ Vgl. EFV, Bemerkungen zu den Bestimmungen des Mustererlasses, 50.

²⁰⁶⁵ LIENHARD/BOLZ/WÜEST-RUDIN, 6.

2.2 Institutionelle Unabhängigkeit

- 657 Die institutionelle Unabhängigkeit betrifft die Eigenständigkeit der Behörde in ihrer Organisation. Es geht primär um die Frage, inwieweit sich die Behörde selbst organisieren kann. Dabei spielt insb. auch eine Rolle, ob die Behörde über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt oder nicht, inwiefern und in welcher Form sie Kontroll- und Steuerungsbefugnissen des Bundes untersteht und ob sie sich im Konfliktfall auch mit rechtlichen Mitteln gegenüber dem Bund zur Wehr setzen könnte.²⁰⁶⁶ Tatsächlich bezieht sich die institutionelle Unabhängigkeit auf das Verhältnis der Aufsichtsbehörden *zum Bund*, nicht aber auf ihr Verhältnis zu den Beaufsichtigten.²⁰⁶⁷ Im Rahmen der institutionellen Unabhängigkeit angesprochen sind die Befugnisse der Aufsichtsbehörden,
- ihre eigenen (strategischen) Ziele zu setzen,
 - ihre Organisationsstruktur und ihre organisationsinternen Abläufe autonom, z.B. in einem Organisations- oder Geschäftsreglement, festzulegen,
 - ihre operative Führung selber zu wählen und
 - über ihre Personalpolitik selber zu entscheiden (inkl. über den Erlass eines eigenen Personalstatuts).
- 658 Fragen werden dabei regelmässig im Hinblick auf die bundesrätliche Aufsichtsausübung aufgeworfen, die diese institutionellen Kompetenzen der Aufsichtsbehörden zu tangieren vermag.²⁰⁶⁸
- 659 Wie noch näher aufgezeigt wird, bestehen bezüglich der institutionellen Unabhängigkeit vielleicht die deutlichsten Unterschiede zwischen den Aufsichtsbehörden in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Anstalten und Behördenkommissionen. Während Erstere über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügen, ist dies bei Letzteren nicht der Fall.²⁰⁶⁹ Behördenkommissionen gehören zwar ebenfalls zum Bestand der dezentralen Bundesverwaltung und sind einem Departement oder der Bundeskanzlei administrativ zugeordnet, nicht aber hierarchisch unterstellt,²⁰⁷⁰ ihre Distanz zur Zentralverwaltung fällt aber unterschiedlich aus. Insbesondere sind Behördenkommissionen regelmässig in den Bundeshaushalt eingebunden,²⁰⁷¹

²⁰⁶⁶ PVK, Evaluation Unabhängigkeit, BBl 2016 1735 f.; vgl. auch STÖCKLI, Organisatorische Fragen, 128 f.

²⁰⁶⁷ PVK, Evaluation Unabhängigkeit, BBl 2016 1735.

²⁰⁶⁸ Dazu hinten N 782 ff. sowie N 907 ff.

²⁰⁶⁹ Dazu hinten N 681 ff. und N 832 ff.

²⁰⁷⁰ Dazu hinten N 827 ff. und insb. N 834.

²⁰⁷¹ Dazu hinten N 893 ff.

was sich nicht nur auf ihre finanzielle, sondern auch auf ihre institutionelle Unabhängigkeit auszuwirken vermag.²⁰⁷²

In ihrer Evaluation kam die PVK insgesamt zum Schluss, dass trotz der verschiedenen Einflussmöglichkeiten seitens des Bundesrates die Organisationsfreiheit der Aufsichtsbehörden in der Praxis in den meisten Fällen gegeben sei.²⁰⁷³ Allerdings betonte sie, dass die «Balance zwischen dem fachlichen Unabhängigkeitsanspruch einer Behörde und dem mitgestaltenden Einfluss des Bundesrates (...) im Diskurs immer wieder neu zu suchen» sei, aber die Grenzen der Unabhängigkeit vom Bundesrat letztlich «vom Gesetzgeber adäquat festgelegt werden» müssten.²⁰⁷⁴ 660

2.3 Personelle Unabhängigkeit

Die personelle Unabhängigkeit gibt darüber Auskunft, ob bzw. inwiefern das Personal der Behörde seine Aufgaben innerhalb der rechtlichen Vorgaben und entsprechend den vorgegebenen öffentlichen Interessen frei von Interessenkonflikten und Beeinflussung jeglicher Art erfüllen kann.²⁰⁷⁵ Dabei ist die personelle Unabhängigkeit zweifach angestrebt: einerseits gegenüber Politik und Verwaltung, andererseits gegenüber den Beaufsichtigten.²⁰⁷⁶ 661

Zur Verwirklichung personeller Unabhängigkeit spielt die Stellenbesetzung innerhalb der Aufsichtsbehörden eine wichtige Rolle und damit auch die jeweilige Wahl des Leitungsgremiums. Bedeutsam sind somit zu beachtende Anforderungsprofile,²⁰⁷⁷ ebenso Vorgaben zur Offenlegung und allenfalls auch zur Veröffentlichung von Interessenbindungen.²⁰⁷⁸ Gelingt es bereits im Auswahlverfahren, dem Anschein von Abhängigkeit oder Befangenheit entgegenzuwirken, wird nicht nur der objektiven Unabhängigkeitspflicht, sondern auch dem subjektiven «Unabhängigkeitsempfinden» der Öffentlichkeit Rechnung getragen.²⁰⁷⁹ Dazu tragen auch Regelungen zur Vermeidung von Rollenakkumulationen wie Ausstandsregeln²⁰⁸⁰ 662

²⁰⁷² Insb. zur institutionellen Nähe zwischen ComCom und BAKOM vgl. etwa hinten N 903 f.

²⁰⁷³ PVK, Evaluation Unabhängigkeit, BBl 2016 1745.

²⁰⁷⁴ *Ebd.*, BBl 2016 1742.

²⁰⁷⁵ *Ebd.*, BBl 2016 1736.

²⁰⁷⁶ Vgl. auch *ebd.*

²⁰⁷⁷ Dazu hinten N 701 sowie N 862 f.

²⁰⁷⁸ Dazu hinten N 706, N 708 sowie N 873 f.

²⁰⁷⁹ Vgl. auch PVK, Evaluation Unabhängigkeit, BBl 2016 1743.

²⁰⁸⁰ Zu Befangenheits- und Ausstandsgründen vgl. etwa hinten N 1720 ff.

und behördeninterne Richtlinien zu Nebenbeschäftigungen²⁰⁸¹ sowie Vorgaben aus den Geschäfts- und Organisationsreglementen oder Verhaltenskodizes²⁰⁸² bei.²⁰⁸³ Darüber hinaus wird auch von Aspekten zur «Bildung und Stärkung einer eigentlichen Unabhängigkeitskultur» innerhalb der Behörden gesprochen.²⁰⁸⁴

- 663 Der Bericht der PVK gab in diesem Zusammenhang zu bedenken, dass allzu rigide Unabhängigkeitsanforderungen der Besetzung einer Stelle mit fachkompetenten Personen im Wege stehen könnten. Eine in der Fachwelt bestens vernetzte Person mit langjähriger Branchenerfahrung bringt hervorragendes Expertenwissen mit, ist aber oftmals nicht «neutral», sondern eben geprägt vom fachlichen Hintergrund und u.U. auch von persönlichen Kontakten, die aus unterschiedlichen Interessen ggf. versucht sein könnten, Einfluss zu nehmen.²⁰⁸⁵ Eine weniger vernetzte Person hingegen ist hinsichtlich ihrer Unabhängigkeit weniger kritisierbar, bringt aber oftmals weniger Fachwissen mit.²⁰⁸⁶ In diesem Sinne vermag sich die Abhängigkeit der Aufsichtsinstanz von Fachwissen und bestimmtem Know-how in gewissem Grade auf ihre effektive Unabhängigkeit auszuwirken.²⁰⁸⁷

2.4 Finanzielle Unabhängigkeit

- 664 Schliesslich lässt sich die Unabhängigkeit der Behörden auch durch finanzielle Aspekte beeinflussen. Zur stärkeren finanziellen Unabhängigkeit der Behörden trägt insb. bei, ob bzw. inwiefern die Behörden Art und Höhe ihrer Finanzierungsquellen selbst bestimmen oder zumindest beeinflussen können. Während eine Finanzierung durch die Beaufsichtigten (namentlich mittels Gebühren und Abgaben, allenfalls aber auch mittels Sanktionen) die Gefahr bergen kann, falsche Anreize zu setzen, kann auch die Finanzierung über Bundesmittel eine allzu nahe Anbindung an den staatlichen Haushalt zur Folge haben, was sich bspw. in Auswirkun-

²⁰⁸¹ Dazu hinten N 709.

²⁰⁸² Dazu hinten N 707 ff., N 714, N 876 und N 1724 m.w.H.

²⁰⁸³ Vgl. bereits PVK, Evaluation Unabhängigkeit, BBl 2016 1743.

²⁰⁸⁴ *Ebd.*, BBl 2016 1747.

²⁰⁸⁵ Vgl. LIENHARD/BOLZ/WÜEST-RUDIN, 14 f., die diese «klassische Lobby- und Netzwerkarbeit» als informellen Faktor aufführen, der die Unabhängigkeit der Behörden *de facto* massgeblich beeinflussen kann.

²⁰⁸⁶ LIENHARD/BOLZ/WÜEST-RUDIN, 8; PVK, Evaluation Unabhängigkeit, BBl 2016 1736 und 1743.

²⁰⁸⁷ Vgl. LIENHARD/BOLZ/WÜEST-RUDIN, 15, die auch die Abhängigkeit von Fachwissen und Know-how zu den informellen Faktoren zählen, die *de facto* die Unabhängigkeit der Behörden zu beeinflussen vermögen.

gen allgemeiner Sparmassnahmen auf die Tätigkeit der Aufsichtsbehörden zeigen kann. Für die Finanzierung durch die Beaufsichtigten spricht somit das Verursacherprinzip einerseits sowie ein geringeres «Klumpenrisiko» andererseits.²⁰⁸⁸ Die finanzielle Unabhängigkeit muss aber letztlich gegenüber zwei Seiten gewährleistet werden: sowohl gegenüber der Politik und der Verwaltung als auch gegenüber den beaufsichtigten Privaten.²⁰⁸⁹ Sodann ist die Ausgestaltung des Budgetprozesses und insb. die Frage, ob die Behörde das Budget selbst erstellen könne oder ob der Voranschlag jeweils beim Departement eingereicht oder explizit genehmigt werden müsse, von Relevanz für das Mass ihrer finanziellen Unabhängigkeit.²⁰⁹⁰

Die Ausgestaltung der finanziellen Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden variiert insgesamt. Während einige Aufsichtsbehörden eine eigene Rechnung führen, sich weitgehend selber finanzieren und über einen eigenen Finanzhaushalt verfügen, losgelöst vom Finanzhaushalt des Bundes, werden andere aus Bundesmitteln finanziert und sind entsprechend in den Bundeshaushalt eingebunden.²⁰⁹¹ 665

VI. Rechtsformen dezentraler Aufsichtsbehörden des Bundes

A. Vorbemerkungen

1. Wahlfreiheit bezüglich der Rechtsformen

Der Staat ist weitgehend frei bei der Wahl seiner Handlungs- und Organisationsformen und darf sich grundsätzlich sowohl öffentlich-rechtlicher als auch privatrechtlicher Rechtsformen bedienen,²⁰⁹² ja selbst neue Rechtsformen schaffen.²⁰⁹³ 666
Einen *Numerus clausus* zulässiger Rechtsformen und damit verbundene Grundsät-

²⁰⁸⁸ PVK, Evaluation Unabhängigkeit, BBl 2016 1749.

²⁰⁸⁹ Vgl. *ebd.*, BBl 2016 1735.

²⁰⁹⁰ Vgl. auch *ebd.*, BBl 2016 1736; vgl. dazu bspw. auch MARTENET, Contrôle, 211 f.

²⁰⁹¹ Zur finanziellen Unabhängigkeit vgl. hinten N 745 ff. (Aufsichtsbehörden in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Anstalten) sowie N 893 ff. (Aufsichtsbehörden in der Rechtsform von Behördenkommissionen).

²⁰⁹² Vgl. dazu HÄNNI/STÖCKLI, N 1747 ff., auch zu gewissen Einschränkungen dieser grundsätzlichen Wahlfreiheit.

²⁰⁹³ S. VOGEL, Einheit, 76 ff. m.w.H., wo er zum Ergebnis kommt, dass diese theoretische Ungebundenheit des Gesetzgebers in der Praxis jedoch erheblich relativiert werde, nicht zuletzt aus Gründen des Verkehrsschutzes und der Funktionalität der gewählten Strukturen.

ze der Typengebundenheit und Typenfixierung gibt es im öffentlichen Recht – im Gegensatz zum Privatrecht – nicht.²⁰⁹⁴

- 667 Letztendlich ist es Aufgabe des Gesetzgebers, eine sachgerechte Rechtsform zu wählen und ihre interne Organisationsstruktur passend auszugestalten.²⁰⁹⁵ Zu diesem Zweck werden i.d.R. spezifische, auf die einzelne Behörde massgeschneiderte Erlasse geschaffen, die die grundlegenden Organisationsfragen regeln. So erklärt sich denn auch die grosse Vielfalt an organisationsrechtlichen Lösungen für Aufsichtsbehörden, wie ein erster Blick auf ihre gesetzlichen Grundlagen vermuten lässt.

2. Rechtsformen des öffentlichen Rechts

- 668 Tendenziell zeichnet sich eine Bevorzugung der Rechtsformen des öffentlichen Rechts ab, wenn es um die rechtliche Ausgestaltung der Aufsichtsübung auf Bundesebene geht. Sie geniessen hinsichtlich der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben generell eine breitere Akzeptanz als privatrechtlich organisierte Organisationsformen.²⁰⁹⁶ Ganz grundsätzlich wäre einer durch eine privatrechtliche Rechtsformenwahl bewirkten Privatisierung und «Entpolitisierung»²⁰⁹⁷ einer Aufsichtsbehörde, auch aufgrund ihrer so erfolgten «Befreiung» von demokratischer Einbindung in den Staatsapparat, kritisch zu begegnen. Gerade bei Aufsichtsbehörden mit z.T. komplexen hoheitlichen Aufgaben, deren Erfüllung vielleicht auch gesellschaftlich umstrittene Fragen aufzuwerfen vermag und/oder mit weitgehenden hoheitlichen Befugnissen einhergeht, erscheint es als besonders wichtig, dass sie in die rechtsstaatlichen Strukturen eingebunden bleiben.²⁰⁹⁸ So hiess es etwa in der Botschaft zum ENSIG ausdrücklich: «Privatrechtliche Organisationsformen stossen dort an ihre Grenzen, wo, wie im Bereich der Kernenergie, komplexe hoheitliche Aufgaben anfallen, deren Erfüllung gesellschaftlich in hohem Masse kontrovers ist.»²⁰⁹⁹

²⁰⁹⁴ HÄNER, Organisationsrecht, N 28.38 m.w.H.; vgl. auch S. VOGEL, Einheit, 76 m.w.H.; WALDMANN/WIEDERKEHR, 3/38; vgl. auch vgl. auch Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8267 (Fn. 40).

²⁰⁹⁵ HÄNER, Organisationsrecht, N 28.38; vgl. auch Stöckli, Organisatorische Fragen, 147; S. VOGEL, Einheit, 76 ff.

²⁰⁹⁶ Vgl. so etwa Botschaft HMG, BBl 1999 III 3476; vgl. auch Botschaft FINMAG, BBl 2006 2839; Botschaft ENSIG, BBl 2006 8836.

²⁰⁹⁷ Vgl. so den Hinweis in der Botschaft RAG, BBl 2004 4105.

²⁰⁹⁸ Dazu vorne N 644 ff.

²⁰⁹⁹ Botschaft ENSIG, BBl 2006 8836.

Auch die oftmals in technischen Bereichen anzutreffende Übertragung von Rechtssetzungskompetenzen auf Private²¹⁰⁰ ist aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht unproblematisch, wenn sie im Aufsichtsbereich erfolgt.²¹⁰¹ Entsprechend spärlich finden sich denn auch Versuche, Aufsichtsbehörden als juristische Personen des Privatrechts auszugestalten.

Ein namhaftes Beispiel liefert allerdings die Zusammenarbeit der kantonalen Grundbuchaufsichtsbehörden in Form des privatrechtlichen Vereins «TerrAudit» zwecks Koordination und Ausübung ihrer Aufsichtspflichten über eine Onlineplattform.²¹⁰² TerrAudit erhält immer mehr Mitglieder und nimmt seine Aufsichtsaufgaben laufend wahr. Das Beispiel zeigt, dass auch dann, wenn Rechtsformen des öffentlichen Rechts die Aufsichtsverhältnisse besonders prägen, Ausnahmen denkbar sind.

Demgegenüber fand etwa die Rechtsform der Aktiengesellschaft bislang keine Verwendung für die Bildung von Aufsichtsbehörden – und zwar weder in ihrer privatrechtlichen noch in ihrer spezialgesetzlichen Ausgestaltungsform. Ungeklärte rechtliche Fragestellungen sind nur ein Grund für ihre Ablehnung.²¹⁰³ Zusätzlich wird darauf hingewiesen, dass auch die Aktiengesellschaften des öffentlichen Rechts (die sog. spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften) besonders auf Organisationen zugeschnitten sind, die auf dem Markt selber wirtschaftlich tätig sind, dabei auf «rein private Unternehmen» treffen und mit ihnen im Wettbewerb stehen.²¹⁰⁴ Ausserdem sind sie regelmässig dem Grundsatz der Gewinnstrebigkeit verpflichtet.²¹⁰⁵ Ihre Rechtswahl erscheint v.a. dann als sinnvoll, wenn ihre Aufgaben mit einem grossen Kapitalbedarf einhergehen²¹⁰⁶ oder wenn sich – im Falle der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft – neben dem Bund auch Dritte an der Gesellschaft beteiligen sollen.²¹⁰⁷ Im Ergebnis ist die Rechtsform der Aktiengesellschaft für die Erfüllung von Aufsichtsaufgaben somit wenig geeignet.²¹⁰⁸

²¹⁰⁰ Dazu vorne N 478 ff.

²¹⁰¹ Vgl. so etwa auch Botschaft FINMAG, BBl 2006 2839.

²¹⁰² WIDMER, Aufsicht, 39 ff. und insb. 42 f.

²¹⁰³ Vgl. Botschaft RAG, BBl 2004 3969, 4105.

²¹⁰⁴ Vgl. *ebd.*, vgl. auch Botschaft FINMAG, BBl 2006 2839.

²¹⁰⁵ Vgl. Botschaft RAG, BBl 2004 4105; vgl. auch Botschaft FINMAG, BBl 2006 2839.

²¹⁰⁶ Botschaft ENSIG, BBl 2006 8836.

²¹⁰⁷ Botschaft FINMAG, BBl 2006 2839.

²¹⁰⁸ Vgl. etwa Botschaft HMG, BBl 1999 III 3476; Botschaft RAG, BBl 2004 4105; Botschaft FINMAG, BBl 2006 2839; Botschaft ENSIG, BBl 2006 8836.

- 670 Inzwischen sind es v.a. zwei Rechtsformen, die die Aufsichtsbehördenlandschaft auf Bundesebene besonders prägen, nämlich öffentlich-rechtliche Anstalten einerseits sowie Behördenkommissionen andererseits.²¹⁰⁹

3. Anwendbare Vorgaben

- 671 Für ihre konkrete Ausgestaltung sind nebst den anwendbaren Spezialgesetzen einige Rahmen- bzw. Querschnittsvorgaben zu beachten:

- So insb. Art. 57a ff. RVOG i.V.m. Art. 8a ff. RVOV für Behördenkommissionen und
- Art. 8j sowie Art. 8j^{bis} RVOV für öffentlich-rechtliche Anstalten.

Art. 8j RVOV regelt in Abs. 1 die Wahlbefugnisse des Bundesrates hinsichtlich der Mitglieder der Leitungsorgane (Verwaltungs- oder Institutsrat) von Anstalten des Bundes und schreibt in Abs. 2 die Erstellung eines Anforderungsprofils für jede Organisation fest.

Art. 8j^{bis} Abs. 1 RVOV sieht vor, dass der Bundesrat für Mitglieder von Verwaltungs- und Institutsräten von Anstalten des Bundes, die mit Aufsichts- und Regulierungsaufgaben betraut sind, eine Karenzfrist vorsehen kann, «wenn zu erwarten ist, dass der unmittelbare Wechsel eines Mitglieds nach dem Ausscheiden aus dem Verwaltungs- und dem Institutsrat in eine Tätigkeit bei Arbeits- oder Auftraggebern des beaufsichtigten oder regulierten Bereichs zu einem Interessenkonflikt führt».²¹¹⁰

- 672 Ferner lassen sich gewisse Orientierungspunkte den bereits erwähnten Vorgaben der Verwaltung entnehmen, und zwar:

- dem Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates,
- den Leitsätzen sowie
- dem Mustererlass «für Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht», der von der EFV erarbeitet worden ist.²¹¹¹

- 673 Wie gesehen, kommt diesen keine Gesetzeskraft zu, sie bieten aber dennoch hilfreiche Werkzeuge bei der Erarbeitung gesetzlicher Grundlagen, die sich insgesamt

²¹⁰⁹ Dazu auch vorne N 38 sowie hinten N 917. – Ebenfalls zu diesem Schluss gelangt STÖCKLI, Organisatorische Fragen, 116.

²¹¹⁰ Die Vorgaben nach Art. 8e^{ter} Abs. 3 bis 6 RVOV (u.a. zu Dauer und Entschädigung der Karenzfrist, die für Mitglieder von ausserparlamentarischen Kommissionen mit Aufsichts- und Regulierungsaufgaben gilt) gelten sinngemäss (Art. 8j^{bis} Abs. 3 RVOV).

²¹¹¹ Dazu vorne insb. N 599 ff. – Der Mustererlass findet sich im Anhang dieser Untersuchung (S. 939 ff.).

auch harmonisierend auf unterschiedliche Rechtsbereiche ausgewirkt haben.²¹¹² Sämtliche dieser Vorgaben beziehen sich aber primär auf öffentlich-rechtliche Anstalten. Namentlich der Mustererlass «für *Anstalten* mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht»²¹¹³ ist nicht auf Behördenkommissionen anwendbar.²¹¹⁴ Der Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates geht auf die Behördenkommissionen nur am Rande ein,²¹¹⁵ und die gestützt darauf entwickelten Leitsätze sind lediglich (aber immerhin) «sinngemäss» auf die rechtlich nicht verselbstständigten Behördenkommissionen anwendbar.²¹¹⁶

4. Aufbau der folgenden Untersuchung

Die Frage nach der optimalen Rechtsform einer Behörde stellt sich jeweils mit Bezug auf die von ihr zu erfüllenden Aufgaben. Diese bilden den Ausgangspunkt organisationsrechtlicher Abklärungen im Einzelfall, die i.d.R. auf eine funktionale und zweckkonforme Ausgestaltung der Aufsichtsbehörden abzielen, und zwar mit Blick auf die zu wählende Rechtsform und die behördeninterne Organisation.²¹¹⁷ Letztere wird durch die gewählte Rechtsform nämlich durchaus beeinflusst,²¹¹⁸ wie der nachfolgende Überblick über wesentliche Elemente der Organisationsformen zeigt. So wirkt sich die Rechtsformenwahl etwa auf die Rechtsfähigkeit der Verwaltungseinheit,²¹¹⁹ die behördeninterne Struktur und die vorgesehenen Organe²¹²⁰ sowie ihre personelle Zusammensetzung und damit u.U. auch auf die

²¹¹² Dazu vorne insb. N 602 sowie hinten N 917. Ihre harmonisierende Wirkung zeigt sich insb. im nachfolgenden Behördenvergleich (N 675 ff.).

²¹¹³ Eigene Hervorhebung.

²¹¹⁴ Vgl. den Wortlaut von Art. 1 Mustererlass.

²¹¹⁵ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8268 f.; vgl. auch GPK-S, Unabhängigkeit 2022, BBl 2022 2979, 8. Dazu auch hinten N 835.

²¹¹⁶ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8242 sowie 8285 (Fn. 64). – Immerhin erscheinen etwa die in den Leitsätzen 2 und 3 verankerten allgemeinen Grundsätze, wonach die verselbstständigten Einheiten des Bundes über schlanke Strukturen und klare Kompetenzregelungen zwischen den Organen verfügen bzw. ihre Organe grundsätzlich voneinander personell unabhängig sind, wohl auch für Behördenkommissionen als sachgerecht.

²¹¹⁷ Vgl. etwa Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8243; vgl. auch HÄNER, Organisationsrecht, N 28.38.

²¹¹⁸ Vgl. so etwa auch HÄNER, Organisationsrecht, N 28.38.

²¹¹⁹ Dazu hinten N 682 ff. bzw. N 833 ff.

²¹²⁰ Dazu hinten N 688 ff. bzw. N 836 ff.

Fachexpertise der Behörde aus.²¹²¹ Ferner bestehen Unterschiede mit Blick auf ihre Finanzierung,²¹²² ihre Verantwortlichkeit²¹²³ sowie die ihnen gegenüber ausgeübten Aufsichtsbefugnisse des Bundesrates einerseits sowie des Parlaments andererseits.²¹²⁴ Auch die im Aufsichtskontext besonders stark gewichtete Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden wird massgeblich von den unterschiedlichen organisationsrechtlichen Regelungen beeinflusst, wie nachfolgend näher auszuführen sein wird.²¹²⁵

- 675 Die folgende Untersuchung ausgewählter organisationsrechtlicher Aspekte soll u.a. dazu beitragen, die Kriterien für die Auswahl der anwendbaren Organisationsformen zu reflektieren und ihnen zugleich zu deutlicheren Konturen zu verhelfen.²¹²⁶ Auf die den Aufsichtseinheiten jeweils zur Verfügung stehenden Aufsichtsinstrumente wird eingehend in Kapitel III eingegangen.

B. Öffentlich-rechtliche Anstalten

1. Begriff

- 676 Öffentlich-rechtliche Anstalten wurden ursprünglich zur Leistungsverwaltung gezählt und als Verwaltungseinheiten so konzipiert, dass «ein Bestand von Personen und Sachen durch Rechtssatz technisch und organisatorisch zusammengefasst ist und für eine bestimmte Verwaltungsaufgabe dauernd den Anstaltsbenützern zur Verfügung steht».²¹²⁷ Dabei verfügt die Anstalt, im Gegensatz zur öffentlich-rechtlichen Körperschaft, nicht über Mitglieder, sondern über einen Kreis von «Benützern».²¹²⁸ Als Lehrbuchbeispiele für Anstalten werden bspw. die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt Suva, die Eidgenössischen Technischen Hochschulen ETH oder auch die Pensionskasse des Bundes PUBLICA genannt.²¹²⁹

²¹²¹ Dazu hinten N 701 ff. bzw. N 861 ff.

²¹²² Dazu hinten N 739 ff. bzw. N 889 ff.

²¹²³ Dazu hinten N 750 ff. bzw. N 898 ff.

²¹²⁴ Dazu hinten N 776 ff. bzw. N 906 ff.

²¹²⁵ Dazu hinten insb. N 704 ff., N 746 ff., N 772 ff. und N 795 ff. (zu den öffentlich-rechtlichen Anstalten) sowie N 869 ff., N 894 ff. und N 900 ff. (zu den Behördenkommissionen).

²¹²⁶ Vgl. den entsprechenden Aufruf an die Lehre von S. VOGEL, Einheit, 81 f.

²¹²⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1659: vgl. eingehend zum klassischen Anstaltsbegriff etwa M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, 165 ff.

²¹²⁸ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1662.

²¹²⁹ Vgl. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 171; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1660.

Vor diesem Hintergrund erachtete BIAGGINI die FINMA vor ihrer anvisierten 677
Gründung noch als einen «ziemlich *atypische[n] Fall einer Anstalt*». ²¹³⁰ Man könne, «etwas überspitzt, von einer ‹Anstalt ohne Benutzer› bzw. ‹ohne Anstalts- und Benutzungsordnung› sprechen (es sei denn, man würde die der FINMA-Aufsicht unterstellten Institute als ‹Benutzer› ansehen [...])». ²¹³¹

Die Wahl der Anstalt als Rechtsform für die FINMA sei entsprechend «nicht ganz 678
so selbstverständlich», ²¹³² zumal die öffentlich-rechtliche Anstalt nicht die typische Rechtsform für Aufsichtstätigkeiten sei. ²¹³³ Die FINMA wurde denn auch kritisch als «spezialgesetzlich geregelte Organisation sui generis bezeichnet». ²¹³⁴

In der Zwischenzeit wurde dieses Bild stark revidiert. Die Rechtsform der öffentlich-rechtlichen Anstalt gilt für Aufsichtsbehörden in der Praxis inzwischen als etabliert und weitverbreitet. ²¹³⁵ Einen massgeblichen Beitrag zu dieser Entwicklung leisteten der Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates sowie die darauf abgestützten Leitsätze und Mustererlasse der EFV – insb. der Mustererlass «für Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht» wird nachfolgend vertieft untersucht. Seit der Veröffentlichung des Corporate-Governance-Berichts im Jahr 2006 wird die Rechtsform der selbstständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt generell als primäre Rechtsform für verselbstständigte Einheiten, die Bundesaufgaben erfüllen, portiert, ²¹³⁶ ganz besonders, wenn es um die Wahrnehmung von Aufsichtsaufgaben geht. ²¹³⁷ 679

Diese Entwicklung ist auch in der Lehre angekommen, die mittlerweile eine Entfernung der öffentlich-rechtlichen Anstalt von ihrer «ursprünglichen Bestimmung» 680

²¹³⁰ BIAGGINI, Behördenorganisation, 43 (Hervorhebungen im Original).

²¹³¹ *Ebd.*

²¹³² *Ebd.*

²¹³³ *Ebd.*, 44; vgl. dazu auch WEBER ET AL., 153 f.

²¹³⁴ WEBER ET AL., 153 f. sowie 155 f., die vor diesem Hintergrund die Begründung für die Wahl der Rechtsform in der bundesrätlichen Botschaft als etwas gar knapp bemängelten.

²¹³⁵ Vgl. dazu etwa BELLANGER, Phénomène, 15 ff. und 18 f.; Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8268, wonach die Rechtsform der öffentlich-rechtlichen Anstalt auch als die am weitesten verbreitete Organisationsform im öffentlichen Recht gilt.

²¹³⁶ Der erste Satz von Leitsatz 1 lautet entsprechend: «Für verselbstständigte Einheiten, die Bundesaufgaben erfüllen, ist grundsätzlich die öffentlich-rechtliche Organisationsform der selbstständigen Anstalt vorzusehen.» Leitsatz 1 ist auch abgedruckt im Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8269.

²¹³⁷ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8285; vgl. so auch BR, Eignerstrategie, 46; vgl. dazu auch hinten N 922 ff.

beobachtet und anerkennt, dass der Begriff der «Anstalt» für unterschiedliche Organisationsformen stehen kann.²¹³⁸ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN führen bspw. aus, dass mittlerweile zahlreiche Anstalten «Bewirtschaftungs-, Überwachungs- und Zulassungsaufgaben» übernehmen und dabei «anders als früher (...) nicht mehr die Ausnahme» bilden. «Bewirtschaftungs-, Überwachungs- und Zulassungsaufgaben stellen sich nach aussen hin weniger als Leistungs- denn als Eingriffsverwaltung dar. Folglich kann man die betroffenen Privaten nicht mehr als Benutzer ansprechen; sie sind gewöhnliche Rechtsunterworfenen, mithin Adressaten anstaltlicher Handlungen.»²¹³⁹

- 681 Gemäss TSCHANNEN/MÜLLER/KERN handelt es sich bei der öffentlich-rechtlichen Anstalt nunmehr um eine Verwaltungseinheit, die (i) von einem oder mehreren Gemeinwesen getragen, (ii) organisatorisch ausgegliedert und rechtsfähig, (iii) mit persönlichen und sachlichen Mitteln ausgestattet, (iv) mit einer gewissen Autonomie versehen und (v) zur dauernden Erfüllung einer Aufgabe des Trägergemeinwesens bestimmt ist.²¹⁴⁰

2. Rechtsfähigkeit

- 682 Soll die Behörde nach aussen selbstständig auftreten können, spricht dies für ihre Ausgestaltung als selbstständige öffentlich-rechtliche Anstalt. Diese ist nämlich zur Wahrnehmung und Erfüllung aller Arten von staatlichen Aufgaben fähig und besitzt eigene Rechtspersönlichkeit.²¹⁴¹ Eine entsprechende Formulierung ist in Art. 1 Abs. 1 des Mustererlasses vorgesehen. Ferner sieht Abs. 2 derselben Bestimmung vor, dass sich die öffentlich-rechtlichen Anstalten des Bundes selbst organisieren und eine eigene Rechnung führen.²¹⁴² Während die öffentlich-rechtlichen Anstalten somit verselbstständigte Verwaltungseinheiten darstellen, gehören die Behördenkommissionen zwar ebenfalls zur dezentralisierten Verwaltung, sie verfügen jedoch weder über eigene Rechts- noch Handlungsfähigkeit und sind entsprechend nicht rechtlich verselbstständigt.²¹⁴³

²¹³⁸ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 172 sowie N 173 ff. zu unterschiedlichen Arten von Anstalten.

²¹³⁹ *Ebd.*, N 172.

²¹⁴⁰ *Ebd.*, N 179 ff. zu den einzelnen Begriffselementen.

²¹⁴¹ Die Rechtsfähigkeit bildet jedoch nach h.L. kein Wesensmerkmal der öffentlich-rechtlichen Anstalt (vgl. DUBÉY/ZUFFEREY, N 98 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 1664 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 174 ff.; TSCHANNEN, Systeme, N 62; TANQUEREL, Manuel, N 138; WALDMANN/WIEDERKEHR, 3/48; a.A. S. VOGEL, Einheit, 282 m.w.H.).

²¹⁴² Vgl. dazu auch Leitsatz 23.

²¹⁴³ Dazu hinten N 833 ff.

Sowohl die eigene Rechtspersönlichkeit als auch die eigene Rechnung bilden wichtige Bestandteile der institutionellen Unabhängigkeit. Sie sind denn auch in den verschiedenen Organisationserlassen explizit verankert.

- So ist etwa nach Art. 5 Abs. 1 und Abs. 3 FINMAG «[d]ie Behörde, die den Finanzmarkt beaufsichtigt, (...) eine öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit und Sitz in Bern», die sich selbst organisiert, und zwar «nach den Grundsätzen einer guten Corporate Governance und wirtschaftlicher Betriebsführung», und eine eigene Rechnung führt.
- Nach Art. 68 Abs. 2 HMG ist «[d]as Institut (...) eine öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit». Nach Abs. 3 dieser Bestimmung ist es «in seiner Organisation und Betriebsführung selbstständig; es verfügt über eine eigene Finanzierung und führt eine eigene Rechnung».
- Nach Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 ENSIG ist das ENSI «eine öffentlich-rechtliche Anstalt des Bundes mit eigener Rechtspersönlichkeit», «organisiert sich selber und führt eine eigene Rechnung».

Trotz eigener Rechtspersönlichkeit und Autonomie zu beachten ist allerdings, dass das Gemeinwesen als Träger der öffentlich-rechtlichen Anstalten im Hintergrund präsent bleibt.²¹⁴⁴ Entsprechend werden regelmässig Fragen nach der effektiven Unabhängigkeit der so organisierten Aufsichtsbehörden aufgeworfen.²¹⁴⁵

3. Organe

3.1 Überblick

Art. 4 des Mustererlasses für Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht sieht die folgenden Organe vor:²¹⁴⁶

- einen Verwaltungs- oder Institutsrat,
- eine Geschäftsleitung und
- eine externe Revisionsstelle.

²¹⁴⁴ Vgl. S. VOGEL, Einheit, 282 m.w.H.

²¹⁴⁵ Insb. zum Spannungsverhältnis zwischen der bundesrätlichen Aufsichtsausübung und der Unabhängigkeit von Aufsichtsbehörden in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Anstalten vgl. N 795 ff.

²¹⁴⁶ Die Organisation sowie Zusammensetzung, Wahl und Aufgaben der einzelnen Organe öffentlich-rechtlicher Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht sind in den Art. 4–8 des Mustererlasses geregelt.

- 689 Die FINMA,²¹⁴⁷ die RAB,²¹⁴⁸ ebenso Swissmedic²¹⁴⁹ und das ENSI²¹⁵⁰ verfügen über solche Organe, wobei die FINMA und die RAB einen «Verwaltungsrat» vorsehen, während Swissmedic von einem «Institutsrat»²¹⁵¹ und das ENSI vom «ENSI-Rat»²¹⁵² spricht.
- 690 Bei einer solchen Organisationsstruktur liegen die Parallelen zur Organisation privater Unternehmen und insb. privatrechtlicher Aktiengesellschaften auf der Hand.²¹⁵³ Eine einfache, transparente und nachvollziehbare Organisation mit klaren Kompetenzregelungen wurde denn auch schon als Grund für die Wahl der Anstalt als Rechtsform angeführt,²¹⁵⁴ etwa bei der Gründung der FINMA.²¹⁵⁵

3.2 Verwaltungs- / Institutsrat

- 691 Der Verwaltungs- oder Institutsrat sorgt als «oberstes Leitungsorgan»²¹⁵⁶ u.a. für die Festlegung der strategischen Ziele der Anstalt sowie für den Erlass der behördeneigenen Reglemente (Organisationsreglement und Personalverordnung) und des delegierten Verordnungsrechts. Er stellt ferner ein internes Kontrollsystem und Risikomanagement der Anstalt sicher und überwacht die Geschäftsleitung.²¹⁵⁷ In der Botschaft zum HMG verglich der Bundesrat die Aufgaben und Funktionen des Institutsrats denn auch mit den Aufgaben des Verwaltungsrats einer Aktiengesellschaft.²¹⁵⁸
- 692 Die einzelnen Organisationserlasse enthalten eine eigene Auflistung der Aufgaben und Funktionen, die dem Verwaltungs- oder Institutsrat zukommen.²¹⁵⁹ In den

²¹⁴⁷ Vgl. Art. 8 FINMAG.

²¹⁴⁸ Vgl. Art. 29 RAG.

²¹⁴⁹ Art. 71 Abs. 1 HMG.

²¹⁵⁰ Art. 5 ENSIG.

²¹⁵¹ Art. 71 Abs. 1 lit. a HMG.

²¹⁵² Art. 5 lit. a ENSIG.

²¹⁵³ Vgl. z.B. ZUFFEREY/CONTRATTO, 61 und 62 ff. zu Diskussionen, die mit dem Entscheid für die Errichtung eines Verwaltungsrates einhergegangen sind.

²¹⁵⁴ Gemäss Leitsatz 2 sollen «verselbstständigte Einheiten des Bundes» ausdrücklich «über schlanke Strukturen und klare Kompetenzregelungen zwischen den Organen» verfügen.

²¹⁵⁵ Botschaft FINMAG, BBl 2006 2839.

²¹⁵⁶ So Art. 5 Abs. 1 Mustererlass.

²¹⁵⁷ Vgl. Art. 6 Mustererlass mit einer Auflistung der Aufgaben des Verwaltungsrates.

²¹⁵⁸ Botschaft HMG, BBl 1999 III 3554.

²¹⁵⁹ Eine entsprechende Liste findet man bspw. in Art. 9 FINMAG, Art. 30a RAG, Art. 72a HMG oder Art. 6 Abs. 6 ENSIG.

Organisationsreglementen der einzelnen Aufsichtsbehörden werden diese i.d.R. weiter konkretisiert.²¹⁶⁰

Beispielhalber kann auf Art. 9 Abs. 1 lit. b FINMAG verwiesen werden, wonach der Verwaltungsrat der FINMA über «Geschäfte von grosser Tragweite» entscheidet. Dieser unbestimmte Rechtsbegriff²¹⁶¹ wird in Art. 2^{bis} des Organisationsreglements FINMA einer näheren Regelung zugeführt, die bei der Auslegung von Art. 9 Abs. 1 lit. b FINMAG berücksichtigt werden kann, «sofern es den gesetzlichen Rahmen nicht sprengt».²¹⁶² – Auf dieser Grundlage kam das Bundesgericht in seinem Urteil 2C_387/2018 etwa zum Schluss, dass die strittige Verfügung über Eigenmittelanforderungen, welche die Geschäftsleitung der FINMA am 22. Juli 2016 an die Adresse der Postfinance AG als systemrelevante Bank erlassen hatte, eigentlich in die Kompetenz des Verwaltungsrats der FINMA gefallen wäre.²¹⁶³ Weil die Verfügung durch eine nicht ordnungsgemäss zusammengesetzte Behörde und somit unter Verletzung von Art. 29 Abs. 1 BV erlassen worden war, wurde die Beschwerde der Postfinance AG gutgeheissen, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aufgehoben und die Sache zu einem neuen Entscheid an die FINMA zurückgewiesen.²¹⁶⁴

Die Mitglieder des Verwaltungs- oder Institutsrats müssen fachkundig sein und 693 unabhängig.²¹⁶⁵ Sie werden gemäss Art. 8j RVOV vom Bundesrat gewählt, der auch dessen Präsidentin oder Präsidenten bezeichnet.²¹⁶⁶

Die Vorgabe des Bundesrates, wonach das Verfahren für die Wahl der Verwaltungsratsmitglieder der bundesnahen Unternehmen ihm gegenüber transparenter zu machen ist,²¹⁶⁷ wurde von ihm mit Beschluss vom 26. Mai 2021 auch auf die bundesnahen Anstalten ausgeweitet. Seither sind die «Eignerstellen» beauftragt, die entsprechenden Regelungen bei allen verselbstständigten Einheiten sinngemäss anzuwenden, wozu auch dieje-

²¹⁶⁰ Der Institutsrat von Swissmedic erlässt neben einem Organisationsreglement zusätzlich auch sein eigenes Geschäftsreglement nach Art. 72a Abs. 1 lit. e HMG.

²¹⁶¹ Urteil BGer, 2C_387/2018, 18.12.2018, E. 3.5.1.

²¹⁶² *Ebd.*, E. 3.5.2.

²¹⁶³ *Ebd.*, E. 3.7.

²¹⁶⁴ *Ebd.*, E. 3.2 und insb. E. 4.

²¹⁶⁵ Dies lässt sich Art. 5 Abs. 1 und 2 des Mustererlasses entnehmen; vgl. ebenso Art. 9 Abs. 2 FINMAG sowie Art. 30 Abs. 1 RAG; dazu auch hinten N 704 ff.

²¹⁶⁶ Vgl. Art. 5 Abs. 3 Mustererlass; vgl. ebenso Art. 9 Abs. 3 FINMAG (nach dieser Bestimmung achtet der Bundesrat bei der Wahl in den Verwaltungsrat auf eine angemessene Vertretung beider Geschlechter), Art. 30 Abs. 3 i.V.m. Art. 38 Abs. 2 lit. a RAG; Art. 72 Abs. 2 HMG (nach dieser Bestimmung haben die Kantone für drei Mitglieder ein Antragsrecht) i.V.m. Art. 81a Abs. 3 lit. a HMG; Art. 6 Abs. 3 ENSIG.

²¹⁶⁷ BR, Eignerstrategie, 61 f.

nigen gezählt werden, die Aufsichtsaufgaben wahrnehmen.²¹⁶⁸ 2022 wurde diese neue Praxis evaluiert.²¹⁶⁹ Die GPK-S begrüsst diese Entwicklung ausdrücklich und stellte in ihrem Abschlussbericht in Aussicht, von den Ergebnissen dieser Evaluation in einem separaten Dossier genauer Kenntnis nehmen zu wollen.²¹⁷⁰

- 694 Üblich ist jeweils eine befristete Amtsdauer von vier Jahren, wobei Mitglieder wiedergewählt werden können.²¹⁷¹ Aus «wichtigen Gründen» kann der Bundesrat Mitglieder auch jederzeit abberufen.²¹⁷²

3.3 Geschäftsleitung

- 695 Als operatives Organ wird jeweils eine Geschäftsleitung eingesetzt, die regelmässig unter der Leitung einer Direktorin oder eines Direktors steht.²¹⁷³ Die Geschäftsleitung führt u.a. die Geschäfte, erarbeitet die Entscheidungsgrundlagen des Verwaltungsrates und vertritt die Anstalt nach aussen.²¹⁷⁴ Ferner erlässt sie Ver-

²¹⁶⁸ BR, Eignerstrategie, 67 u.a. auch mit Verweis auf die Empfehlungen des *IWF Financial Sector Assessment Program*, wonach insb. die Wahl- und Ausübungskriterien in Bezug auf die FINMA klarer und öffentlich transparent niederzulegen sind sowie eine zeitlich gestaffelte Ernennung der Verwaltungsratsmitglieder über eine Wahlperiode einzuführen ist.

²¹⁶⁹ *Ebd.*, 67.

²¹⁷⁰ GPK-S, Unabhängigkeit 2022, BBl 2022 2979, 20 f.

²¹⁷¹ Vgl. Art. 5 Abs. 3 Mustererlass; vgl. ebenso Art. 9 Abs. 2 FINMAG; Art. 30 Abs. 2 RAG; Art. 72 Abs. 3 HMG; Art. 6 Abs. 2 ENSIG.

²¹⁷² Vgl. Art. 5 Abs. 3 Mustererlass; vgl. auch Art. 9 Abs. 5 FINMAG; Art. 30 Abs. 5 RAG; Art. 71 Abs. 3 HMG; Art. 6 Abs. 5 ENSIG. – Gestützt auf die Bemerkungen zu den Bestimmungen des Mustererlasses liegen «wichtige Gründe» vor, wenn die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nach Treu und Glauben nicht mehr zumutbar ist, bspw. wenn ein Mitglied die Voraussetzungen für die Amtsausübung nicht mehr erfüllt, eine schwere Pflichtverletzung begangen hat oder ein dauernder Interessenkonflikt des Mitglieds nicht anders gelöst werden kann. Verwiesen wird hierfür auf die Praxis zu Art. 337 Abs. 2 OR. Eine Abberufung muss ausserdem von eidgenössischen Verwaltungsrechtspflegeinstanzen gerichtlich überprüfbar sein (vgl. EFV, Bemerkungen zu den Bestimmungen des Mustererlasses, 16).

²¹⁷³ Vgl. Art. 7 Abs. 1 Mustererlass sowie die entsprechenden Regelungen in den Organisationserlassen: Art. 10 Abs. 1 FINMAG; Art. 31 Abs. 1 RAG; Art. 73 Abs. 1 HMG; Art. 7 Abs. 1 ENSIG.

²¹⁷⁴ Vgl. Art. 7 Abs. 2 Mustererlass mit einer nicht abschliessenden Auflistung der Aufgaben der Geschäftsleitung. Entsprechende Aufgabenkataloge sind in den einzelnen Organisationserlassen vorgesehen. Vgl. etwa Art. 10 Abs. 2 FINMAG; Art. 73 Abs. 2 HMG; Art. 31 Abs. 2 RAG; Art. 7 Abs. 2 ENSIG.

fügungen nach Massgabe des Organisationsreglements des Verwaltungsrats.²¹⁷⁵ Im Allgemeinen besteht eine Kompetenzvermutung zugunsten der Geschäftsleitung.²¹⁷⁶ Die organisatorischen Einzelheiten lassen sich regelmässig Organisationsreglementen entnehmen.²¹⁷⁷

Im Organisationsreglement der FINMA ist z.B. festgelegt, dass die Mitglieder der Geschäftsleitung jeweils einen Geschäftsbereich führen,²¹⁷⁸ wobei die folgenden acht Geschäftsbereiche unterschieden werden (die je nach Grösse und Führungsspanne wiederum in Abteilungen und Gruppen unterteilt werden): «Banken», «Versicherungen», «Märkte», «Asset Management», «Enforcement», «Strategische Grundlagen» und «Operations».²¹⁷⁹ Das Geschäftsreglement der FINMA regelt darüber hinaus die Organisation, Zusammenarbeit und Aufgabenverteilung der Geschäftsleitung und der nachgelagerten Bereiche.²¹⁸⁰

Über die Begründung, Änderung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Mitglieder der Direktion und der Geschäftsleitung (meistens auf Antrag der Direktorin oder des Direktors) entscheidet jeweils der Verwaltungs- oder Institutsrat.²¹⁸¹ Die Begründung und die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Direktorin oder dem Direktor bedürfen der Genehmigung durch den Bundesrat.²¹⁸²

²¹⁷⁵ Vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. b Mustererlass sowie die entsprechenden Bestimmungen in den Organisationserlassen wie etwa Art. 10 Abs. 2 lit. a FINMAG oder Art. 73 Abs. 2 lit. b HMG.

²¹⁷⁶ Vgl. so etwa Art. 10 Abs. 2 lit. c FINMAG sowie Art. 14 Abs. 3 Organisationsreglement FINMA.

²¹⁷⁷ Vgl. so etwa Art. 10 Abs. 3 FINMAG; Art. 73 Abs. 3 HMG; Art. 7 Abs. 3 ENSIG.

²¹⁷⁸ Vgl. Art. 15 Abs. 3 Organisationsreglement FINMA.

²¹⁷⁹ Vgl. Art. 18 Abs. 2 Organisationsreglement FINMA.

²¹⁸⁰ Vgl. Art. 1 Geschäftsreglement FINMA sowie Art. 14 ff. Geschäftsreglement FINMA zu den einzelnen Geschäftsbereichen.

²¹⁸¹ Vgl. Leitsatz 4, ebenso Art. 6 lit. i Mustererlass sowie die entsprechenden Regelungen in den Organisationserlassen wie etwa Art. 30a lit. g und h RAG, Art. 72a Abs. 1 lit. h HMG oder auch Art. 9 Abs. 1 lit. g und h FINMAG (wo sich das Antragsrecht der Direktorin oder des Direktors allerdings aus Art. 2 Abs. 2 lit. h Organisationsreglement FINMA ergibt). Gemäss Art. 6 Abs. 6 lit. g ENSIG i.V.m. Art. 6 lit. g Organisationsreglement ENSI wählt auch der ENSI-Rat die Mitglieder der Geschäftsleitung, ohne dass allerdings der Direktorin oder dem Direktor ein Antragsrecht zukommen würde.

²¹⁸² So Leitsatz 4, letzter Satz; vgl. auch Art. 22 Abs. 2 lit. c Ziff. 2 sowie Art. 6 lit. h Mustererlass. Aus den Organisationserlassen: Art. 9 Abs. 1 lit. g FINMAG; Art. 30a lit. g RAG; Art. 72a Abs. 1 lit. g und Art. 81a Abs. 3 lit. b HMG. Vgl. zur möglichen Problematik solcher Regelungen hinten N 800 ff.

- 697 Diese Genehmigungskompetenzen des Bundesrates wurden relativ neu in den Leitsatz 4 eingefügt²¹⁸³ und entsprechen auch Art. 6 lit. h des Mustererlasses sowie einigen Bestimmungen in den Organisationserlassen.²¹⁸⁴ Der Bundesrat begründete diese Anpassung von Leitsatz 4 mit der Schlüsselstellung und zentralen Verantwortung, die der Direktion zukommen. Nach seiner Auffassung muss es ihm in seiner Funktion als Aufsichtsinstanz möglich sein, allfälligen Mängeln auf den Grund zu gehen und dafür zu sorgen, dass die Behörden ihren gesetzlichen Auftrag erfüllen können. Ferner würde nach ihm das Genehmigungserfordernis die Legitimation der Funktion und die Unabhängigkeit der Anstalt sogar erhöhen.²¹⁸⁵ In ihrer Evaluation sah demgegenüber die GPK-S mit einer solchen Regelung das Risiko verbunden, dass die organisatorische Unabhängigkeit der betroffenen Einheiten verringert werden würde, da das Genehmigungserfordernis dem Verwaltungs- bzw. Institutsrat die Kompetenz für den abschliessenden Entscheid in Bezug auf das Arbeitsverhältnis mit der Direktion entziehe.²¹⁸⁶ Ferner könnten diesbezügliche Entscheidungen allenfalls stärker politisch beeinflusst werden.²¹⁸⁷ Auch wenn die GPK-S nicht zuletzt aufgrund der bisherigen Praxis zu bereits geltenden und bewährten entsprechenden Regelungen die Gefahr problematischer Eingriffe nicht überbetonen wollte, erachtet sie es als wichtig, den Bundesrat aufzufordern, «nur sehr zurückhaltend und auch nur in gut begründeten Fällen» von diesem Mitspracherecht Gebrauch zu machen «und keinesfalls in die Unabhängigkeit der Einheit in Bezug auf ihre Aufsichtstätigkeit» einzugreifen.²¹⁸⁸
- 698 Eine Ausnahme von der bundesrätlichen Genehmigungskompetenz gilt allerdings für die Wahl der Direktorin bzw. des Direktors des ENSI: In Art. 6 Abs. 6 lit. g ENSIG wurde bewusst auf die Nennung einer solchen verzichtet. Die Botschaft zum ENSIG erklärte diese Abweichung von den Vorgaben der Leitsätze und des Mustererlasses mit der weitgehenden Autonomie des ENSI.²¹⁸⁹

²¹⁸³ Zum Vergleich siehe die ursprüngliche Fassung von Leitsatz 4, abgedruckt im Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8285 und 8270 f.

²¹⁸⁴ Vgl. Art. 9 Abs. 1 lit. g FINMAG, Art. 30a lit. g RAG sowie Art. 72a Abs. 1 lit. g und Art. 81a Abs. 3 lit. b HMG.

²¹⁸⁵ GPK-S, Unabhängigkeit 2022, BBl 2022 2979, 11 f.

²¹⁸⁶ *Ebd.*, BBl 2022 2979, 12.

²¹⁸⁷ *Ebd.*

²¹⁸⁸ *Ebd.* Die GPK-S befürchtete insb. eine nachhaltige Störung des Vertrauensklimas in der Einheit selbst sowie zwischen der Einheit und dem Bund im Falle, dass der Bundesrat von seinem Vetorecht Gebrauch machen würde.

²¹⁸⁹ Botschaft ENSIG, BBl 2006 8844.

3.4 Revisionsstelle

Schliesslich wird die Organtrias der öffentlich-rechtlichen Anstalten durch eine Revisionsstelle abgerundet, die i.d.R. vom Bundesrat gewählt wird (und auch von ihm abberufen werden kann).²¹⁹⁰ Diese prüft insb. die Jahresrechnungen ebenso wie die jeweiligen Angaben im Lagebericht der Anstalten mit Blick auf die Frage, ob diese «zur Durchführung eines der Anstalt angemessenen Risikomanagements und zur Personalentwicklung den Tatsachen entsprechen».²¹⁹¹ Die Revisionsstelle erstattet dem Verwaltungs- bzw. Institutsrat sowie dem Bundesrat jeweils umfassend Bericht über das Ergebnis ihrer Prüfung.²¹⁹² 699

Stellung und Prüfauftrag der Revisionsstelle richten sich nach den Vorschriften des Aktienrechts zur ordentlichen Revision.²¹⁹³ Sind die Revisionsgesellschaften hingegen selber Beaufsichtigte der betroffenen Aufsichtseinheiten, wie etwa der RAB oder auch der FINMA, muss zwingend die Eidgenössische Finanzkontrolle EFK mit dem Mandat der externen Revisionsstelle betraut werden.²¹⁹⁴ Dies lässt sich etwa auch Art. 12 FINMAG, Art. 32 Abs. 1 RAG sowie Art. 8 Abs. 2 FKG entnehmen.²¹⁹⁵ 700

4. Personelle Besetzung

4.1 Sicherung von Fachwissen und Sachverstand

Eine effiziente Verwaltung ist auf ein behördliches Verwaltungs- bzw. «Regulierungswissen» angewiesen. Zulassungsentscheide, Anpassungen der Zulassung an veränderte Verhältnisse ebenso wie Massnahmenentscheide erfolgen regelmässig aufgrund einer wissenschaftlichen Begutachtung, die von den Aufsichtsbehörden oftmals selber durchgeführt wird. Berücksichtigt werden dabei u.a. allgemein zugängliche wissenschaftliche Arbeiten, die Dokumentation der Gesuchsteller sowie Richtlinien schweizerischer und internationaler (Fach-) Organisationen.²¹⁹⁶ 701

²¹⁹⁰ Vgl. Art. 22 Abs. 2 lit. b sowie Art. 8 Abs. 1 Mustererlass. Entsprechende Bestimmungen in den Organisationserlassen sind vorgesehen in Art. 74 Abs. 1 und Abs. 5 i.V.m. Art. 81a Abs. 3 lit. c HMG sowie Art. 8 Abs. 1 ENSIG.

²¹⁹¹ Art. 8 Abs. 3 Mustererlass.

²¹⁹² Art. 8 Abs. 4 Mustererlass.

²¹⁹³ Vgl. Art. 8 Abs. 2 Mustererlass sowie Art. 8 Abs. 3 ENSIG und Art. 74 Abs. 2 HMG.

²¹⁹⁴ Dies wurde bereits im Corporate-Governance-Bericht so festgelegt (vgl. Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8270 und 8285).

²¹⁹⁵ Vgl. zu Stellung und Aufgabe der EFK etwa BELLANGER, Contrôle, 46 ff.

²¹⁹⁶ Vgl. so auch BGE 136 I 184, E. 3.1.2 zu Swissmedic.

Swissmedic z.B. hat solche Unterlagen und insb. die Resultate von wissenschaftlichen Studien wissenschaftlich einzuschätzen.²¹⁹⁷ Um die Zusammensetzung und Wirkungsweise von Präparaten nachvollziehen zu können, kann es eigene Laborstudien und Untersuchungen durchführen. In den Bereichen «Zulassungen», «Bewilligungen» und «Marktüberwachung» von Swissmedic sind entsprechend zahlreiche Fachleute mit universitären Abschlüssen in den Bereichen Medizin, Pharmazie, Biologie und Chemie tätig.²¹⁹⁸

- 702 Aufgrund der Dynamik in den spezifischen Sachbereichen macht das für die Bewältigung der Aufsichtsaufgaben erforderliche Fachwissen nicht nur einen hohen Anfangssachverstand des Behördenpersonals erforderlich, sondern verlangt auch dessen kontinuierliche Weiterentwicklung. Denn es besteht i.d.R. ein strukturelles Informationsgefälle zwischen den Aufsichtsbehörden und den beaufsichtigten Privaten. Selbst wenn die Beaufsichtigten die Informationsgewinnung der Behörden unterstützen und ihren Mitwirkungspflichten nachkommen, ist nicht automatisch gewährleistet, dass die Behörden die gewonnenen Kenntnisse richtig einordnen und angemessen umsetzen können. Es sind jeweils anspruchsvolle Ermittlungs- und Kommunikationsprozesse gefragt, die wiederum eine (fach-)kompetente Besetzung der Aufsichtsbehörden voraussetzen.²¹⁹⁹

4.2 Anforderungsprofile gemäss Art. 8j Abs. 2 RVOV

- 703 Um eine eigenständige, sach- und fachgerechte Willensbildung der Aufsichtsbehörden in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Anstalten sicherzustellen, hat der Bundesrat gemäss Art. 8j Abs. 2 RVOV Anforderungsprofile mit den persönlichen und fachlichen Voraussetzungen ihrer Vertretung erstellt und übt sein Wahlrecht auf diese Anforderungsprofile gestützt aus.²²⁰⁰ Einige Organisationserlasse sehen

²¹⁹⁷ Vgl. *ebd.*, E. 3.2 mit Ausführungen zu den von Swissmedic behandelten Fragestellungen.

²¹⁹⁸ So etwa auch BURRI, 108.

²¹⁹⁹ Vgl. BRITZ, § 21 N 38 in Bezug auf die Regulierungsverwaltung in der öffentlichen Versorgungswirtschaft in Deutschland; vgl. auch STÖCKLI, Organisatorische Fragen, 147.

²²⁰⁰ Vgl. dazu den (ergänzten) Leitsatz 5; vgl. auch BR, Umsetzungsplanung CG-Bericht, 17, wonach die Departemente verpflichtet wurden, für alle Verwaltungsräte der Organisationen und Unternehmungen des Bundes in ihrem Zuständigkeitsbereich je ein Anforderungsprofil zu erstellen, auf aktuellem Stand zu halten und künftigen Wahlen zugrunde zu legen. Vgl. ausserdem GPK-S, Unabhängigkeit 2015, BBl 2016 7718 mit Empfehlung 3, mit der sie den Bundesrat insb. aufforderte, bei der Wahl der Leitungsorgane von Aufsichts- und Regulierungsbehörden die Festlegung präziser und transparenter Anforderungsprofile sicherzustellen. Der Bundesrat verwies schon in seiner

entsprechende Bestimmungen vor.²²⁰¹ Inzwischen ist ausserdem ein vom Bundesrat erstelltes Muster-Anforderungsprofil für Verwaltungs- und Institutsräte online abrufbar.²²⁰² Im Übrigen sind die spezifischen Anforderungsprofile für die jeweiligen Verwaltungs- bzw. Institutsräte nicht öffentlich einsehbar.

4.3 Vorgaben zur personellen Unabhängigkeit

Wie gesehen, müssen die Mitglieder des Verwaltungs- oder Institutsrats personell unabhängig sein,²²⁰³ wobei Art. 5 Abs. 2 Satz 1 des Mustererlasses dabei die Unabhängigkeit gegenüber der beaufsichtigten Branche anvisiert und ausserdem eine Formulierung für mögliche Ausschlussgründe vorschlägt. Auch Art. 9 Abs. 2 FINMAG sowie Art. 30 Abs. 1 RAG adressieren die grundsätzliche Unabhängigkeit des Verwaltungsrates gegenüber den Beaufsichtigten. 704

Demgegenüber spricht Art. 9 Abs. 4 FINMAG zusätzlich die Unabhängigkeit der Präsidentin oder des Präsidenten des FINMA-Verwaltungsrates gegenüber politischen Instanzen an, wenn es heisst, «die Präsidentin oder der Präsident darf weder eine andere wirtschaftliche Tätigkeit ausüben noch ein eidgenössisches oder kantonales Amt bekleiden, es sei denn, dies liege im Interesse der Aufgabenerfüllung der FINMA». Art. 6 Abs. 3 ENSIG ist ähnlich formuliert. Nach dieser Bestimmung dürfen sämtliche Mitglieder des ENSI-Rates keine solchen Tätigkeiten ausüben oder Ämter bekleiden, «welche geeignet sind, ihre Unabhängigkeit zu beeinträchtigen», dies unabhängig von der Interessenlage des Instituts.²²⁰⁴ Weitere Vorgaben zur Unabhängigkeit des ENSI-Rates lassen sich Art. 4, Art. 4a und Art. 4b ENSIV entnehmen. Ausserdem sieht Art. 9 ENSIV Bestimmungen zur Ausstandspflicht von ENSI-Ratsmitgliedern vor. Ganz generell und im Gegensatz 705

Stellungnahme u.a. auf die Revision der RVOV (BR, Stellungnahme Unabhängigkeit 2015, BBl 2016 1770 f.; vgl. dazu wiederum GPK-S, Unabhängigkeit 2017, BBl 2017 4520 f.).

²²⁰¹ Vgl. etwa Art. 72 Abs. 2 Satz 1 HMG sowie Art. 3 ENSIV.

²²⁰² EFD, Muster-Anforderungsprofil für Mitglieder des Verwaltungs- bzw. des Institutsrats von verselbstständigten Organisationen des Bundes, November 2019, abrufbar unter <<https://www.efv.admin.ch> → Themen → Corporate Governance → Grundlagen> (besucht am 15.8.24).

²²⁰³ Dazu vorne N 693.

²²⁰⁴ Das ENSI gilt als besonders eigenständige Behörde (vgl. LIENHARD/BOLZ/WÜEST-RUDIN, 34; dazu auch hinten insb. N 938 ff.).

zu anderen verselbstständigten Einheiten des Bundes²²⁰⁵ gilt es, eine Vertretung der Interessen des Bundes im Instituts- oder Verwaltungsrat von Aufsichtsanstalten aus Gründen der Unabhängigkeitssicherung zu vermeiden.²²⁰⁶

- 706 Art. 5 Abs. 2 Satz 2 des Mustererlasses sieht sodann vor, dass Bewerberinnen und Bewerber gegenüber dem Bundesrat ihre Interessenbindungen offenlegen müssen. Nach Abs. 6 dieser Bestimmung haben gewählte Mitglieder des Verwaltungsrates Veränderungen ihrer Interessenbindungen sodann laufend zu melden. Eine entsprechende Bestimmung wurde ins HMG eingefügt: Nach Art. 71a HMG sind die Mitglieder des Swissmedic-Institutsrats gehalten, ihre Interessenbindungen gegenüber dem Bundesrat (vor ihrer Wahl) offenzulegen.²²⁰⁷ Ferner sind Änderungen der Interessenbindungen während der Amtsdauer unverzüglich zu melden.²²⁰⁸ Es handelt sich dabei um eine Wählbarkeitsvoraussetzung bzw. im Falle der Nichteinhaltung um einen möglichen Abberufungsgrund.²²⁰⁹ Swissmedic führt ein Verzeichnis der Mitglieder des Institutsrats in elektronischer Form, das öffentlich zugänglich ist, und publiziert auch deren Interessenbindungen.²²¹⁰ Dies entspricht den Vorgaben nach Art. 8k RVOV, die im Grundsatz auch auf Behörden in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Anstalten zur Anwendung gelangen.²²¹¹

Trotz solcher Vorgaben musste allerdings im Zusammenhang mit der Kritik an der Unabhängigkeit des ehemaligen ENSI-Ratspräsidenten Martin Zimmermann festgestellt werden, dass seine Mitgliedschaft in der Fachgesellschaft «Schweizerische Gesellschaft für Kernfachleute» und in der Interessengruppe «Nuklearforum Schweiz» aus nicht nachvollziehbaren Gründen nicht in das von der Bundeskanzlei geführte Verzeichnis nach Art. 8k RVOV aufgenommen worden ist.²²¹² Nach seiner Rücktrittserklärung im

²²⁰⁵ Vgl. Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8269, wo für diese generell festgehalten wird, dass der Bundesrat bei der Ausübung seines Wahlrechts darauf zu achten habe, «dass sich die Organmitglieder mit der Stossrichtung der strategischen Ziele des Bundesrats identifizieren können und damit Gewähr für die Vertretung der Bundesinteressen im Verwaltungs- oder Institutsrat bieten».

²²⁰⁶ Vgl. Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8285.

²²⁰⁷ Art. 71a Abs. 1 HMG.

²²⁰⁸ Art. 71a Abs. 3 HMG.

²²⁰⁹ Art. 71a Abs. 2 und 6 HMG.

²²¹⁰ Art. 71a Abs. 4 HMG.

²²¹¹ So werden auch die «Mitglieder der Leitungsorgane von Organisationen des Bundes» nach Art. 8k Abs. 1 und damit die Mitglieder des Verwaltungs- oder Institutsrats von Anstalten des Bundes in das Verzeichnis aufgenommen (vgl. den Wortlaut von Art. 8j Abs. 1 RVOV).

²²¹² Vgl. dazu GPK-S, Unabhängigkeit 2022, BBl 2022 2979, 24 ff. m.w.H.

Jahre 2020 reagierte das UVEK auf diesen Fall, indem es ein strengeres Verfahren zur Abklärung von Interessenbindungen vorsah: Die Mitglieder des ENSI-Rates wurden schriftlich darauf hingewiesen, dass sie zwingend ihre Interessenbindungen melden müssen. Der Prozess zur korrekten Erfassung von Interessenbindungen wurde standardisiert. Neu muss der Fragebogen zu den Interessenbindungen vor jeder Wahl bzw. Wiederwahl ausgefüllt und unterschrieben werden. Ferner müssen alle Behördenmitglieder ihre Interessenbindungen jährlich bestätigen. Ausserdem werden kritische Interessenbindungen vertieft abgeklärt.²²¹³ Schliesslich stehen dem Bundesrat Instrumente zur Verfügung, mit denen er auf Verletzungen der Meldevorschriften zu Interessenbindungen reagieren kann.²²¹⁴

Neben den Bestimmungen auf Gesetzes- und Verordnungsebene lassen sich Unabhängigkeitsvorgaben regelmässig auch Selbstregulierungserlassen der Aufsichtsbehörden entnehmen. Insbesondere Regeln zum Umgang mit Interessenkonflikten werden regelmässig im Geschäfts- bzw. Organisationsreglement der Aufsichtsbehörden festgeschrieben oder in einem Verhaltenskodex aufgeführt:

- Das *Geschäftsreglement des Institutsrats von Swissmedic* bspw. verankert im 3. Abschnitt einen «Kodex zum Umgang mit Interessenkonflikten» und regelt darin Unvereinbarkeitstatbestände (Art. 9), den Ausstand (Art. 10), untersagte Vermögensanlagen (Art. 11), Geschenke und andere Vorteile (Art. 12), Offenlegungspflichten (Art. 13) sowie Meldepflichten (Art. 14). – Dabei konkretisieren insb. die Offenlegungspflichten die Regelung in Art. 71a HMG.²²¹⁵
- Auch nach Art. 11 Abs. 2 *Organisationsreglement FINMA* werden sämtliche Interessenbindungen der Verwaltungsratsmitglieder öffentlich publiziert. Nach Abs. 4 dieser Bestimmung melden Verwaltungsratsmitglieder der FINMA der Leitung der Gruppe Recht und Compliance bestehende oder mögliche Interessenkonflikte und Unvereinbarkeiten. Gestützt darauf prüft die Leitung vor den Verwaltungsratssitzungen, ob Ausstandsgründe bestehen. Die Einzelheiten dazu sind im Verhaltenskodex der FINMA verankert.
- Der *Verhaltenskodex der FINMA* enthält Verhaltensanweisungen, «insbesondere betreffend den Umgang mit Interessenkonflikten, welche im Zusammenhang mit der Tätigkeit für die FINMA auftreten können».²²¹⁶ Geregelt werden u.a. der Umgang mit Nebenbeschäftigungen (Art. 4) sowie Vorgaben rund um Publikationen, Referate und Medienkontakte der Mitarbeitenden (Art. 5

²²¹³ Ebd., BBl 2022 2979, 26 f.

²²¹⁴ Ebd., BBl 2022 2979, 27 f.

²²¹⁵ Vgl. etwa für einen Überblick über die behördeninternen Regelungen von Swissmedic JUNOD, 150 ff.

²²¹⁶ Art. 1 Abs. 1 Verhaltenskodex FINMA.

und Art. 6). Ferner werden für die bei der FINMA tätigen Personen Grundsätze aufgestellt über Transaktionen mit Effekten von (Art. 7) sowie über ihre Kundenbeziehungen zu (beaufsichtigten) Banken (Art. 8). Dadurch soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass sich die FINMA-Mitarbeitenden aufgrund solcher Geschäfte mit Beaufsichtigten in einem Interessenkonflikt befinden würden. Art. 10 bis Art. 12 des Verhaltenskodex behandelt sodann den Umgang von für die FINMA tätigen Personen mit Bestechungsversuchen, Geschenken, Einladungen und Vergünstigungen, bevor im 5. Kapitel Ausstandsregeln aufgestellt werden. Nach Art. 13 haben die für die FINMA tätigen Personen «insbesondere im Umfeld von Verwaltungsverfahren jede Äusserung [zu vermeiden], welche den Anschein begründen könnte, sie seien in dieser Sache befangen».²²¹⁷ In Art. 14 werden die Ausstandsgründe (nicht abschliessend) aufgeführt. Eine externe und unabhängige Person ist mit der Kontrolle der Einhaltung der Bestimmungen über die Geschäfte mit Effekten und Rückzügen der für die FINMA tätigen Personen nach Art. 7 beauftragt (Art. 21 Abs. 1). Im Übrigen ist Compliance FINMA zuständig, um bei konkretem Verdacht auf Verletzung der Bestimmungen des Verhaltenskodex den Sachverhalt abzuklären (Art. 22 Abs. 1).

4.4 Personalrechtliches

- 711 Das Personal der Aufsichtsbehörden in der Rechtsform der öffentlich-rechtlichen Anstalten wird im Grundsatz öffentlich-rechtlich von der Anstalt als Arbeitgeberin angestellt.²²¹⁸ Entsprechend unterstehen sowohl die Geschäftsleitung als auch das übrige Personal grundsätzlich den Bestimmungen des Bundespersonalgesetzes (BPG).²²¹⁹

²²¹⁷ Vgl. etwa zum Anschein einer Befangenheit des damaligen Präsidenten der FINMA BGE 137 II 431, E. 5.2 f.

²²¹⁸ Vgl. Art. 5 Abs. 4 Mustererlass zum Vertragsverhältnis zwischen den Mitgliedern des Verwaltungsrates und der Anstalt; nach dieser Bestimmung sind ergänzend auch die Bestimmungen des Obligationenrechts sinngemäss anwendbar. Vgl. ausserdem Art. 13 Abs. 1 FINMAG sowie Art. 75 Abs. 1 HMG.

²²¹⁹ Art. 9 Abs. 1 Mustererlass (dies entspricht auch Leitsatz 29). – Gemäss Art. 10 des Mustererlasses sind die Geschäftsleitung und das übrige Personal ferner bei der PUBLICA, der Pensionskasse des Bundes, versichert (vgl. ebenso Leitsatz 34 sowie Leitsatz 36, wonach die Anschlussverträge an PUBLICA vom Bundesrat genehmigt werden und diese nur insoweit von denjenigen für das Personal der Bundesverwaltung abweichen sollen, als dies aufgrund der Aufgaben oder der Personalstruktur des betreffenden Arbeitgebers erforderlich ist).

Zu beachten sind ausserdem die von den Aufsichtsbehörden (genauer vom Verwaltungs- bzw. Institutsrat) jeweils erlassenen Personalverordnungen, die vom Bundesrat zu genehmigen sind.²²²⁰ 712

Fraglich erscheint allerdings, ob die Verfassungsmässigkeit der entsprechenden Delegationsnormen im Gesetz mit Blick auf Art. 164 Abs. 1 BV gewahrt sei, verlangen doch sowohl Lehre als auch Rechtsprechung, dass die wesentlichen Elemente der Rechtsstellung öffentlich-rechtlicher Mitarbeiter formell-gesetzlich verankert sind.²²²¹ Dies ist aber weder bei Art. 13 Abs. 4 FINMAG noch bei Art. 75 Abs. 2 HMG der Fall; letztere Bestimmung enthält im Gegensatz zu ersterer auch kaum eine Einschränkung des Regelungsgegenstandes.²²²² Abs. 3 und 4 von Art. 75 HMG verweisen aber immerhin für den Lohn der Geschäftsleitungsmitglieder und weiterer Personen, die in vergleichbarer Weise entlohnt werden, bzw. für das Honorar der Mitglieder des Institutsrats sowie für die weiteren mit ihnen vereinbarten Vertragsbedingungen auf das BPG.²²²³ – Klar nicht mehr zulässig ist eine durch den Bundesrat direkt erlassene Personalverordnung, wie sie noch in Art. 75 Abs. 2 aHMG vorgesehen war. Die Blankodelegation personalrechtlicher Rechtsetzungsbefugnisse an ein Exekutivorgan war sowohl von der Lehre als auch vom Bundesgericht als problematisch eingestuft worden.²²²⁴ 713

²²²⁰ Vgl. Art. 6 lit. e i.V.m. Art. 9 Abs. 3 sowie Art. 22 Abs. 2 lit. c Ziff. 3 Mustererlass. Aus den Organisationserlassen: Art. 13 Abs. 4 lit. a und Abs. 5 FINMAG; Art. 75 Abs. 2 und Art. 81a Abs. 3 lit. d HMG; Art. 6 Abs. 6 lit. d ENSIG. – Der Bundesrat genehmigt im Übrigen auch den Anschlussvertrag mit PUBLICA nach Art. 38 Abs. 2 lit. c RAG und Art. 81a Abs. 3 lit. d HMG; vgl. dazu auch hinten N 782.

²²²¹ Vgl. BGE 128 I 113, E. 3 (insb. 3f) mit ausführlichen Hinweisen auf die Lehre; vgl. auch STÖCKLI, Organisatorische Fragen, 129 (Fn. 153).

²²²² So lautet Art. 13 Abs. 4 FINMAG folgendermassen: «Der Verwaltungsrat regelt in einer Verordnung: a) das Arbeitsverhältnis des Personals, insbesondere Entlohnung, Nebenleistungen, Arbeitszeit, Treuepflicht und Kündigung; b) die Zusammensetzung, das Wahlverfahren und die Organisation des paritätischen Organs des Vorsorgewerks der FINMA.» Art. 75 Abs. 2 HMG beschränkt sich auf den Hinweis, dass der Institutsrat «die Personalverordnung des Instituts unter Vorbehalt der Genehmigung durch den Bundesrat» erlässt.

²²²³ Konkret wird auf Art. 6a Abs. 1–5 BPG verwiesen. Gemäss Art. 75 Abs. 4 HMG legt sodann der Bundesrat die Entschädigungen der Mitglieder des Institutsrats fest.

²²²⁴ Vgl. BGE 128 I 113, insb. E. 3e und 3f m.w.H. insb. auf die Lehre.

- 714 Die Mitarbeitenden haben jeweils die gesetzlichen Vorgaben zu beachten²²²⁵ sowie zudem regelmässig behördeneigene Verhaltenskodizes einzuhalten.²²²⁶ Verstösse gegen einen Verhaltenskodex können mit Massnahmen geahndet werden. Im Vordergrund stehen dabei behördenintern erlassene Disziplinar massnahmen, die bis zur fristlosen Kündigung reichen können.²²²⁷
- 715 Die Form der Anstellung des Aufsichtspersonals war allerdings schon Gegenstand von Kontroversen. Insbesondere wurde wiederholt vorgebracht, gegen eine öffentlich-rechtliche Anstellung spreche die fehlende Flexibilität, und zwar sowohl bezüglich der Anzahl der angestellten Personen als auch mit Blick auf ihren Lohn. Eine privatrechtliche Lösung unter Berücksichtigung der Marktbedingungen sei eher geeignet, um sicherzustellen, dass Personen mit der nötigen Expertise angestellt werden würden. Eine starke Aufsicht brauche qualifizierte Fachkräfte, die regelmässig in der Privatwirtschaft tätig seien, weshalb eine nicht mit dem Privatsektor vergleichbare Entlohnung dieser Personen problematisch wäre.
- 716 Solche Argumente konnten etwa im Zusammenhang mit der Regelung der Anstellung des Personals der RAB vernommen werden. Hatte der Gesetzesentwurf des Bundesrates zum RAG noch eine öffentlich-rechtliche Anstellung vorgesehen, konnte sie sich schliesslich nicht durchsetzen: Nach Art. 33 Abs. 1 RAG stellt die Aufsichtsbehörde ihr Personal nun privatrechtlich an.²²²⁸ Allerdings findet für die Festlegung des Lohns der Direktion sowie der Angehörigen des geschäftsleitenden Kaders und des weiteren Personals, das vergleichbar entlohnt wird, Art. 6a Abs. 1 bis 4 BPG gemäss Art. 33 Abs. 3 RAG Anwendung.
- 717 Ähnlich wurde im Hinblick auf die Anstellung des Personals der FINMA argumentiert.²²²⁹ Dabei wurde auch ausdrücklich auf die Regelung im RAG Bezug genommen, sollten doch sowohl für die FINMA als auch die RAB, die beide ähnliche Aufsichtsaufgaben erfüllen, analoge Regelungen getroffen werden.²²³⁰ Inzwischen ist das Personal der FINMA gemäss Art. 13 Abs. 1 FINMAG allerdings öffentlich-rechtlich angestellt. Der FINMA-Verwaltungsrat soll immerhin – unter Vorbehalt der Genehmigung durch den Bundesrat – eigene Vorschriften über

²²²⁵ So etwa Vorgaben zur Wahrung des Amtsgeheimnisses (z.B. Art. 34 RAG, Art. 14 FINMAG) oder zu Anzeigepflichten und -rechten (z.B. Art. 34a RAG, Art. 75a HMG).

²²²⁶ Die Verhaltenskodizes sind jeweils auf der Website der Aufsichtsbehörden abrufbar.

²²²⁷ Vgl. z.B. Art. 23 Verhaltenskodex FINMA.

²²²⁸ Vgl. dazu Botschaft RAG, BBl 2004 4086.

²²²⁹ Vgl. Botschaft FINMAG, BBl 2006 2844.

²²³⁰ *Ebd.*

Entlöhnung, Nebenleistungen, Arbeitszeit, Treuepflicht und Kündigung erlassen können.²²³¹ Im Parlament wurden verschiedene Gründe für diese Regelung angegeben. Es wurde argumentiert, es sei nur konsequent, Personal, das öffentlich-rechtliche Aufgaben übernehme, auch öffentlich-rechtlich anzustellen. Ferner sollte vermieden werden, dass das Kader überhöhte Saläre ausbezahlt erhielte.²²³²

Eine Zwischenlösung sieht Art. 75 Abs. 1 HMG für das (grundsätzlich öffentlich-rechtlich angestellte) Personal von Swissmedic vor, wonach in begründeten Fällen Verträge auch nach Obligationenrecht abgeschlossen werden können.²²³³ Gemäss Art. 75 Abs. 4 HMG findet aber auch für die Mitglieder des Institutsrats und «die weiteren mit diesen Personen vereinbarten Vertragsbedingungen» Art. 6a Abs. 1–5 BPG Anwendung.

4.5 Einbezug privater Experten und Hilfspersonen

Auch hoheitlich tätigen Aufsichtsbehörden wird hie und da die Möglichkeit eingeräumt, für die Erfüllung ihrer (Aufsichts-)Aufgaben externe Dritte beizuziehen, deren Fachwissen und Marktnähe die Expertise des Behördenpersonals übersteigen. Dabei handelt es sich regelmässig um «Private», die die staatlichen Aufsichtsbehörden unterstützen und damit die vermeintlich klare Dichotomie zwischen Staat und Privaten²²³⁴ durchbrechen.

Je nach Aufsichtsbereich wird unterschiedlich oft auf entsprechende Personen zurückgegriffen. Der Umfang ihrer Aufgaben ist jeweils verschieden geregelt,²²³⁵ und regelmässig sind spezifische Unabhängigkeitsvorschriften für solche hilfsweise beigezogenen Personen zu beachten.

Unterscheiden lässt sich der Beizug von (unabhängigen) Expertinnen und Experten, die in die Aufsichtsbehörden integriert und entsprechend auch von ihr angestellt

²²³¹ Art. 13 Abs. 4 lit. a FINMAG.

²²³² Vgl. dazu AB 2007 N 78 ff.; vgl. auch etwa NOBEL, SZW, 394.

²²³³ Mit dieser Vorschrift sollte mitunter der Anschluss an das im IKS geltende Personalrecht gewährleistet werden; laut der Botschaft zum HMG war das Personal der IKS nämlich nach Obligationenrecht angestellt (Botschaft HMG, BBl 1999 III 3556). Ferner ging es auch in diesem Zusammenhang um die Sicherstellung des nötigen Gestaltungsfreiraums des Instituts (*ebd.*, BBl 1999 III 3555).

²²³⁴ Dazu vorne N 46 ff.

²²³⁵ Eingehend mit einer Untersuchung der rechtlichen Stellung und Einordnung von Hilfspersonen im Aufsichtskontext (auch unter Berücksichtigung von Haftungsfragen) VOISARD, N 245 ff.

sind, von der Mandatierung externer Fachpersonen.²²³⁶ So ist es Swissmedic etwa auf der gesetzlichen Grundlage von Art. 68 Abs. 4 und Abs. 5 HMG erlaubt, für einzelne Aufgaben Private beizuziehen bzw. beratende Kommissionen sowie Expertinnen und Experten einzusetzen. Zu den sog. «*Swissmedic Medicines Expert Committees*» (SMEC) gehören heute das «*Human Medicines Expert Committee*» (HMEC) und das «*Veterinary Medicines Expert Committee*» (VMEC).²²³⁷ Sie unterstützen die Swissmedic durch Begutachtung und Beratung bei der wissenschaftlichen Bewertung der Dokumentationen, die im Rahmen von Zulassungs- und Bewilligungsgesuchen eingehen und für die Marktüberwachung von Relevanz sind.

Ihre Zusammensetzung und Wahl, Unvereinbarkeiten, der Auftrag dieser Gremien sowie ihre Tätigkeit wird im Reglement der Swissmedic Medicines Expert Committees (Swissmedic, Reglement SMEC), das vom Institutsrat im Mai 2014 erlassen wurde, einer eingehenden Regelung zugeführt. Ferner zu beachten ist der sog. «Kodex zum Umgang mit Interessenkonflikten für die Swissmedic Medicines Expert Committees», der ebenfalls vom Institutsrat verabschiedet wurde und insb. Offenlegungspflichten und Ausstandsregeln vorsieht;²²³⁸ ein Mitgliederverzeichnis sowie ein Verzeichnis der Interessenbindungen ist auf der Website des Instituts abrufbar.²²³⁹

- 722 Als externe spezialisierte Hilfspersonen der Aufsichtsbehörden fungieren demgegenüber z.B. die privaten Prüfgesellschaften, die im Finanzmarktbereich Aufsichtsprüfungen durchführen. Nachfolgend wird der Einbezug Privater in die Aufsichtstätigkeit im Finanzmarktbereich etwas näher beleuchtet. Er wirkt sich in besonderem Masse prägend auf die geltende Finanzmarktaufsicht aus, besteht doch inzwischen ein eigentliches Netz von Aufsichtsverhältnissen, in welchen staatliche und private Akteure zusammenwirken, wie der nachfolgende Überblick zeigt.

²²³⁶ Zu dieser Unterscheidung und zum Begriff der Hilfsperson vgl. eingehend VOISARD, N 264 ff.

²²³⁷ Vgl. dazu insb. Swissmedic, Reglement SMEC.

²²³⁸ Swissmedic, Kodex vom 9. Mai 2014 zum Umgang mit Interessenkonflikten für die Swissmedic Medicines Expert Committees, abrufbar unter <<https://www.swissmedic.ch> → Humanarzneimittel → Zulassungen → Human Medicines Expert Committee (HMEC)> (besucht am 15.8.24).

²²³⁹ Vgl. unter <<https://www.swissmedic.ch> → Humanarzneimittel → Zulassungen → Human Medicines Expert Committee (HMEC)> (besucht am 15.8.24).

4.5.1 Private Prüfgesellschaften und die duale Finanzmarktaufsicht

Das gesamte System der dualen Finanzmarktaufsicht beruht auf Aufsichtsleistungen, die von *privaten Prüfgesellschaften* erbracht werden. Gemäss Art. 24 Abs. 1 FINMAG kann die FINMA nämlich nach Massgabe der Finanzmarktgesetze die Prüfung der Beaufsichtigten selbst ausführen²²⁴⁰ oder sie ausführen lassen, und zwar entweder (i) durch von den Beaufsichtigten beauftragte (und der RAB zugelassene) sog. Prüfgesellschaften²²⁴¹ oder (ii) durch unabhängige und fachkundige Personen, die sog. Prüfbeauftragten.²²⁴² In der Praxis überwiegt dabei die Prüfung durch anerkannte private Prüfgesellschaften,²²⁴³ wozu namentlich die sog. «Big 4» gehören,²²⁴⁴ die auch auf internationaler Ebene den Markt der Revisionsgesellschaften dominieren und in der Schweiz insb. die Prüfung von Gesellschaften des öffentlichen Interesses, wie etwa Banken und Versicherungen,²²⁴⁵ übernehmen.²²⁴⁶ 723

Diese Prüfgesellschaften treten als «verlängerter Arm» der FINMA²²⁴⁷ auf und haben entsprechend im öffentlichen Interesse liegende Aufgaben zu erfüllen.²²⁴⁸ So 724

²²⁴⁰ Direkte Aufsichtsbefugnisse der FINMA sieht z.B. Art. 23 BankG vor, wonach der FINMAG die Kompetenz zukommt, «selbst direkte Prüfungen bei Banken, Bankgruppen und Finanzkonglomeraten» durchzuführen, «wenn dies angesichts von deren wirtschaftlichen Bedeutung, der Komplexität des abzuklärenden Sachverhalts oder zur Abnahme interner Modelle notwendig ist». Das Bedürfnis nach einer direkten Aufsichtstätigkeit der FINMA wird insb. mit dem Ziel der Verminderung von Systemrisiken in Verbindung gebracht. Ausserdem soll die Glaubwürdigkeit des international einzigartigen dualen Aufsichtssystems gegenüber ausländischen Behörden erhöht werden (vgl. dazu etwa BSK BankG-POLEDNA/JERMINI, Art. 23 N 4 und 9 m.w.H.).

²²⁴¹ Art. 24 Abs. 1 lit. a FINMAG i.V.m. Art. 9a RAG.

²²⁴² Art. 24 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 24a FINMAG.

²²⁴³ Vgl. so etwa Art. 18 Abs. 1 BankG, Art. 84 Abs. 1 FinfraG, Art. 28 Abs. 1 VAG sowie Art. 63 Abs. 1 lit. a FINIG.

²²⁴⁴ Zu den «Big 4» werden die grossen Revisionsgesellschaften Deloitte, Ernst & Young, KPMG und PricewaterhouseCoopers (PwC) gezählt.

²²⁴⁵ Art. 2 lit. c RAG definiert «Gesellschaften des öffentlichen Interesses» als «Publikumsgesellschaften» i.S.v. Art. 727 Abs. 1 Ziff. 1 OR sowie «Beaufsichtigte» i.S.v. Art. 3 FINMAG, die eine nach Art. 9a RAG zugelassene Prüfgesellschaft mit einer Prüfung nach Art. 24 FINMAG beauftragen müssen.

²²⁴⁶ Vgl. dazu RAB, Strategische Ziele 2020–2023, S. 2 (die allerdings noch von den «Big 5» sprechen); vgl. auch KEANE/SCHATT, 652 ff., die diese Marktkonzentration jedoch als nicht weiter problematisch einstufen.

²²⁴⁷ So etwa BSK BankG-PIFFNER/WATTER, Art. 18 N 17.

²²⁴⁸ Vgl. BGE 99 Ib 104, E. 5; vgl. zur Rechtsstellung der Prüfgesellschaften auch GÖTZE, 107 ff. sowie 167 ff. zum Verhältnis zwischen Prüfgesellschaft und Banken.

haben die Beaufsichtigten z.B. nach Art. 25 Abs. 1 FINMAG den Prüfgesellschaften gegenüber alle Auskünfte zu erteilen und Unterlagen herauszugeben, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigen. Zusätzlich sieht Art. 27 Abs. 2 FINMAG die Kompetenz der Prüfgesellschaften vor, den Beaufsichtigten, im Falle festgestellter Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen oder sonstiger Missstände, eine Frist zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustandes zu setzen. Halten die Beaufsichtigten die Frist nicht ein oder handelt es sich um schwere Missstände oder Rechtsverletzungen, haben die Prüfgesellschaften die FINMA zu informieren. Generell sind die Prüfgesellschaften gehalten, der FINMA Bericht über ihre Prüfungen zu erstatten und den Bericht dem obersten Leitungsorgan der oder des Beaufsichtigten zur Verfügung zu stellen.²²⁴⁹

- 725 Weitere Vorgaben für die Aufsichtsprüfung lassen sich der FINMA-PV entnehmen. Sie regelt Inhalt und Durchführung sowie die Form der Berichterstattung über die Prüfung durch zugelassene Prüfgesellschaften im Auftrag der Beaufsichtigten. Auch die Pflichten der Beaufsichtigten und der Prüfgesellschaften im Rahmen einer Prüfung werden darin einer Regelung zugeführt. Sodann ist das Prüfwesen in dem (wiederholt revidierten) FINMA-RS 2013/3 einer Regelung zugeführt worden.²²⁵⁰
- 726 Obgleich die Prüfgesellschaften öffentlich-rechtliche Aufgaben zu erfüllen haben, werden sie von den Beaufsichtigten im Rahmen eines privatrechtlichen Auftrags direkt mandatiert und entschädigt.²²⁵¹ Somit werden ausgewiesene branchenkundige Spezialisten tätig, welche die beaufsichtigten Gesellschaften, ihre Geschäftstätigkeit und allfällige branchenspezifischen Spezialitäten und Probleme kennen.²²⁵² Weil oftmals dieselben Gesellschaften als Prüfgesellschaften eingesetzt werden, die auch für die obligationenrechtliche Revision der Beauftragten zuständig sind, ergeben sich ausserdem regelmässig Synergieeffekte.²²⁵³

²²⁴⁹ Art. 27 Abs. 1 FINMAG.

²²⁵⁰ Vgl. dazu etwa BSK FINMAG-PFIFNER, Art. 24 N 127a ff. sowie N 128 ff. mit einem Überblick über Inhalt und Durchführung der Prüfung nach den Vorgaben der Ausführungsbestimmungen.

²²⁵¹ Das privatrechtliche Rechtsverhältnis wird allerdings massgeblich durch die Vorgaben des (öffentlich-rechtlichen) Aufsichtsrechts geprägt (vgl. zum Ganzen etwa BSK BankG-PFIFNER/WATTER, Art. 18 N 17; vgl. auch BSK FINMAG-PFIFNER, Art. 24 N 11).

²²⁵² BSK FINMAG-PFIFNER, Art. 24 N 10 m.w.H. zu den Vorteilen des dualistischen Aufsichtssystems; vgl. auch GÖTZE, 77 f. m.w.H.

²²⁵³ BSK FINMAG-PFIFNER, Art. 24 N 10; vgl. BSK BankG-PFIFNER/WATTER, Art. 18 N 30 ff. zu den Unterschieden zwischen der aufsichtsrechtlichen und der obligationenrechtlichen Prüfung; vgl. auch GÖTZE, 14 ff.

Allerdings befinden sich die Prüfgesellschaften in einer heiklen Doppelstellung. Einerseits werden sie als privatrechtlich Beauftragte für die geprüften Unternehmen tätig und für ihre Leistungen auch finanziell entschädigt, was das Risiko einer voreingenommenen Prüfung bergen kann. Andererseits übernehmen die Prüfgesellschaften amtsähnliche Aufsichtsfunktionen und müssen sich in dieser Rolle der Aufsichtsbehörde gegenüber verantworten. Sie befinden sich somit in einem «institutionalisierten Interessenkonflikt».²²⁵⁴ Fragen zur effektiven Unabhängigkeit der Prüfgesellschaften liegen auf der Hand. 727

Verschiedene Regelungen versuchen, die Unabhängigkeit der Prüfgesellschaften zu gewährleisten. Auf bundesgesetzlicher Ebene steht zunächst Art. 11 RAG im Vordergrund, der über die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften zur Unabhängigkeit der Revisionsstelle gemäss Art. 728 OR hinaus Grundsätze für Revisionsunternehmen aufstellt.²²⁵⁵

Zusätzlich zählt Art. 7 Abs. 1 der FINMA-PV ausgewählte Unvereinbarkeiten mit einem Prüfmandat (nicht abschliessend) auf. Gemeint sind Tätigkeiten von Prüfgesellschaften bei zu prüfenden Beaufsichtigten, die eine objektive Durchführung der Prüfung beeinträchtigen können.²²⁵⁶ In diesem Zusammenhang sind ausserdem auch die Ausführungen zur Unvereinbarkeit mit einem Prüfmandat gemäss Ziff. 44.1 ff. FINMA-RS 2013/3 zu beachten.

Art. 8 FINMA-PV äussert sich sodann zur Dauer und Entschädigung der Prüfmandate – beides Aspekte, die die Unabhängigkeit der mit der Leitung der Prüfungen betrauten leitenden Prüferinnen und Prüfer²²⁵⁷ beeinträchtigen können. Die Prüfgesellschaften sind ferner nach Art. 14 Abs. 1 und Abs. 2 FINMA-PV verpflichtet, der FINMA einmal jährlich die Mandate der leitenden Prüferinnen und Prüfer zu melden ebenso wie den Aufwand und das den Beaufsichtigten verrechnete Honorar für ihre Dienstleistungen.

Trotz solcher Bedenken gilt das System der dualen Aufsicht als etabliert.²²⁵⁸ Die weitreichenden Auditaufgaben der (privaten) Prüfgesellschaften machen insb. die «Big 4» auch international zu wichtigen und einflussreichen Aufsichtsakteuren, 728

²²⁵⁴ Vgl. so BR, Bericht Verhalten Finanzmarktaufsicht in der Finanzmarktkrise, 25; vgl. auch BR, Bericht Bankenstabilität, BBl 2024 1023 ff., 302 ff. m.w.H. – Vgl. aus der Lehre BSK BankG-PFIFNER/WATTER, Art. 18 N 17; BSK FINMAG-PFIFNER, Art. 24 N 10; GÖTZE, 196 ff. m.w.H. zur Bankenaufsicht, sowie D. FISCHER, 621 sowie 497 ff., zur Situation von Revisionsstellen.

²²⁵⁵ Vgl. so auch Art. 111 RAV.

²²⁵⁶ Vgl. so den Wortlaut von Art. 7 Abs. 1 FINMA-PV.

²²⁵⁷ Vgl. Art. 6 FINMA-PV.

²²⁵⁸ Vgl. dazu insb. BSK FINMAG-PFIFNER, Art. 24 N 12 ff. m.w.H.

die aufgrund ihrer Position schon als mächtiger als souveräne Staaten bezeichnet wurden.²²⁵⁹ Das dem hier betrachteten Aufsichtsrecht inhärente Hierarchieverhältnis zwischen staatlicher Aufsicht auf der einen und den beaufsichtigten Privaten auf der anderen Seite²²⁶⁰ wird dadurch nicht unwesentlich in Frage gestellt, ja es droht gewissermassen eine Umkehr der Verhältnisse. Interessant ist da die von der Gesetzgebung gewählte «Lösung», die wiederum auf die Mechanismen des Aufsichtsrechts zurückgreift: Gemäss Art. 7 Abs. 1 RAG stehen nämlich die Revisionsunternehmen, die Revisionsdienstleistungen für Gesellschaften des öffentlichen Interesses erbringen, selber unter staatlicher Aufsicht der RAB und bedürfen auch einer besonderen Zulassung.²²⁶¹

- 729 Besonders aufgegriffen wurde die Thematik der dualen Finanzmarktaufsicht im Nachgang zur Notfusion der Credit Suisse mit der UBS. Obwohl in diesem Zusammenhang nicht davon ausgegangen wurde, dass die Unabhängigkeit der Prüfgesellschaften der Credit Suisse konkret beeinträchtigt war, empfiehlt der Bundesrat in seinem Bericht zur Bankenstabilität eine grundsätzliche Überprüfung der Ausgestaltung der Kontrollmechanismen und der Art und Weise der Mandatierung der Prüfgesellschaften, um inhärente Interessenkonflikte im bestehenden Aufsichtssystem zu reduzieren.²²⁶² Man darf gespannt sein, welche konkreten Massnahmen diskutiert und schliesslich umgesetzt werden. Allenfalls würde bereits eine Direktmandatierung der Prüfgesellschaften durch die FINMA zur Entschärfung möglicher Interessenkonflikte beitragen.²²⁶³

²²⁵⁹ Vgl. zur weitgehend konkurrenzlosen Stellung der «Big 4» etwa GOW/KELLS.

²²⁶⁰ Zum hier interessierenden (Aufsichts-)Rechtsverhältnis im Allgemeinen vgl. vorne N 31 ff.

²²⁶¹ Gemäss Art. 9a i.V.m. Art. 9 Abs. 1 RAG wird nämlich ein Revisionsunternehmen als Prüfgesellschaft für Prüfungen nach Art. 24 Abs. 1 lit. a FINMAG zugelassen, wenn es (i) als Revisionsunternehmen zur Erbringung von Revisionsdienstleistungen für Gesellschaften des öffentlichen Interesses zugelassen ist – d.h. die Voraussetzungen für die Zulassung als Revisionsexperte erfüllt und damit gewährleistet, dass es die rechtlichen Pflichten einhält und für die Haftungsrisiken ausreichend versichert ist –, (ii) für diese Prüfungen ausreichend organisiert ist und (iii) keine andere nach den Finanzmarktgesetzen bewilligungspflichtige Tätigkeit ausübt. Vgl. dazu etwa BSK FINMAG-PIFFNER, Art. 24 N 24 ff.

²²⁶² BR, Bericht Bankenstabilität, BBl 2024 1023 ff., 305 ff.

²²⁶³ BR, Bericht Bankenstabilität, BBl 2024 1023 ff., 305 ff. m.w.H. zu möglichen Massnahmen und insb. 306 f. zur Direktmandatierung durch die FINMA. – Für eine Direktmandatierung hatte sich insbesondere auch schon der IWF in der Vergangenheit ausgesprochen (IMF Country Report No. 19/183, Switzerland: Financial System Stability Assessment, Juni 2019, abrufbar unter <<https://www.imf.org>>).

4.5.2 AO als private Aufsichtsstellen

Auch die *Aufsichtsorganisationen* (AO), die gemäss Art. 43a ff. FINMAG die laufende Aufsicht über Vermögensverwaltung und Trustees nach Art. 17 FINIG ausüben, sind als private Aufsichtsstellen ausgestaltet. 730

Die in Anlehnung an das US-amerikanische Modell der «*Financial Industry Regulatory Authority*» (FINRA) ursprünglich beabsichtigte Einführung einer «gesteuerten halbstaatlichen Aufsichtsbehörde»,²²⁶⁴ der neben Bewilligungs- auch laufende Aufsichts- und Sanktionskompetenzen sowie Regulierungskompetenzen auf Stufe Rundschreiben zukommen sollten,²²⁶⁵ konnte sich schliesslich nicht durchsetzen. Im Laufe des parlamentarischen Beratungsprozesses für das FIDLEG/FINIG-Paket wurden insb. die hoheitlichen Kompetenzen, die der AO parallel zur FINMA eingeräumt werden sollten und ihr auch erlaubt hätten, Enforcementmassnahmen anzuordnen, gestrichen.²²⁶⁶

AO werden nicht durch Gesetz geschaffen, ihre Errichtung wird vielmehr der Privatinitiative der Branche der durch sie Beaufsichtigten überlassen.²²⁶⁷ Art. 43a ff. FINMAG, Art. 61 ff. FINIG sowie die Aufsichtsorganisationenverordnung (AOV) machen verschiedene organisationsrechtliche Vorgaben. So muss eine AO nach Art. 3 Abs. 1 AOV eine juristische Person nach schweizerischem Recht sein, kann von den Gründern aber frei gewählt werden.²²⁶⁸ Aufgrund der organisationalen Flexibilität dürften somit die Rechtsformen des Vereins sowie der Aktiengesellschaft im Vordergrund stehen.²²⁶⁹ 731

Vor Aufnahme ihrer Tätigkeit müssen die AO von der FINMA bewilligt werden.²²⁷⁰ 732 Die AO müssen gemäss Art. 43c Abs. 2 FINMAG über Statuten und ein Organisa-

²²⁶⁴ Diese Begriffsverwendung irritiert im Rahmen dieser Untersuchung. Der Botschaft FIDLEG/FINIG lässt sich dazu entnehmen, dass die AO von Anfang an nicht als «rein staatliche Behörde» konzipiert wurde, die allerdings hoheitliche Aufsichtsaufgaben wahrnehmen sollte (vgl. etwa Botschaft FIDLEG/FINIG, BBl 2015 9075). Inspiriert durch die FINRA, war somit eine vom Staat unabhängige, nicht gewinnorientierte Organisation anvisiert, «die den Kundenschutz und Marktintegrität gewährleistet» (EFD, Erläuterungsbericht Vernehmlassung FIDLEG/FINIG, 23).

²²⁶⁵ Vgl. dazu EFD, Erläuterungsbericht Vernehmlassung FIDLEG/FINIG, 23 und 142; Botschaft FIDLEG/FINIG, BBl 2015 8928 f.; vgl. auch SK FINIG-MAUCHLE, Art. 61 N 8 ff.

²²⁶⁶ Vgl. SK FINIG-MAUCHLE, Art. 61 N 10 f. m.w.H.; AB S 2016 1154.

²²⁶⁷ Botschaft FIDLEG/FINIG, BBl 2015 9039.

²²⁶⁸ *Ebd.*, BBl 2015 9039 sowie 9075 f.

²²⁶⁹ SK FINIG-MAUCHLE, Art. 61 N 25 m.w.H.

²²⁷⁰ Art. 43a Abs. 2 und Art. 43c Abs. 1 FINMAG.

tionsreglement verfügen, das von der FINMA genehmigt wird ebenso wie die Wahl der mit der Verwaltung und Geschäftsleitung betrauten Personen. Ferner macht Art. 43d FINMAG gewisse Vorgaben zur internen Organisation der AO.

Nach dieser Bestimmung muss die AO tatsächlich von der Schweiz aus geleitet werden (Abs. 1). Sie muss über angemessene Regeln zur Unternehmensführung verfügen und so organisiert sein, dass sie die Pflichten nach diesem Gesetz erfüllen kann (Abs. 2). Sie muss die zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendigen finanziellen und personellen Mittel vorweisen (Abs. 3). Ferner wird eine Geschäftsleitung als operatives Organ vorausgesetzt (Abs. 4).

- 733 AO unterstehen der laufenden Aufsicht durch die FINMA.²²⁷¹ Die FINMA macht den AO in diesem Rahmen Vorgaben für ihre Prüfungs- und Aufsichtstätigkeiten. Dazu gehören insb. ein System zur Risikobeurteilung sowie Mindestanforderungen an das Aufsichtskonzept.²²⁷² Die AO rapportieren periodisch an die FINMA.²²⁷³ Diese prüft, ob die AO die aufgestellten Anforderungen erfüllen und ihre Aufsichtsaufgaben wahrnehmen.²²⁷⁴ Die AO müssen der FINMA gegenüber auch alle Auskünfte erteilen und Unterlagen herausgeben, welche die FINMA zur Wahrnehmung ihrer Aufsichtstätigkeit über die AO benötigt.²²⁷⁵
- 734 Zweck der AO ist die Ausübung der Aufsicht über Vermögensverwalter und Trustees nach Art. 17 FINIG.²²⁷⁶ Dabei sind sie als Instanzen sowohl der Geldwäsche-reiaufsicht als auch der prudenziellen Aufsicht tätig.²²⁷⁷ Gegenstand ihrer Aufsicht ist die umfassende Pflichteinhaltung der Beaufsichtigten.²²⁷⁸ Dabei sind die Vorgaben der FINMA bezüglich der zu prüfenden Punkte zu beachten.²²⁷⁹ In der

²²⁷¹ Art. 43a Abs. 2 FINMAG. Vgl. auch Art. 43i FINMAG mit aufsichtsrechtlichen Massnahmen, die der FINMA für die Aufsichtsausübung über die AO zur Verfügung stehen. – Vgl. dazu SK FINIG-MAUCHLE, Art. 61 N 29 ff. und insb. 35 ff. m.w.H.

²²⁷² Art. 84 Abs. 2 FINIV.

²²⁷³ Art. 43h Abs. 1 FINMAG.

²²⁷⁴ Art. 43h Abs. 2 FINMAG.

²²⁷⁵ Art. 43h Abs. 3 FINMAG.

²²⁷⁶ Vgl. Art. 61 Abs. 1 und 2 FINIG sowie Art. 43a Abs. 1 FINMAG. Ferner sind die AO auch als Aufsichtsinstanzen über Handelsprüfer nach dem Edelmetallkontrollgesetz tätig (vgl. Art. 42^{bis} EMKG i.V.m. Art. 61 Abs. 1, 2 und 4 FINIG sowie Art. 43a FINMAG). Vgl. dazu auch SK FINIG-MAUCHLE, Art. 61 N 43.

²²⁷⁷ Vgl. Art. 84 Abs. 1 FINIV; vgl. dazu auch SK FINIG-MAUCHLE, Art. 61 N 2 sowie N 81 f.

²²⁷⁸ Vgl. dazu SK FINIG-MAUCHLE, Art. 61 N 77 ff.

²²⁷⁹ Vgl. Art. 10 Abs. 2 AOV.

Folge können die AO die Prüfungen entweder selber durchführen oder – wie auch die FINMA – durch Prüfgesellschaften ausführen lassen.²²⁸⁰

Sofern die AO Prüfgesellschaften beizieht, stellt sie nach Art. 86 FINIV sicher, dass die beigezogene Prüfgesellschaft korrekt mandatiert und nach Art. 43k FINMAG zugelassen ist (lit. a), die beigezogene Prüfgesellschaft die Vorgaben der FINMA umsetzt (lit. b), die Prüfgebiete und die entsprechenden Prüftiefen der Risikoeinschätzung ihrem Aufsichtskonzept entsprechen (lit. c) und sie umgehend über Missstände informiert wird (lit. d).

Die AO üben somit staatliche Aufgaben aus, gleichwohl kommt ihnen keine Verfügungskompetenz zu.²²⁸¹ Im Falle von Pflichtverletzungen oder Missständen setzen die AO den Beaufsichtigten gemäss Art. 43b Abs. 2 FINMAG eine Frist zur Behebung an und melden den Fall bei Nichtbehebung der Ordnungswidrigkeit der FINMA, die dann die Überwachung und ein allfälliges Enforcement zu übernehmen hat.²²⁸² Die AO werden somit ausschliesslich formfrei aufsichtsrechtlich tätig. Die Hauptzuständigkeit für die Aufsichtsausübung liegt damit nach wie vor bei der FINMA.²²⁸³

4.5.3 Untersuchungsbeauftragte der FINMA

Hinzuweisen ist schliesslich auf unabhängige und fachkundige Personen, die die FINMA als sog. *Untersuchungsbeauftragte* mit staatlichen Aufgaben betrauen kann,²²⁸⁴ indem sie sie beauftragt, «bei einer oder einem Beaufsichtigten einen aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalt abzuklären oder von ihr angeordnete aufsichtsrechtliche Massnahmen umzusetzen».²²⁸⁵

²²⁸⁰ Vgl. Art. 43k FINMAG sowie Art. 12 AOV; vgl. auch Art. 62 FINIG, wonach die Vermögensverwalter und die Trustees eine Prüfgesellschaft nach Art. 43k Abs. 1 FINMAG mit einer jährlichen Prüfung beauftragen müssen, soweit die Prüfung nicht von der betreffenden AO ausgeführt wird.

²²⁸¹ Vgl. Art. 84 Abs. 5 FINIV; vgl. dazu auch SK FINIG-MAUCHLE, Art. 61 N 45 ff. m.w.H.

²²⁸² Vgl. dazu SK FINIG-MAUCHLE, Art. 61 N 47 m.w.H. sowie N 56 mit einem Überblick über die Kompetenzaufteilung.

²²⁸³ Vgl. den Wortlaut von Art. 61 Abs. 1 FINIG.

²²⁸⁴ TANNER, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 220; vgl. auch NOBEL, Finanzmarktrecht, § 5 N 193 f.

²²⁸⁵ Vgl. Art. 36 Abs. 1 FINMAG. – Gemäss Art. 36 Abs. 2 FINMAG umschreibt die FINMA jeweils in der Einsetzungsverfügung die konkreten Aufgaben der oder des Untersuchungsbeauftragten und legt dabei auch fest, in welchem Umfang sie anstelle der Organe der Beaufsichtigten handeln dürfen. Vgl. zu Untersuchungsbeauftragten

- 737 Eine Wegleitung der FINMA regelt die Anforderungen an Untersuchungsbeauftragte und macht insb. Vorgaben zu ihrer Unabhängigkeit.²²⁸⁶ Eine weitere Wegleitung regelt die Bewerbung als FINMA-Beauftragte und enthält insb. ein Anforderungsprofil für Prüfbeauftragte und Untersuchungsbeauftragte.²²⁸⁷
- 738 Der Auftrag der Untersuchungsbeauftragten beschränkt sich auf die Ermittlung des Sachverhalts.²²⁸⁸ Insofern stellen Untersuchungsbeauftragte typische Sachverständige i.S.v. Art. 12 lit. e VwVG dar. Untersuchungsbeauftragte haben ferner die Kompetenz, massgebliche Entscheidungen zu treffen, oftmals sogar, ohne vorgängig das Einverständnis der FINMA einholen zu müssen.²²⁸⁹ Verfügungsbefugnis kommt den Untersuchungsbeauftragten allerdings nicht zu;²²⁹⁰ die Verantwortung für das Finanzmarktenforcement verbleibt bei der FINMA. Entsprechend ist diese auch nicht an Berichte und Empfehlungen oder an die Würdigung des abgeklärten Sachverhalts durch die Untersuchungsbeauftragten gebunden,²²⁹¹ auch wenn sich in der Praxis zeigt, dass die FINMA nicht ohne Weiteres von dieser abweicht und die Untersuchungsbeauftragten auch regelmässig rechtliche Erwägungen anbrin-

generell TANNER, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 218 f.; BSK FINMAG-MAURENBRECHER/TERLINDEN, Art. 36 N 1 ff.

²²⁸⁶ Vgl. FINMA, Wegleitung zur ordnungsgemässen Mandaterfüllung für FINMA-Beauftragte (vom 28.11.2013 [Stand: 1.1.2020]; abrufbar unter <<https://www.finma.ch>>), Ziff. 5 (S. 14 ff.). – Als mögliche Befangenheitsgründe gelten bspw. auch bestehende oder zukünftige Auftrags- oder Arbeitsverhältnisse mit den Beaufsichtigten (vgl. Ziff. 5.2.2). Entsprechende Kritik wurde etwa laut, als in der Vergangenheit bekannt wurde, dass die von der FINMA mit der Untersuchung des US-Geschäfts der damaligen Credit Suisse beauftragte Anwaltskanzlei die Grossbank bereits vor als auch nach der Untersuchung im gleichen Zusammenhang beraten hatte (vgl. dazu etwa NOBEL, Finanzmarktrecht, § 5 N 218).

²²⁸⁷ FINMA, Wegleitung zur Bewerbung als FINMA-Beauftragte (vom 1.1.2020; abrufbar unter <<https://www.finma.ch>>), Ziff. 2.1 (S. 4 f.).

²²⁸⁸ KUHN, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 199, sowie TANNER, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 218 f.; aus der Rechtsprechung vgl. z.B. Urteil BGER, 2A.360/2006, 12.9.2006, E. 3.2, sowie 2A.332/2006, 6.3.2007, E. 3.

²²⁸⁹ NOBEL, Finanzmarktrecht, § 5 N 194.

²²⁹⁰ BGE 130 II 351, E. 3.3.2, wo das Bundesgericht zum Schluss kam, dass das VwVG «nicht für die informell ausgestalteten, die Geschäftstätigkeit begleitenden Abklärungen des Beobachters, der nicht gestützt auf Bundesrecht verfügt», gilt; vgl. dazu auch hinten N 1654; vgl. auch TANNER, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 220; NOBEL, Finanzmarktrecht, § 5 N 199.

²²⁹¹ TANNER, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 220; NOBEL, Finanzmarktrecht, § 5 N 198 f. und 208 m.w.H.; vgl. auch BGE 130 II 351, E. 3.3.2 (wenn auch zur EBK).

gen.²²⁹² Mit Blick auf die Verfahrensrechte der Beaufsichtigten und ihrer Mitarbeiter vermögen solche Konstellationen zu stossenden Ergebnissen zu führen.²²⁹³

5. Finanzierung und Finanzhaushalt

5.1 Gebühren und Aufsichtsabgaben

Die Aufsichtsbehörden in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Anstalten finanzieren ihre Tätigkeiten mit Gebühren und oftmals auch Aufsichtsabgaben.²²⁹⁴ 739

Hinzu kommen möglicherweise jährliche *Beiträge des Bundes zur Abgeltung* bestimmter, gesetzlich übertragener Aufgaben.²²⁹⁵

Gebühren werden jeweils für die konkreten Aufsichtsverfahren bzw. Untersuchungen, die erlassene Verfügung und die Dienstleistungen im Einzelfall erhoben.²²⁹⁶ 740

Zu ihrer Berechnung wird regelmässig von einer Pauschale gemäss festgelegtem Rahmentarif ausgegangen und zusätzlich der Zeitaufwand sowie die Bedeutung der Angelegenheit für die gebührenpflichtige Person berücksichtigt.²²⁹⁷ Zudem können Zuschläge für erhebliche Mehraufwände erhoben werden.²²⁹⁸

²²⁹² Um den aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalt überhaupt ermitteln zu können, sind denn auch gewisse Kenntnisse der relevanten Rechtsfragen vorausgesetzt (vgl. NOBEL, Finanzmarktrecht, § 5 N 206 f.; KUHN, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 199).

²²⁹³ Dazu hinten N 1654.

²²⁹⁴ Vgl. so Art. 11 Abs. 1 lit. a Mustererlass sowie die einschlägigen Bestimmungen der Organisationserlasse wie etwa Art. 15 Abs. 1 FINMAG, Art. 21 RAG, Art. 77 Abs. 2 lit. b i.V.m. Art. 65 HMG.

²²⁹⁵ Art. 11 Abs. 1 lit. b und Art. 13 Mustererlass sowie etwa Art. 77 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 69 Abs. 1 und Abs. 1^{bis} HMG. Erbringt Swissmedic Dienstleistungen für andere Behörden und internationale Organisationen nach Art. 69 Abs. 2 HMG, wird dafür ein zusätzliches Entgelt geschuldet (vgl. Art. 77 Abs. 2 lit. c HMG).

²²⁹⁶ Vgl. Art. 12 Abs. 1 Mustererlass; illustrativ lässt sich etwa auf Art. 5 FINMA-GebV verweisen. Danach ist gebührenpflichtig, wer eine Verfügung veranlasst (lit. a), ein Aufsichtsverfahren veranlasst, das nicht mit einer Verfügung endet oder das eingestellt wird (lit. b), oder wer eine Dienstleistung der FINMA beansprucht (lit. c).

²²⁹⁷ Vgl. etwa Art. 8 FINMA-GebV sowie die Ansätze für die Rahmentarife und Auslagen im Anhang; vgl. auch Art. 4 Geb-V Swissmedic, wo für die Gebührensätze auf die Verordnungsanhänge 1 und 2 verwiesen wird sowie auf eine Bemessung der Gebühr nach Aufwand.

²²⁹⁸ Vgl. Art. 9 FINMA-GebV sowie Art. 5 GebV Swissmedic.

- 741 *Aufsichtsabgaben* werden i.d.R. periodisch (jährlich) von den Beaufsichtigten für diejenigen Kosten eingezogen, die durch die Gebühren nicht gedeckt sind.²²⁹⁹ Während die Aufsichtsabgaben der FINMA pro Aufsichtsbereich auf unterschiedlichen Bemessungsgrundlagen erhoben werden,²³⁰⁰ bemisst sich die Aufsichtsabgabe von Swissmedic nach dem Fabrikabgabepreis der in der Schweiz verkauften zugelassenen Arzneimittel.²³⁰¹
- 742 Die Einzelheiten zur Gebühren- und Abgabenerhebung sind meist in den jeweiligen Gebühren- und Abgabenverordnungen der Aufsichtsbehörden bzw. in der Allgemeinen Gebührenverordnung geregelt.²³⁰² Die entsprechenden Rechtsetzungsbefugnisse des Bundesrates – so etwa hinsichtlich der Festlegung der Gebührenansätze, der Bemessungsgrundlagen, der Aufsichtsbereiche, für die eine Aufsichtsaufgabe erhoben werden kann, und der Aufteilung der durch die Aufsichtsabgabe zu finanzierenden Kosten unter den Aufsichtsbereichen bzw. Beaufsichtigenden²³⁰³ – führen allerdings zu einer gewissen Einschränkung der finanziellen Unabhängigkeit der Behörden.²³⁰⁴
- 743 Während die rechtliche Qualifikation von Gebühren als Kausalabgaben und damit zur Abgeltung der durch die Aufsichtsbehörden erbrachten Aufsichtsleistungen kaum problematisch ist, wirft die rechtliche Einordnung von Aufsichtsabgaben einige Fragen auf. Weil sie oftmals erhoben werden, ohne dass klar ersichtlich wäre, welche «Leistungen» genau sie abgelten²³⁰⁵ – so etwa, wenn sie bspw. jährlich

²²⁹⁹ Im Mustererlass wird die Aufsichtsabgabe nicht näher geregelt.

²³⁰⁰ Vgl. Art. 15 FINMAG i.V.m. Art. 11 ff. FINMA-GebV. – Für die Beaufsichtigten nach Art. 1a BankG sind z.B. Bilanzsumme und Effektenumsatz massgebend, während für die Beaufsichtigten nach Art. 2 Abs. 1 lit. c und d FINIG die Höhe des verwalteten Vermögens, der Bruttoertrag und die Betriebsgrösse massgebend sind (Art. 15 Abs. 2 lit. a^{bis} FINMAG).

²³⁰¹ Vgl. Art. 65 Abs. 3 HMG. Danach beträgt der Abgabesatz maximal 15 Promille des Fabrikabgabepreises. Ferner dürfen die Einnahmen aus der Abgabe insgesamt 10 Promille des Erlöses aller im jeweiligen Abgabejahr verkauften Arzneimittel nicht übersteigen. Die Einzelheiten sind in der Heilmittel-Aufsichtsabgabeverordnung des Bundesrates (SR 812.214.6) geregelt.

²³⁰² Vgl. etwa den Verweis auf die AllgGebV des Bundesrates (die gestützt auf Art. 46a RVOG ergangen ist) in Art. 12 Abs. 2 Mustererlass sowie in Art. 6 FINMA-GebV oder Art. 2 GebV-Swissmedic.

²³⁰³ Zu den Kompetenzen des Bundesrates vgl. etwa Art. 15 Abs. 4 FINMAG, Art. 21 Abs. 3 RAG, Art. 65 Abs. 4 HMG.

²³⁰⁴ Zur finanziellen Unabhängigkeit vgl. sogleich hinten N 746 ff.

²³⁰⁵ Vgl. dazu etwa Urteil BGer, 2A.345/2006, 24.10.2006, E. 3.2.2; vgl. auch BVGE 2007/43, E. 4.2 m.w.H.

den Beaufsichtigten pauschal in Rechnung gestellt werden –, wurde auch schon argumentiert, dass es sich bei Aufsichtsabgaben um Steuern handle, namentlich um sog. Kostenanlastungssteuern.²³⁰⁶

Die herrschende Lehre und Praxis behandeln Aufsichtsabgaben hingegen als Kostenanlastungs(kausal)abgaben oder Sonderabgaben und damit als eine Art «Entgelt» für die Aufsichtstätigkeit der Aufsichtsbehörden.²³⁰⁷ Die Aufsichtsausübung dient nach diesem Verständnis dem Schutz von Gläubigerinteressen vor Branchenrisiken und damit der Gewährleistung öffentlicher Interessen.²³⁰⁸ Ferner trägt sie zur Reputation der Beaufsichtigten bei,²³⁰⁹ indem sie hilft, die korrekte Aufgabenerfüllung sicherzustellen. Basierend auf einer solchen Auffassung wird für die Bemessung der Abgaben nicht auf den Wert der einzelnen Leistung für den einzelnen Gebührenpflichtigen (im Sinne der sog. Individualäquivalenz) abgestellt, sondern auf einen Vergleich zwischen Gebühr und Gegenleistung für eine ganze Gruppe (sog. Gruppenäquivalenz), namentlich für denjenigen Kreis von Personen, denen die Abgabeverwendung im Rahmen der Aufsichtstätigkeit zugutekommt.²³¹⁰ Es wird somit von einer «Mischrechnung» von individuell zurechenbarem und pauschal angerechnetem Aufwand ausgegangen.²³¹¹ 744

²³⁰⁶ Das war insb. das Argument der Beschwerdeführerin in BGE 141 V 509, E. 6; vgl. auch BVGE 2007/43, E. 4.1 ff. m.w.H.; HETTICH/WETTSTEIN, 553 ff.; WALDMANN/WIEDERKEHR, 8/45.

²³⁰⁷ Vgl. so etwa HÄNER, Kausalabgaben, 10 f.; WALDMANN/WIEDERKEHR, 8/45; WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. II, § 10 N 514 sowie N 961 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2776 m.w.H. – Vgl. auch aus der Rechtsprechung: Urteil BVGer, C-1410/2013, 23.2.2015, E. 6.1, sowie insb. BGE 141 V 509, E. 6.2, wo das Bundesgericht die Auffassung der Beschwerdeführerin ablehnte, wonach «die Tätigkeit der Aufsichtsbehörde für die Abgabepflichtigen ohne jeglichen konkreten Nutzen» und «ohne Gegenwert» sei. Es könne deshalb jedenfalls nicht «von einer voraussetzungslos (...) geschuldeten Steuer gesprochen werden».

²³⁰⁸ BJ, Gutachten vom 15.7.1999, VPB 64.25, S. 12.

²³⁰⁹ Vgl. so auch UHLMANN, Kausalabgaben, 94.

²³¹⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2794 mit Verweis auf BGE 141 V 509, E. 6; Urteil BVGer, C-1410/2013, 23.2.2015, E. 6.3; vgl. auch das dem Entscheid zugrunde gelegte Gutachten des BJ vom 15.7.1999, VPB 64.25, S. 12 sowie S. 18 ff.; vgl. dazu auch WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. II, § 10 N 513; WALDMANN/WIEDERKEHR, 8/44; vgl. auch EFV, Bemerkungen zu den Bestimmungen des Mustererlasses, 60 f.

²³¹¹ Vgl. so Urteil BVGer, C-1697/2012, 17.12.2013, E. 3.4.4.

- 745 Inwiefern dafür die Einführung des Kriteriums der Gruppenäquivalenz erforderlich und zielführend sei, wurde allerdings auch schon in Frage gestellt.²³¹² Die Einführung der Kategorie der Kostenanlastungskausalabgabe scheint aber v.a. aus Sicht der Gesetzgebung sinnvoll, weil auf diesem Weg Bundeskompetenzen zur Begründung neuer Abgaben, gestützt auf die Sachkompetenz, eingeführt werden können; zum Erlass von Kostenanlastungssteuern wäre eine Verfassungskompetenz erforderlich.²³¹³

5.2 Finanzielle Unabhängigkeit

- 746 Die prinzipielle Finanzierung über Gebühren und Aufsichtsabgaben erlaubt es den Behörden, sich vom Budget der Verwaltung und damit vom Finanzhaushalt des Bundes loszulösen, eigene Ressourcen aufzubauen und auch zu verwalten.²³¹⁴ Entsprechend sieht bspw. Art. 35 Abs. 1 RAG vor, dass der Voranschlag und die Jahresrechnung der RAB unabhängig vom Voranschlag und von der Rechnung des Bundes geführt werden. Die Eigenfinanzierung der RAB soll sicherstellen, dass ihre Aufgabenerfüllung nicht über die Zuteilung und Verwaltung ihrer Ressourcen beeinflusst wird.²³¹⁵ Demgegenüber werden etwa Swissmedic und das ENSI zusätzlich mit Bundesmitteln finanziert.²³¹⁶

²³¹² Vgl. UHLMANN, Kausalabgaben, 92 ff. und insb. 94.

²³¹³ Vgl. dazu HÄNER, Kausalabgaben, 10 f., insb. mit dem Hinweis, dass die Abgaben von den Gerichten, gestützt auf Art. 190 BV, nur beschränkt geprüft werden können. Vgl. auch UHLMANN, Kausalabgaben, 93 f.; vgl. auch BJ, Gutachten vom 15.7.1999, VPB 64.25, S. 18 ff., sowie (diese Auslegung im Ergebnis bestätigend) Urteil BGer, 2C_725/2007, 2.10.2008, E. 4.2.1 f., wo allerdings vorausgesetzt wurde, dass die Vorgaben nach Art. 164 Abs. 1 lit. d BV erfüllt waren, also der Kreis der Abgabepflichtigen, der Gegenstand sowie die Bemessung der Abgaben einer gesetzlichen Regelung zugeführt waren; vgl. so auch EFV, Bemerkungen zu den Bestimmungen des Mustererlasses, Anhang 1 (S. 60 f.).

²³¹⁴ Die Anstalten werden für die Verwaltung ihrer liquiden Mittel allerdings der zentralen Tresorie des Bundes angeschlossen (Art. 61 FHG i.V.m. Art. 17 Mustererlass). Als Teil der dezentralen Verwaltung werden sie im Rahmen der Staatsrechnung entsprechend dem Grundsatz der Vollkonsolidierung rechnermässig zusammengefasst; der Bundesrat kann aber Ausnahmen vorsehen (vgl. dazu Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8285 mit Verweis auf 8284 f. sowie 8281 f.; vgl. auch Leitsatz 25).

²³¹⁵ Botschaft RAG, BBl 2004 4083 f.

²³¹⁶ LIENHARD/BOLZ/WÜEST-RUDIN, 37. – Dabei sticht etwa Art. 77 Abs. 3 HMG ins Auge, wonach die aufgabenspezifische Verwendung der Einnahmen aus Abgeltungen des Bundes im Rahmen der Genehmigung der strategischen Ziele vom Bundesrat festgelegt wird.

Um die finanzielle Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden zu stärken, ist grundsätzlich Zurückhaltung bei weiteren Finanzierungsquellen angezeigt, so wenn es z.B. um Abteilungen des Bundes geht²³¹⁷ oder auch um Entgelte, welche die Behörden für erbrachte Dienstleistungen einnehmen.²³¹⁸ 747

Gemäss Art. 11 Abs. 2 des Mustererlasses gehen im Übrigen Einnahmen der Anstalten z.B. aus Bussen, Sanktionen und eingezogenen Gewinnen²³¹⁹ an den Bund. Art. 35 Abs. 6 FINMAG und Art. 77 Abs. 4 HMG z.B. sehen ähnliche Bestimmungen vor. Sie bezwecken, Fehlanreize zu verhindern.²³²⁰

Sehen die Organisationsgesetze die Möglichkeit der Aufsichtsbehörden zur Bildung von Reserven vor, sollen solche genutzt werden, um die «Ausübung ihrer Aufsichtstätigkeit»²³²¹ bzw. künftige Investitionen zu finanzieren sowie Haftungsrisiken zu decken.²³²² Sie werden im Grundsatz nur über die erhobenen Gebühren und allenfalls Aufsichtsabgaben geäufnet, und zwar durch die Einplanung eines entsprechend zweckgebundenen Einnahmeüberschusses; eine Bildung von Reserven mit Abteilungen des Bundes gilt als nicht zulässig.²³²³ Übersteigen die Reserven allerdings eine gewisse Höhe, so sind die Abgaben und Gebühren zu senken.²³²⁴ 748

Da die Aufsichtsbehörden keine kommerziellen Leistungen erbringen, sind sie nicht steuerpflichtig.²³²⁵ Art. 19 Abs. 1 Mustererlass ist entsprechend formuliert; eine ähnliche Bestimmung findet sich bspw. auch in Art. 81 HMG. Vorbehalten 749

²³¹⁷ Vgl. etwa auch EFV, Bemerkungen zu den Bestimmungen des Mustererlasses, 39, wonach etwa eine Finanzierung über Drittmittel nicht vorgesehen ist.

²³¹⁸ Vgl. etwa Art. 77 Abs. 2 lit. c HMG; vgl. hierzu etwa JUNOD, 108.

²³¹⁹ Zu aufsichtsrechtlichen Gewinneinziehungen sowie pekuniären Verwaltungssanktionen vgl. hinten N 1222 ff. und N 1249 ff.

²³²⁰ Vgl. so etwa EFV, Bemerkungen zu den Bestimmungen des Mustererlasses, 39 f.

²³²¹ Vgl. Art. 16 FINMAG. Die Notwendigkeit, Reserven bilden zu können, gilt als direkte Folge der «Autonomie» der FINMA (so ZUFFEREY/CONTRATTO, 65).

²³²² Vgl. Art. 16 Mustererlass. – Über Bildung und Verwendung der Reserven entscheidet der Verwaltungs- bzw. Institutsrat der Anstalten unter Vorbehalt der Genehmigung durch den Bundesrat, der im Rahmen der Genehmigung des Geschäftsberichts auch über die Reserven entscheidet (vgl. EFV, Bemerkungen zu den Bestimmungen des Mustererlasses, 45 mit Verweis insb. auf Art. 6 lit. l und n Mustererlass).

²³²³ Insbesondere darf die ursprüngliche Zweckbestimmung solcher Abteilungen nicht umgangen werden (vgl. EFV, Bemerkungen zu den Bestimmungen des Mustererlasses, 44).

²³²⁴ Vgl. so etwa Art. 79 Abs. 2 Satz 2 HMG sowie Art. 14 Abs. 2 ENSIG.

²³²⁵ Vgl. so etwa Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8286.

bleibt das Bundesrecht über die Mehrwertsteuer, die Verrechnungssteuer und allenfalls die Stempelabgaben.²³²⁶

6. Verantwortlichkeit

6.1 Allgemeines

- 750 Die Haftung von Aufsichtsbehörden in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Anstalten richtet sich grundsätzlich nach dem Verantwortlichkeitsgesetz (VG), handeln sie doch hoheitlich in Erfüllung öffentlicher Aufgaben.²³²⁷ Vorbehalten bleiben spezialgesetzliche Vorgaben.
- 751 Für eine Haftung des Staates ist auch im Aufsichtskontext somit generell vorausgesetzt, dass (i) der personelle Anwendungsbereich des anwendbaren Haftungserlasses erfüllt ist (Stichwort: funktioneller Beamtenbegriff), (ii) ein Zusammenhang zwischen der schädigenden Tätigkeit und der amtlichen Verrichtung besteht (Stichwort: funktioneller Zusammenhang), (iii) ein Schaden eingetreten ist, (iv) die Widerrechtlichkeit der schädigenden Handlung aufgezeigt werden kann und (v) ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen dem Schädigungsakt und dem Schaden besteht. Ein Verschulden als Haftungsvoraussetzung wird unter dem VG nicht verlangt; die Staatshaftung ist als Kausalhaftung konzipiert.²³²⁸
- 752 Insbesondere die Haftungsvoraussetzung der *Widerrechtlichkeit* wirft im Aufsichtskontext Fragen auf. Regelmässig erweist sich bereits die Bestimmung der im Einzelfall massgebenden aufsichtsrechtlichen Pflichten als schwierig.²³²⁹ Ferner bedarf die Festlegung der Schutzrichtung der verletzten Normen jeweils der Auslegung im Einzelfall. Reine Vermögensschäden gelten nämlich nur dann als widerrechtlich, wenn die amtliche Tätigkeit des Beamten gegen Gebote und Verbote der Rechtsordnung verstösst, die dem Schutz des verletzten Rechtsguts bzw. dem Schutz des Geschädigten vor Vermögensschäden dienen.²³³⁰ Aufsichtsrechtliche

²³²⁶ Vgl. Art. 19 Abs. 2 Mustererlass sowie etwa Art. 81 Abs. 2 HMG.

²³²⁷ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8285. Vgl. auch Art. 18 Abs. 1 Mustererlass.

²³²⁸ Zu den Haftungsvoraussetzungen im Aufsichtskontext vgl. eingehend UHLMANN, Staatshaftungsrecht, 33 ff.; MAYHALL, 267 ff.; vgl. auch TANQUEREL, Responsabilité, 166 ff.

²³²⁹ MAYHALL, 275 spricht dabei sogar von der «hauptsächliche[n] Schwierigkeit im Rahmen der Beurteilung des schädigenden Verhaltens».

²³³⁰ Vgl. dazu im Allgemeinen BGE 132 II 305, E. 4.1; 133 V 14, E. 8.1; 135 V 373, E. 2.4; Urteil BGer, 9C_894/2008, 18.12.2008, E. 2; Urteil BVGer, A-3150/2016, 3.7.2018, E. 11.1–11.4; vgl. eingehend dazu auch WÜRMLI, N 301 ff.

Normen werden allerdings regelmässig zur Sicherstellung der Aufgabenerfüllung durch den Aufgabenträger angewendet, womit regelmässig der Schutz öffentlicher Interessen im Vordergrund steht und weniger der Schutz geschädigter Privatpersonen²³³¹ bzw. wenn, dann der Schutz Dritter (oftmals Gläubiger), nicht aber der Schutz der Beaufsichtigten. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur damals noch durch die EBK ausgeübten Bankenaufsicht war es den beaufsichtigten Banken entsprechend regelmässig verwehrt, die Verletzung von Aufsichtspflichten im Staatshaftungsprozess zu ihren eigenen Gunsten anzurufen.²³³²

Auch der Nachweis der Widerrechtlichkeit einer *Unterlassung* der Aufsichtsbehörden kann haftungsrechtlich herausfordernd sein. Kann der Staat bzw. eine Aufsichtsbehörde²³³³ deshalb zur Verantwortung gezogen werden, weil die Aufsichtsbehörde *nicht* oder nicht früh genug bzw. nicht mit den richtigen Massnahmen eingeschritten ist, um eine Gefahr abzuwehren, die sie nicht selbst geschaffen hat?²³³⁴ Solche Fragestellungen sprechen schwierige Fälle an, die neben dem den Behörden eingeräumten Ermessensspielraum insb. die Interessen der durch ein Aktivwerden der Behörden betroffenen Privaten abwägend miteinbeziehen müssen.²³³⁵ 753

Im Grundsatz gilt, dass eine Unterlassung haftungsrechtlich erst dann relevant wird, wenn die Behörde aufgrund einer rechtlich normierten Handlungs- oder Schutzpflicht zum Einschreiten zugunsten des Geschädigten verpflichtet war; nur unter dieser Voraussetzung erfüllt die Unterlassung die Voraussetzung der 754

²³³¹ Vgl. dazu ebenfalls MAYHALL, 282 ff. sowie 297 f. mit Verweis auf 133 ff. zu den Aufsichtszwecken; vgl. dazu auch vorne N 72 ff. und insb. N 95 ff.

²³³² Vgl. z.B. BGE 106 Ib 357, E. 2c, wo das Bundesgericht u.a. ausführte: «*Il permet de dire que la surveillance (...) sur des personnes exerçant une activité privée soumise à surveillance n'a en principe pas été instituée en vue de protéger ces personnes, mais en vue de protéger les tiers qui entrent en contact avec elles. Ceci signifie que la norme instituant la surveillance n'est pas une norme protectrice de ces personnes et qu'en conséquence la violation du devoir de surveillance ne peut être invoquée par elles pour engager la responsabilité de l'Etat envers elles.*» Vgl. auch BGE 116 Ib 193, E. 2b; 94 I 628, E. 5, allerdings zur Schutzwirkung der Vorschriften über die Kontrolle der elektrischen Maschinen und Werkzeuge. Vgl. dazu auch WÜRMLI, N 311 m.w.H. zur FINMA im Besonderen.

²³³³ Zu Art. 19 VG im Besonderen vgl. sogleich N 757 ff.

²³³⁴ Vgl. beispielhalber etwa BGE 132 II 305, E. 4.4; 118 Ib 473, E. 5c–f; 116 Ib 193, E. 2d.

²³³⁵ MOOR/POLTIER, 866 m.w.H.; vgl. aus der Rechtsprechung auch etwa BGE 118 Ib 473, E. 5c f.; 116 Ib 193, E. 4e.

Widerrechtlichkeit.²³³⁶ Ob eine solche Garantenstellung vorliegt, ergibt sich aus den Rechtsvorschriften, die der Aufsichtstätigkeit zugrunde liegen. Im konkreten Einzelfall stellt sich zudem jeweils die Frage, ob auch die Voraussetzungen für ein Einschreiten der Aufsichtsbehörden erfüllt waren, liegen diese doch i.d.R. im Ermessen der jeweiligen Behörde. Dabei spielt der Wissensstand der Behörde im konkreten Zeitpunkt eine massgebliche Rolle: Die konkret eingetroffene Schädigung musste objektiv voraussehbar gewesen sein, um eine behördliche Handlungspflicht annehmen zu können.²³³⁷ MAYHALL warnt in diesem Zusammenhang zutreffend vor der Einführung eines Verschuldensmoments in die regelmässig als Kausalhaftung ausgestaltete Verantwortlichkeit, wenn an den Wissensstand der Behörde *ex ante* angeknüpft wird.²³³⁸

- 755 Beispielhalber lässt sich etwa BGE 116 Ib 193 anführen, ein Fall, in dem der Bund für Unterlassungen bei der Ausübung der Bankenaufsicht (damals noch durch die EBK) in Anspruch genommen wurde. Das Bundesgericht verneinte allerdings die Haftung und hielt fest, dass die EBK nicht zu spät gegen eine Finanzgesellschaft interveniert habe, die ohne Bewilligung bewilligungspflichtige Geschäfte getätigt habe und schliesslich zahlungsunfähig geworden sei. Es führte abschliessend aus:

«Für diese rechtliche Würdigung fällt insbesondere in Betracht, dass die Bankenkommision vorerst abzuklären hatte, ob die X. AG willkürlich in dem ihrer Aufsicht unterstellten Bereich tätig war. Das schrittweise Vorgehen der Bankenkommision und die konkreten Massnahmen, einschliesslich des Zeitpunkts ihrer Anordnung, sind durch den der Bankenkommision als fachkundiger Behörde zustehenden Beurteilungs- und Ermessensspielraum im Rückblick ebenso gedeckt wie der Verzicht der Aufsichtsbehörde auf weitere Massnahmen. Es ist nämlich nicht ausser acht zu lassen, dass Gläubigerinteressen auch infolge eines allzu forschen Vorgehens Schaden nehmen könnten.»²³³⁹

- 756 Auch in BGE 132 II 305 ging es um Unterlassungen, die dem Bund im Zusammenhang mit der Ausbreitung der Seuche Rinderwahnsinn (BSE) vorgeworfen wurden. Die zuständigen Behörden hätten nicht bzw. nicht rechtzeitig die erforder-

²³³⁶ Vgl. generell zur Unterlassung im Rahmen der Staatshaftung JAAG, Staats- und Beamtenhaftung, N 78 ff. und N 98 m.w.H.; MOOR/POLTIER, 863 ff. m.w.H.; P. HÄNNI, 342 f.; vgl. auch WÜRMLI, N 314 ff. und N 327 ff. m.w.H. zur FINMA im Besonderen. – Vgl. aus der Rechtsprechung etwa BGE 133 V 14, E. 8.1; Urteil BGer, 2C_816/2017, 8.6.2018, E. 3.3; Urteil BVGer, A-112/2017, 31.8.2017, E. 3.3; A-2526/2011, 7.8.2012, E. 7; A-301/2009, 16.12.2009, E. 8.3.1.

²³³⁷ MAYHALL, 171 f., 278 f. und 299. Vgl. dazu aus der Rechtsprechung BGE 132 II 305, E. 4.4; Urteil BVGer, A-1072/2014, 8.3.2016, E. 5.1.3.

²³³⁸ MAYHALL, 299; vgl. auch MOOR/POLTIER, 864.

²³³⁹ BGE 116 Ib 193, E. 4c.

derlichen Massnahmen getroffen, um die Seuchenausbreitung zu verhindern.²³⁴⁰ Insgesamt kam das Bundesgericht allerdings zum Schluss, dass keine widerrechtlichen Unterlassungen vorlagen, die eine Staatshaftung gerechtfertigt hätten.

6.2 Zu Art. 19 VG im Besonderen

Für Aufsichtsbehörden im Rechtskleid öffentlich-rechtlicher Anstalten stellt sich zusätzlich die Frage, ob Art. 19 VG zur Anwendung gelangt, der in Abs. 1 lit. a eine primäre Haftung der Anstalten selbst vorsieht, unabhängig von einem Verschulden.²³⁴¹ Soweit die Organisation für den Schaden nicht aufkommen kann, haftet der Bund dem Geschädigten allerdings für den ungedeckten Betrag (Ausfallhaftung).²³⁴² 757

Regressmöglichkeiten gegenüber Organen bzw. Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern bestehen sowohl für den Bund als auch für die Aufsichtsbehörden, vorausgesetzt, dass es sich um eine vorsätzliche oder grobfahrlässige Pflichtverletzung gehandelt hat, die den Schaden verursacht hat.²³⁴³

Unter Art. 19 Abs. 1 VG ist spezifisch jeweils zu prüfen, ob es sich bei der Aufsichtsbehörde um eine «mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben des Bundes betrauten und ausserhalb der ordentlichen Bundesverwaltung stehenden Organisation» handelt oder nicht. Schwierigkeiten in der Zuordnung zur «ordentlichen Bundesverwaltung» ergeben sich v.a. deswegen, weil die Bestimmungen des VG mit denjenigen des RVOG und der RVOV nicht abgestimmt sind.²³⁴⁴ In der Rechtsprechung wurde in der Vergangenheit auf unterschiedliche Kriterien abgestellt, so z.B. auf die finanzielle Autonomie und Rechtspersönlichkeit der fraglichen Einheiten sowie auf das formale Kriterium eines Eintrags in den Anhängen 1 und 2 zur RVOV, die nach Art. 8 RVOV die zur (zentralen und dezentralen) Bundesverwaltung zählenden Verwaltungseinheiten auflisten.²³⁴⁵ Durchgesetzt hat sich inzwischen das in der Lehre u.a. von JAAG vorgeschlagene Kriterium der Rechts- 758

²³⁴⁰ Zu den vorgeworfenen Handlungen und Unterlassungen: BGE 132 II 305, E. 5.

²³⁴¹ Vgl. Art. 19 Abs. 1 lit. a Satz 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 VG.

²³⁴² Art. 19 Abs. 1 lit. a Satz 2 VG. Vgl. dazu etwa die Übersicht bei RYTER, N 29.156 ff.; vgl. zur Ausfallhaftung auch TANQUEREL, Responsabilité, 164 ff.; UHLMANN, Staatshaftungsrecht, 68.

²³⁴³ Art. 19 Abs. 1 lit. a Satz 3 i.V.m. Art. 7 und Art. 9 VG; vgl. auch Corporate-Governance-Bericht, BBI 2006 8272.

²³⁴⁴ UHLMANN, Staatshaftungsrecht, N 60.

²³⁴⁵ Vgl. JAAG, Staats- und Beamtenhaftung, N 211 f. und N 213.

persönlichkeit i.S.v. Art. 52 Abs. 2 ZGB.²³⁴⁶ Dies hat zur Folge, dass Aufsichtsbehörden in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Anstalten grundsätzlich²³⁴⁷ unter den Anwendungsbereich von Art. 19 VG fallen, wenn sie rechtlich selbstständig sind.²³⁴⁸ Im Gegensatz dazu sind Aufsichtsbehörden im Rechtskleid von Behördenkommissionen – trotz weitgehender institutioneller Unabhängigkeit – keine Organisationen i.S.v. Art. 19 VG.²³⁴⁹ Weil es ihnen an rechtlicher Selbstständigkeit fehlt,²³⁵⁰ haftet der Bund.²³⁵¹

- 759 Nicht ganz klar ist, ob die Anwendung von Art. 19 VG auch eigenes Vermögen der Organisationen voraussetzt oder nicht. JAAG stellt sich auf den Standpunkt, dass die finanzielle Selbstständigkeit nichts daran ändern dürfte, ob der Tatbestand von Art. 19 VG erfüllt ist oder nicht. Sollte eine selbstständige Anstalt zu einer Leistung von Schadenersatz verpflichtet werden, die sie selber nicht erfüllen kann, müsste der Bund die Mittel zur Verfügung stellen. Die Auseinandersetzung mit der geschädigten Partei hätte in einem solchen Fall aber die Anstalt und nicht der Bund zu führen.²³⁵²
- 760 Aus der Praxis des Bundesgerichts sticht diesbezüglich BGE 106 Ib 357 ins Auge. In diesem Fall qualifizierte das Bundesgericht die EBK noch als Organisation aus-

²³⁴⁶ *Ebd.*, N 213 m.w.H.; MOOR/POLTIER, 848; TANQUEREL, Responsabilité, 161 ff.; ZUFFEREY, 192; RYTER, N 29.149; vgl. dazu auch UHLMANN, Staatshaftungsrecht, N 61. Vgl. aus der Rechtsprechung etwa Urteil BVGer, A-7111/2010, 11.4.2012, E. 3.2.

²³⁴⁷ Eine Ausnahme gilt hingegen bspw. für die mehrheitlich interkantonal zusammengeschlossenen Aufsichtsbehörden in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Anstalten, die in die BVG- und Stiftungsaufsicht involviert sind (dazu vorne N 584 f.), wenn sie im Rahmen ihrer verfassungs- und gesetzmässigen Aufgabenerfüllung Bundesrecht vollziehen. In solchen Fällen gelangt i.d.R. das kantonale Haftungsrecht zur Anwendung. Eine Gegen Ausnahme ist jedoch für die Fälle zu beachten, in denen die Erfüllung von Bundesaufgaben ausserhalb des ordentlichen Aufgabenbereichs der Kantone oder Gemeinden übertragen wird. Vgl. dazu JAAG, Staats- und Beamtenhaftung, N 216 f.; RYTER, N 29.154.

²³⁴⁸ MAYHALL, 264 f.; vgl. auch TANQUEREL, Responsabilité, 161 f.; UHLMANN, Staatshaftungsrecht, N 61.

²³⁴⁹ JAAG, Staats- und Beamtenhaftung, N 215.

²³⁵⁰ Dazu hinten N 833 ff.

²³⁵¹ UHLMANN, Staatshaftungsrecht, N 60; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1667. Somit ist auch der Begriff der «dezentralen Bundesverwaltung» im Sinne des RVOV nicht deckungsgleich mit dem Begriff der mit Bundesaufgaben betrauten Organisationen nach Art. 19 VG (vgl. auch RYTER, N 29.149).

²³⁵² JAAG, Staats- und Beamtenhaftung, N 214 f.

serhalb der Bundesverwaltung i.S.v. Art. 19 VG.²³⁵³ Zehn Jahre später revidierte es seine Rechtsprechung diesbezüglich. Es führte aus:

«Obwohl der Bankenkommission durch Art. 23 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (Bankengesetz, BankG; SR 952.0) die Aufsicht über das Bankwesen und die Anlagefonds zur selbständigen Erledigung übertragen ist, wird sie dadurch nicht zu einer ausserhalb der Bundesverwaltung stehenden Organisation. Insbesondere fehlt ihr die finanzielle Autonomie, die für eine Haftung nach Art. 19 Abs. 1 lit. a VG vorhanden sein müsste. Der im vorliegenden Fall umstrittene Anspruch richtet sich deshalb gegen den Bund selber, und Art. 19 VG ist nicht anwendbar.»²³⁵⁴

Dass sich die Haftung der inzwischen mit der Finanzmarktaufsicht betrauten FINMA nach dem VG richtet, ist nun in Art. 19 FINMAG verankert, und die Anwendbarkeit von Art. 19 VG ist dabei anerkannt. Die selbstständige öffentlich-rechtliche Organisation der FINMA mit eigener Rechtspersönlichkeit und eigener Rechnung nach Art. 5 FINMAG steht im Übrigen fest. 761

Sobald geklärt ist, dass es sich bei der Aufsichtseinheit um eine ausserhalb der Bundesverwaltung stehende Organisation i.S.v. Art. 19 VG handelt, ist weiter zu prüfen, ob sie mit einer «öffentlich-rechtlichen Aufgabe des Bundes» betraut wurde – ein Begriff, der auch nicht vollumfänglich geklärt ist.²³⁵⁵ Klassische Aufsichtsaufgaben, wie die Ausübung der Rechtsaufsicht,²³⁵⁶ können ohne Weiteres als öffentlich-rechtliche Aufgaben bezeichnet werden.²³⁵⁷ Wenn Fragen dazu aufgeworfen werden könnten, dann allenfalls im Hinblick auf weitere, von den Auf- 762

²³⁵³ Vgl. BGE 106 Ib 357, E. 2b mit Verweis u.a. auf BGE 93 I 83, E. 1.

²³⁵⁴ BGE 116 Ib 193, E. 1a; bestätigt u.a. in Urteil BVGer, A-5172/2014, 8.1.2016, E. 4.2; A-3924/2012, 18.2.2013, E. 1.1; A-893/2013, 19.3.2014, E. 3.1.1.3.

²³⁵⁵ Fragen stellen sich insb. in Abgrenzung zu den Begriffen der «amtlichen Verrichtung» i.S.v. Art. 61 Abs. 2 OR oder der «amtlichen Tätigkeit» i.S.v. Art. 3 Abs. 1 VG. Vgl. dazu UHLMANN, Staatshaftungsrecht, N 64 ff., der sich für ein weiteres Begriffsverständnis ausspricht.

²³⁵⁶ Dazu vorne N 80 ff.; vgl. auch vorne N 104 ff. zu den Beobachtungs- und Berichtungsfunktionen der Aufsicht.

²³⁵⁷ Vgl. dazu das Bundesgericht bereits in BGE 94 I 628, wo es die Haftung des Schweizerischen Elektrotechnischen Vereins (SEV) gemäss Art. 19 VG bejahte für Schäden, die aus dessen bzw. aus der dem Starkstrominspektorat des SEV übertragenen Kontrolle über Starkstromanlagen resultierten bzw. aus der Aufgabe als Starkstrominspektorat. Es hielt in E. 3 dazu fest, dies sei «ein Musterfall der Betrauung einer ausserhalb der Bundesverwaltung stehenden Organisation mit einer öffentlichen Aufgabe». Vgl. dazu auch Urteil BGER, 2A.675/2005, 12.7.2006, E. 5.

sichtsbehörden übernommene Kompetenzen,²³⁵⁸ wobei Rechtsetzungsaufgaben i.d.R. ebenfalls von diesem Begriff erfasst sein werden.

- 763 Sind zusätzlich zur Staatshaftung auch privatrechtliche Haftungsbestimmungen anwendbar – wovon mit Blick auf die Tätigkeiten der in dieser Arbeit interessierenden beaufsichtigten Privaten grundsätzlich ausgegangen werden kann –, stellt sich für die Geschädigten jeweils die Frage, ob sie gegen das beaufsichtigte Unternehmen und dessen Organe oder aber gegen die Aufsichtsbehörde bzw. den Bund vorgehen wollen. Oftmals werden sie sich in solchen Konstellationen für die Kausalhaftung nach VG entscheiden, da sie dann kein Verschulden nachweisen müssen und auch von der Solvenz ihres möglichen Schuldners ausgehen können.²³⁵⁹
- 764 Aus rechtspolitischen und sachlichen Gründen wurden solche Konstellationen nicht zuletzt angesichts der hohen Haftungsrisiken als stossend empfunden, insb. wenn das beaufsichtigte Unternehmen ein grobes Verschulden traf, während der Aufsichtsbehörde nur eine leichte Amtspflichtverletzung vorgeworfen werden konnte.²³⁶⁰ Vor diesem Hintergrund schlug der Corporate-Governance-Bericht vor, dass Aufsichtsbehörden nur bei der Verletzung wesentlicher Amtspflichten haftbar gemacht werden können.²³⁶¹ Eine entsprechend eingeschränkte Haftungsregelung wurde in der Folge in den 11. Leitsatz überführt²³⁶² ebenso wie in Art. 18 Abs. 2 des Mustererlasses.²³⁶³ Eine erste gesetzliche Verankerung erhielt sie so dann mit Art. 19 FINMAG. Entsprechende Bestimmungen findet man inzwischen

²³⁵⁸ Dazu vorne insb. N 116 ff.

²³⁵⁹ Vgl. so Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8273.

²³⁶⁰ *Ebd.*, m.w.H.; vgl. auch Botschaft FINMAG, BBl 2006 2844 ff.

²³⁶¹ Vgl. Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8274 m.w.H. auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts, u.a. auf BGE 123 II 577, E. 4d/dd (wo es allerdings nicht um die Haftung einer Aufsichtsbehörde ging). Eingehend zur Rechtsprechung auf Bundesebene zu Fällen judikativen Unrechts und zur Haftungsvoraussetzung der Verletzung einer wesentlichen Amtspflicht vgl. HUNOLD, N 314 ff. und insb. N 317 ff.

²³⁶² Der Leitsatz 11 hat den folgenden Wortlaut: «Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts- oder der Sicherheitsaufsicht haften nur bei Verletzung wesentlicher Amtspflichten und wenn der Schaden nicht auf Pflichtverletzungen von Beaufsichtigten zurückzuführen ist.»

²³⁶³ Art. 18 Abs. 2 des Mustererlasses lautet folgendermassen: «Die Anstalt und die von ihr Beauftragten haften nur, wenn: (a) sie wesentliche Amtspflichten verletzt haben; und (b) Schäden nicht auf Pflichtverletzungen einer oder eines Beaufsichtigten zurückzuführen sind.»

auch in Art. 36a Abs. 2 RAG,²³⁶⁴ Art. 80 Abs. 2 HMG, Art. 64 Abs. 3 BVG sowie in Art. 16 Abs. 2 ENSIG.

Art. 19 FINMAG, auf den nachfolgend vertiefter einzugehen ist, hat den folgenden Wortlaut:

«¹ Die Verantwortlichkeit der FINMA, ihrer Organe, ihres Personals sowie der von der FINMA Beauftragten richtet sich unter Vorbehalt von Absatz 2 nach dem Verantwortlichkeitsgesetz vom 14. März 1958.

² Die FINMA und die von ihr Beauftragten haften nur, wenn:

- a. sie wesentliche Amtspflichten verletzt haben; und
- b. Schäden nicht auf Pflichtverletzungen einer oder eines Beaufsichtigten zurückzuführen sind.»

Die Botschaft zum FINMAG führte dazu Folgendes aus:

«Die FINMA und die von ihr Beauftragten sollen (...) für sämtliches Handeln nur noch dann haften, wenn sie ihre Tätigkeit eindeutig fehlerhaft ausgeübt haben, beispielsweise wenn sie bei Schwierigkeiten bei einer oder einem Beaufsichtigten eindeutig zu spät oder gar nicht eingreifen. Angesichts der enormen Risiken und der Komplexität der Aufgabe lässt sich eine solche Haftungsbeschränkung durchaus rechtfertigen.»²³⁶⁵

Art. 19 Abs. 2 lit. a FINMAG soll der FINMA somit eine gewisse «Fehlermar- 767 ge»²³⁶⁶ bzw. einen «Irrtumsspielraum»²³⁶⁷ einräumen. Mit der Bestimmung sollte sichergestellt werden, dass Behördenmitglieder auch unbeliebte Entscheide fällen können, ohne Angst haben zu müssen, dadurch gleich einen Fall der Staatshaftung auszulösen.²³⁶⁸ Ferner spielte auch das Prinzip der Einmaligkeit des Rechtsschutzes eine Rolle, das in den Worten von Art. 12 VG verhindern will, dass die Richtigkeit und die Rechtmässigkeit formell rechtskräftiger Verfügungen, Entscheide

²³⁶⁴ Damit wurde bewusst die Regelung zur FINMA übernommen (vgl. Botschaft Änderung Obligationenrecht, BBl 2008 1739 f.). Mit der Übertragung der Aufsicht über die privatrechtlich eingesetzten Prüfgesellschaften an die RAB wurde zudem in Abs. 2^{bis} dieser Bestimmung gesetzlich verankert, dass sich die Verantwortlichkeit der nach Art. 24 Abs. 1 lit. a FINMAG beauftragten Prüfgesellschaften nach den Bestimmungen des Aktienrechts richtet (vgl. Botschaft Aufsicht über Revisionsunternehmen, BBl 2013 6891).

²³⁶⁵ Botschaft FINMAG, BBl 2006 2871 f.

²³⁶⁶ TANQUEREL, Responsabilité, 172, spricht von «une certaine marge d'erreur».

²³⁶⁷ Vgl. so WÜRMLI, N 192.

²³⁶⁸ TANQUEREL, Responsabilité, 170 m.w.H.; vgl. zu dieser Bestimmung auch WEBER ET AL., 161 f., die bei einer solch grundsätzlichen Frage eine vertiefte Untersuchung erwartet hätten.

und Urteile nachträglich in einem Verantwortlichkeitsverfahren (erneut) überprüft werden können.²³⁶⁹

768 Art. 19 Abs. 2 lit. b FINMAG geht aber darüber hinaus. Nach dieser Bestimmung haftet die FINMA (und die von ihr Beauftragten) nur, wenn «Schäden nicht auf Pflichtverletzungen einer oder eines Beaufsichtigten zurückzuführen sind». Dabei kommt es allerdings nicht auf das Mass der Pflichtverletzung an, die sich bspw. auch auf die Haftungsvoraussetzung der Kausalität auszuwirken vermag.²³⁷⁰ Der Wortlaut lässt vielmehr *jede* Pflichtverletzung eines oder einer Beaufsichtigten für die Haftungseinschränkung genügen. Gemäss der bundesrätlichen Botschaft werden die Akteure auf dem Finanzmarkt zwar beaufsichtigt, «aber letztendlich müssen sie vor allem eigenverantwortlich handeln. Es kann daher nicht Aufgabe der Aufsicht und letztlich des Staates sein, bei pflichtwidrigem Verhalten einer oder eines Beaufsichtigten die Verantwortung für den Schaden zu übernehmen. Dies umso mehr, als es sich um riesige Summen handeln kann, die dadurch der Gesamtheit der Beaufsichtigten beziehungsweise, subsidiär, der Allgemeinheit aufgebürdet würden.»²³⁷¹

769 Gestützt auf Art. 19 Abs. 2 lit. b FINMAG wird eine Haftung der FINMA allerdings letztlich illusorisch.²³⁷² HÄNNI warf deshalb auch die Frage auf, ob es nicht transparenter wäre, auf die Staatshaftung für mangelhafte Aufsicht gänzlich zu verzichten.²³⁷³ Im Falle eines gravierenden Fehlverhaltens seitens der Aufsichtsbehörde führt eine solche Rechtslage allerdings zu stossenden Ergebnissen mit Blick auf das Verursacherprinzip, wenn sich die Haftungseinschränkungen faktisch als Immunitätsbestimmungen zugunsten dieser Einheiten auswirken. Die Haftungsrisiken hätten ausserdem nicht nur die Beaufsichtigten zu tragen, sondern insb. die Geschädigten im konkreten Einzelfall. Darüber hinaus entsteht eine Diskrepanz in besonders stark regulierten Aufsichtsbereichen, wenn die staatlichen

²³⁶⁹ Vgl. stellvertretend dazu auch BGE 123 II 577, E. 4d/dd; vgl. dazu auch MAYHALL, 274.

²³⁷⁰ Die staatliche Schadenersatzpflicht kann reduziert werden, oder die Haftung entfällt sogar ganz, wenn eine Pflichtverletzung Dritter gar die Kausalität zwischen Tun bzw. Unterlassung der Aufsichtsbehörde und dem Schaden unterbricht. Vgl. dazu sowie zu Art. 19 Abs. 2 lit. b FINMA etwa TANQUEREL, Responsabilité, 173 ff. m.w.H.

²³⁷¹ Botschaft FINMAG, BBl 2006 2872.

²³⁷² Vgl. auch TANQUEREL, Responsabilité, 175 ff. m.w.H., der die kritische Frage aufwirft, ob es damit überhaupt noch um eine Regelung der Kausalität gehe oder nicht eher um die Regelung einer Immunität seitens der FINMA; vgl. auch TANQUEREL, Manuel, N 1664; WÜRMLI, N 198 ff.; SUTTER, 569 f.

²³⁷³ P. HÄNNI, 349 f.

Aufgaben stetig zunehmen, gleichzeitig aber das staatliche Haftungsrisiko massiv reduziert wird.²³⁷⁴

Vor diesem Hintergrund schafft die in der Lehre zum Teil geforderte Interpretation der Bestimmung, wonach die Aufsichtsbehörde – nur bei wesentlicher Amtspflichtverletzung – für denjenigen Umfang des Schadens zu haften habe, der nicht auf die *alleinige* Pflichtverletzung eines Beaufsichtigten zurückzuführen sei, etwas Abhilfe. Bei gemeinsamer Schadensverursachung würde dann eine Schadensaufteilung erfolgen (unter Berücksichtigung der Kriterien der Pflichtverletzung, des Verschuldens und des adäquaten Kausalzusammenhangs).²³⁷⁵ 770

Wenig diskutiert bis anhin ist die Frage, ob die Kompetenzen der Aufsichtsbehörden angesichts solcher Haftungsbeschränkungen reduziert werden sollten. Sollten z.B. besonders einschneidende und politisch brisante Fragen nicht generell von demokratisch legitimierten, politisch verantwortlichen Behörden entschieden werden? Weitgehende Entscheidungskompetenzen von Aufsichtsbehörden in politisch kritischen Fällen laufen Gefahr, wie gesehen, letztendlich eine Form des «*blame shifting*» zu bewirken, d.h. eine Verlagerung heikler Entscheidungen, weg von den gewählten Amtsträgern, die somit einer Schuldzuweisung entgehen können.²³⁷⁶ 771

7. Fachliche Unabhängigkeit

Neben der personellen Unabhängigkeit²³⁷⁷ verankert der Mustererlass auch die sog. «fachliche» oder «funktionale» Unabhängigkeit²³⁷⁸ in Art. 21 Abs. 1 mit dem folgenden Wortlaut: 772

«Die Anstalt erfüllt ihre Aufgaben fachlich unabhängig.»

Die unabhängige *Aufgabenerfüllung* und damit *Aufsichtsausübung* bedingt bspw., dass die Behörde ihren Auftrag frei von Weisungen und Einflüssen jeglicher Art erfüllen kann. Dabei steht gemäss den Bemerkungen zu den Bestimmungen des Mustererlasses allerdings diejenige Unabhängigkeit im Vordergrund, die «für eine zweckmässige Aufgabenerfüllung gegenüber den politischen Behörden (Bundes- 773

²³⁷⁴ Zu dieser Diskrepanz vgl. SUTTER, 568 ff.

²³⁷⁵ Vgl. dazu WÜRMLI, N 201.

²³⁷⁶ Dazu vorne N 644 ff. und insb. N 647 m.w.H.

²³⁷⁷ Dazu vorne N 704 ff.

²³⁷⁸ Zu den verschiedenen Unabhängigkeitsdimensionen und der funktionalen Unabhängigkeit im Besonderen vgl. vorne N 654 ff.

rat und Parlament)) benötigt wird;²³⁷⁹ die Unabhängigkeit vom Markt bzw. von den zu Beaufsichtigenden wird von Art. 21 des Mustererlasses offenbar nicht anvisiert. Entsprechend spricht Art. 21 Abs. 2 des Mustererlasses denn auch das Verhältnis der unabhängigen Ausgestaltung der Anstalten zu den Aufsichtsbefugnissen des Bundesrates an, die nachfolgend vertiefter dargestellt wird.²³⁸⁰

- 774 Auf Gesetzesebene fällt Art. 38 Abs. 1 RAG mit nahezu identischem Wortlaut wie Art. 21 Abs. 1 des Mustererlasses auf.²³⁸¹ Auch diese Bestimmung wurde in dem Sinne ausgelegt, dass die RAB in ihren Entscheidungsbefugnissen keinen Weisungen des Bundesrates oder der Verwaltungsbehörden unterstehe.²³⁸² Ferner sehen Art. 21 Abs. 1 FINMAG, Art. 81a Abs. 1 HMG und Art. 18 Abs. 1 ENSIG vergleichbare Vorschriften vor, wonach die jeweilige Aufsichtsbehörde ihre Aufsichtstätigkeit «selbstständig und unabhängig» ausübt.²³⁸³
- 775 Die explizite Verankerung der fachlichen Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden im Gesetz ist zu begrüßen. Sie entspricht denn auch dem Ansinnen von «Empfehlung 2», welche die GPK-S gegenüber dem Bundesrat aufgestellt hat.²³⁸⁴ Prüfungswert erscheint, inwiefern auch die weiteren Dimensionen der Unabhängigkeit²³⁸⁵ bzw. ein eigentliches Unabhängigkeitskonzept²³⁸⁶ einer eigenen gesetzlichen Verankerung bedarf.

²³⁷⁹ EFV, Bemerkungen zu den Bestimmungen des Mustererlasses, S. 50.

²³⁸⁰ Dazu hinten insb. N 795 ff.

²³⁸¹ Art. 38 Abs. 1 RAG lautet «Die Aufsichtsbehörde erfüllt ihre Aufgaben fachlich unabhängig.» –Diese Bestimmung hat denn auch möglicherweise die Formulierung des Mustererlasses inspiriert, sie wurde nämlich im Rahmen von Anpassungen des RAG im Zusammenhang mit der Bündelung der Aufsicht über Revisionsunternehmen und Prüfungsgesellschaften eingefügt (vgl. Botschaft Aufsicht über Revisionsunternehmen, BBl 2013 6891 f.) und ist am 1.1.2015, und somit zeitlich vor der Veröffentlichung des Mustererlasses am 1.7.2016, in Kraft getreten (AS 2014 4073).

²³⁸² Botschaft Aufsicht über Revisionsunternehmen, BBl 2013 6892.

²³⁸³ Auch mit diesen Vorschriften wird jeweils die Unabhängigkeit gegenüber Bundesrat und Parlament angesprochen (vgl. dazu etwa Botschaft FINMAG, BBl 2006 2873; vgl. auch Botschaft HMG 2012, BBl 2013 104; vgl. demgegenüber Botschaft ENSIG, BBl 2006 8835 und 8848 f., wo jeweils auch auf Art. 70 Abs. 2 KEG verwiesen wurde, wonach die Aufsichtsbehörden «in fachlicher Hinsicht nicht weisungsgebunden und formell von den Bewilligungsbehörden zu trennen» sind).

²³⁸⁴ GPK-S, Unabhängigkeit 2015, BBl 2016 1717.

²³⁸⁵ Dazu vorne N 654 ff.

²³⁸⁶ Dazu hinten N 947 ff.

8. Ausübung der Aufsicht über die Aufsichtsbehörden

8.1 Eingliederung in die Verwaltungsorganisation des Bundes

Die selbstständigen Verwaltungseinheiten des Bundes, die in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Anstalten Aufsichtsaufgaben übernehmen, sind – trotz ihrer Auslagerung ausserhalb der Zentralverwaltung – in die Verwaltungsorganisation des Bundes eingegliedert.²³⁸⁷ 776

- Somit sind solche Aufsichtsbehörden den Leitungs- und Aufsichtsbefugnissen des Bundesrates über die Bundesverwaltung nach Art. 178 Abs. 1 sowie Art. 187 Abs. 1 lit. a BV unterstellt.²³⁸⁸ 777

Im Zusammenhang mit der Aufsichtsausübung über Aufsichtsbehörden in der Rechtsform rechtsfähiger öffentlich-rechtlicher Anstalten ist manchmal die Rede von der sog. *Organisations- oder Verbandsaufsicht*. Im Gegensatz zur *Dienstaufsicht* ist die Verbands- oder Organisationsaufsicht begrenzt: (i) Sie richtet sich nur an den Verwaltungsträger insgesamt und greift nicht auf einzelne Funktionäre oder Einheiten durch; (ii) inhaltliche Weisungen zu Materien, die in den Autonomiebereich des beaufsichtigten Verwaltungsträgers fallen, sind nicht erlaubt; (iii) anwendbarer Massstab sind rechtliche Vorgaben, nicht hingegen Fragen der Angemessenheit.²³⁸⁹

- Zusätzlich unterstehen wiederum die bundesrätliche Tätigkeit ebenso wie diejenige der Bundesverwaltung der Oberaufsicht der Bundesversammlung, wie sie in Art. 169 Abs. 1 BV und auf Gesetzesstufe allgemein in Art. 26 ParlG verankert ist. 778

Von der Oberaufsicht der Bundesversammlung klar abzugrenzen ist etwa die «Oberaufsicht» über die kantonalen bzw. interkantonalen BVG-Aufsichtsbehörden durch die OAK BV, wie sie in Art. 64 ff. BVG vorgesehen ist²³⁹⁰ und seit der sog. Strukturreform an die Stelle einer Oberaufsichtsausübung durch den Bundesrat (sowie in Teilen durch das Bundesamt für Sozialversicherungen BSV) getreten ist.²³⁹¹

²³⁸⁷ In den Worten von GYGI, 54: «Die autonome öffentliche Anstalt untersteht als Zweig der dezentralisierten Staatsverwaltung ebenso der demokratischen Kontrolle wie die übrige Verwaltung, ja sie ist ein Bestandteil der repräsentativen Demokratie.»

²³⁸⁸ Vgl. zum Begriff der «Leitung» in diesem Zusammenhang differenziert insb. BIAGGINI, SG-Kommentar BV, Art. 178 N 15 ff.

²³⁸⁹ Dazu vorne N 34 m.w.H. sowie N 618.

²³⁹⁰ Dazu vorne N 587 m.w.H.

²³⁹¹ Hintergrund für die Neuorganisation der Oberaufsicht war u.a. die Feststellung, dass der Bundesrat als Oberaufsichtsbehörde jeweils nur reagieren konnte, wenn die sich stellenden Probleme bereits ein relativ grosses Ausmass angenommen hatten. Sodann ergaben sich aus der Aufgabenstellung der neu zu schaffenden Oberaufsichtsbehörde

- 779 – Ferner sind Aufsichtsbehörden in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Anstalten generell, d.h. unter Vorbehalt der spezialgesetzlichen Regelungen, der Finanzaufsicht durch die Eidgenössische Finanzkontrolle (EFK) unterstellt.²³⁹²

Die EFK achtet z.B. darauf, wie die Behörden ihre Kredite kontrollieren, überprüft die internen Kontrollsysteme und prüft durch Stichproben die von den Verwaltungseinheiten ausgestellten Zahlungsanweisungen.²³⁹³ Ausserdem nimmt die EFK die Rolle einer externen Revisionsstelle für speziell geregelte Einzelfälle wahr, namentlich gegenüber der FINMA und der RAB, gestützt auf Art. 12 FINMAG bzw. Art. 32 RAG i.V.m. Art. 8 Abs. 2 FKG.²³⁹⁴

- 780 Die Aufsichtsstrukturen lassen sich mit dem folgenden Bild veranschaulichen:

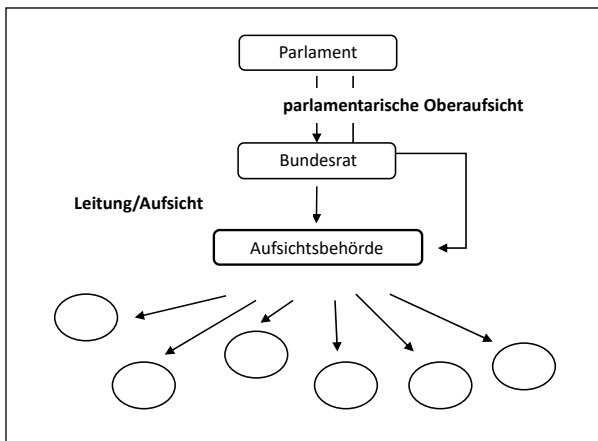


Abbildung 3: Eingliederung von Aufsichtsbehörden (öffentlich-rechtliche Anstalten)

- 781 Im Folgenden wird das Rechtsverhältnis zwischen den Aufsichtsbehörden und dem Bundesrat einerseits²³⁹⁵ sowie dem Parlament andererseits²³⁹⁶ näher beleuchtet.

Anforderungen an die Fachkompetenz ihrer Mitglieder, sollten diese doch in der Lage sein, auf Augenhöhe mit den Fachorganisationen und Aufsichtsbehörden zu verhandeln und ihre Qualitätssicherungsaufgabe wahrzunehmen (vgl. zum Ganzen Botschaft Strukturreform, BBl 2007 5669 ff., 5686 ff.).

²³⁹² Vgl. Art. 8 Abs. 1 lit. d FKG.

²³⁹³ Vgl. Art. 6 lit. c, d und e FKG.

²³⁹⁴ Dazu vorne N 700.

²³⁹⁵ Dazu sogleich N 782 ff.

²³⁹⁶ Dazu hinten N 812 ff.

8.2 Aufsichtsbefugnisse des Bundesrates

8.2.1 Überblick

Die Verfassungsbestimmungen, welche die Leitungs- und Aufsichtsbefugnisse des Bundesrates über die Bundesverwaltung verankern (Art. 178 Abs. 1 und Art. 187 Abs. 1 lit. a BV), erfahren in Art. 8 RVOG eine Konkretisierung. Unter dem Titel «Organisation und Führung der Bundesverwaltung» wird seine Aufsichtskompetenz in Abs. 4 dieser Bestimmung hinsichtlich der dezentralisierten Verwaltungseinheiten im Grundsatz statuiert.²³⁹⁷ Auch in den Organisationserlassen ist die grundsätzliche Aufsichtskompetenz des Bundesrates regelmässig verankert.²³⁹⁸ Ferner sind jeweils verschiedene bundesrätliche Aufsichtsbefugnisse vorgesehen. Solche werden auch im Mustererlass in Art. 22 Abs. 2 unter der Überschrift «Aufsicht über die Anstalt» einer nicht abschliessenden Liste überblicksartig aufgeführt.²³⁹⁹ Danach gehören zu den bundesrätlichen Aufsichtskompetenzen:

– Wahl- und Abberufungskompetenzen

Wie gesehen, betreffen diese sowohl die Wahl als auch die Abberufung der Mitglieder des Verwaltungsrates und von dessen Präsidentin oder Präsidenten,²⁴⁰⁰ ebenso wie die Wahl und Abberufung der Revisionsstelle.²⁴⁰¹

– Diverse Genehmigungsaufgaben

So genehmigt er (1) die strategischen Ziele der Anstalt,²⁴⁰² (2) die Begründung und die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit deren Direktorin oder Direktor²⁴⁰³ (nicht aber die Begründung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses der weiteren Mitglieder der Geschäftsleitung²⁴⁰⁴), (3) die Personalverordnung²⁴⁰⁵ und allenfalls auch den An-

²³⁹⁷ Vgl. dazu SÄGESSER, Kommentar RVOG, Art. 8 N 71 ff. sowie N 49 ff. zu Abs. 3, der sich auf die Ausübung der Aufsicht über die zentrale Bundesverwaltung bezieht.

²³⁹⁸ Vgl. etwa Art. 81a Abs. 2 HMG, Art. 38 Abs. 2 RAG oder Art. 18 Abs. 2 ENSIG.

²³⁹⁹ Im Mustererlass wird in diesem Zusammenhang auf die anwendbaren Leitsätze 18, 22a und 22b verwiesen, die sich auf die Ausführungen des Corporate-Governance-Berichts zur Rolle des Bundesrates als «Eigner» gegenüber den verselbstständigten Einheiten (vgl. dazu insb. Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8279 f. sowie 8291 f.) und die gestützt darauf durchgeführten Folgearbeiten (dazu vorne N 601) zurückführen lassen.

²⁴⁰⁰ Dazu vorne N 693 m.w.H.

²⁴⁰¹ Dazu vorne N 699 m.w.H.

²⁴⁰² Dazu hinten N 790 f.

²⁴⁰³ Dazu vorne N 696 m.w.H.

²⁴⁰⁴ Vgl. Art. 6 lit. i Mustererlass. Dies entspricht denn auch Leitsatz 4 des Corporate-Governance-Berichts; vgl. dazu auch Art. 9 Abs. 1 lit. h FINMAG.

²⁴⁰⁵ Dazu vorne N 712.

schlussvertrag mit PUBLICA²⁴⁰⁶ sowie (4) den Geschäftsbericht und den Beschluss über die Verwendung eines Gewinns.²⁴⁰⁷

- Die jährliche Überprüfung der Erreichung der strategischen Ziele²⁴⁰⁸
- Die Entlastung des Verwaltungs- bzw. Institutsrates²⁴⁰⁹
- Gewisse Rechtsetzungsbefugnisse

Der Bundesrat ist bspw. regelmässig zuständig dafür, auf der Stufe unterhalb des Gesetzes Verordnungen im Aufsichtsbereich zu erlassen. Illustrativ lässt sich etwa auf die VAM, die LGV oder die ENSIV verweisen.

- 783 Die aufsichtsrechtlichen Organisationserlasse enthalten z.T. weitere Befugnisse des Bundesrates.

Beispielsweise sieht Art. 30 Abs. 6 RAG vor, dass der Bundesrat auch die Entschädigungen der Mitglieder des Verwaltungsrates festlegt, wobei Art. 6a Abs. 1–4 BPG zur Anwendung gelangen.

Gemäss Art. 4 Abs. 1 ENSIG bestimmt der Bundesrat auch die grundlegenden Anforderungen an die Qualitätssicherung des ENSI. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung lässt das ENSI die Qualität der Aufgabenerfüllung und der Dienstleistungen im Übrigen durch eine externe Stelle periodisch überprüfen.

- 784 Nach Auffassung des Bundesrates muss es ihm in seiner Funktion als Aufsichtsinstanz grundsätzlich möglich sein, allfälligen organisationsinternen Mängeln der Aufsichtsbehörden auf den Grund zu gehen und sicherzustellen, dass die Behörden ihren gesetzlichen Auftrag erfüllen können. In diesem Zusammenhang betonte er, «dass mit der Auslagerung von Verwaltungsaufgaben nur die eigentliche Erfüllung der Aufsichtsaufgaben ausgelagert wird, der Bundesrat jedoch das ordnungsgemässe Funktionieren der verselbstständigten Behörde zu gewährleisten hat, weshalb er bei Mängeln ausserhalb der inhaltlichen Aufsichtstätigkeit eingreifen können muss».²⁴¹⁰

²⁴⁰⁶ Dazu vorne Fn. 2220 (N 712).

²⁴⁰⁷ Art. 22 Abs. 2 lit. c Ziff. 4 sowie Art. 6 lit. n Mustererlass. Vgl. dazu etwa Art. 9 Abs. 1 lit. f FINMAG; Art. 38 Abs. 2 lit. d RAG; Art. 81a Abs. 3 lit. e HMG; Art. 6 Abs. 6 lit. l ENSIG.

²⁴⁰⁸ Dazu hinten N 792 m.w.H.

²⁴⁰⁹ Art. 22 Abs. 2 lit. e Mustererlass. Vgl. auch Art. 38 Abs. 2 lit. g RAG; Art. 81a Abs. 3 lit. g HMG; Art. 18 Abs. 2 ENSIG.

²⁴¹⁰ GPK-S, Unabhängigkeit 2022, BB1 2022 2979, 11.

Es liegt auf der Hand, dass der Bundesrat die ihm zugewiesenen Aufgaben und Befugnisse nur wahrnehmen kann, wenn er auch über die Möglichkeiten und Kompetenzen verfügt, Vorkommnisse aufzuklären und selbstständig nachzuprüfen, ob es bspw. Gründe gibt, um einen Bericht nicht oder nur teilweise zu genehmigen oder gar ein bestimmtes Behördenmitglied abzuverufen.²⁴¹¹ Entsprechend kann gemäss Art. 22 Abs. 3 des Mustererlasses der Bundesrat zur Wahrnehmung seiner Aufsichtsaufgaben Einsicht in sämtliche Geschäftsunterlagen der Anstalt nehmen und sich zu diesem Zweck auch jederzeit über ihre Geschäftstätigkeit informieren lassen. In den Organisationserlassen sind entsprechende Kompetenzen des Bundesrates nur vereinzelt vorgesehen, so etwa in Art. 81a Abs. 4 HMG. Einen etwas anderen Ansatz wählt Art. 12 FINMAG, der vorsieht, dass die EFK als externe Revisionsstelle der FINMA ihren Revisionsbericht nicht nur an den Verwaltungsrat der FINMA, sondern auch an den Bundesrat zu richten hat. Mit BIAGGINI ist jedoch anzunehmen, dass die für die Ausübung der jeweils aufgeführten bundesrätlichen Aufsichtsbefugnisse erforderlichen Mittel in den einschlägigen Kompetenznormen des Bundesrates stillschweigend mitenthalten sind.²⁴¹²

So ist der Bundesrat befugt, die Aufsichtsbehörden um Erläuterungen oder um Ergänzung der Berichte zu bitten. Denkbar ist auch die Einberufung einer Delegation der Behörde zwecks Klärung offener Fragen. Besteht die Vermutung eines Fehlverhaltens oder einer Funktionsstörung, kann der Bundesrat vom administrativ zugeordneten Bundesamt einen Bericht einholen. Erweist sich in der Folge ein eigentlicher Audit als notwendig, wird in der Lehre gefordert, dass neutrale Sachverständige ausserhalb der Zentralverwaltung mit der Durchführung beauftragt werden, nicht zuletzt zwecks Wahrung der Unabhängigkeit der Behörde und zur Sicherstellung einer unabhängigen Analyse.²⁴¹³ Mit dem Grundsatz der Unabhängigkeit als nicht vereinbar gilt hingegen die inhaltliche Kontrolle einzelner Aufsichtsentscheide der zuständigen Behörden, weder durch den Bundesrat noch durch das Parlament. Eine solche Aufgabe ist der Gerichtskontrolle vorbehalten.²⁴¹⁴

²⁴¹¹ So BIAGGINI, Gutachten ENSI, 34.

²⁴¹² *Ebd.*

²⁴¹³ Vgl. MARTENET, Contrôle, 209 f.

²⁴¹⁴ Vgl. dazu *ebd.*, 210 und 214 ff. zum Verhältnis zwischen den gerichtlichen Kontrollbefugnissen und der politischen Aufsicht.

8.2.2 Befugnisse des Bundesrates hinsichtlich der strategischen Ausrichtung der Aufsichtsbehörden

787 Gemäss Art. 8 Abs. 5 RVOG legt der Bundesrat, «soweit zweckmässig», die sog. «strategischen Ziele» für bestimmte «verselbstständigt[e] Einheiten» fest, worunter grundsätzlich auch Aufsichtsbehörden fallen.²⁴¹⁵ Der Begriff der «verselbstständigten Einheit» ist dem Corporate-Governance-Bericht entnommen;²⁴¹⁶ er wurde zusammen mit Art. 8 Abs. 5 RVOG anlässlich der Teilrevision vom 17. Dezember 2010 in das RVOG überführt.²⁴¹⁷

Mit Einführung der strategischen Ziele wurden auch für die nach den Regeln der wirkungsorientierten Verwaltungsführung (*New Public Management*) geprägte²⁴¹⁸ Swissmedic die noch vorgesehenen Steuerungsinstrumente von Leistungsaufträgen und Leistungsvereinbarungen nach Art. 38a RVOG²⁴¹⁹ abgelöst und Art. 70 HMG neu konzipiert. Begründet wurde dies insb. mit Blick auf den Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates.²⁴²⁰ Dem darin verwendeten Vier-Kreise-Modell lässt sich entnehmen, dass nur noch die Einheiten im 2. Kreis, die sog. «FLAG-Verwaltungsstellen», durch Leistungsaufträge und Globalbudgets gesteuert werden sollen, Aufsichtsbehörden, die dem 3. Kreis zugeteilt werden,²⁴²¹ hingegen nicht.²⁴²²

²⁴¹⁵ Erfasst werden nach Art. 8 Abs. 5 lit. a RVOG «die Personen des öffentlichen oder privaten Rechts, die (1) nicht der zentralen Bundesverwaltung angehören, (2) durch die Bundesgesetzgebung geschaffen worden sind oder vom Bund kapital- und stimmenmässig beherrscht werden, und (3) mit Verwaltungsaufgaben betraut sind».

²⁴¹⁶ Gemeint sind insb. Organisationen, die durch Auslagerung und rechtliche Verselbstständigung von Verwaltungseinheiten entstanden sind (vgl. Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8266; vgl. dazu auch SÄGESSER, Kommentar RVOG, Art. 8 N 74 m.w.H.).

²⁴¹⁷ Vgl. Ziff. I 2 des Bundesgesetzes über die Mitwirkung der Bundesversammlung bei der Steuerung der verselbstständigten Einheiten vom 17.12.2010, AS 2011 5889.

²⁴¹⁸ BSK HMG-RICHLI, Vor 5. Kapitel N 3 f.; vgl. auch RICHLI, Vernehmlassungsentwurf, 255 und 264 f.

²⁴¹⁹ Diese Bestimmung wurde durch Anhang Ziff. 2 des Bundesgesetzes über den eidgenössischen Finanzhaushalt (Finanzhaushaltsgesetz, FHG) (Neues Führungsmodell für die Bundesverwaltung, NFB) vom 26.9.2014 eingefügt. Vgl. dazu etwa SÄGESSER, Kommentar RVOG, Art. 38a N 1 ff.; vgl. auch etwa MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, 31 ff. sowie zu den Leistungsvereinbarungen insb. 277 ff.

²⁴²⁰ Vgl. Botschaft HMG 2012, BBl 2013 97 f.

²⁴²¹ Dazu etwa vorne N 597.

²⁴²² Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8248. Ausserdem liess sich dem Corporate-Governance-Bericht entnehmen, dass nicht zuletzt auch ein Spannungsverhältnis zwischen der Bundesverwaltung (BAG) und Swissmedic beseitigt werden sollte (vgl. *ebd.*, BBl 2006 8923, Fn. 76). Vgl. zur Neukonzeption im HMG auch insb. BSK HMG-RICHLI, Art. 70 N 1 ff. m.w.H.

Hinzu kommt, dass gemäss Art. 38a Abs. 1 lit. b RVOG die Departemente Verwaltungseinheiten der dezentralen Bundesverwaltung mit Leistungsvereinbarungen führen, wenn diese keine eigene Rechnung führen.²⁴²³ Dies trifft auf Swissmedic nicht zu.²⁴²⁴

Neben den Organisationserlassen, welche die Grundlage der langfristigen staatlichen Steuerung verselbstständigter Verwaltungseinheiten bilden und Inhalt sowie Umfang ihrer Aufgaben festlegen, ermöglichen die strategischen Ziele dem Bundesrat «in seiner Funktion als Eigner (...) und unter Wahrung einer Gesamtsicht»²⁴²⁵ «im mittelfristigen Zeithorizont [eine] gezielte, auf die Verwirklichung der übergeordneten Interessen ausgerichtete Einflussnahme auf die verselbstständigte Einheit und auf deren Aufgabenerfüllung».²⁴²⁶ 788

Im bundesrätlichen Bericht vom 26. Mai 2021 in Erfüllung des Postulates Abate (18.4274), wurde versucht, den Begriff der Eignerstrategie näher zu definieren. Gemeint ist damit ein den strategischen Zielen und auch der Institutsstrategie vorgelagertes Gesamtkonzept des Staates. Im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben zu Zweck und Aufgaben einer bestimmten Verwaltungseinheit umfasst die Eignerstrategie des Bundes zusammengefasst «die Gesamtheit der Erwartungen, Zielsetzungen und Wertvorstellungen des Bundes gegenüber den verselbstständigten Einheiten, die Regelungen, wie der Staat seine Rolle als Eigentümer wahrnimmt, sowie die Bestimmung der Verantwortung und Verantwortlichkeiten innerhalb der Bundesverwaltung».²⁴²⁷

Der Begriff passt im Kontext von ausgelagerten, unabhängig ausgestalteten Aufsichtsbehörden nicht recht.²⁴²⁸ Allerdings soll die Begriffsverwendung ihre Autonomiesphäre offenbar nicht in Frage stellen. Nach der in diesem Bericht geäusserten Ansicht des Bundesrates haben sich die Eignerstrategien nämlich auch bezüglich «Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht» bewährt. Bezug genommen wurde dabei explizit auf den Mustererlass, der als eine gute Grundlage für die Gewährleistung der Unabhängigkeit dieser Einheiten wahrgenommen wird.²⁴²⁹

²⁴²³ Allerdings hat der Bundesrat Ausnahmen in Art. 22a RVOV vorgesehen; von Leistungsvereinbarungen ausgenommen sind insb. Aufsichtsbehörden in der Rechtsform von Behördenkommissionen (vgl. Art. 22a Abs. 2 RVOV; dazu auch hinten N 913).

²⁴²⁴ Vgl. Art. 68 Abs. 3 HMG.

²⁴²⁵ Corporate-Governance-Bericht, BB1 2006 8276.

²⁴²⁶ *Ebd.*

²⁴²⁷ BR, Eignerstrategie, 30.

²⁴²⁸ Vgl. so bereits BIAGGINI, Gutachten ENSI, 17, der die Frage aufgeworfen hatte, was die «Funktion als Eigner» sowie die «Eignerinteressen des Bundes» mit Blick auf ausgelagerte, unabhängige Aufsichtsbehörden genau bedeuten sollte.

²⁴²⁹ BR, Eignerstrategie, 47.

- 789 Die strategischen Ziele formulieren, im Gegensatz zu einer Unternehmensstrategie, strategische Erwartungen und Ziele des Staates; mit ihnen nimmt der Bund gezielt Einfluss auf die verselbstständigten Einheiten und ihre Aufgabenerfüllung.²⁴³⁰ Die strategischen Ziele präzisieren gewissermassen das Gesetz, müssen sich aber an den gesetzlichen Rahmen halten.²⁴³¹ Erfasst werden sowohl unternehmensbezogene Zielvorgaben hinsichtlich der betrieblichen Entwicklung (wie bspw. Schwerpunkte der Geschäftspolitik) als auch Vorgaben mit Blick auf die zur Erfüllung übertragenen Aufgaben (wie bspw. Vorgaben zur Verwendung bestimmter Abteilungen).²⁴³² Entsprechend sind sie Grundlage für die Berichterstattung und erlauben jeweils einen «Soll-Ist-Vergleich»²⁴³³ im Rahmen der jährlichen Überprüfung ihrer Erreichung durch den Bundesrat.²⁴³⁴ Die EFV hat auch für die strategischen Ziele eine Mustervorlage entwickelt.²⁴³⁵
- 790 Von der grundsätzlichen Kompetenz des Bundesrates, gestützt auf Art. 8 Abs. 5 RVOG strategische Ziele für die verselbstständigten Einheiten festzulegen,²⁴³⁶ wird im Rahmen der aufsichtsrechtlichen Spezialgesetzgebung abgewichen. So sind die Aufsichtseinheiten aus Unabhängigkeitsgründen bereits gemäss dem 17. Leitsatz befugt, selbstständig eigene strategische Ziele zu erlassen.²⁴³⁷ Die

²⁴³⁰ *Ebd.*, 35.

²⁴³¹ *Ebd.*

²⁴³² Vgl. Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8276 f. sowie Leitsatz 16; vgl. auch BR, Eigenstrategie, 35. – Eingehend zu den strategischen Zielen, auch in Abgrenzung zu anderen Instrumenten, und m.w.H. vgl. SÄGESSER, Kommentar RVOG, Art. 8 N 77 ff.

²⁴³³ Dazu auch vorne N 108 f.

²⁴³⁴ Die jährliche Überprüfung der strategischen Ziele durch den Bundesrat ist vorgesehen in Art. 22 Abs. 2 lit. d Mustererlass. Vgl. auch Art. 38 Abs. 2 lit. f RAG; Art. 81a Abs. 3 lit. f HMG; Art. 6 Abs. 6 lit. I ENSIG.

²⁴³⁵ Gemäss Art. 14 Abs. 1 FINMAG-VO orientiert sich die FINMA bei der Festlegung ihrer strategischen Ziele an diesen Vorgaben. – Die Mustervorlage ist abrufbar unter <<https://www.efv.admin.ch> → Themen → Corporate Governance → Grundlagen> (besucht am 15.8.24).

²⁴³⁶ Der Begriff des «Festlegens» darf allerdings nicht dahin gehend missverstanden werden, dass der Bundesrat die strategischen Ziele einseitig diktieren könnte. Sie werden vielmehr in Abstimmung mit dem strategischen Organ der jeweiligen Einheit ausgearbeitet, wenn auch ihr Erlass keiner einvernehmlichen Vereinbarung bedarf. Vgl. dazu SÄGESSER, Kommentar RVOG, Art. 8 N 90.

²⁴³⁷ Sie werden jeweils behördenintern vom Verwaltungs- oder Institutsrat erlassen. Vgl. dazu auch Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8276, der dazu ausführte, dass Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht «ihre Aufgaben in einer mit der Justiz vergleichbaren Unabhängigkeit erfüllen». Vgl. dazu z.B. auch POLTIER, 91 f.

strategischen Ziele bedürfen in der Folge allerdings i.d.R. einer Genehmigung des Bundesrates, wie dies auch in Art. 22 Abs. 2 lit. c Ziff. 1 sowie Art. 6 lit. a des Mustererlass vorgesehen ist.²⁴³⁸

Eine entsprechende Regelung liegt etwa im FINMAG vor: Nach Art. 9 Abs. 1 lit. a FINMAG legt der Verwaltungsrat der FINMA die strategischen Ziele fest, unterbreitet sie allerdings dem Bundesrat (*ex ante*) zur Genehmigung.²⁴³⁹

Auch bei der Swissmedic genehmigt der Bundesrat die strategischen Ziele des Instituts auf Vorschlag des Institutsrats (Art. 70 Abs. 1 und Art. 72a Abs. 1 lit. a sowie Art. 81a Abs. 3 lit. f HMG).

Hinsichtlich des ENSI entfallen die Genehmigungskompetenzen des Bundesrates über die strategischen Ziele jedoch: Nach Art. 6 Abs. 6 lit. a ENSIG legt der ENSI-Rat die strategischen Ziele des ENSI für jeweils vier Jahre alleine fest, ohne dass sie vom Bundesrat zu genehmigen wären.

Der Bundesrat kann zwar die Genehmigung verweigern, er kann aber die strategischen Ziele der Aufsichtsbehörden selber nicht abändern. Verweigert der Bundesrat die Genehmigung, so wird das Geschäft an den Verwaltungs- oder Institutsrat zurückgewiesen und es wird in der Folge im Rahmen von Gesprächen versucht, eine einvernehmliche Lösung zu finden.²⁴⁴⁰ 791

Wie gesehen, kommt dem Bundesrat zusätzlich jeweils die Aufgabe zu, die Erreichung der strategischen Ziele jährlich zu überprüfen.²⁴⁴¹ Vor diesem Hintergrund ist bspw. der Swissmedic-Institutsrat nach Art. 72a Abs. 1 lit. b HMG gehalten, dem Bundesrat jährlich Bericht über die Erfüllung der strategischen Ziele zu erstatten. Selbst der ENSI-Rat erstellt gemäss Art. 6 Abs. 6 lit. l ENSIG einen Tätigkeitsbericht, der u.a. auch Angaben zur Erreichung der strategischen Ziele enthält, und unterbreitet diesen dem Bundesrat zur Genehmigung. Eine entsprechende Regelung ist auch in den Mustererlass überführt worden.²⁴⁴² Die jährliche Berichterstattung der Behörden dient somit der Rechenschaftsablage gegenüber und der Information des Bundesrates, aber auch der Öffentlichkeit und trägt da- 792

²⁴³⁸ Vgl. dazu bereits vorne N 782.

²⁴³⁹ Nach Art. 14 Abs. 3 FINMAG-VO legt die FINMA dem EFD die strategischen Ziele drei Monate vor der geplanten Genehmigung durch den Bundesrat vor.

²⁴⁴⁰ EFV, Bemerkungen zu den Bestimmungen des Mustererlasses, 21; BR, Eignerstrategie, 48.

²⁴⁴¹ Dazu auch vorne N 782; vgl. aus den Organisationserlassen: Art. 38 Abs. 2 lit. f RAG sowie Art. 81a Abs. 3 lit. f HMG.

²⁴⁴² Vgl. Art. 6 lit. a sowie Art. 22 Abs. 2 lit. d Mustererlass.

mit zu ihrer demokratischen Legitimation bei.²⁴⁴³ Die entsprechenden Regelungen stehen für ein enges Zusammenwirken zwischen dem Bundesrat und den von ihm eingesetzten Behörden, nach Einschätzung der PVK aber nicht unbedingt für eine eigenverantwortliche und autonome Aufgabenerfüllung.²⁴⁴⁴

- 793 Sodann sah der Corporate-Governance-Bericht vor, dass der Bundesrat bei bedeutenden Aufgaben der Aufsichtsbehörden mit ihrem Verwaltungs- oder Institutsrat «in Anlehnung an Art. 7 des Nationalbankgesetzes institutionalisierte Gespräche führen» kann.²⁴⁴⁵ Entsprechende Bestimmungen wurden in das FINMAG (Art. 21 Abs. 2) sowie in das RAG (Art. 38 Abs. 3) aufgenommen. Nach diesen Bestimmungen erörtern die jeweiligen Aufsichtsbehörden regelmässig mit dem Bundesrat «die Strategie ihrer Aufsichtstätigkeit sowie aktuelle Fragen der Finanzplatzpolitik» bzw. «ihre strategischen Ziele und die Erfüllung ihrer Aufgaben». Auch in die FINMAG-VO wurden Bestimmungen eingefügt, welche die Zusammenarbeit und den Informationsaustausch zwischen der FINMA und dem EFD regeln.²⁴⁴⁶

Die Zusammenarbeit und der Informationsaustausch zwischen der FINMA und dem EFD ist spezifisch vorgesehen im Rahmen der internationalen Tätigkeiten der FINMA (vgl. Art. 2 ff. und insb. Art. 4 FINMAG-VO) sowie im Rahmen ihrer Regulierungstätigkeiten (vgl. Art. 5 ff. und insb. Art. 13 FINMAG-VO). Gemäss Art. 15 FINMAG-VO ist die FINMA ferner gehalten, «das EFD über nicht öffentliche Informationen zu bestimmten Finanzmarktteilnehmern [zu informieren], wenn es der Aufrechterhaltung der Stabilität des Finanzsystems dient sowie in Fällen von potenziell grosser wirtschaftlicher oder politischer Tragweite».

- 794 Die Einflussmöglichkeiten des Bundesrates ebenso wie der im Rahmen der Gespräche zwischen Aufsichtsbehörden und Bundesrat stattfindende Informationsaustausch sind aus Unabhängigkeitsgesichtspunkten nicht unproblematisch.²⁴⁴⁷ Der folgende Abschnitt widmet sich dieser Thematik.

²⁴⁴³ So etwa PVK, Evaluation Unabhängigkeit, BBl 2016 1746. – Die Verfahren der Berichterstattung und der Genehmigung durch den Bundesrat wurden im Evaluationsbericht der PVK insgesamt als zweckmässig und angemessen eingestuft. Allerdings wurde festgehalten, dass das Interesse des Bundesrates an der Berichterstattung nach Aussagen einzelner Behörden eher gering sei und i.d.R. auch nicht mit einer Rückmeldung des Bundesrates gerechnet werden könne (*ebd.*).

²⁴⁴⁴ *Ebd.*, BBl 2016 1742.

²⁴⁴⁵ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8286.

²⁴⁴⁶ Vgl. generell Art. 1 Abs. 1 lit. c FINMAG-VO.

²⁴⁴⁷ Vgl. statt vieler MARTENET, *Contrôle*, 204 m.w.H., der eine grundsätzliche zurückhaltende Ausübung der Genehmigungskompetenzen fordert.

8.2.3 Zum Spannungsverhältnis zwischen der bundesrätlichen Aufsichtsausübung und der Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden

Insgesamt kommen dem Bundesrat nicht unerhebliche Möglichkeiten der Einwirkung auf die einzelnen Aufsichtsbehörden zu. Dass die bundesrätliche Aufsichtsausübung dabei in ein gewisses Spannungsverhältnis zur grundsätzlich anerkannten Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden (v.a. in institutioneller Hinsicht²⁴⁴⁸) gerät, liegt auf der Hand. Art. 8 Abs. 4 RVOG relativiert aus diesem Grund die bundesrätlichen Aufsichtskompetenzen im Hinblick auf die unabhängige Ausgestaltung und die gesetzlich verankerten «Autonomiesphären»²⁴⁴⁹ der Aufsichtsbehörden. Nach dieser Bestimmung beaufsichtigt der Bundesrat nämlich die dezentralisierten Verwaltungseinheiten «nach Massgabe der besonderen Bestimmungen». Gegenstand, Umfang und Grundsätze der Aufsichtsausübung durch den Bundesrat werden somit durch die auf die Aufsichtsbehörden anwendbare Spezialgesetzgebung bestimmt und richten sich gemäss Art. 24 Abs. 3 RVOV «nach dem jeweiligen Grad der Autonomie».²⁴⁵⁰ Das Ergebnis sind sachbereichsspezifische Aufsichtsregime.²⁴⁵¹ Dabei bedeuten Autonomiebereiche grundsätzlich keine Zuständigkeits-schranken für die bundesrätliche Aufsicht, wohl aber Weisungsunabhängigkeit in der Aufgabenwahrnehmung für die Beaufsichtigten und entsprechend auch in betrieblicher und organisatorischer Hinsicht. Inhaltliche Vorgaben oder eigene Entschiede darf der Bundesrat im autonomen Bereich nicht erlassen, er muss sich auf Empfehlungen beschränken.²⁴⁵²

Der Bundesrat kann mit anderen Worten seine Aufsichtskompetenzen nicht losgelöst von den Vorgaben der aufsichtsrechtlichen Organisationserlasse wahrnehmen.²⁴⁵³ Entsprechend versucht etwa der 6. Abschnitt des Mustererlasses mit der Formulierung «Fachliche Unabhängigkeit und Aufsicht» sowohl den Grundsatz der Unabhängigkeit als auch die Aufsicht über die Anstalten unter einer Überschrift zu fassen.

Interessant ist auch die gewählte Formulierung von Art. 22 Abs. 1 des Mustererlasses. Danach untersteht die Anstalt der «administrativen Aufsicht» des Bundes-

²⁴⁴⁸ Zu dieser Unabhängigkeitsdimension im Allgemeinen vgl. vorne N 657 ff.

²⁴⁴⁹ So BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 169 N 3.

²⁴⁵⁰ Vgl. dazu auch MARTENET, Contrôle, 212 ff.; BIAGGINI, SG-Kommentar BV, Art. 187 N 14.

²⁴⁵¹ BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 187 N 5.

²⁴⁵² SÄGESSER, Kommentar RVOG, Art. 8 N 72.

²⁴⁵³ Vgl. auch BIAGGINI, SG-Kommentar BV, Art. 187 N 14; SÄGESSER, Kommentar RVOG, Art. 8 N 72.

rates, ein Begriff, der sogleich in eckigen Klammern erläutert wird. Als «gleichbedeutende Variante» gibt Art. 22 Abs. 1 nämlich die folgende Formulierung an: «Der Bundesrat beaufsichtigt die Anstalt unter Wahrung ihrer fachlichen Unabhängigkeit.»

In diesem Sinne wurde der Begriff der «administrativen Aufsicht» bspw. auch in der Botschaft zur Bündelung der Aufsicht über Revisionsunternehmen und Prüfungsgesellschaften verwendet, um gewissermassen auf eine «Aufsicht light» hinzuweisen. So wurde ausgeführt, dass sich die administrative Aufsichtsausübung des Bundesrates über verselbstständigte Einheiten, die Aufgaben der Wirtschafts- oder Sicherheitsaufsicht erfüllten, massgeblich von derjenigen Aufsicht unterscheide, die über Einheiten der zentralen Bundesverwaltung ausgeübt werde. Sie lasse sich am ehesten mit einer Rechenschaftsabnahme vergleichen.²⁴⁵⁴

- 798 Wie sich die Einwirkungsmöglichkeiten des Bundesrates und die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden jedoch genau zueinander verhalten, lässt sich nicht etwa einer gesetzlichen Regelung entnehmen.²⁴⁵⁵ Das Spannungsverhältnis lässt sich nicht ein für alle Mal auflösen; eine *absolute* Unabhängigkeit der dezentralen Einheiten vom Bundesrat bzw. von der Bundesversammlung ist jedenfalls nicht möglich²⁴⁵⁶ und wäre aus Sicht der demokratischen Legitimation und rechtsstaatlichen Einbindung der Aufsichtsbehörden auch nicht unproblematisch.²⁴⁵⁷ Die «Anstaltsaufsicht» wurde denn auch schon als «Verbindungsstrang» zwischen der Anstalt und der öffentlichen Verwaltung dargestellt, ohne den der Anstalt eine gewissermassen «souveräne Stellung innerhalb des Staatsganzen» zukommen würde.²⁴⁵⁸
- 799 Insgesamt wurden die Aufsichtskompetenzen des Bundesrates, wie sie im Mustererlass vorgesehen sind, von der GPK-S in ihrem Bericht von 2017 zur Untersuchung der Unabhängigkeit von Aufsichts- und Regulierungsbehörden als «weitgehend» angesehen. Inzwischen scheinen sich die Vorgaben des Mustererlasses im Grundsatz allerdings etabliert zu haben.²⁴⁵⁹ Klar ist, dass die Balance zwischen

²⁴⁵⁴ Vgl. Botschaft Aufsicht über Revisionsunternehmen, BBl 2013 6892 mit Verweis auf Art. 8 Abs. 2 FK-G.

²⁴⁵⁵ UHLMANN, Gutachten FINMA, N 53, wenn auch spezifisch mit Blick auf die FINMA.

²⁴⁵⁶ Vgl. so GPK-S, Unabhängigkeit 2017, BBl 2017 4515.

²⁴⁵⁷ Dazu auch vorne N 644 ff.

²⁴⁵⁸ JECHT, 89; vgl. auch LAZZARINI, 357.

²⁴⁵⁹ Tatsächlich wies der Abschlussbericht der GPK-S allerdings darauf hin, dass es noch viele Jahre dauern werde, bis die einschlägigen Vorschriften aus dem Mustererlass umgesetzt sein würden. Die GPK-S hielt es aber für besonders wichtig, «dass der Bundesrat bei künftigen Gesetzesänderungen die in den Mustererlassen definierten Grund-

der unabhängigen Ausgestaltung der Behörden und den Einflussmöglichkeiten des Bundesrates sowie des Parlaments immer wieder neu austariert werden muss, wobei die zulässige Intensität von Kontrollbefugnissen auch am Grad der einer Aufsichtsbehörde gewährten Unabhängigkeit auszurichten ist.²⁴⁶⁰

In ihrem Abschlussbericht 2022 kam die GPK-S zum Schluss, dass sie auf keine 800 Fälle gestossen sei, «in denen die geltende Regelung grundlegend problematisch wäre oder die Unabhängigkeit der betreffenden Behörde gefährden würde». Ihre Kritik richtete sich materiell v.a. gegen das Genehmigungsrecht des Bundesrates bei der Begründung bzw. Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Direktorin bzw. dem Direktor²⁴⁶¹ sowie generell gegen die fehlende Bereitschaft des Bundesrates, ein einheitliches Konzept für die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden zu erarbeiten.²⁴⁶²

Bereits die PVK hatte im Rahmen ihrer Evaluation die Ernennung oder Genehmi- 801 gung der operativen Leitung der Aufsichtsbehörden durch den Bundesrat kritisch hinterfragt.²⁴⁶³ In den aufsichtsrechtlichen Organisationsgesetzen öffentlich-rechtlicher Anstalten haben sich solche Vorgaben in Bezug auf das Arbeitsverhältnis mit dem Direktor oder der Direktorin inzwischen jedoch etabliert,²⁴⁶⁴ und sie entsprechen den Vorgaben im Mustererlass.²⁴⁶⁵ Auch Leitsatz 4, der ursprünglich ausdrücklich festgehalten hatte, dass die Genehmigung der Wahl der Geschäftsleitung von Anstalten durch den Bundesrat bei Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts-

sätze weiterhin konsequent anwendet [und] erwartet, dass allfällige Abweichungen in diesem Bereich in den dem Parlament vorgelegten Botschaften begründet werden». Sie behielt sich im Bericht die Möglichkeit vor, diese Frage bei künftigen Gesetzesrevisionen punktuell zu überprüfen (GPK-S, Unabhängigkeit 2022, BBl 2022 2979, 11).

²⁴⁶⁰ Vgl. Art. 8 Abs. 4 RVOG und Art. 24 Abs. 3 RVOV. Vgl. dazu auch MARTENET, *Contrôle*, 212 f.; SÄGESSER, *Kommentar RVOG*, Art. 8 N 72; BIAGGINI, *SG-Kommentar BV*, Art. 187 N 14. – Zur parlamentarischen Oberaufsicht vgl. etwa ZIMMERLI, *Contrôle*, 117; MÜLLER/VOGEL, 658 ff.

²⁴⁶¹ GPK-S, *Unabhängigkeit 2022*, BBl 2022 2979, 11 f.; dazu auch vorne N 697 m.w.H.

²⁴⁶² GPK-S, *Unabhängigkeit 2022*, BBl 2022 2979, 17 f.; dazu auch hinten N 947 ff.

²⁴⁶³ PVK, *Evaluation Unabhängigkeit*, BBl 2016 1746. Auch die GPK-S äusserte sich in der Folge kritisch (vgl. GPK-S, *Unabhängigkeit 2017*, BBl 2017 4517).

²⁴⁶⁴ Entsprechende Bestimmungen in den Organisationserlassen sind vorgesehen in: Art. 9 Abs. 1 lit. g FINMAG; Art. 30a lit. g RAG; Art. 72a Abs. 1 lit. g und Art. 81a Abs. 3 lit. b HMG; dazu vorne N 696.

²⁴⁶⁵ Art. 22 Abs. 2 lit. c Ziff. 2 sowie Art. 6 lit. h Mustererlass.

und der Sicherheitsaufsicht entfalle,²⁴⁶⁶ wurde zwischenzeitlich angepasst. Als sich die GPK-S nach den Gründen für diese Änderung erkundigte, stellte sich der Bundesrat auf den Standpunkt, dass es ihm in seiner Funktion als Aufsichtsinstanz möglich sein müsse, dafür zu sorgen, dass die betreffenden Behörden ihren gesetzlichen Auftrag ordnungsgemäss erfüllten. Ein Genehmigungserfordernis erhöhe die Legitimation der Funktion der Direktorin bzw. des Direktors und könne die Unabhängigkeit einer Anstalt sogar stärken, indem ihr Verwaltungs- bzw. Institutsrat die Direktorin bzw. den Direktor z.B. nicht mehr «aus beliebigen Gründen oder zu einem beliebigen Zeitpunkt entlassen können».²⁴⁶⁷ Umgekehrt sei es möglich, einer Anstellung die Genehmigung zu versagen, wenn die Kandidatur eine hinreichende Unabhängigkeit von der zu beaufsichtigenden Branche vermissen lasse oder etwa das Anforderungsprofil nicht erfülle.²⁴⁶⁸ Der Bundesrat führte ferner dazu aus, dass entsprechende Regelungen seit Längerem in mehreren Einheiten (genannt wurden die FINMA, Swissmedic sowie RAB) gelten würden und sich bewährt hätten.²⁴⁶⁹

- 802 Die GPK-S hielt in ihrem Abschlussbericht dazu fest, dass das Genehmigungsrecht des Bundesrates theoretisch zu einer Verringerung der organisatorischen Unabhängigkeit der betreffenden Einheiten führe, da sie dem Verwaltungs- bzw. Institutsrat die Kompetenz für einen abschliessenden Entscheid entziehe. Sie verwies auf gewisse Risiken, dass diesbezügliche Entscheidungen künftig stärker von politischen Überlegungen beeinflusst werden könnten und der Bundesrat indirekt in das operative Geschäft der Einheiten eingreifen könnte. Ausserdem sei zu befürchten, dass eine Ausübung des bundesrätlichen Vetorechts das Vertrauensklima in der Einheit selbst sowie zwischen der Einheit und dem Bund nachhaltig stören würde. Insgesamt erachtete sie die vorgenommenen Anpassungen aber als nachvollziehbar. Sie betonte allerdings die Wichtigkeit, dass das Mitspracherecht des Bundesrates nur sehr zurückhaltend und nur in gut begründeten Fällen genutzt werde und keinesfalls in die Unabhängigkeit der Einheit in Bezug auf ihre Aufsichtstätigkeit eingegriffen werde.²⁴⁷⁰

²⁴⁶⁶ Vgl. Leitsatz 4 in seiner ursprünglichen Fassung, abgedruckt im Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8271. Die GPK-S hatte auf die sich widersprechenden Bestimmungen des Mustererlasses und der Leitsätze in ihrem Bericht von 2017 hingewiesen (GPK-S, Unabhängigkeit 2017, BBl 2017 4518).

²⁴⁶⁷ GPK-S, Unabhängigkeit 2022, BBl 2022 2979, 11.

²⁴⁶⁸ *Ebd.*

²⁴⁶⁹ *Ebd.*, 12.

²⁴⁷⁰ *Ebd.*

Generell etabliert ist die Auffassung, wonach eine politische Einflussnahme und Mitwirkung des Bundesrates in das laufende, operative Tagesgeschäft der Aufsichtsbehörden verboten ist. So hielt der Bundesrat etwa in der Botschaft zum FINMAG generell fest, dass eine Finanzmarktaufsichtsbehörde zur zweckmässigen Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben eine funktionelle Unabhängigkeit von den politischen Behörden benötige. Ohne eine solche Unabhängigkeit bestehe die Gefahr, «dass die Massnahmen der Finanzmarktaufsicht sachfremden Einflüssen unterliegen», was ordnungspolitisch unerwünscht sei.²⁴⁷¹ Wie gesehen, wurde in der Botschaft die Stellung der FINMA mit derjenigen einer Justizbehörde verglichen.²⁴⁷² 803

Als problematisch und damit im Widerspruch stehend wurde allerdings die in der Folge gewählte Formulierung erachtet, durch die Genehmigung der strategischen Ziele «auf die mittelfristige Ausgestaltung der betrieblichen Tätigkeit der FINMA Einfluss [zu] nehmen».²⁴⁷³ In der Lehre wurde u.a. vorgebracht, dass die Einflussnahme des Bundesrates «auf die langfristige strategische Ausrichtung der FINMA» beschränkt sein sollte.²⁴⁷⁴ Grundsätzlich wurde es als rechtsstaatlich bedenklich angesehen, dass in der Botschaft – nicht aber im Gesetzestext – die Unabhängigkeit der FINMA mit Verweis auf das FLAG-Modell und die Eignerstrategie des Bundes eingeschränkt wurde.²⁴⁷⁵ Die FINMA wurde nämlich dem sog. dritten Kreis zugeordnet, einem Kreis, der Betriebe und Anstalten umfasst, die im Eigentum des Bundes stehen. Die Botschaft hielt ausserdem dazu fest: 804

«Der Bundesrat erachtet die FINMA als wichtigen Modell- und Präzedenzfall im Rahmen seiner Eignerstrategie. Angesichts der staatspolitischen Bedeutung und der Grösse dieser Organisation kommt der Steuerung durch den Bund eine wichtige Funktion zu.»²⁴⁷⁶

²⁴⁷¹ Botschaft FINMAG, BBl 2006 2836.

²⁴⁷² *Ebd.*; vgl. dazu auch vorne N 538.

²⁴⁷³ Botschaft FINMAG, BBl 2006 2841.

²⁴⁷⁴ BSK FINMAG-URBACH/WIDMER, Art. 9 N 9 m.w.H.; vgl. auch WEBER ET AL., 155 f., die die Frage aufwarfen, ob sich generell die Pflicht, die strategischen Ziele der FINMA dem Bundesrat zur Genehmigung vorzulegen, mit internationalen Standards für eine unabhängige Aufsichtsbehörde im Finanzmarktbereich vereinbaren lasse.

²⁴⁷⁵ WEBER ET AL., 155 f. sowie 175 (N 12).

²⁴⁷⁶ Botschaft FINMAG, BBl 2006 2841.

- 805 Dagegen brachten u.a. WEBER ET AL. vor, dass es sich gerade bei der FINMA nicht um eine klassische Anstalt handele, geschweige denn um eine, die im Eigentum des Bundes stehe.²⁴⁷⁷
- 806 Im Einzelfall muss es den unabhängigen Aufsichtsbehörden möglich sein, auch unpopuläre Massnahmen anzuordnen und durchzusetzen²⁴⁷⁸ und ihre Tätigkeit, entkoppelt von politischen Erwägungen und den Wahlzyklen der Politik, auf lange Sicht auszurichten.²⁴⁷⁹ Entsprechend umfasst die administrative Aufsichtsausübung des Bundesrates auch nicht die Befugnis, Entscheide der Aufsichtsbehörden nachträglich aufzuheben oder abzuändern.²⁴⁸⁰ Hingegen darf, ja soll der Bundesrat insb. mittels seiner Genehmigungs- und Überprüfungsbefugnisse rund um die strategischen Ziele der Aufsichtsbehörden an ihrer mittel- bis langfristigen Strategie mitwirken und dadurch auch seine politische Verantwortung wahrnehmen.²⁴⁸¹ Allerdings wird es auch in diesem Rahmen erheblich auf die konkrete Ausübung der bundesrätlichen Kompetenzen ankommen. Eine Unterscheidung zwischen Einzelfallentscheidungen der Aufsichtsbehörden und strategischen Fragestellungen ist nicht immer leicht vorzunehmen; auch Einzelfälle können von strategischer Bedeutung sein.²⁴⁸²
- 807 Besonders deutlich wurde dies etwa – wenn auch in einem aussergewöhnlichen Fall –, als das *US-Department of Justice* bzw. der *International Revenue Service (IRS)* 2007/2008 umfangreiche Daten von US-amerikanischen Kunden von der UBS AG verlangte und damit drohte, bei Nichtherausgabe ein Strafverfahren gegen die Bank anzustrengen. In der Folge hatte sich der Bundesrat ausführlich von der FINMA über die Lage der UBS und die Herausforderungen für die Schweizerische Eidgenossenschaft informiert und beraten lassen. Zusätzlich liess er sich verschiedene Handlungsoptionen durch die FINMA aufzeigen.²⁴⁸³ Mit Faxschreiben vom 14. Dezember 2008 an den Vorsteher des EFD forderte die FINMA explizit «Rückendeckung» und schlug vor, sie mit Hinweis auf die existenzgefährdende Situation der UBS mittels Bundesratsbeschluss zu ermächtigen, gegenüber der

²⁴⁷⁷ WEBER ET AL., 156; BSK FINMAG-URBACH/WIDMER, Art. 9 N 9.

²⁴⁷⁸ UHLMANN, Gutachten FINMA, N 53.

²⁴⁷⁹ STÖCKLI, Organisatorische Fragen, 131.

²⁴⁸⁰ Vgl. so etwa Art. 26 Abs. 4 ParlG für die parlamentarische Oberaufsicht.

²⁴⁸¹ EFV, Bemerkungen zu den Bestimmungen des Mustererlasses, 21; vgl. auch GPK-S, Unabhängigkeit 2017, BBl 2017 4518.

²⁴⁸² Vgl. dazu etwa UHLMANN, Gutachten FINMA, N 53 f. m.w.H., der dabei zwischen «quasijustiziellen» und «strategischen» Fragen zu unterscheiden versucht.

²⁴⁸³ Urteil BVGer, B-1092/2009, 5.1.2010, E. 8.3.1.

UBS die Herausgabe von Bankkunden-Daten zwecks Weiterleitung an die USA mit einer Weisung zu verlangen.²⁴⁸⁴

Am 19. Dezember 2008 erliess der Bundesrat einen Beschluss, in dem er festhielt, dass er zur Kenntnis nehme, dass die Androhung unilateraler Zwangsmassnahmen gegen die UBS durch das *Department of Justice* sich für diese existenzgefährdend auswirken könne und er deshalb im Interesse der Stabilität des schweizerischen und globalen Finanzsystems die Vorinstanz (FINMA) ersuche, «alle notwendigen Massnahmen» zu treffen, um einen solchen Schritt zu verhindern. Weiter beauftragte der Bundesrat in seinem Beschluss das EFD, die Amtshilfeverfahren mit höchster Priorität voranzutreiben.²⁴⁸⁵ Mit Verfügung vom 18. Februar 2009 wies die FINMA die UBS schliesslich an, ihr alle Kundendaten zwecks Weiterleitung an das *US-Departement of Justice* auszuhändigen. Die Daten wurden noch am selben Abend der amerikanischen Botschaft ausgehändigt.²⁴⁸⁶

Die Verfügung der FINMA wurde vom Bundesverwaltungsgericht in der Folge nicht geschützt mit der Begründung, dass die FINMA zum Erlass einer solchen Notstandsverfügung zur Herausgabe von Bankkundendaten nicht kompetent gewesen sei.²⁴⁸⁷ Das Bundesgericht kam hingegen zum Schluss, dass sich die Verfügung der FINMA auf die polizeiliche Generalklausel stützen können,²⁴⁸⁸ ein Entscheid, der in der Lehre auf Kritik stiess.²⁴⁸⁹

Nicht nachvollziehbar war, dass, obwohl der Fall offensichtlich Fragen zum Verhältnis zwischen dem Bundesrat und der FINMA aufwarf, diese Themenkreise von den Gerichten nicht behandelt wurden. Auch scheute sich das Bundesgericht nicht, festzuhalten, die FINMA habe die zu beurteilende Massnahme «mit Wissen bzw. auf Anweisung und Drängen des Bundesrates hin verfügt, wobei dieser die konkret vorgesehene Massnahme – die umstrittene Datenherausgabe – gebilligt hatte»,²⁴⁹⁰ ohne den Grundsatz der Unabhängigkeit mit auch nur einem Wort zu erwähnen.²⁴⁹¹

²⁴⁸⁴ *Ebd.*, E. 8.3.1.

²⁴⁸⁵ *Ebd.*

²⁴⁸⁶ BGE 137 II 431, Sachverhaltsabschnitt C.b.

²⁴⁸⁷ Urteil BVGer, B-1092/2009, 5.1.2010, E. 8.4, E. 9 und E. 11.

²⁴⁸⁸ BGE 137 II 431, E. 3 und 4.

²⁴⁸⁹ Vgl. dazu hinten N 1369 ff.

²⁴⁹⁰ BGE 137 II 431, E. 3.2.3.

²⁴⁹¹ Kritisch dazu BIAGGINI, polizeiliche Generalklausel, 38.

- 811 Auch im Zusammenhang mit der Grossbankenfusion, die im März 2023 bekannt gegeben wurde (die Übernahme der CS durch die UBS), lassen sich mutmasslich vergleichbare Fragestellungen zur Rolle und Unabhängigkeit der FINMA im Hinblick auf ihr Zusammenwirken mit dem Bundesrat formulieren. Für eine nähere Analyse und Würdigung der interessierenden, aufsichtsrechtlich relevanten Gesichtspunkte ist es aber noch zu früh. Man darf gespannt sein auf die Aufarbeitung der Geschehnisse, die zu diesem historischen Vorhaben geführt haben und auf die darauffolgenden Anpassungen des (Aufsichts-)Rechts.

8.3 Oberaufsicht des Parlaments

8.3.1 Indirekte und direkte Oberaufsicht

- 812 Dezentrale Aufsichtsbehörden des Bundes unterstehen als Einheiten der Bundesverwaltung – neben der Aufsicht des Bundesrates – auch der Oberaufsicht des Parlaments. Dies lässt sich Art. 169 Abs. 1 BV entnehmen, ebenso Art. 26 Abs. 2 ParlG. Ausserdem sehen vereinzelte Organisationserlasse die parlamentarische Oberaufsicht ausdrücklich vor, so etwa Art. 21 Abs. 4 FINMAG oder Art. 18 Abs. 3 ENSIG.
- 813 Art. 169 Abs. 1 BV verankert aber auch die parlamentarische Oberaufsicht über den Bundesrat, was Koordinationsfragen aufwerfen kann. Insbesondere stellt sich jeweils die Frage, wer die Adressaten und was der Gegenstand der parlamentarischen Oberaufsicht sein soll. Mit Blick auf die dezentralisierten Aufsichtsbehörden in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Anstalten des Bundes bereitet die Bestimmung des Umfangs der parlamentarischen Oberaufsicht oftmals Schwierigkeiten. Wird die Oberaufsicht direkt über die Aufsichtsbehörden ausgeübt oder werden sie von einer indirekten (Ober-)Aufsichtsausübung über die Aufsicht des Bundesrates erfasst?²⁴⁹²
- 814 Grundsätzlich besteht Einigkeit dahin gehend, dass dem Parlament die Oberaufsicht über den Wirkungsbereich und die Tätigkeiten des Bundesrates (namentlich auch die bundesrätlichen Aufsichtsbefugnisse gegenüber den dezentralen Verwaltungsträgern) zukommt; danach ist primär der Bundesrat Adressat der Oberaufsicht.²⁴⁹³

²⁴⁹² Vgl. die Fragestellung besonders veranschaulichend UHLMANN, Gutachten FINMA, N 18 ff. zur zweistufigen Oberaufsicht in dezentraler Gliederung und insb. N 20.

²⁴⁹³ Vgl. UHLMANN, Gutachten FINMA, N 20; vgl. in diesem Sinne z.B. ZIMMERLI, Contrôle, 115 f.; SÄGESEER, Oberaufsicht, 127; vgl. auch K. EHRENZELLER, SG-Kommentar BV, Art. 169 N 27 f.

Zwar wurde auch schon ausgeführt, die parlamentarische Aufsicht könne nur Regierung und Verwaltung zum Gegenstand haben, nicht jedoch «die Aufsicht der Regierung über die Verwaltung».²⁴⁹⁴ Diese Ansicht überzeugt jedoch nicht und wäre auch angesichts schwieriger Abgrenzungsfragen wenig praktikabel.²⁴⁹⁵

Die wiederum der Aufsicht des Bundesrates unterstehenden Aufsichtsbehörden 815 werden vom Parlament somit indirekt beaufsichtigt.²⁴⁹⁶

Nicht geklärt ist jedoch, inwieweit auch eine (direkte) Oberaufsichtsausübung 816 des Parlaments über die Verwaltungstätigkeit selbst zulässig ist und inwiefern die Oberaufsicht des Parlaments an die Aufsichtsausübung durch den Bundesrat anknüpfen muss.²⁴⁹⁷ Im Swissmedic-Bericht des Ständerates von 2004 wurde bspw. ausgeführt:

«Die Oberaufsicht beschäftigt sich nicht (...) in erster Linie mit den operativen Tätigkeiten der dezentralen Einheiten (direkte Oberaufsicht), sondern konzentriert sich auf die Art und Weise, wie der Bundesrat und die Vertreter des Bundes diese Einheiten verwalten und überwachen (indirekte Oberaufsicht).»²⁴⁹⁸

Im Corporate-Governance Bericht wurde die parlamentarische Oberaufsicht als 817 Überwachung des Bundesrates «bei der Wahrnehmung der Interessen des Bundes» aufgefasst²⁴⁹⁹ und damit als auf seine strategischen Aufsichtsbefugnisse gerichtet interpretiert. Tatsächlich wird in Art. 28 Abs. 1 lit. b sowie Abs. 1^{bis} ParlG denn auch die Mitwirkung des Parlaments bei der Ausarbeitung der strategischen Ziele für verselbstständigte Einheiten nach Art. 8 Abs. 5 RVOG festgelegt.²⁵⁰⁰ Gemäss

²⁴⁹⁴ So RUCH, parlamentarische Kontrolle, 244 (eigene Hervorhebung).

²⁴⁹⁵ Vgl. so UHLMANN, Gutachten FINMA, N 14.

²⁴⁹⁶ *Ebd.*, N 20; ZIMMERLI, Contrôle, 115 f.

²⁴⁹⁷ Vgl. zum Ganzen auch UHLMANN, Gutachten FINMA, N 23 ff. und N 28 ff.; K. EHRENZELLER, SG-Kommentar BV, Art. 169 N 74 ff.

²⁴⁹⁸ GPK-S, Swissmedic-Bericht, BBl 2005 284. – Fast wortwörtlich wurde dieser Abschnitt in die Botschaft zum FINMAG übertragen (Botschaft FINMAG, BBl 2006 2874).

²⁴⁹⁹ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8281.

²⁵⁰⁰ Die Bestimmungen lassen sich auf eine parlamentarische Initiative vom 29.3.2010 zurückführen, mit der Fragen zur parlamentarischen Oberaufsichtsfunktion geklärt werden sollten, die im Rahmen des Corporate-Governance-Berichts, der sich v.a. mit den Kompetenzen des Bundesrates auseinandergesetzt hatte, offengelassen wurden. Vgl. dazu FK-N, Parlamentarische Initiative, Instrumentarium (BBl 2010 3377 ff.), sowie BR, Stellungnahme Parlamentarische Initiative dazu (BBl 2010 3413 ff.); vgl. das in der Folge verabschiedete Bundesgesetz über die Mitwirkung der Bundesversammlung bei der Steuerung der verselbstständigten Einheiten vom 17.12.2010 (AS 2011 5859).

Art. 28 Abs. 1^{bis} lit. b Ziff. 2 ParlG ist das Parlament sogar befugt, dem Bundesrat Aufträge zu erteilen, für die verselbstständigten Einheiten strategische Ziele festzulegen oder diese Ziele zu ändern.²⁵⁰¹ Ferner berichtet der Bundesrat der Bundesversammlung periodisch über die Erreichung der strategischen Ziele und über seine planerischen Tätigkeiten.²⁵⁰² Gleichwohl würde eine alleinige Ausrichtung der Oberaufsicht auf mittel- und langfristige strategische Inhalte den verschiedenen Einflussmöglichkeiten des Bundesrates zu wenig Rechnung tragen.²⁵⁰³ Das Parlament ist ja im Rahmen seiner indirekten Aufsichtstätigkeit gehalten, zu untersuchen, ob der Bundesrat seine verschiedenen Aufsichtspflichten gegenüber den verselbstständigten Einheiten im Interesse des Bundes erfüllt.²⁵⁰⁴

- 818 In der Lehre sind die Meinungen geteilt. Nach SÄGESSER ist Adressat der parlamentarischen Oberaufsicht nur der Bundesrat, nicht aber die Bundesverwaltung.²⁵⁰⁵ Ausserdem besteht die Oberaufsicht von ihrem Umfang her über das Verwaltungshandeln «dort, wo der Bundesrat Aufsichtskompetenzen hat».²⁵⁰⁶ LIENHARD etwa führte aus, die Oberaufsicht reiche «gleich weit wie die Rechenschafts- bzw. Aufsichtspflicht des Bundesrates und dessen Möglichkeit, Weisungen zu erteilen».²⁵⁰⁷ Auch im Gutachten von G. MÜLLER und S. VOGEL wird von einer zur Aufsicht des Bundesrates «kongruenten» Oberaufsicht des Parlaments gesprochen,²⁵⁰⁸ ebenso im Gutachten von BIAGGINI zur ENSI, der allerdings Abweichungen vom Grundsatz der Kongruenz nicht ausschliesst.²⁵⁰⁹ K. EHRENZELLER anerkennt ebenfalls, dass direkte Empfehlungen der Oberaufsicht an die Leitungsorgane eigenständiger Aufsichtsbehörden möglich bleiben müssen,²⁵¹⁰ geht jedoch im Grundsatz von einer beschränkten parlamentarischen Oberaufsichtsausübung gegenüber Aufsichts- und Regulierungsbehörden aus. Zum einen sei die gesetzlich geschützte

²⁵⁰¹ Vgl. allerdings BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 169 N 3, wo der Standpunkt vertreten wird, dass es sich dabei nicht um Kompetenzen der parlamentarischen Oberaufsicht handle.

²⁵⁰² Vgl. Art. 148 Abs. 3^{bis} sowie Art. 28 Abs. 1^{bis} lit. a ParlG.

²⁵⁰³ MÜLLER/VOGEL, 653 f. und 668; vgl. auch UHLMANN, Gutachten FINMA, N 21 und N 30; a.A. LIENHARD, Steuerung und Kontrolle, 8.

²⁵⁰⁴ Vgl. dazu FK-N, Parlamentarische Initiative, Instrumentarium, BBl 2010 3382 f.

²⁵⁰⁵ SÄGESSER, Kommentar 5. Teil BV, Art. 16 N 592; SÄGESSER, Kommentar ParlG, Art. 26 N 26b.

²⁵⁰⁶ SÄGESSER, Kommentar 5. Teil BV, Art. 169 N 593; SÄGESSER, Oberaufsicht, 127.

²⁵⁰⁷ LIENHARD, Steuerung und Kontrolle, 6 und 8.

²⁵⁰⁸ MÜLLER/VOGEL, 660.

²⁵⁰⁹ BIAGGINI, Gutachten ENSI, insb. 60 ff.

²⁵¹⁰ K. EHRENZELLER, SG-Kommentar BV, Art. 169 N 77.

Unabhängigkeit solcher Behörden zu respektieren, zum anderen hänge die Reichweite der Oberaufsicht von den «vorgelagerten Aufsichtsbefugnissen» des Bundesrates ab.²⁵¹¹

Demgegenüber lässt sich mit UHLMANN argumentieren, dass gestützt auf Art. 169 BV grundsätzlich jede Staatstätigkeit der Oberaufsicht unterstellt ist, weshalb auch eine direkte Oberaufsichtsausübung gegenüber den Aufsichtsbehörden möglich sein muss, und nicht immer durch die Befugnisse des Bundesrates eingegrenzt wird.²⁵¹² Zur Festlegung des konkreten Umfangs und auch eines möglichen Ausschlusses der parlamentarischen Oberaufsicht über dezentrale Verwaltungseinheiten im Einzelfall verweist UHLMANN auf die Spezialgesetzgebung.²⁵¹³ 819

Es müsste somit in Anwendung der einschlägigen spezialgesetzlichen Bestimmungen geklärt werden, ob die Oberaufsicht weiter gehen darf als die Aufsichtskompetenz des Bundesrates oder nicht und was die konkreten Möglichkeiten und Grenzen der Oberaufsichtsausübung sein sollen. Entsprechend wären gesetzliche Bestimmungen wünschenswert, welche die Ausübung der parlamentarischen Oberaufsicht einer klaren Regelung zuführen würden. Allerdings fehlen solche oftmals,²⁵¹⁴ weshalb die einschlägigen Normen der Spezialgesetze ausgelegt werden müssen.²⁵¹⁵ Dabei sind insb. auch die gesetzlich vorgesehenen Autonomiesphären der Aufsichtsbehörden zu berücksichtigen.²⁵¹⁶ 820

²⁵¹¹ *Ebd.*, Art. 169 N 76.

²⁵¹² UHLMANN, Gutachten FINMA, N 26. Bezüglich der Oberaufsichtsausübung über die FINMA kommt er allerdings mit Blick auf Art. 21 Abs. 4 FINMAG und gestützt auf die Materialien zu dieser Norm zum Schluss, dass die Oberaufsicht des Parlaments von den Einflussmöglichkeiten des Bundesrates abhängen. «Die Aufsicht des Parlaments geht im Falle der FINMA somit nicht weiter als diejenige des Bundesrates resp. ist durch diese begrenzt. Die im Rahmen der allgemeinen Ausführungen offen gelassene Frage (...) ist damit spezialgesetzlich entschieden» (vgl. *ebd.*, N 47).

²⁵¹³ *Ebd.*, N 26.

²⁵¹⁴ Vgl. etwa K. EHRENZELLER, SG-Kommentar BV, Art. 169 N 30; vgl. ebenso BIAGGINI, Gutachten ENSI, 25 ff. m.w.H. u.a. auch auf Bestimmungen des ParlG, gestützt auf deren Wortlaut unklar bleibt, welche Bedeutung sie für die Oberaufsichtsausübung über ausgelagerte unabhängige Aufsichtsbehörden haben sollen.

²⁵¹⁵ UHLMANN berücksichtigte in seinem Gutachten insb. die Materialien, welche die Entstehungsgeschichte der einschlägigen Norm (Art. 21 FINMAG) belegten, und kam so zum Schluss, dass die Oberaufsicht des Parlaments gegenüber der FINMA nicht weiter gehen könne als diejenige des Bundesrates bzw. auch durch diese begrenzt werde (vgl. UHLMANN, Gutachten FINMA, N 42 ff. und insb. N 47 f.).

²⁵¹⁶ *Ebd.*, N 32 f.; K. EHRENZELLER, SG-Kommentar BV, Art. 169 N 75 f.; BIAGGINI, Gutachten ENSI, 21; vgl. auch SÄGESEER, Oberaufsicht, 135.

- 821 Inzwischen gilt als etabliert, dass die Tätigkeiten der Aufsichtsbehörden, die unter die gesetzliche Garantie der Unabhängigkeit fallen, inhaltlich der Obergeraufsicht im Grundsatz²⁵¹⁷ entzogen sind. Dazu gehören etwa gemäss der Stellungnahme des Bundesrates vom 18. Dezember 2015 zum Bericht der GPK-S betreffend die Sicherstellung der Unabhängigkeit von Aufsichts- und Regulierungsbehörden der dezentralen Bundesverwaltung die inhaltliche Überprüfung aufsichtsrechtlicher Anordnungen, Prüfungen und Feststellungen und damit eine Kontrolle der operativen Tätigkeiten der Behörden.²⁵¹⁸ Die besondere Unabhängigkeit, die den Aufsichtsbehörden zugestanden wird, lässt denn auch den Vergleich mit der parlamentarischen Obergeraufsichtsausübung über Rechtspflegeorgane des Bundes als naheliegend erscheinen und spricht für eine grundsätzlich zurückhaltende Ausübung auch der parlamentarischen Obergeraufsicht.²⁵¹⁹

Als problematisch erschien somit etwa auch der Erlass von Empfehlungen an die Adresse der FINMA (und nicht des Bundesrates²⁵²⁰) vonseiten der Geschäftsprüfungskommissionen des National- und Ständerates im Zusammenhang mit den Diskussionen rund um die Herausgabe von UBS-Kundendaten an die USA, wie sie die FINMA am 18. Februar 2009 verfügt hatte. In Empfehlung 10 forderte die GPK die FINMA bspw. auf, «angesichts der grossen Tragweite dieser Affäre die Frage, wie viel die oberste Leitung der UBS von den QIA-Verletzungen der Bank und ihrer Mitarbeiter wusste, vertieft abzuklären».²⁵²¹

- 822 Demgegenüber darf die Obergeraufsicht etwa den «äusseren Geschäftsgang» der Aufsichtsbehörden prüfen, wie etwa ob eine Aufsichtsanstalt «verfahrensmässig in der Lage ist, ihren gesetzlichen Auftrag zu erfüllen», und «ob die Aufsichtstätigkeit ordnungsgemäss abläuft».²⁵²²

²⁵¹⁷ Nicht von vornherein ausgeschlossen ist, dass im Rahmen der Obergeraufsicht «besondere Vorkommnisse» auch in einem von der Unabhängigkeit erfassten Bereich untersucht werden könnten. Vgl. so BIAGGINI, Gutachten ENSI, 45.

²⁵¹⁸ BR, Stellungnahme Unabhängigkeit 2015, BBl 2016 1769 f.

²⁵¹⁹ Vgl. BIAGGINI, Gutachten ENSI, 30 ff.; BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 169 N 3 mit Verweis auf N 9 ff.; vgl. auch MÜLLER/VOGEL, 666; K. EHRENZELLER, SG-Kommentar BV, Art. 169 N 75 f.; SÄGESSER, Kommentar ParlG, Art. 26 N 64. – Eingehend zur Rechtsprechungstätigkeit als Aufsichtsgegenstand, FREY HAESLER, insb. § 8 N 3 ff.

²⁵²⁰ Vgl. UHLMANN, Gutachten FINMA, N 60.

²⁵²¹ GPK-N/-S, Druck der Finanzkrise, BBl 2011 3396.

²⁵²² BIAGGINI, Gutachten ENSI, 43, zur Obergeraufsichtsausübung über das ENSI.

Einigkeit besteht sodann darüber, dass die Aufsichtsausübung durch das Parlament den allgemeinen rechtsstaatlichen Schranken unterliegt und im Grundsatz verhältnismässig zu erfolgen hat.²⁵²³ Darüber hinaus ist die bundesstaatliche Kompetenzordnung ebenso wie die Funktionsfähigkeit anderer Behörden zu respektieren; die Oberaufsicht soll namentlich nicht zu einer Kompetenz- und Verantwortlichkeitsverwischung führen oder sich auf die Befugnisse anderer Behörden auswirken.²⁵²⁴ Insbesondere sind die Aufsichtsaufgaben des Bundesrates zu beachten; die Oberaufsicht soll nicht an die Stelle der bundesrätlichen Aufsichtsausübung treten.²⁵²⁵ 823

8.3.2 Ausübung der Oberaufsicht

Zuständig für die Ausübung der Oberaufsichtsfunktionen auf Bundesebene ist, gestützt auf Art. 169 BV und Art. 26 ParlG, die Bundesversammlung als solche. Der Gesetzgeber kann jedoch für die praktische Durchführung der Oberaufsicht besondere Organe einsetzen, bspw. die Finanz- und die Geschäftsprüfungskommissionen (GPK).²⁵²⁶ Sodann kann die Bundesversammlung im Rahmen ihrer Oberaufsicht über die Aufsichtsbehörden auch eine gemeinsame Parlamentarische Untersuchungskommission (PUK) beider Räte einsetzen, sofern Vorkommnisse von grosser Tragweite der Klärung bedürfen.²⁵²⁷ 824

Mit Bundesbeschluss vom 8. Juni 2023 wurde etwa eine PUK zur Untersuchung der Geschäftsführung der Behörden im Zusammenhang mit der Notfusion der Credit Suisse mit der UBS eingesetzt.²⁵²⁸

Diskutiert wurde die Einsetzung einer PUK auch im Rahmen der Untersuchungen zur Rolle der FINMA während der Finanzkrise bei der Übermittlung von Daten über Klienten der UBS an die US-amerikanischen Behör-

²⁵²³ K. EHRENZELLER, SG-Kommentar BV, Art. 169 N 48, allerdings auch mit dem Hinweis, dass die allgemeinen Verfahrensgarantien im Oberaufsichtsverfahren im Grundsatz nicht einschlägig seien, ebenso wenig Art. 6 EMRK (*ebd.*, Art. 169 N 52 m.w.H.); BIAGGINI, Gutachten ENSI, 23 ff., m.w.H.; UHLMANN, Gutachten FINMA, N 31 ff. m.w.H.

²⁵²⁴ Vgl. BIAGGINI, Gutachten ENSI, 24 f.

²⁵²⁵ Vgl. *ebd.*, 44, der mit Blick auf das ENSI von einer Subsidiarität der Oberaufsicht zur Aufsicht des Bundesrates ausgeht, was allerdings nicht Passivität bedeuten dürfe.

²⁵²⁶ Art. 50–51 und Art. 52–53 ParlG; vgl. dazu auch ZIMMERLI, *Contrôle*, 119 ff. auch für einen Überblick über die unterschiedlichen Akteure der parlamentarischen Oberaufsicht; SÄGESEER, *Oberaufsicht*, 129.

²⁵²⁷ Vgl. Art. 163 Abs. 1 ParlG; vgl. dazu auch ZIMMERLI, *Contrôle*, 124 f.

²⁵²⁸ Bundesbeschluss PUK-Einsetzung vom 8.6.2023, BBl 2023 1369.

den.²⁵²⁹ Schliesslich wurde diese Option aber vom Ständerat am 14. Juni 2010 verworfen.²⁵³⁰ Es wurde insb. geltend gemacht, eine PUK würde kaum zu anderen Schlussfolgerungen kommen als die GPK, die das Verhalten der Bundesbehörden näher untersucht und einen Bericht dazu verfasst hatte.²⁵³¹ Ausserdem könne eine PUK (wie auch die GPK) ausschliesslich im Rahmen der parlamentarischen Oberaufsicht tätig werden und somit nicht etwa die Tätigkeiten der UBS zu ihrem Untersuchungsgegenstand machen.²⁵³²

- 825 Die parlamentarische Oberaufsicht erfolgt typischerweise nachträglich.²⁵³³ Eine begleitende Oberaufsicht ist allerdings nicht gänzlich ausgeschlossen.²⁵³⁴ Geprüft werden jeweils die Rechtmässigkeit, Zweckmässigkeit, Wirksamkeit, Wirtschaftlichkeit und Ordnungsmässigkeit des Handelns der durch sie beaufsichtigten Staatsorgane gemäss Art. 26 Abs. 3 ParlG.²⁵³⁵ Zu ihren Instrumenten gehören die Prüfung und Genehmigung der jährlichen Geschäfts- oder Rechenschaftsberichte ebenso wie Inspektionen, Evaluationen und die Erstellung von Untersuchungsberichten durch die Finanz- und Geschäftsprüfungskommissionen. Die sog. Aufsichtskommissionen der beiden parlamentarischen Räte verfügen über weitgehende Informationsrechte,²⁵³⁶ die sie nach Art. 153 Abs. 1 ParlG nötigenfalls auch unmittelbar gegenüber den Aufsichtsbehörden geltend machen können. Die geforderten Informationen müssen dabei für die Ausübung der Oberaufsicht erforderlich sein.²⁵³⁷

De lege lata richtet sich der Informationsumfang hingegen, soweit ersichtlich, nicht nach den Informationsbefugnissen des Bundesrates. Nach der hier mit UHLMANN vertretenen Ansicht, können die weitreichenden Informationsrechte des Parlaments im Einzelfall zu einer gewissen Asymmetrie führen, wenn das Parlament mehr in Erfahrung bringen kann als der Bundesrat.²⁵³⁸

- 826 Das Parlament beschränkt sich regelmässig darauf, Informationen zu sammeln und Kritik ebenso wie Empfehlungen zuhanden des zuständigen Leitungsorgans

²⁵²⁹ Vgl. Motion Wyss (10.3081).

²⁵³⁰ AB 2010 S 606 ff., 622.

²⁵³¹ GPK-N/-S, Druck der Finanzkrise, BBl 2011 3099 ff.

²⁵³² Vgl. etwa das Votum von SR Hans Hess vom 14.6.2010, AB 2010 S 606 f.

²⁵³³ UHLMANN, Gutachten FINMA, N 31.

²⁵³⁴ Vgl. BIAGGINI, Gutachten, ENSI, 21 f.; BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 169 N 4.

²⁵³⁵ Gemäss Art. 52 Abs. 2 ParlG legen die GPK dabei den Schwerpunkt ihrer Prüftätigkeit auf die ersten drei Kriterien. Vgl. zu diesen Kriterien etwa ZIMMERLI, Contrôle, 132 ff.

²⁵³⁶ Vgl. Art. 153 Abs. 4 und Art. 169 Abs. 2 BV sowie Art. 7 und Art. 153 f. ParlG. – Vgl. dazu K. EHRENZELLER, SG-Kommentar BV, Art. 169 N 37 ff.; vgl. auch ZIMMERLI, Contrôle, 130 ff.

²⁵³⁷ Vgl. so UHLMANN, Gutachten FINMA, N 57.

²⁵³⁸ *Ebd.*, N 56 ff. und N 34 ff.

der betroffenen Aufsichtsbehörde oder des Bundesrats zu formulieren.²⁵³⁹ Die Empfehlungen sind rechtlich nicht bindend, sie haben jedoch ein nicht zu unterschätzendes politisches Gewicht²⁵⁴⁰ und verpflichten den Oberaufsichtsadressaten (d.h. die Behörde direkt oder den Bundesrat), Abweichungen von der Einschätzung der GPK zu rechtfertigen.²⁵⁴¹ Ausserdem wirken die Empfehlungen u.U. auch darauf hin, dass der Bundesrat seinen Einfluss gegenüber einer kritisierten Aufsichtsbehörde geltend macht.²⁵⁴² Hingegen hat das Parlament nicht die Befugnis, im Rahmen seiner Aufsichtskompetenzen Entscheide aufzuheben oder abzuändern²⁵⁴³ oder z.B. anstelle der beaufsichtigten Instanz zu handeln.²⁵⁴⁴

Allerdings kann das Parlament natürlich auch legislativ tätig werden oder auf sein 827 parlamentarisches Instrumentarium von parlamentarischen Initiativen, Motionen oder Postulaten zurückgreifen.²⁵⁴⁵ Zudem stehen dem Parlament aufgrund seiner Budgethoheit und der Kompetenz zur Genehmigung der Staatsrechnung (Art. 167 BV) weitreichende Prüf- und Einflussbefugnisse zu.²⁵⁴⁶ Wenn die verselbstständigten Einheiten Abteilungen des Bundes beziehen,²⁵⁴⁷ spricht die Bundesversammlung ausserdem nicht nur die entsprechenden Mittel zu, sondern kann auch deren Verwendung regeln.²⁵⁴⁸

²⁵³⁹ BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 169 N 2.

²⁵⁴⁰ Vgl. auch GPK, Jahresbericht 2020, BBl 2021 570 ff., 9 f.

²⁵⁴¹ Vgl. Art. 158 Abs. 2 ParlG; vgl. auch ZIMMERLI, Contrôle, 129; K. EHRENZELLER, SG-Kommentar BV, Art. 169 N 57.

²⁵⁴² Vgl. UHLMANN, Gutachten FINMA, N 60.

²⁵⁴³ Vgl. so auch Art. 26 Abs. 4 ParlG.

²⁵⁴⁴ Die parlamentarische Oberaufsicht ist kein Instrument der Verwaltungsführung und unterscheidet sich substantiell von den Aufsichtsbefugnissen des Bundesrates über die Zentralverwaltung, die ihm unmittelbare Weisungs- und Entscheidungsbefugnisse einräumen. Vgl. dazu SÄGESSER, Kommentar 5. Teil BV, Art. 169 N 588 m.w.H.; BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 169 N 2; vgl. auch K. EHRENZELLER, SG-Kommentar BV, Art. 169 N 7 und N 62; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1725.

²⁵⁴⁵ Vgl. dazu Art. 107 ff. und Art. 118 ff. ParlG; vgl. GPK, Jahresbericht 2020, BBl 2021 570 ff., 9 f.

²⁵⁴⁶ Im Finanzbereich obliegt die Oberaufsicht den Finanzkommissionen der beiden Räte (Art. 50 ParlG), denen weitreichende Kompetenzen zukommen (vgl. dazu etwa BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 169 N 18 m.w.H.; vgl. auch Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8281).

²⁵⁴⁷ Dazu vorne N 739 m.w.H.

²⁵⁴⁸ Vgl. dazu bspw. die Regelung in Art. 69 Abs. 1^{bis} HMG sowie Art. 77 Abs. 2 HMG. Nach Art. 77 Abs. 3 HMG wird die aufgabenspezifische Verwendung der Mittel nach Abs. 2 lit. a und b im Rahmen der Genehmigung der strategischen Ziele festgelegt. Gemäss

C. Behördenkommissionen

1. Begriff

- 828 Behördenkommissionen gehören nebst der Kategorie der Verwaltungskommissionen zu den sog. «ausserparlamentarischen Kommissionen» i.S.v. Art. 57a RVOG i.V.m. Art. 8a Abs. 1 RVOV. Während die Verwaltungskommissionen beratende und vorbereitende Funktionen haben, sind die Behördenkommissionen mit Entscheidungsbefugnissen ausgestattet (vgl. Art. 8a Abs. 2 und 3 RVOV).
- 829 Art. 8m RVOV unterteilt die ausserparlamentarischen Kommissionen weiter in «gesellschaftsorientierte» sowie «marktorientierte Kommissionen». Die Tätigkeiten der «gesellschaftsorientierten Kommissionen» werden vom hier verwendeten Aufsichts begriff nicht erfasst,²⁵⁴⁹ hingegen lassen sich sämtliche der hier im Vordergrund stehenden Behördenkommissionen, die als Aufsichtsbehörden tätig werden, als «marktorientierte Kommissionen» klassifizieren. Anhang 2 Ziff. 2 der RVOV führt unter dieser Kategorie namentlich die ESBK, die WEKO, die ElCom, die ComCom sowie die UBI auf. Gemäss Art. 8m lit. b RVOV beaufsichtigen und unterstützen solche Kommissionen das Funktionieren eines bestimmten Marktes.
- 830 Generell können nach Art. 57b RVOG Behördenkommissionen eingesetzt werden, «wenn die Aufgabenerfüllung (a) besonderes Fachwissen erfordert, das in der Bundesverwaltung nicht vorhanden ist; (b) den frühzeitigen Einbezug der Kantone oder weiterer interessierter Kreise verlangt; oder (c) durch eine nicht weisungsgebundene Einheit der dezentralen Bundesverwaltung erfolgen soll».
- 831 Art. 57a Abs. 2 RVOG verlangt eine (bundes)gesetzliche Grundlage, wenn die Kommission über Entscheidungskompetenzen verfügen soll. Die Kompetenz zur Schaffung

Art. 77 Abs. 2^{bis} werden ausserdem Rechtsetzungsaufgaben des Instituts, der Vollzug strafrechtlicher Bestimmungen und die Überwachung der Medizinprodukte vollumfänglich durch Abteilungen des Bundes finanziert. – Dadurch entsteht eine «unmittelbare Aufsichtskompetenz» der Bundesversammlung über die verselbstständigten Verwaltungseinheiten. Vgl. dazu Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8291 f.

²⁵⁴⁹ Dazu vorne N 66. – Gesellschaftsorientierte Kommissionen unterstützen die Bundesversammlung sowie den Bundesrat und die Bundesverwaltung und behandeln v.a. politisch-gesellschaftliche Fragen (vgl. Art. 8m lit. a RVOV). Zu ihnen gehören bspw. die Eidgenössische Kommission für Strahlenschutz, die Nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin, die Eidgenössische Natur- und Heimatschutzkommission sowie verschiedene Prüfungskommissionen (vgl. Anhang 2 Ziff. 1 zur RVOV).

solcher Behördenkommissionen liegt daher bei der Bundesversammlung,²⁵⁵⁰ eingesetzt werden Behördenkommissionen allerdings durch den Bundesrat.²⁵⁵¹

Zahlreiche Aufsichtsbehörden sind als Behördenkommissionen ausgestaltet. Auch 832 der Corporate-Governance-Bericht, der sich v.a. für die Verwendung der Rechtsform der öffentlich-rechtlichen Anstalt ausgesprochen hatte,²⁵⁵² anerkannte die Möglichkeit, Aufsichtsaufgaben einer Behördenkommission zu übertragen, und zwar für Fälle, für die ein gewisses Mass an Unabhängigkeit von der Politik zwar angezeigt ist, «deren rechtliche Verselbständigung jedoch weder als einzelne Einheiten (z.B. wegen fehlender Grösse) noch im Verbund mit anderen Einheiten (z.B. wegen unerwünschter Interdependenzen oder fehlendem Synergiepotenzial)» als sinnvoll erscheint.²⁵⁵³

Somit gehören die Behördenkommissionen organisationsrechtlich zum Bestand 833 der dezentralen Bundesverwaltung i.S.v. Art. 2 Abs. 3 RVOG i.V.m. Art. 7a Abs. 1 lit. a RVOV,²⁵⁵⁴ nehmen ihre Aufgaben (weisungs-)unabhängig wahr²⁵⁵⁵ und sind einem Departement oder der Bundeskanzlei administrativ zugeordnet, nicht aber hierarchisch unterstellt.²⁵⁵⁶ Die Distanz zur Zentralverwaltung fällt bei den unterschiedlichen Aufsichtskommissionen unterschiedlich aus. Nach ihrer Einsetzung konstituieren sie sich selbst und regeln auch ihre Organisation in einem eigenen Reglement.²⁵⁵⁷ Sie verfügen aber – im Gegensatz zu den öffentlich-rechtlichen Anstalten²⁵⁵⁸ – nicht über eigene Rechtspersönlichkeit.²⁵⁵⁹

²⁵⁵⁰ SÄGESSER, Kommentar RVOG, Art. 57a N 9 u.a. mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Legalitätsprinzip, das eine gesetzliche Grundlage für Verfahren verlangt, in denen rechtlich bindende Entscheide gefällt werden, unabhängig davon, ob dies im Bereich der Gesetzgebung, der Rechtsprechung oder der Verwaltung der Fall ist (BGE 104 Ia 226, E. 2c).

²⁵⁵¹ Art. 57c Abs. 2 RVOG; dazu sogleich N 837.

²⁵⁵² Dazu vorne N 679 sowie hinten N 922 ff.

²⁵⁵³ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8268 f.

²⁵⁵⁴ Dazu vorne N 617 f. m.w.H.

²⁵⁵⁵ Wie die Unabhängigkeit von Behördenkommissionen gewährleistet werden kann, wird nachfolgend weiter vertieft (vgl. insb. N 868 ff., N 893 ff. und N 899 ff.).

²⁵⁵⁶ SÄGESSER, Kommentar RVOG, Vorbemerkungen Art. 57a ff. N 12 sowie Art. 2 N 67 ff.

²⁵⁵⁷ *Ebd.*, Vorbemerkungen Art. 57a ff. N 12.

²⁵⁵⁸ Dazu vorne N 682 ff.

²⁵⁵⁹ SÄGESSER, Kommentar RVOG, Vorbemerkungen Art. 57a ff. N 12; S. VOGEL, Einheit, 256; BIAGGINI, Behördenorganisation, 40; WEBER/BIAGGINI, 46; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 156. – Einen falschen Eindruck hinterlässt demgegenüber der Hinweis im Corporate-Governance-Bericht, wonach die Behördenkommissionen als rechtlich

- 834 Die fehlende Rechtspersönlichkeit wirkt sich auf die Verantwortlichkeit der Behörden aus. Ferner sind entsprechende Behörden z.B. nicht befugt, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht zu erheben, es sei denn, sie können sich dafür auf eine bundesgesetzliche Grundlage stützen.²⁵⁶⁰

Während etwa Art. 98 lit. k und l BGS ein solches Beschwerderecht der ESBK vorsehen ebenso wie Art. 49a^{octies} Abs. 3 EBG für die RailCom, fehlt eine entsprechende Gesetzesbestimmung für die WEKO; immerhin kann das WBF, gestützt auf Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG, Entscheide an das Bundesgericht weiterziehen. Insbesondere mit Blick auf die Unabhängigkeit der WEKO stellt diese Rechtslage allerdings eine unbefriedigende Situation dar.²⁵⁶¹ 2006 war Art. 15 Abs. 2^{bis} in die Organisationsverordnung vom 14. Juni 1999 für das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement eingefügt worden, der die Befugnis der WEKO vorgesehen hatte, Verwaltungsgerichtsbeschwerden einzureichen.²⁵⁶² Das Bundesgericht erachtete die Delegationsnorm auf Verordnungsstufe jedoch als ungenügend,²⁵⁶³ und 2010 wurde die Bestimmung wieder aufgehoben.²⁵⁶⁴ Mit dem Scheitern der KG-Revision 2014 ist schliesslich auch auf die Einführung einer entsprechenden Gesetzesnorm verzichtet worden.²⁵⁶⁵

- 835 Mangels Rechtsfähigkeit werden Behördenkommissionen nicht zu den Verwaltungsträgern gezählt.²⁵⁶⁶ Von den gewöhnlichen Verwaltungseinheiten unterscheiden sie sich aber dadurch, dass sie keiner Dienstaufsicht unterstellt sind und weisungsfrei ihre Entscheidungskompetenzen wahrnehmen können.²⁵⁶⁷ Der Bundesrat ist der Ansicht, dass Behördenkommissionen v.a. als Rechtsform für

nicht verselbstständigte Aufsichtsbehörden weder rechts- noch handlungsfähig seien (Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8268). Die Behördenkommissionen sind ja z.B. mit Entscheidungsbefugnissen ausgestattet und verfügen für die Erfüllung ihrer Aufgaben über eine gewisse Eigenständigkeit; sie sind zur Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgaben somit durchaus «handelnd» tätig.

²⁵⁶⁰ Art. 89 Abs. 2 lit. d BGG.

²⁵⁶¹ Vgl. dazu CR Concurrence-MARTENET, Art. 19 LCart N 18 m.w.H.; vgl. auch BSK KG-BANGERTER, Art. 19 N 9.

²⁵⁶² AS 2006 1067.

²⁵⁶³ Vgl. Urteil BGer, 2A.325/2006, 13.2.2007, E. 2.3; vgl. dazu auch BSK KG-BANGERTER, Art. 19 N 9.

²⁵⁶⁴ AS 2010 3175.

²⁵⁶⁵ Botschaft KG 2012, BBl 2012 3956; zur 2014 gescheiterten Kartellrechtsrevision vgl. auch hinten N 881 ff.

²⁵⁶⁶ Zum Begriff des Verwaltungsträgers vgl. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 104 f.

²⁵⁶⁷ ELSER, 104; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 156 sowie N 106 ff. zum Begriff der Verwaltungseinheit.

kleinere Einheiten mit wenig Personal geeignet seien – auch wenn etwa das Beispiel der WEKO zeigt, dass dieses konzeptionelle Argument nicht immer eingehalten wird.²⁵⁶⁸ Er fasst die Organisationsform der Behördenkommissionen als Alternative zur rechtlichen Verselbstständigung auf bzw. als «Instrument (...), das zwischen der Aufgabenerfüllung durch die zentrale Bundesverwaltung und der vollständigen Auslagerung steht».²⁵⁶⁹

2. Behördeninterne Struktur

2.1 Überblick

Kommt es zur Konzipierung einer Aufsichtsbehörde als Behördenkommission, sind gewisse Vorgaben auf Gesetzes- und Verordnungsebene zu beachten: Wie gesehen, finden sich solche u.a. im RVOG sowie in der dazugehörenden RVOV, hingegen fehlen detailliertere (wenn auch rechtliche nicht verbindliche) Bestimmungen zur organisationsinternen Struktur und Ausgestaltung solcher Behörden, wie sie etwa für öffentlich-rechtliche Anstalten vorgesehen sind. Insbesondere die Vorgaben der Verwaltung, wie namentlich der Mustererlass oder auch die Leitsätze, sind nicht bzw. nicht primär auf Behördenkommissionen anwendbar.²⁵⁷⁰ 836

Dennoch fällt beim Vergleich der behördeninternen Struktur verschiedener Aufsichtsbehörden in der Rechtsform von Behördenkommissionen, gestützt auf ihre Organisationserlasse, auf, dass sie zumindest äusserlich betrachtet regelmässig sehr ähnlich aufgestellt sind: Sämtliche der hier untersuchten Behördenkommissionen bestehen namentlich aus einer sog. «Kommission» und einem ihr zugeordneten «Fachsekretariat» oder «Sekretariat».²⁵⁷¹ Dabei übernehmen die Kommissionen die Aufgabe der Entscheidungsfindung und erlassen sämtliche Verfügungen im Namen ihrer Aufsichtsbehörde, die nicht ausdrücklich einem anderen Organ zugewiesen sind.²⁵⁷² Die Fachsekretariate bereiten die Entscheidungen und die 837

²⁵⁶⁸ GPK-S, Unabhängigkeit 2022, BBl 2022 2979, 23.

²⁵⁶⁹ *Ebd.*

²⁵⁷⁰ Dazu vorne N 673 m.w.H.

²⁵⁷¹ Vgl. Art. 18 f. sowie Art. 23 f. KG sowie Art. 1 Abs. 1 Geschäftsreglement WEKO; Art. 56 FMG sowie Art. 2 f. Geschäftsreglement ComCom; Art. 94 f. BGS sowie Art. 2 f. Geschäftsreglement ESBK; Art. 82 und Art. 85 RTVG sowie Art. 1 ff. Geschäftsreglement UBI; Art. 21 StromVG sowie Art. 2 und Art. 5 Geschäftsreglement ElCom.

²⁵⁷² Dringliche Fälle oder Fälle untergeordneter Bedeutung kann die Wettbewerbskommission im Einzelfall bspw. an ein Mitglied des Präsidiums zur direkten Erledigung delegieren (Art. 19 Abs. 1 KG).

entsprechenden Verfügungen der Kommission vor und führen die dafür notwendigen Untersuchungshandlungen i.d.R. selbstständig durch.²⁵⁷³ Nachfolgend wird die Ausgestaltung der Kommissionen und (Fach-)Sekretariate näher vertieft.

2.2 Kommission

- 838 Die Einsetzungsverfügung des Bundesrates, mit der die Kommission jeweils eingesetzt wird, regelt u.a. die Organisation dieser Behörde²⁵⁷⁴ ebenso wie deren Zuteilung zur zuständigen Behörde (Departement oder Bundeskanzlei)²⁵⁷⁵ und nennt die Dienststelle, die für die Finanzierung der Kommission zuständig ist.²⁵⁷⁶ Zudem enthält die Einsetzungsverfügung «[f]ür ausserparlamentarische Kommissionen, die mit Aufsichts- oder Regulierungsaufgaben betraut sind, das Anforderungsprofil für deren Mitglieder».²⁵⁷⁷
- 839 Die Kommissionen setzen sich aus mehreren Mitgliedern zusammen, wobei sie gemäss Art. 57e Abs. 1 RVOG i.d.R. nicht mehr als 15 an der Zahl umfassen dürfen.²⁵⁷⁸ Während für die WEKO elf bis fünfzehn Mitglieder vorgesehen sind,²⁵⁷⁹ bewegen sich die ComCom, die ElCom, die RailCom, die PostCom und die ESBK zwischen fünf und sieben²⁵⁸⁰ und sieht die UBI neun Mitglieder vor.²⁵⁸¹
- 840 Die Kommissionen können Ausschüsse bilden, bspw. zur Prüfung bestimmter Geschäfte.²⁵⁸² Gemäss Art. 19 Abs. 1 KG kann sich etwa die WEKO ausserdem in

²⁵⁷³ Vgl. etwa Art. 23 Abs. 1 KG, Art. 4 Abs. 2 Geschäftsreglement UBI oder Art. 5 Abs. 2 Geschäftsreglement ElCom. Zur besonderen Stellung des Fachsekretariats der ComCom vgl. hinten N 854 f.

²⁵⁷⁴ Art. 8e Abs. 2 lit. e RVOV.

²⁵⁷⁵ Art. 8e Abs. 2 lit. j RVOV.

²⁵⁷⁶ Art. 8e Abs. 2 lit. k RVOV.

²⁵⁷⁷ Art. 8e Abs. 2 lit. m RVOV.

²⁵⁷⁸ Eine Überschreitung dieser Höchstzahl an Mitgliedern ist nur ausnahmsweise gestattet und begründungspflichtig nach Art. 8d Abs. 1 sowie Abs. 2 RVOV, wo nicht abschliessend Konstellationen genannt werden, in denen eine Überschreitung als gerechtfertigt gilt.

²⁵⁷⁹ Vgl. Art. 18 Abs. 2 KG. Es wird vorgebracht, eine solche Anzahl ermögliche eine ausgewogene Mischung zwischen Theoretikern und Praktikern sowie unterschiedlichen Interessengruppen innerhalb der Kommission (vgl. BSK KG-BANGERTER, Art. 18 N 17).

²⁵⁸⁰ Vgl. Art. 56 Abs. 1 FMG; Art. 21 Abs. 1 StromVG; Art. 40a Abs. 2 EBG; Art. 20 Abs. 1 PG sowie Art. 94 Abs. 1 BGS.

²⁵⁸¹ Vgl. Art. 82 Abs. 1 RTVG.

²⁵⁸² Vgl. etwa Art. 2 Abs. 2 Geschäftsreglement ElCom; Art. 2 Abs. 2 Geschäftsreglement ComCom; Art. 1 Abs. 3 Geschäftsreglement UBI.

sog. Kammern mit selbstständigen Entscheidungsbefugnissen gliedern.²⁵⁸³ Derzeit sind zwei Kammern vorgesehen: die Kammer für Teilverfügungen und die Kammer für Unternehmenszusammenschlüsse.²⁵⁸⁴

Die Mitglieder von Behördenkommissionen werden vom Bundesrat gewählt.²⁵⁸⁵ 841
Vorgesehen ist eine Amtszeit von vier Jahren,²⁵⁸⁶ wobei eine Wiederwahl i.d.R. möglich ist.²⁵⁸⁷

Geführt werden die Kommissionen durch ein Präsidium,²⁵⁸⁸ das regelmässig durch 842
einen Vizepräsidenten oder eine Vizepräsidentin verstärkt wird.²⁵⁸⁹ Der Bundesrat bezeichnet das Präsidium.²⁵⁹⁰ Im Falle der ESBK kommt dabei den Kantonen für mindestens ein Präsidiumsmitglied ein Vorschlagsrecht zu.²⁵⁹¹

Gemäss Art. 22 des Geschäftsreglements der WEKO z.B. besteht das Präsidium aus dem Präsidenten oder der Präsidentin und *mindestens* einem Vizepräsidenten oder einer Vizepräsidentin. Dabei wird Wert auf eine ausgeglichene Besetzung dieser Positionen mit Experten sowohl aus den Rechtswissenschaften als auch aus der Ökonomie gelegt.²⁵⁹²

²⁵⁸³ Zu den Hintergründen der Kammerstruktur vgl. etwa BSK KG-BANGERTER, Art. 18 N 14 und Art. 19 N 16 ff. und N 29a ff.

²⁵⁸⁴ Vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 sowie Art. 11 ff. Geschäftsreglement WEKO zur Organisation und den Zuständigkeiten der Kammern.

²⁵⁸⁵ Art. 57c Abs. 2 RVOG sowie Art. 8e^{bis} Satz 1 RVOV. Vgl. so auch etwa Art. 18 Abs. 1 KG; Art. 56 Abs. 1 FMG; Art. 94 Abs. 2 BGS; Art. 82 Abs. 2 RTVG; Art. 21 Abs. 1 StromVG; Art. 40a Abs. 2 EBG; Art. 20 Abs. 1 PG.

²⁵⁸⁶ Art. 57c Abs. 3 RVOG i.V.m. Art. 8g RVOV, wonach sich die Amtsdauer nach der Legislaturperiode des Nationalrats richtet. Gemäss Art. 57d RVOG werden die ausserparlamentarischen Kommissionen gesamthaft alle vier Jahre anlässlich der Gesamterneuerungswahlen auf ihre Notwendigkeit, ihre Aufgaben und ihre Zusammensetzung hin geprüft.

²⁵⁸⁷ Vgl. zur Amtszeitbeschränkung Art. 8i RVOV.

²⁵⁸⁸ Art. 18 Abs. 1 KG; Art. 56 Abs. 1 FMG; Art. 94 Abs. 2 BGS; Art. 82 Abs. 2 RTVG; Art. 21 Abs. 1 StromVG.

²⁵⁸⁹ Vgl. Art. 56 Abs. 1 FMG; Art. 2 Abs. 1 lit. b Geschäftsreglement ESBK; Art. 1 Abs. 2 Geschäftsreglement UBI; Art. 21 Abs. 1 StromVG; Art. 20 Abs. 1 PG.

²⁵⁹⁰ Vgl. Art. 18 Abs. 1 KG; Art. 56 Abs. 1 FMG; Art. 94 Abs. 2 BGS; Art. 82 Abs. 2 RTVG; Art. 21 Abs. 1 StromVG; Art. 40a Abs. 2 EBG; Art. 20 Abs. 1 PG.

²⁵⁹¹ Vgl. Art. 94 Abs. 2 Satz 2 BGS.

²⁵⁹² Vgl. etwa Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Synthesebericht, N 210, N 386 sowie S. XV und S. XXII.

- 843 Die Kompetenzen des Präsidiums sind vielfältig: Das Präsidium ist z.B. zuständig für die Vorbereitung der Kommissionssitzungen. Oftmals übernimmt es die Aufsicht über das Sekretariat.²⁵⁹³ Ferner pflegt das Präsidium regelmässig die externen Beziehungen der Aufsichtsbehörde und repräsentiert sie damit nach aussen.²⁵⁹⁴ Ausserdem kommen dem Präsidium u.U. auch Kompetenzen bei der Ergreifung aufsichtsrechtlicher Instrumente sowie der Anordnung von Untersuchungsmassnahmen zu.

Dazu gehören etwa die Kompetenzen der Mitglieder des Präsidiums der WEKO, gemäss Art. 42 Abs. 2 KG Hausdurchsuchungen und Beweismittelbeschlagnahmen anzuordnen. Nach Art. 27 Abs. 1 bzw. Art. 23 Abs. 1 KG benötigt das Sekretariat ausserdem die Mitwirkung eines Präsidiumsmitglieds für die Eröffnung einer Untersuchung und den Erlass verfahrensleitender Verfügungen. Auch das Verfahren zur Ausfällung einer Verwaltungs- oder Strafsanktion muss im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums erfolgen (vgl. Art. 53 und Art. 57 Abs. 2 KG). Eine Notzuständigkeit sieht zudem Art. 29 Geschäftsreglement WEKO vor: Danach kann ein Mitglied des Präsidiums in Fällen besonderer Dringlichkeit das Nötige anordnen, auch ohne Ermächtigung durch die Kommission.²⁵⁹⁵

- 844 Die Kommissionen erlassen in den meisten Fällen ein Geschäftsreglement, in dem sie die Einzelheiten ihrer Organisation regeln. Das Geschäftsreglement bedarf jeweils der Genehmigung durch den Bundesrat.²⁵⁹⁶

2.3 (Fach-)Sekretariat

2.3.1 Allgemeines

- 845 Eine wichtige Rolle nehmen regelmässig die Sekretariate der Behördenkommissionen ein, die ihre Geschäfte als eigentliche «Fachsekretariate» unterstützen und vorbereiten. Für die Aufsichtsbehörden sind die Sekretariate i.d.R. gesetzlich vorgesehen.²⁵⁹⁷

²⁵⁹³ Vgl. Art. 8 Abs. 2 Geschäftsreglement ESBK sowie Art. 2 Abs. 1 lit. b Geschäftsreglement UBI.

²⁵⁹⁴ Vgl. Art. 27 Geschäftsreglement WEKO; Art. 8 Abs. 1 Geschäftsreglement ESBK; Art. 2 Abs. 1 lit. c Geschäftsreglement UBI; vgl. auch Art. 7 und Art. 8 Abs. 3 Geschäftsreglement ElCom.

²⁵⁹⁵ Vgl. dazu BSK KG-BANGERTER, Art. 19 N 32. Vgl. die entsprechenden Kompetenzen der Präsidentin bzw. des Vizepräsidenten der ElCom entsprechend Art. 12 Abs. 1 Geschäftsreglement ElCom.

²⁵⁹⁶ Art. 20 KG; Art. 95 Abs. 1 und 2 BGS; Art. 56 Abs. 3 FMG; Art. 85 Abs. 2 RTVG; Art. 21 Abs. 4 StromVG; Art. 40a Abs. 4 EBG; Art. 20 Abs. 3 PG.

²⁵⁹⁷ Vgl. Art. 23 f. KG; Art. 95 Abs. 3 BGS; Art. 85 Abs. 3 RTVG; Art. 21 Abs. 2 StromVG.

Werden die Kommissionssekretariate von einer Stelle in der zentralen Bundesverwaltung geführt, werden sie – unter Vorbehalt spezialgesetzlicher Vorgaben und abweichender Bestimmungen in der Einsetzungsverfügung²⁵⁹⁸ – zum Bestand der zentralen Bundesverwaltung gezählt; die Mitarbeiter dieser Sekretariate sind Bundesangestellte.²⁵⁹⁹ Die Einsetzungsverfügung des Bundesrates bezeichnet jeweils die Verwaltungsstelle, die diese Sekretariate führt.²⁶⁰⁰ 846

Gewählt werden die Sekretariate behördenintern; die behördenspezifischen Vorgaben zum Ablauf der Wahl und zur Anstellung der Sekretariatsmitarbeitenden lassen sich i.d.R. ihren Geschäftsreglementen entnehmen.²⁶⁰¹ 847

Die Grösse der Fachsekretariate variiert unter den Aufsichtsbehörden: Zählte das Sekretariat der RAB Ende 2020 28 Mitarbeitende,²⁶⁰² beschäftigten die ElCom 45²⁶⁰³ und das ESBK-Sekretariat Ende 2021 46 Mitarbeitende,²⁶⁰⁴ während das WEKO-Sekretariat ebenfalls Ende 2021 76 Mitarbeitende umfasste.²⁶⁰⁵ 848

Das WEKO-Sekretariat ist in vier Dienste unterteilt, wovon jeder für einen bestimmten Markt zuständig ist, und zwar für Produktmärkte (P), Dienstleistungen (D), Infrastruktur (I) und Bau (B).²⁶⁰⁶ Ferner nimmt der Dienst «Ressourcen» administrative und technische Aufgaben innerhalb des Se-

²⁵⁹⁸ Art. 8i^{bis} Abs. 3 RVOV.

²⁵⁹⁹ Vgl. Art. 8i^{bis} Abs. 1 und Abs. 2 RVOV; vgl. dazu auch SÄGESSER, Kommentar RVOG, Art. 57a N 7.

²⁶⁰⁰ Art. 8e Abs. 2 lit. j RVOV. – Aus der Formulierung von Art. 8i^{bis} Abs. 1 RVOV, wonach jeder Kommission ein Sekretariat «zur Verfügung steht», wird allerdings geschlossen, dass eine Kommission auch auf ein Sekretariat verzichten könnte (SÄGESSER, Kommentar RVOG, Art. 57a N 8).

²⁶⁰¹ Vgl. Art. 7 Abs. 2 Geschäftsreglement ComCom; Art. 5 Abs. 4 Geschäftsreglement ElCom; Art. 4 Abs. 1 lit. h sowie Art. 10 Abs. 3 Geschäftsreglement ESBK. – Vgl. allerdings Art. 24 Abs. 1 KG, wonach der Bundesrat die Direktion und die WEKO das übrige Personal des Sekretariats wählt.

²⁶⁰² RAB, Geschäftsbericht 2020, 55.

²⁶⁰³ ElCom, Tätigkeitsbericht 2021, 75.

²⁶⁰⁴ ESBK, Tätigkeitsbericht 2021, 4.

²⁶⁰⁵ WEKO, Jahresbericht 2021, 24. – Damit zählt das WEKO-Sekretariat circa dreimal so viele Mitarbeitende wie die RAB; vgl. dazu auch GPK-S, Unabhängigkeit 2022, BBl 2022 2979, 23.

²⁶⁰⁶ Gesetzliche Grundlage dazu liefert Art. 30 Abs. 2 Geschäftsreglement WEKO. Vgl. dazu auch den Überblick bei BSK KG-BANGERTER, Art. 23 N 61 ff.

ekretariats wahr.²⁶⁰⁷ In den Bereichen Recht, Ökonomie, Binnenmarktgesetz, Internationales und Kommunikation wird die Arbeit des Sekretariats zudem von Kompetenzzentren unterstützt.²⁶⁰⁸

- 849 Den Sekretariaten kommt meistens eine entscheidende Rolle im Rahmen der Aufsichtsführung zu. Sie übernehmen oftmals die fachlichen und administrativen Vorbereitungsarbeiten und Untersuchungen in einer ersten Phase,²⁶⁰⁹ nehmen eine materielle Würdigung des untersuchten Sachverhalts vor²⁶¹⁰ und stellen auf dieser Grundlage begründete Anträge, auf welche die Kommissionen als Beschlussinstanzen in einer darauffolgenden Entscheidphase zurückgreifen.²⁶¹¹ Somit üben regelmässig die Fachsekretariate auch die unmittelbare Aufsicht aus.²⁶¹²
- 850 Regelmässig haben die Fachsekretariate auch die Kompetenz, eigene Entscheide zu treffen und Verfügungen zu erlassen.
- 851 – Gemäss Art. 23 Abs. 1 KG z.B. erlässt das Sekretariat der WEKO zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums die erforderlichen verfahrensleitenden Verfügungen.
- 852 – Das Sekretariat der ESBK hat, gestützt auf Art. 104 Abs. 4 BGS, die Kompetenz, sofern es die Verhältnisse erfordern, selber in den Betrieb einer Spielbank einzugreifen. Es hat die ESBK unverzüglich darüber zu informieren. Zudem entscheidet das Sekretariat der ESBK über Fragen von untergeordneter Bedeutung oder technischer Natur²⁶¹³ und kann Verfügungen und Entscheide erlassen, soweit die ESBK eine entsprechende Delegation vorgenommen hat.²⁶¹⁴
- 853 Sodann sind die Sekretariate regelmässig auch für den Vollzug der Entscheide der Kommission zuständig.

²⁶⁰⁷ Vgl. für einen Überblick die Informationen auf der Website der WEKO: <<https://www.weko.admin.ch> → Die WEKO → Sekretariat> (besucht am 15.8.24).

²⁶⁰⁸ Vgl. BSK KG-BANGERTER, Art. 23 N 66 ff.; vgl. auch DÄHLER, 569 f.

²⁶⁰⁹ Vgl. etwa für das WEKO-Sekretariat Art. 23 Abs. 1 Satz 1 KG sowie Art. 31 Abs. 1 lit. c Geschäftsreglement WEKO. – Gemäss Art. 104 Abs. 5 BGS ist das Sekretariat der ESBK auch für die Verfolgung der Straftaten nach Art. 130 ff. BGS zuständig.

²⁶¹⁰ Vgl. ebenfalls für das WEKO-Sekretariat BSK KG-BANGERTER, Art. 23 N 29 m.w.H.; vgl. auch Urteil BVGer, B-1286/2016, 15.8.2017, E. 1.6.3.

²⁶¹¹ Vgl. dazu S. VOGEL, Einheit, 262; vgl. auch die entsprechenden Regeln in Art. 23 KG (für das WEKO-Sekretariat), Art. 104 Abs. 2 BGS (für das ESBK-Sekretariat) sowie Art. 5 Abs. 2 Geschäftsreglement ElCom (für das ElCom-Sekretariat).

²⁶¹² Vgl. so ausdrücklich Art. 104 Abs. 1 BGS.

²⁶¹³ Vgl. Art. 9 Abs. 2 Geschäftsreglement ESBK.

²⁶¹⁴ Art. 9 Abs. 4 Geschäftsreglement ESBK.

Entsprechende Bestimmungen finden sich etwa in Art. 23 Abs. 1 Satz 2 KG, Art. 104 Abs. 2 BGS, Art. 21 Abs. 1 PG sowie in Art. 5 Abs. 2 des Geschäftsreglements der ElCom.

Schliesslich sind die Sekretariate Ansprechstellen der Behördenkommissionen und vertreten diese oftmals sowohl innerhalb der Bundesverwaltung als auch gegenüber den Beaufsichtigten und der Öffentlichkeit. Dies ist etwa für das Sekretariat der ESBK vorgesehen, das die ESBK auch vor Gericht und vor den Behörden vertritt,²⁶¹⁵ ebenso wie für das Sekretariat der UBI²⁶¹⁶ und für das Sekretariat der ElCom.²⁶¹⁷ Auch das Sekretariat der WEKO verkehrt mit Beteiligten, Dritten und Behörden direkt.²⁶¹⁸ Ferner kommen ihm Dienstleistungsaufgaben zu, wenn es Stellungnahmen nach Art. 46 Abs. 1 KG abgibt und Amtsstellen sowie Unternehmen bei Fragen zum Gesetz berät.²⁶¹⁹ 854

Eine im Vergleich etwas abweichende Stellung kommt dem Fachsekretariat der ComCom zu. Wie bereits aufgezeigt wurde,²⁶²⁰ nimmt nämlich das BAKOM und damit ein Bundesamt der Zentralverwaltung weitgehende Zuständigkeiten im Tätigkeitsbereich der ComCom wahr.²⁶²¹ So ist das BAKOM etwa für die Vorbereitung der Geschäfte der ComCom zuständig und stellt in dieser Funktion auch Anträge an die ComCom. Ausserdem ist das BAKOM als Fachsekretariat der ComCom auch für den Vollzug ihrer Entscheide zuständig.²⁶²² Davon abzugrenzen ist das allgemeine Sekretariat der ComCom. Dieses fungiert als Ansprechstelle der ComCom, begleitet deren Geschäfte fachlich und administrativ und ist für die Koordination zwischen der Kommission und dem BAKOM zuständig.²⁶²³ 855

Organisatorisch ist die ComCom im Übrigen zusammen mit anderen Behördenkommissionen, nämlich der ComCom, der ElCom, der PostCom, der RailCom sowie der UBI, innerhalb des UVEK als «Regulierungsbehörden Infrastruktur» 856

²⁶¹⁵ Vgl. Art. 104 Abs. 3 und 5 BGS und Art. 9 Abs. 5 Geschäftsreglement ESBK.

²⁶¹⁶ Vgl. Art. 4 Abs. 3 Geschäftsreglement UBI.

²⁶¹⁷ Das Sekretariat der ElCom vertritt diese gegenüber Dritten. Es ist jedoch das Präsidium bzw. Vizepräsidium, das die ElCom gegenüber ausländischen Regulatoren oder internationalen Organisationen vertritt (Art. 5 Abs. 2 lit. a sowie Art. 7 Geschäftsreglement ElCom).

²⁶¹⁸ Art. 23 Abs. 1 Satz 3 KG.

²⁶¹⁹ Art. 23 Abs. 2 KG.

²⁶²⁰ Dazu vorne N 594 m.w.H.

²⁶²¹ Vgl. dazu insb. Art. 8 Geschäftsreglement ComCom.

²⁶²² Vgl. Art. 8 Abs. 1 Geschäftsreglement ComCom.

²⁶²³ Art. 7 Abs. 1 Geschäftsreglement ComCom.

(RegInfra)» zusammengefasst. Das Generalsekretariat UVEK erbringt dieser Verwaltungseinheit Leistungen in den administrativen Bereichen Logistik, Informatik, Personalwesen, Übersetzungen, Haushalt- und Rechnungsführung.²⁶²⁴ Im Sinne einer Randbemerkung auch interessant ist, dass vier dieser Behörden – alle ausser der PostCom – örtlich an derselben Adresse ansässig sind, nämlich an der Christoffelgasse 5 in Bern. Auch wenn diese «Infrastruktur-Behörden» voneinander unabhängig sind und es in ihren Tätigkeitsbereichen auch kaum zu Überschneidungen inhaltlicher Natur kommt, teilen sie somit ein «Regulatorenhaus» und können sich regelmässig z.B. zu Arbeitsabläufen, administrativen Fragestellungen und tagesaktuellen Themen austauschen.²⁶²⁵

2.3.2 Das WEKO-Sekretariat im Besonderen

- 857 Im Hinblick auf das Sekretariat der WEKO wird die Meinung vertreten, dass es sich dabei um eine eigenständige Behörde mit selbstständigen Kompetenzen handle, die der WEKO beigeordnet, nicht aber etwa als Organ untergeordnet sei.²⁶²⁶ Für eine solche Auffassung spricht u.a. die Tatsache, dass das KG wiederholt das Sekretariat und die WEKO in ihrer Gesamtheit als «Wettbewerbsbehörden» (im Plural) bezeichnet.²⁶²⁷ Ausserdem tritt das Sekretariat in der Praxis regelmässig im eigenen Namen auf.²⁶²⁸ Das gesetzgeberische Anliegen, Untersuchungs- und Entscheidungsfunktionen in kartellrechtlichen Zusammenhängen so weit wie möglich zu trennen,²⁶²⁹ gibt allerdings immer wieder Anlass zu Diskussionen – zuletzt als einer der Kernpunkte der 2014 gescheiterten Kartellrechtsrevision.²⁶³⁰
- 858 Bereits im 2008 veröffentlichten Synthesebericht der Evaluationsgruppe Kartellgesetz wurde eine klarere Gestaltung der Trennung und Kompetenzzuordnung zwischen der Kommission als Entscheidungsbehörde und dem Sekretariat als Untersuchungsbehörde gefordert. Zu diesem Zweck seien Kommission und Se-

²⁶²⁴ LIENHARD/BOLZ/WÜEST-RUDIN, 82; vgl. auch den Eintrag zur RegInfra im elektronischen Staatskalender (<<https://www.staatskalender.admin.ch>>).

²⁶²⁵ So bestätigt von Peter Bär, Kommissionssekretär der ComCom, auf Anfrage (persönliche Kommunikation, 25.11.2022).

²⁶²⁶ BRUCH/MEIER, DIKE-KG, Art. 23 N 10 m.w.H. auf unterschiedliche Lehrmeinungen.

²⁶²⁷ So etwa Art. 25 Abs. 1, Art. 42, Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 53 Abs. 1 KG. Vgl. dazu auch BRUCH/MEIER, DIKE-KG, Art. 23 N 10.

²⁶²⁸ So z.B. bei Marktbeobachtungen, Vorabklärungen, Untersuchungen und Schlussverfahren. Vgl. dazu BRUCH/MEIER, DIKE-KG, Art. 23 N 11.

²⁶²⁹ *Ebd.*, Art. 23 N 6 ff.

²⁶³⁰ Vgl. *ebd.*, Art. 23 N 8; dazu auch insb. hinten N 881 ff.

ekretariat entweder zu einer einstufigen Behörde zu vereinigen oder als eine zweistufige Behörde mit sauber getrennten Kompetenzbereichen zu konzipieren.²⁶³¹ Kritisiert wurde das bestehende System als Mischform beider Modelle, das zu Führungs-, Qualitäts-, Unabhängigkeits- und Schnittstellenproblemen führe.²⁶³² Die Zusammenarbeit zwischen der Milizkommission und dem professionellen Sekretariat leide an verschiedenen Ungleichgewichten insb. bezüglich Wissensstand, Entscheidungsmacht und Prozesskontrolle.²⁶³³ So verfüge das Sekretariat über juristisch und ökonomisch spezialisierte, vollzeitlich angestellte Sachbearbeiter, welche die Fälle jeweils gut kennen würden, während die WEKO als nebenamtlich tätige Milizbehörde bei der Entscheidungsfindung vom Input des Sekretariats abhängig und kaum selber in der Lage sei, die sachlichen und rechtlichen Grundlagen des Falles eingehend zu überprüfen.²⁶³⁴

Bemängelt wurden ausserdem Kompetenzüberschneidungen, die zahlreiche Ausnahmen von der konzipierten Trennung von Untersuchungs- und Entscheidungsfunktionen vorsehen. So kann die WEKO das Sekretariat nach Art. 27 KG mit der Eröffnung einer Untersuchung beauftragen und auch entscheiden, welche der eröffneten Untersuchungen vorrangig zu behandeln ist. Ferner entscheidet ein Präsidiumsmitglied auf Antrag des Sekretariats über die Anordnung von Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen (Art. 42 Abs. 2 KG). Darüber hinaus kommen dem Sekretariat gewisse Mitwirkungsmöglichkeiten bei der Entscheidungsfindung der Kommission zu. Daneben bestehen informelle Koordinationsmechanismen zwischen WEKO und Sekretariat.²⁶³⁵ Eine solche Verflechtung zwischen der Untersuchungs- und der Entscheidungsbehörde gilt v.a. aus verfahrensrechtlicher Hinsicht als besonders problematisch. Es stellt sich namentlich die Frage, ob noch von einer unabhängigen und unbefangenen Behörde ausgegangen werden kann, wenn die entscheidende Instanz schon vor dem Hauptverfahren die Gelegenheit hatte,

²⁶³¹ Für die Evaluationsgruppe stand dabei das einstufige Modell v.a. aus Effizienzgründen im Vordergrund (vgl. zum Ganzen Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Synthesebericht, S. XV und N 195 ff. insb. N 197 ff.; vgl. auch BAUDENBACHER, Gutachten, 47 ff.).

²⁶³² Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Synthesebericht, N 195 ff.; vgl. auch BAUDENBACHER, Gutachten, 39, der das bestehende Modell als «weder Fisch noch Vogel» kritisierte. Zum Verhältnis zwischen dem Sekretariat und der WEKO vgl. auch BSK KG-BANGERTER, Art. 23 N 10 ff.

²⁶³³ Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Synthesebericht, N 195.

²⁶³⁴ So BAUDENBACHER, Gutachten, 22; vgl. auch BSK KG-BANGERTER, Art. 23 N 7 m.w.H.

²⁶³⁵ Vgl. zum Ganzen den Überblick bei BSK KG-BANGERTER, Art. 23 N 10 ff.; BRUCH/MEIER, DIKE-KG, Art. 23 N 49 f.

sich eine Meinung über den Ausgang des Verfahrens zu bilden – eine Frage, auf die in Kapitel IV näher eingegangen wird.²⁶³⁶

- 860 Die mit der gescheiterten KG-Revision vorgesehene institutionelle Neuordnung hätte die Umwandlung der WEKO und ihres Sekretariats in eine unabhängige Wettbewerbsbehörde in der Rechtsform einer öffentlich-rechtlichen Anstalt des Bundes mit eigener Rechtspersönlichkeit zur Folge gehabt, die die Untersuchungen durchführen und vor dem neu zu konzipierenden Wettbewerbsgericht Antrag stellen sollte.²⁶³⁷ Zwar hatten die Vernehmlassungsteilnehmer die vorgesehene bessere Trennung von untersuchender und urteilender Behörde mehrheitlich begrüsst,²⁶³⁸ zur institutionellen Reform ist es jedoch nicht gekommen.

3. Personelle Besetzung

3.1 Vorgaben und Anforderungsprofil

- 861 Als Mitglieder der Behördenkommissionen sind nach Art. 8b Abs. 1 RVOV Personen wählbar, welche die Voraussetzungen für eine Anstellung in der Bundesverwaltung erfüllen.

Bereits bestehende Angehörige der Bundesverwaltung dürfen nach Art. 57e Abs. 3 RVOG nur in begründeten Einzelfällen als Mitglieder einer Kommission gewählt werden, eine Ausnahme, die im Kontext von aufsichtsrechtlich tätigen Behördenkommissionen in Anbetracht der strengen Unabhängigkeitserfordernisse wohl nicht zum Tragen kommt.

- 862 Art. 57e Abs. 2 RVOG gibt ausserdem vor, dass die Kommissionen «unter Berücksichtigung ihrer Aufgaben nach Geschlecht, Sprache, Region, Alters- und Interessengruppen» ausgewogen zusammengesetzt sein müssen. Art. 8b Abs. 2 RVOV hält dazu fest, dass für die Wahl keine Altersbeschränkung besteht, und Art. 8c sowie Art. 8c^{bis} RVOV konkretisieren die Vorgaben betreffend die Vertretung der Geschlechter bzw. der Sprachgemeinschaften.
- 863 Massgeblich für die Wahl der Kommissionsmitglieder ist sodann das Anforderungsprofil, das vom Bund erstellt wird und in der Einsetzungsverfügung des Bundesrates enthalten ist.²⁶³⁹ Zwar lässt sich Art. 8e Abs. 2 lit. m RVOV keine eigentliche Verpflichtung des Bundesrates entnehmen, sein Wahl- und Bestimmungsrecht

²⁶³⁶ Zur Thematik der Vorbefassung im Besonderen vgl. hinten N 1726 ff.

²⁶³⁷ Vgl. dazu insb. Art. 1, Art. 20 sowie Art. 22 E-WBBG sowie Art. 24a ff. E-KG; vgl. auch Botschaft KG 2012, BBl 2012 3921 ff.

²⁶³⁸ Vgl. SECO, Teilrevision KG, Bericht Vernehmlassungsverfahren, 4 und 9 ff.

²⁶³⁹ Art. 8e Abs. 2 lit. m RVOV.

auf dieses Anforderungsprofil gestützt auszuüben, wie dies Art. 8j Abs. 2 RVOV für Organisationen in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Anstalten vorsieht,²⁶⁴⁰ und auch das Muster-Anforderungsprofil des Bundesrates für Verwaltungs- und Institutsräte²⁶⁴¹ ist auf Behördenkommissionen nicht anwendbar.²⁶⁴² Art. 8e Abs. 2 lit. m RVOV wird jedoch dahin gehend ausgelegt, dass damit nun auch eine Pflicht eingeführt wurde, für alle ausserparlamentarischen Kommissionen ein Anforderungsprofil zu erstellen.²⁶⁴³ Und offenbar wurden mit der Einführung dieser Bestimmung die Einsetzungsverfügungen der allermeisten Behördenkommissionen effektiv auch mit Aufsichtsaufgaben mit einem Anforderungsprofil ergänzt.²⁶⁴⁴ Die Einführung von Anforderungsprofilen für sämtliche «ausserparlamentarische Kommissionen mit Aufsichts- und Regulierungsaufgaben» wurde von der GPK-S im Rahmen ihrer Untersuchung zur Unabhängigkeit ausdrücklich begrüsst, trage diese Massnahme doch insb. auch zur Vereinheitlichung der auf Behördenkommissionen und Anstalten anwendbaren Regelungen bei.²⁶⁴⁵

Das bisherige Fehlen von Anforderungsprofilen für Behördenkommissionen war sachlich nämlich nicht nachvollziehbar und stiess in der Vergangenheit auf Kritik. Die GPK-S betonte insb. die Wichtigkeit von Anforderungsprofilen als Evaluationsinstrumenten, um eine gute und transparente Wahl in die Leitungsorgane zu gewährleisten, und forderte den Bundesrat entsprechend in ihrer «Empfehlung 3» auf, präzise und transparente Anforderungsprofile festzulegen.²⁶⁴⁶ Die daraufhin erfolgte Stellungnahme des Bundesrates und insb. sein Verweis auf Art. 8j RVOV²⁶⁴⁷ genügte ihr in der Folge nicht, ebenso wenig sein Verweis auf die inhaltlichen Anforderungen an die Einsetzungsverfügung.²⁶⁴⁸ Sie forderte den Bun-

²⁶⁴⁰ Dazu vorne N 703.

²⁶⁴¹ Dazu vorne N 703 m.w.H.

²⁶⁴² Gemäss Bundesratsbeschluss vom 14.12.2018 ist das Musteranforderungsprofil seit dem 1.1.2019 auf alle Gremien anwendbar, für die nach Art. 8j RVOV ein Anforderungsprofil zu erlassen ist (BR, Eignerstrategie, 18).

²⁶⁴³ GPK-S, Unabhängigkeit 2022, BBl 2022 2979, insb. 10.

²⁶⁴⁴ *Ebd.*, 19 insb. mit dem Hinweis, dass die einzige Behördenkommission mit Aufsichts- oder Regulierungsaufgaben, die nicht über ein schriftliches Anforderungsprofil verfügt, die Eidg. Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Rechten (ESchK) ist. Der Bundesrat orientierte die GPK-S jedoch darüber, dass er das EJPD beauftragt habe, auch für diese ein Anforderungsprofil zu erstellen.

²⁶⁴⁵ *Ebd.*, insb. 10 und 19 f.

²⁶⁴⁶ GPK-S, Unabhängigkeit 2015, BBl 2016 1717 f.

²⁶⁴⁷ BR, Stellungnahme Unabhängigkeit 2015, BBl 2016 1770 f.

²⁶⁴⁸ GPK-S, Unabhängigkeit 2017, BBl 2017 4520 f.

desrat auf, auch für ausserparlamentarische Kommissionen Anforderungsprofile zu erarbeiten, die auf die spezielle Ausrichtung und Organisation jeder einzelnen Behörde abgestimmt und ausgerichtet sind, nicht zuletzt angesichts der Tatsache, dass ausserparlamentarische Kommissionen oft ähnliche Auftragsaufträge wahrnehmen wie öffentlich-rechtliche Anstalten, sowie zwecks Förderung der Transparenz und der Sicherstellung der Unabhängigkeit.²⁶⁴⁹

3.2 Behördenkommissionen als Milizbehörden

- 865 Auch die Mitglieder der Behördenkommissionen rekrutieren sich hauptsächlich aus Fachpersonen. Als Auswahlkriterium steht ihre fachliche Kompetenz regelmässig im Vordergrund.²⁶⁵⁰ Dabei sichern sich die Behördenkommissionen externen Sachverstand und die Vertretung von Interessen aus verschiedenen Bereichen, indem sie sich regelmässig als mehrgliedrige Kollegialgremien aufstellen mit nebenamtlich tätigen Mitgliedern aus Politik, Wirtschaft und Gesellschaft sowie verschiedenen Fachbereichen.²⁶⁵¹ Aus einer solchen Ausgestaltung der Behördenkommissionen als kollegiale und plurale «Milizbehörden»²⁶⁵² erhofft man sich die Förderung eines pragmatischen Diskurses, der in ausgewogene, breit abgestützte und konsensfähige sowie sachgerechte Ergebnisse mündet. Ferner wird eine erhöhte Realitätsnähe der Kommissionarbeit erwartet, die insb. zur besseren Akzeptanz der von solchen Stellen verfügbaren Massnahmen beitragen soll.²⁶⁵³

²⁶⁴⁹ *Ebd.*

²⁶⁵⁰ Vgl. etwa Art. 94 Abs. 4 BGS, wonach mindestens ein Mitglied der ESBK über besondere Kenntnisse im Bereich der Suchtprävention verfügen muss; vgl. auch Art. 94 Abs. 3 BGS, Art. 21 Abs. 1 StromVG, Art. 56 Abs. 1 FMG und Art. 40a Abs. 3 EBG, wonach die vom Bundesrat bestellten Kommissionsmitglieder «unabhängige Sachverständige» sein müssen. Zum Ganzen auch S. VOGEL, Einheit, 260 f.

²⁶⁵¹ Vgl. dazu S. VOGEL, Einheit, 260 f.; STÖCKLI, Organisatorische Fragen, 123; WEBER/BIAGGINI, 45; vgl. etwa auch KÄGI-DIENER, 55 f., zu den ausserparlamentarischen Kommissionen «als partizipative Instrumente».

²⁶⁵² Vgl. eingehend zur Milizverwaltung in der schweizerischen Verwaltung bereits GERMANN, Ausserparlamentarische Kommissionen, 23 ff.; GERMANN, Verwaltung, 79 ff.; vgl. auch WEBER/BIAGGINI, 45 ff.; B. SCHINDLER, Evolution, 417, 421, 432, 434 f. und 439 f.; SÄGESSER, Kommentar RVOG, Vorbemerkungen Art. 57a ff. N 13 f., der allerdings Behördenkommissionen, die über ausgebaute eigene Dienste («Sekretariate») verfügen, wie etwa die WEKO, die ComCom oder die ElCom, nicht mehr zur Milizverwaltung zählt.

²⁶⁵³ FEHLING, Verwaltung, 19 f.; vgl. zu den Vorteilen von Kollegialbehörden auch eingehend S. VOGEL, Einheit, 219 ff.; STÖCKLI, Organisatorische Fragen, 123. Zu möglichen Schwächen des Kollegialprinzips: BIAGGINI, Behördenorganisation, 47.

In einem Bericht der Geschäftsprüfungskommissionen von 1990 über die ausserparlamentarischen Kommissionen wurde dazu etwa festgehalten, dass das System der ausserparlamentarischen Kommissionen «einer Vielfalt von Gruppierungen und Organisationen in Wirtschaft und Gesellschaft [gestattet], dazu beizutragen, dass sich die Verwaltungstätigkeit nicht von den Realitäten von Wirtschaft und Gesellschaft entfernt, sondern auf die dort formulierten Bedürfnisse eingeht. Die direkte Einflussnahme interessierter Organisationen auf die Verwaltung stellt überdies einen zum Teil durch Verfassung und Gesetz vorgesehenen Abstimmungsprozess zwischen Wirtschaft und Verwaltung dar. Insbesondere wo es um den Vollzug von Aufgaben geht, deren Ziele demokratisch hinreichend bestimmt sind, kann die Konkordanz zwischen Verwaltung und betroffenen Kreisen einen wertvollen Beitrag zur Effizienz und Akzeptanz staatlicher Massnahmen leisten.»²⁶⁵⁴ 866

Die Ausgestaltung von Behördenkommissionen als Teil der «Milizverwaltung» hat Tradition in der Schweiz.²⁶⁵⁵ Sie liegt u.a. wohl in der Auffassung begründet, dass staatliche Verrichtungen hierzulande nicht alleine den amtlichen Funktionärinnen und Funktionären vorbehalten bleiben sollen.²⁶⁵⁶ Die damit einhergehende Möglichkeit einer vielfältigen Behördenzusammensetzung aus verschiedenen Bereichen der Wirtschaft und Gesellschaft führt dazu, dass die kollegiale Entscheidungsfindung innerhalb der Kommissionen als repräsentativ und ausgewogen gilt, ja sogar als «demokratisch» betrachtet wird.²⁶⁵⁷ 867

Allerdings ist eine breitere Abstützung von Entscheidungen auf ganze Kommissionengremien keine Garantie dafür, dass der Gremienbeschluss als solcher unabhängig ausfällt. Dies kann auf mögliche Dynamiken innerhalb solcher Gremien zurückgeführt werden²⁶⁵⁸ oder auf die Problematik, die mit der Einsitznahme von Interessenvertretern der Wirtschaft und insb. von Vertretern einzelner beaufsichtigter Unternehmen bzw. Sachbereiche in den Kommissionen einhergeht.²⁶⁵⁹ Auch weil die Kommissionen als Kollegialgremien gar nicht in der Lage wären, die je- 868

²⁶⁵⁴ Vgl. GPK-N/-S, Ausserparlamentarische Kommissionen, BBl 1990 III 339.

²⁶⁵⁵ WEBER/BIAGGINI, 45 m.w.H.; BIAGGINI, Statehood, 569; B. SCHINDLER, Evolution, 415 ff., insb. 421; vgl. auch GPK-S, Unabhängigkeit 2022, BBl 2022 2979, 23.

²⁶⁵⁶ BIAGGINI, Statehood, 569; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 121.

²⁶⁵⁷ Vgl. so Botschaft Neuordnung ausserparl. Kommissionen, BBl 2007 6644; vgl. auch S. VOGEL, Einheit, 219 sowie 209 ff. zur kollegialen Entscheidungsfindung generell.

²⁶⁵⁸ Vgl. so D. FISCHER, 77 m.w.H.

²⁶⁵⁹ Vgl. spezifisch zur Interessenvertretung innerhalb der WEKO hinten N 876 ff.

weils erforderlichen Entscheidungsgrundlagen selbstständig zu erarbeiten, kommt ihren Sekretariaten regelmässig eine äusserst wichtige Bedeutung zu.²⁶⁶⁰

3.3 Vorgaben zur personellen Unabhängigkeit

3.3.1 Unabhängigkeit gegenüber Politik und Verwaltung sowie gegenüber den Beaufsichtigten

- 869 Auch die spezialgesetzlichen Vorgaben zur personellen Besetzung der Behördenkommissionen sind grundsätzlich bemüht, auf eine personelle Unabhängigkeit der Behördenmitglieder hinzuwirken, und zwar sowohl gegenüber Politik und Verwaltung als auch gegenüber den Beaufsichtigten.
- 870 Zwecks Sicherstellung der *Unabhängigkeit gegenüber Politik und Verwaltung* verankert bspw. Art. 19 Abs. 1 Satz 1 KG generell, dass die Kommission «von den Verwaltungsbehörden unabhängig» ist. Die gleiche Formulierung wählt etwa auch Art. 56 Abs. 2 Satz 2 FMG zur ComCom sowie Art. 21 Abs. 2 Satz 2 StromVG zur ElCom.²⁶⁶¹
- 871 Ferner wird versucht, eine personelle Trennung zwischen den Kommissionen und der Bundesverwaltung herzustellen – die Geschäftsprüfungskommissionen sprachen 1990 von «einer Art Gewaltenteilung zwischen dem Milizgremium und der Verwaltung»²⁶⁶² –, indem gemäss Art. 57e Abs. 3 RVOG generell Angehörige der Bundesverwaltung nur in begründeten Einzelfällen als Mitglieder einer Kommission gewählt werden dürfen.

Entsprechende Bestimmungen findet man bspw. auch in Art. 82 Abs. 3 lit. b RTVG, wo (generell) festgelegt wird, dass «Personen im Dienst des Bundes» der UBI nicht angehören dürfen.²⁶⁶³

In Art. 96 Abs. 2 BGS wird allgemeiner formuliert, dass die Mitglieder der ESBK ebenso wie die Mitarbeitenden ihres Sekretariats grundsätzlich «eine andere Beschäftigung ausüben [dürfen], wenn dadurch die Unabhängigkeit der ESBK nicht beeinträchtigt wird».

²⁶⁶⁰ Zu den (Fach-)Sekretariaten vgl. vorne N 844 ff.; vgl. auch STÖCKLI, Organisatorische Fragen, 123 mit Verweis auf S. VOGEL, Einheit, 221.

²⁶⁶¹ Zur fachlichen Unabhängigkeit, die jeweils in Satz 1 dieser Bestimmungen angesprochen wird, vgl. hinten N 899 ff.

²⁶⁶² Vgl. GPK-N/-S, Ausserparlamentarische Kommissionen, BBl 1990 III 340.

²⁶⁶³ Der UBI ebenfalls nicht angehören dürfen gemäss Art. 82 Abs. 3 lit. a RTVG «Mitglieder der Bundesversammlung».

Mit dem Ziel, die *Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden gegenüber den durch sie Beaufsichtigten* zu gewährleisten, ist ferner die Einsitznahme von Interessenvertretungen in die Kommissionen i.d.R. gesetzlich untersagt.²⁶⁶⁴ Art. 56 Abs. 1 FMG, Art. 94 Abs. 3 BGS, Art. 21 Abs. 1 StromVG, Art. 40a Abs. 3 EBG sowie Art. 20 Abs. 1 PG sehen (generell) vor, dass die vom Bundesrat bestellten Kommissionsmitglieder «unabhängige Sachverständige» sein müssen. Die Bestimmungen verdeutlichen darüber hinaus, dass diese Sachverständigen nicht den beaufsichtigten Unternehmen (als Organe oder Angestellte) angehören dürfen. 872

Art. 94 Abs. 3 BGS lautet dahin gehend, dass die als unabhängige Sachverständige gewählten Mitglieder der ESBK «weder Mitglied des Verwaltungsrates noch Angestellte von Geldspielunternehmungen, Fabrikations- und Handelsbetrieben der Geldspielbedarfsbranche noch von diesen nahestehenden Gesellschaften sein» dürfen. Positiv fügt Abs. 4 dieser Bestimmung an, dass mindestens ein Mitglied über besondere Kenntnisse im Bereich der Suchtprävention verfügen muss.

Auch dürfen die Kommissionsmitglieder nach Art. 21 Abs. 1 StromVG «nicht Organen von juristischen Personen angehören, die Tätigkeiten im Bereich der Elektrizitätswirtschaft ausüben, oder in einem Dienstleistungsverhältnis zu solchen juristischen Personen stehen».

Nach Art. 40a Abs. 3 EBG dürfen sie «insbesondere weder Angestellte von Eisenbahnunternehmen sein noch deren Organen angehören noch in einem Dienstleistungsverhältnis zu ihnen stehen».

Entsprechend sieht Art. 20 Abs. 1 PG vor, dass die Mitglieder der PostCom weder Organen von juristischen Personen, die Tätigkeiten im Bereich des Postmarktes ausüben, angehören noch in einem Dienstleistungsverhältnis zu solchen juristischen Personen stehen dürfen.

Nach Art. 82 Abs. 3 lit. c RTVG dürfen ferner auch «Mitglieder von Organen schweizerischer Programmveranstalter sowie Personen, die in einem entsprechenden Arbeitsverhältnis stehen», nicht der UBI angehören. Abs. 4 dieser Bestimmung hält weiter fest, dass sich eine betroffene Person für ein Amt zu entscheiden hat, sofern ein Fall der Unvereinbarkeit eintritt. Entscheidet sie sich für ein gemäss Abs. 3 nicht mit der UBI vereinbares Amt, scheidet sie spätestens vier Monate nach Feststellung der Unvereinbarkeit aus der UBI aus.

Gemäss Art. 57f RVOG haben Kommissionsmitglieder ihre Interessenbindungen vor ihrer Wahl offenzulegen, andernfalls gelten sie als Kommissionsmitglieder nicht wählbar bzw. können gemäss Art. 8f Abs. 4 RVOV auch abberufen werden. 873

²⁶⁶⁴ Eine etwas liberalere Regelung ist für die WEKO vorgesehen und wird nachfolgend vertieft behandelt (N 876 ff.).

Art. 8f RVOV führt darüber hinaus die genaueren Inhalte auf, die offenzulegen sind. Dazu gehören Informationen über (a) berufliche Tätigkeiten; (b) Tätigkeiten in Führungs- und Aufsichtsgremien sowie Beiräten und ähnlichen Gremien schweizerischer und ausländischer Körperschaften, Anstalten und Stiftungen sowohl des privaten als auch des öffentlichen Rechts; (c) Beratungs- oder Expertentätigkeiten für Bundesstellen; (d) dauernd[e] Leitungs- oder Beratungstätigkeiten für schweizerische und ausländische Interessengruppen [sowie] (e) Mitwirkung in anderen Organen des Bundes,²⁶⁶⁵ wobei jedoch das strafrechtliche Berufsgeheimnis vorbehalten bleibt.²⁶⁶⁶ Auch Änderungen der Interessenbindungen während der Amtsdauer sind unverzüglich dem zuständigen Departement zu melden.²⁶⁶⁷

- 874 Festgehalten und öffentlich einsehbar sind diese Angaben in von der Bundeskanzlei in elektronischer Form veröffentlichten Verzeichnissen, in denen u.a. auch die Mitglieder ausserparlamentarischer Kommissionen aufgeführt sind.²⁶⁶⁸

Spezialgesetzlich ist in Art. 18 Abs. 2^{bis} KG die Rede von einem Interessenbindungsregister, in dem die Mitglieder der WEKO ihre Interessen offenlegen. Inzwischen sind die Interessenbindungen der WEKO-Mitglieder auch auf der Website der WEKO abrufbar.²⁶⁶⁹

- 875 Im Hinblick auf mögliche Interessenkonflikte ist in Art. 8e^{ter} RVOV ausserdem eine Karenzfrist von mindestens sechs und maximal zwölf Monaten für Kommissionsmitglieder vorgesehen, die Aufsichts- und Regulierungsaufgaben wahrnehmen, wenn sie in eine Tätigkeit bei Arbeits- oder Auftraggebern des beaufsichtigten oder regulierten Bereichs wechseln. Dafür kann eine Karenzfristentschädigung vorgesehen werden.²⁶⁷⁰

Bemerkenswert ist insb. auch die in diesem Zusammenhang in Art. 8e^{ter} Abs. 2 RVOV vorgeschlagene Definition von «Interessenkonflikt». Nach dieser Bestimmung liegt ein Interessenkonflikt vor, wenn «(a) durch diese

²⁶⁶⁵ Art. 8f Abs. 1 RVOV.

²⁶⁶⁶ Art. 8f Abs. 2 RVOV.

²⁶⁶⁷ Art. 8f Abs. 3 RVOV.

²⁶⁶⁸ Vgl. Art. 8k RVOV. Die Verzeichnisse sind pro Behördenkommission online abrufbar unter <<https://www.admin.ch> → Dokumentation → Ausserparlamentarische Kommissionen, Leitungsorgane und Bundesvertretungen → Nach Gremiumart → Behördenkommissionen> (besucht am 15.8.24). – Dass nun auch die Interessenbindungen der betreffenden Personen im Mitgliederverzeichnis angegeben sind, wurde von der GPK-S im Rahmen ihrer Abschlussevaluation ausdrücklich begrüsst (vgl. GPK-S, Unabhängigkeit 2022, BBl 2022 2979, 10).

²⁶⁶⁹ Vgl. <<https://www.weko.admin.ch> → Die WEKO → Kommission → Mitglieder> (besucht am 15.8.24).

²⁶⁷⁰ Art. 8e^{ter} Abs. 4 bis 6 RVOV.

Tätigkeit die Glaubwürdigkeit und die Reputation der Kommission oder des Bundes beeinträchtigt werden können; (b) ein Kommissionsmitglied in einer Weise Einfluss auf Einzelentscheide oder Zugang zu Informationen hat, der es bei einem Wechsel zu einem Arbeit- oder Auftraggeber des beaufsichtigten oder regulierten Bereichs nicht mehr als unbefangen erscheinen lässt».

Beachtenswert sind schliesslich auch die ergänzenden Bestimmungen der Geschäftsreglemente bzw. Verhaltenskodizes einiger Aufsichtsbehörden.²⁶⁷¹ 876

Vereinzelte Vorgaben lassen sich auch den einschlägigen Verordnungen entnehmen. So regelt etwa Art. 5 Abs. 1 BVV 1 die Bedingungen, denen die Mitglieder der OAK BV entsprechen müssen, um ihre Unabhängigkeit zu gewährleisten. Art. 5 Abs. 2 BVV 1 sieht ausserdem die Pflicht der Mitglieder vor, in den Ausstand zu treten, wenn im Einzelfall ein persönlicher oder geschäftlicher Interessenkonflikt besteht.

3.3.2 Interessenvertretung innerhalb der WEKO

Eine weniger restriktive Regelung wurde für die WEKO eingeführt. Nach Art. 18 Abs. 2 Satz 2 KG muss lediglich «*die Mehrheit der Mitglieder*» aus unabhängigen Sachverständigen bestehen.²⁶⁷² Als unabhängige Sachverständige gelten in erster Linie (aber nicht ausschliesslich²⁶⁷³) unabhängige Hochschulprofessorinnen und -professoren sowohl der Rechts- als auch der Wirtschaftswissenschaften mit profunder Kenntnis des Wettbewerbsrechts bzw. der Mikroökonomie und der Industrieökonomie.²⁶⁷⁴ Die Vertretung der Wissenschaft soll sicherstellen, dass das notwendige Fachwissen innerhalb der Behörde vorhanden ist, wobei auf eine gleichmässige Vertretung beider Fachrichtungen sowohl innerhalb der Kommis- 877

²⁶⁷¹ Entsprechende Bestimmungen finden sich bspw. im Verhaltenskodex WEKO (Ziff. 2.4 ff. [S. 5 ff.]) sowie der ComCom (Ziff. 6 ff. [S. 5 ff.]); vgl. auch Art. 17 Geschäftsreglement ElCom.

²⁶⁷² Eigene Hervorhebung. – Art. 6 Abs. 1 Geschäftsreglement WEKO präzisiert diese Bestimmung dahin gehend, dass mindestens die Hälfte der Mitglieder anwesend (lit. a) und mehr als die Hälfte der anwesenden Mitglieder unabhängige Sachverständige sein müssen (lit. b), damit die Kommission als beschlussfähig gilt.

²⁶⁷³ Vgl. MEIER/BRUCH, DIKE-KG, Art. 18 N 37, die grundsätzlich auch freiberufliche Anwältinnen und Anwälte sowie Richterinnen und Richter kantonaler Gerichte mit entsprechender Spezialisierung als geeignete Kandidatinnen und Kandidaten betrachten; vgl. auch BSK KG-BANGERTER, Art. 18 N 19, der auch Oberassistentinnen und -assistenten der wirtschafts- und rechtswissenschaftlichen Fakultäten nennt.

²⁶⁷⁴ Vgl. MEIER/BRUCH, DIKE-KG, Art. 18 insb. N 37 f. m.w.H.; Komm. KG-SCHMIDHAUSER, Art. 18 N 11 ff.; BSK KG-BANGERTER, Art. 18 N 19.

sion, namentlich innerhalb des Präsidiums, als auch innerhalb des WEKO-Sekretariats geachtet wird.²⁶⁷⁵

- 878 Neben «unabhängigen Sachverständigen» duldet Art. 18 Abs. 2 Satz 2 KG zusätzlich die Einsitznahme von Interessenvertretern oder -vertreterinnen in der WEKO. Während das KG ursprünglich noch spezifische Vorgaben dazu enthielt, dass – neben der Wissenschaft – die Wirtschaft insb. durch Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertreterinnen sowie die Konsumenten in der Kommission vertreten sein sollten,²⁶⁷⁶ lassen sich dem heute geltenden Kartellgesetz keine entsprechenden Angaben entnehmen.
- 879 Die aktuelle Zusammensetzung der WEKO bezieht die am Wirtschaftsgeschehen beteiligten und entscheidenden Kreise mit ein und damit Vertreter der folgenden grossen Schweizer Wirtschaftsverbände und Konsumentenorganisationen: (i) economiesuisse, (ii) Schweizerischer Gewerbeverband, (iii) Schweizerischer Gewerkschaftsbund, (iv) Fédération Romande des Consommateurs (FRC) und (v) Schweizerischer Bauernverband.²⁶⁷⁷ Der Bundesrat überlässt es diesen Verbänden und Organisationen, ihm ihre Kandidierenden vorzuschlagen, die er bis jetzt jeweils auch gewählt hat.²⁶⁷⁸
- 880 Durch die Einbindung von Interessengruppen soll sichergestellt werden, dass die WEKO praxisnahe Entscheidungen trifft und sich nicht «zu sehr an theoretischen Überlegungen» orientiert.²⁶⁷⁹ Gleichzeitig, wird vorgebracht, gewährleiste die Tatsache, dass die unabhängigen Sachverständigen in der Mehrheit seien, dass nicht Verbandsvertreter die Rechtsanwendung bestimmen könnten.²⁶⁸⁰

²⁶⁷⁵ Vgl. dazu etwa Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 630 f.; zur gleichmässigen Besetzung des Präsidiums vgl. Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Synthesebericht, N 210, N 386 sowie S. XV und XXII (Empfehlung 13).

²⁶⁷⁶ So Art. 17 Abs. 1 KG 62 und Art. 20 Abs. 1 KG 85. Entsprechend nahmen in der Kartellkommission neben Vertretern übergeordneter schweizerischer Verbände auch Vertreter von Coop und Migros Einsitz und damit Vertreter einzelner Unternehmen, was heute nicht mehr denkbar ist (vgl. dazu CR Concurrence-MARTENET, Art. 18 N 28; MEIER/BRUCH, DIKE-KG, Art. 18 N 39).

²⁶⁷⁷ Vgl. MEIER/BRUCH, DIKE-KG, Art. 18 N 39 sowie N 41; vgl. auch BSK KG-BANGERTER, Art. 18 N 21. – Die genaue Zusammensetzung der WEKO ist auf der Website der WEKO einsehbar (<<https://www.weko.admin.ch> → Die WEKO → Kommission → Mitglieder> [besucht am 15.8.24]).

²⁶⁷⁸ Vgl. MEIER/BRUCH, DIKE-KG, Art. 18 N 40 m.w.H. auch zur Kritik an dieser Praxis.

²⁶⁷⁹ Botschaft KG 1981, BBl 1981 II 1324.

²⁶⁸⁰ So die WEKO anlässlich ihrer Stellungnahme zum Vorentwurf und zum erläuternden Bericht zur Änderung des Kartellgesetzes vom 18.9.2000 (publiziert in: RPW 2001/1, 193 ff., 194).

Mögliche Fälle von Interessenkonflikten oder Befangenheit sind in Anwendung der Ausstandsregeln zu lösen. Art. 22 Abs. 1 KG verweist für die WEKO generell auf Art. 10 VwVG – eine Bestimmung, auf die auch das Geschäftsreglement der UBI und dasjenige der ElCom Bezug nehmen.²⁶⁸¹ Ist der Ausstand streitig, so entscheidet nach Art. 22 Abs. 3 KG die WEKO oder die entsprechende Kammer unter Ausschluss des betreffenden Mitglieds.²⁶⁸² – Für Mitarbeitende des Sekretariats kommt Art. 94a BPV zur Anwendung. Sodann sind in Bezug auf Interessenkonflikte und den Ausstand sowohl von WEKO-Mitgliedern als auch von Mitarbeitenden des Sekretariats die zusätzlichen Vorgaben aus dem Verhaltenskodex der WEKO zu beachten.²⁶⁸³ 881

Die Zusammensetzung der WEKO war wiederholt Gegenstand von Kritik, insb. auch im Rahmen der vom Bundesrat im Jahr 2012 vorgeschlagenen Teilrevision des KG. Das Revisionsvorhaben ging auf Diskussionen rund um die organisatorisch-institutionelle Ausgestaltung der WEKO zurück. Ihre Ausgestaltung als «grosse Milizkommission, die von der Untersuchungsbehörde (ihrem Sekretariat) auch nicht eindeutig getrennt ist»,²⁶⁸⁴ war – wie gesehen – von verschiedenen Seiten unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten wiederholt kritisiert worden²⁶⁸⁵ und schien, in den Worten der Botschaft des Bundesrates, «nicht mehr zeitgemäss» zu sein.²⁶⁸⁶ Vor allem die Besetzung der WEKO mit Vertreterinnen und Vertretern von Wirtschaftsverbänden wurde angesichts ihrer weitreichenden Sanktionierungskompetenzen sowie mit Blick auf das Ziel einer unabhängigen Entscheidungsfindung als problematisch angesehen. Ferner wurde auch die durchschnittlich lange Verfahrensdauer von Kartellrechtsstreitigkeiten als unbefriedigend eingestuft.²⁶⁸⁷ 882

²⁶⁸¹ Vgl. Art. 9 Geschäftsreglement UBI sowie Art. 17 Abs. 1 Geschäftsreglement ElCom.

²⁶⁸² Vgl. die entsprechenden Bestimmungen in Art. 9 Geschäftsreglement UBI sowie Art. 17 Abs. 3 Geschäftsreglement ElCom.

²⁶⁸³ WEKO, Verhaltenskodex, insb. Ziff. 2.4 ff. (S. 5 ff.).

²⁶⁸⁴ Botschaft KG 2012, BBl 2012 3921.

²⁶⁸⁵ Dazu vorne N 856 ff.; vgl. auch etwa Botschaft KG 2012, BBl 2012 3921 mit Verweis auf ein «Peer Review» der Schweizer Wettbewerbspolitik durch die OECD aus dem Jahr 2006 (OECD, Regulatory Reform in Switzerland, The Role of Competition Policy in Regulatory Reform, Paris 2006 [abrufbar unter <<https://www.oecd.org>>], insb. S. 19 f. und 51) sowie auf den Bericht des EVD zur Evaluation des Kartellgesetzes (2009) und den Synthesebericht der Evaluationsgruppe Kartellgesetz (da insb. N 384) ebenso wie auf BAUDENBACHER, Gutachten, 38 ff. und 40 ff. Generell dazu vgl. etwa BOVET, Autorités, 70 ff.; BOVET, Composition, 195 ff.; vgl. auch BSK KG-BANGERTER, Art. 18 N 23 ff.

²⁶⁸⁶ Botschaft KG 2012, BBl 2012 3921.

²⁶⁸⁷ Vgl. *ebd.*, BBl 2012 3906 und 3922.

883 Vor diesem Hintergrund sollte die Revision des KG zu einer substanziellen institutionellen Neuordnung führen.²⁶⁸⁸ Das Sekretariat der WEKO sollte zu einer eigenständigen, vom Bundesrat und von wirtschaftlichen Interessen unabhängigen Wettbewerbsbehörde in der Rechtsform einer öffentlich-rechtlichen Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit aufgewertet werden.²⁶⁸⁹ Daneben – und somit institutionell sowie verfahrensrechtlich getrennt – sollte ein erstinstanzliches Wettbewerbsgericht errichtet und als neue Kammer in das Bundesverwaltungsgericht integriert werden.²⁶⁹⁰ Der Wettbewerbsbehörde sollte die Kompetenz zukommen, bei Wettbewerbsbeschränkungen die Untersuchungen zu führen und vor dem neu zu schaffenden Wettbewerbsgericht Antrag zu erheben. Ausserdem sollte sie Unternehmen beraten, öffentlich für den Wettbewerb eintreten und in Vernehmlassungen Stellung nehmen können. Ferner sollte sie in der Zusammenschlusskontrolle als erste Instanz die erforderlichen Verwaltungsentscheide fällen.²⁶⁹¹ Im Übrigen wäre das Gericht mit Entscheidungs- und Sanktionierungskompetenzen ausgestattet gewesen.²⁶⁹² Neben juristisch ausgebildeten Richterinnen und Richtern sollte der neue Spruchkörper «Fachrichterinnen» und «Fachrichter» umfassen, die über die erforderliche praktische Erfahrung aus der Wirtschaft verfügen, ebenso über Kenntnisse im Bereich der wirtschaftlichen und industrie-ökonomi-

²⁶⁸⁸ Zu diesem Zweck wurde ein Entwurf eines revidierten Kartellgesetzes (BBl 2012 3989) sowie eines Bundesgesetzes über die Wettbewerbsbehörde (Wettbewerbsbehörden-gesetz, E-WBBG) vorgelegt (BBl 2012 4007). Für einen Überblick vgl. ausserdem Botschaft KG 2012, BBl 2012 3906 und 3921 ff., sowie EVD, Erläuternder Bericht Änderung KG vom 30.6.2010, 12 ff.

²⁶⁸⁹ Vgl. dazu insb. Art. 1, Art. 20 sowie Art. 22 E-WBBG sowie Art. 24a ff. E-KG; vgl. auch Botschaft KG 2012, BBl 2012 3922 f. und 3967 ff.

²⁶⁹⁰ Vgl. insb. Art. 24a Abs. 3 E-KG; vgl. auch Botschaft KG 2012, BBl 2012 3923 f., u.a. mit dem Hinweis, dass somit ein direkter Beschwerdeweg vom Wettbewerbsgericht zum Bundesgericht möglich werde, wodurch der Rechtsmittelweg beträchtlich beschleunigt werden sollte. Die Botschaft führte dazu aus: «Die BV und die EMRK verlangen indes nicht eine dem Bundesgericht vorgelagerte Beschwerdeinstanz, wenn in erster Instanz bereits ein EMRK- und BV-konformes Gericht amtiert (vgl. auch die Lösung beim Bundesstrafgericht). Die geforderte Beschleunigung lässt sich somit erreichen, indem man das Wettbewerbsgericht als Teil des Bundesverwaltungsgerichts neu erstinstanzlich entscheiden lässt und auf die Beschwerdemöglichkeit ans Bundesverwaltungsgericht verzichtet. Mit diesem Schritt erreicht man gleichzeitig ein Zweites, nämlich die u.a. von der OECD empfohlene Professionalisierung des Entscheidungsorgans.»

²⁶⁹¹ Vgl. Botschaft KG 2012, BBl 2012 3923.

²⁶⁹² *Ebd.*

schen Analysen.²⁶⁹³ Die Richterinnen und Richter sollten dabei die hohen Unabhängigkeitserfordernisse an Gerichte erfüllen; Interessenvertretungen sollten dadurch ausgeschlossen werden.²⁶⁹⁴

Der bundesrätliche Vorschlag stiess in der parlamentarischen Beratung allerdings auf Widerstand. Nach dem zweiten Nichteintreten auf die Vorlage durch den Nationalrat am 17. September 2014²⁶⁹⁵ wurde der Revisionsprozess beendet.²⁶⁹⁶ Vermutlich spielte dabei u.a. neben Bedenken über die Effizienz der Kartellrechtsdurchsetzung in einem «Gerichtssystem»²⁶⁹⁷ auch eine Rolle, dass die anvisierte Revision die Interessenvertretung innerhalb der WEKO beendet hätte. Wirtschaftsverbände und Gewerkschafter, deren Vertreter durch das Reformvorhaben betroffen gewesen wären, setzten sich gegen die vorgeschlagene Professionalisierung der WEKO zur Wehr und machten u.a. geltend, nur durch die Branchenvertretung innerhalb der WEKO könne der Praxisbezug gewährleistet werden.²⁶⁹⁸ Damit blieb die WEKO als Milizkommission letztendlich unangetastet.

Im Rahmen der Evaluation der Unabhängigkeit durch die GPK wurde die WEKO in der Folge besonders thematisiert. Ausgehend von einem Normenvergleich kam die PVK zum Schluss, dass ihre Stellung «sowohl bezüglich der Unabhängigkeit ihres Personals (inkl. Leitungsgremium), als auch bezüglich der institutionellen Selbstbestimmung» schwach ausgestaltet sei, sie befinde sich «sogar in der Nähe des «Schlusslichts» KTI –, obgleich sie von den Aufgaben her grundsätzlich mit der FINMA und der RAB oder auch mit dem ENSI vergleichbar» sei.²⁶⁹⁹ In zurückhaltender Manier hielt die PVK aber auch fest, dass über den Einfluss der politisch gewollten Präsenz von Interessenvertretern die Meinungen auseinandergehen würden. Der Informationsvorsprung, den die WEKO dadurch erhalte, müs-

²⁶⁹³ *Ebd.*, BBl 2012 3906, 3920 und 3922.

²⁶⁹⁴ *Ebd.*, BBl 2012 3923.

²⁶⁹⁵ AB 2014 N 1563; vgl. auch AB 2014 N 130. – Die Debatten im Ständerat (vom 5.6.2014) und im Nationalrat (vom 17.9.2014) sind abrufbar unter <<http://www.parlament.ch>> unter der Geschäftsnummer 12.028 (Kartellgesetz. Änderung).

²⁶⁹⁶ Vgl. dazu m.w.H. BSK KG-BANGERTER, Art. 18 N 11a; MEIER/BRUCH, DIKE-KG, Art. 18 N 14 f.

²⁶⁹⁷ Vgl. dazu etwa HEINEMANN, Demokratie, 129 m.w.H., der sich ausserdem auch dafür aussprach, bei institutionellen Reformen das Gesamtsystem im Auge zu behalten.

²⁶⁹⁸ Vgl. etwa das Votum von NR Lorenz Hess vom 17.9.2014, AB 2014 N 1556.

²⁶⁹⁹ PVK, Evaluation Unabhängigkeit, BBl 2016 1740.

se bei korrekter Anwendung der Ausstandsregeln nicht ein Problem der Unabhängigkeit sein, könne aber «potentiell dennoch wettbewerbsverzerrend wirken».²⁷⁰⁰

- 886 Wie noch näher aufzuzeigen sein wird, kam die organisationsrechtliche Ausgestaltung der WEKO auch im 2022 veröffentlichten Abschlussbericht der GPK zur Sprache. Die GPK kam nämlich zum Schluss, «dass die konzeptionelle Unterscheidung bei den grösseren Behördenkommissionen an ihre Grenzen stösst», und nannte die WEKO als «deutlichstes Beispiel». Ein neuer Anlauf für eine Institutionenreform ist aktuell, soweit ersichtlich, aber nicht vorgesehen.²⁷⁰¹ Die rechtsstaatlichen Bedenken zur Ausgestaltung der WEKO halten somit an.²⁷⁰²

3.4 Personalrechtliches

- 887 Das Personal der Aufsichtsbehörden in der Rechtsform der Behördenkommissionen steht i.d.R. in einem Arbeitsverhältnis mit der Bundesverwaltung. Das BPG ist auf sie anwendbar, sofern die spezialgesetzlichen Bestimmungen nichts anderes vorsehen.²⁷⁰³ Ferner sind sie bei der PUBLICA, der Pensionskasse des Bundes, versichert.²⁷⁰⁴

Gleiches gilt für das Personal der Kommissionssekretariate sowie für deren Leiterin oder deren Leiter. Gemäss Art. 81^{bis} Abs. 2 und 3 RVOV sowie laut den entsprechenden Bestimmungen in den Organisationserlassen unterstehen sie dem für die zentrale Bundesverwaltung geltenden Bundespersonal-

²⁷⁰⁰ *Ebd.*, BBl 2016 1748.

²⁷⁰¹ Von der vom Bundesrat im November 2021 eröffneten Vernehmlassung zur Teilrevision des Kartellgesetzes (KG) bleiben institutionelle Fragen, soweit ersichtlich, ausgeklammert (vgl. dazu u.a. BR, Medienmitteilung vom 24.11.2021: «Kartellgesetz: Bundesrat eröffnet Vernehmlassung zur Teilrevision»). – Angesichts der Tatsache, dass die im 2014 gescheiterten Revisionsvorhaben angegangenen Themen nicht neu waren, halten sich die Hoffnungen auf eine institutionelle Neuordnung denn auch in Grenzen. Bereits anlässlich des im November 2001 vom Bundesrat unterbreiteten Entwurfs einer Änderung des KG wurde u.a. die Zusammensetzung der WEKO diskutiert. Der Gesetzesentwurf hatte eine aus sieben unabhängigen Sachverständigen bestehende Kommission vorgesehen (Botschaft KG 2001, BBl 2002 2030). Dieser Vorschlag war jedoch bereits in der Vernehmlassung fast durchwegs auf Ablehnung gestossen und wurde deshalb schliesslich fallengelassen (*ebd.*, BBl 2002 2031 f.). Hingegen war von verschiedenen Teilnehmern am Vernehmlassungsverfahren angeregt worden, ein richterliches Gremium vorzusehen, um kartellrechtliche Sanktionen auszusprechen. Aber auch dieses Vorhaben konnte sich schliesslich nicht durchsetzen (*ebd.*, BBl 2002 2040 f.).

²⁷⁰² Vgl. zum Ganzen auch KELLERHALS, 67 ff.

²⁷⁰³ Vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. e BPG i.V.m. Art. 2 Abs. 3 RVOG.

²⁷⁰⁴ Art. 32a Abs. 1 BPG.

recht; abweichende spezialrechtliche Bestimmungen oder Vorgaben in der Einsetzungsverfügung bleiben vorbehalten.²⁷⁰⁵

Nach Art. 57g RVOG legt der Bundesrat einheitliche Kriterien für die Entschädigung der Kommissionsmitglieder fest, wobei die Höhe der Entschädigungen öffentlich einsehbar ist. Mit dem Erlass von Art. 81 ff. RVOV ist er diesem Auftrag nachgekommen. Ausserparlamentarische Verwaltungs- und Behördenkommissionen werden in Bezug auf die Entschädigung ihrer Mitglieder, gestützt auf diese Bestimmungen, generell unterteilt in «gesellschaftsorientierte» sowie «marktorientierte Kommissionen» und in entsprechende Unterkategorien.²⁷⁰⁶ Wie gesehen, stehen die markt-orientierten Kommissionen im Vordergrund der vorliegenden Untersuchung.²⁷⁰⁷ 888

4. Finanzierung und Finanzhaushalt

4.1 Gebühren, Aufsichtsabgaben und Abgeltungen des Bundes

Behördenkommissionen, die Aufsichtsaufgaben wahrnehmen, erheben i.d.R. *Gebühren* als Entgelt für ihre Tätigkeiten.²⁷⁰⁸ Entsprechende Regelungen findet man in den Organisationserlassen, so z.B. in Art. 99 Abs. 1 BGS, Art. 56 Abs. 4 FMG, Art. 100 Abs. 1 und 2 RTVG, Art. 21 Abs. 5 StromVG und Art. 53a KG. 889

Nach Art. 53a Abs. 1 KG z.B. erheben die Wettbewerbsbehörden Gebühren für (i) Verfügungen über die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen (Art. 26–31 KG), (ii) Prüfungen von Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 32–38 KG) sowie (iii) Gutachten und sonstige Dienstleistungen. Art. 1 Abs. 1 lit. b GebV-KG nennt ausserdem die Behandlung einer Meldung im Widerspruchsverfahren bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 49a Abs. 3 lit. a KG als Grund für eine Gebührenerhebung.²⁷⁰⁹

²⁷⁰⁵ Vgl. auch Art. 24 KG; Art. 7 Abs. 2 Geschäftsreglement ComCom; Art. 85 Abs. 3 RTVG; Art. 5 Abs. 4 Geschäftsreglement ElCom.

²⁷⁰⁶ Vgl. insb. Art. 8m bis Art. 8q RVOV i.V.m. Anhang 2 RVOV; vgl. auch SÄGESSER, Kommentar RVOG, Art. 57g N 1 ff.; dazu auch vorne N 829.

²⁷⁰⁷ Dazu vorne N 829. – Die Entschädigung dieser Behördenkommissionen richtet sich grundsätzlich nach Art. 8p und Art. 8q i.V.m. Anhang 2 Ziff. 2 RVOV.

²⁷⁰⁸ Entsprechende Regelungen findet man in den Organisationserlassen, so z.B. in Art. 99 Abs. 1 BGS; Art. 56 Abs. 4 FMG; Art. 100 Abs. 1 und 2 RTVG; Art. 21 Abs. 5 StromVG; Art. 53a KG.

²⁷⁰⁹ In der Lehre wird die Ansicht vertreten, dass sich dieser Tatbestand unter «sonstige Dienstleistung» i.S.v. Art. 53a Abs. 1 lit. c KG subsumieren lasse, womit die Frage nach der genügenden gesetzlichen Grundlage für eine Gebührenpflicht nach Art. 1 Abs. 1 lit. b GebV-KG eine Antwort erhält (vgl. dazu BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, Art. 53a N 18; vgl. auch BRUCH/JAAG, DIKE-KG, Art. 53a N 28; CR Concurrence-MARAIA, Art. 53a LCart N 17).

In der Lehre wird diskutiert, ob die Wettbewerbsbehörden Gebühren in Verwaltungssanktionsverfahren nach Art. 49a ff. KG erheben dürfen. Weil Sanktionen nach Art. 49a, Art. 50 und Art. 52 KG im Kontext von Untersuchungen von Wettbewerbsbeschränkungen erfolgen, die ja gemäss Art. 53a Abs. 1 lit. a KG grundsätzlich gebührenpflichtig sind, wird dies von einem Teil der Lehre grundsätzlich bejaht.²⁷¹⁰ Gebühren für die in Art. 54 ff. und Art. 55 KG vorgesehenen Verwaltungsstrafverfahren richten sich hingegen gemäss Art. 1 Abs. 2 GebV-KG nach der Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsstrafverfahren vom 25. November 1974 (SR 313.32).²⁷¹¹

- 890 Die Gebühren werden unterschiedlich bemessen, regelmässig nach der aufgewendeten Zeit²⁷¹² und unter Berücksichtigung der erforderlichen Sachkenntnis,²⁷¹³ der Dringlichkeit des Geschäfts sowie der Funktionsstufe des ausführenden Personals.²⁷¹⁴ Die Gebührenhöhe sowie weitere Einzelheiten sind i.d.R. in vom Bundesrat erlassenen Gebührenverordnungen für die unterschiedlichen Aufsichtsbereiche geregelt.²⁷¹⁵
- 891 Eine Finanzierung über *Aufsichtsabgaben* ist unter den Behördenkommissionen nicht weitverbreitet. Erhoben werden sie allerdings jährlich von der ESBK nach Art. 99 Abs. 2 und 3 BGS für die Deckung der Aufsichtskosten, die nicht durch Gebühren abgegolten sind.

Die Abgabe basiert jeweils auf den Kosten für die Aufsicht über die Spielbanken. Die Aufteilung der von den einzelnen Spielbanken zu leistenden Abgabe bemisst sich nach dem im jeweiligen Bereich im Vorjahr erzielten Bruttospielertrag.²⁷¹⁶ Dabei ist es nicht die ESBK, welche die Aufsichtsabgabe verfügt, sondern das EJPD, das eine entsprechende Verfügung erlässt.²⁷¹⁷

²⁷¹⁰ Vgl. so BRUCH/JAAG, DIKE-KG, Art. 53a KG N 15 ff.; vgl. auch BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, Art. 53a N 6a; CR Concurrence-MARAIA, Art. 53a LCart N 10.

²⁷¹¹ BRUCH/JAAG, DIKE-KG, Art. 53a N 31; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, Art. 53a N 6b.

²⁷¹² Vgl. so etwa explizit Art. 53a Abs. 2 KG sowie Art. 102 VGS.

²⁷¹³ Vgl. etwa Art. 102 VGS.

²⁷¹⁴ Vgl. so etwa Art. 4 Abs. 2 GebV-KG. Eine Ausnahme ist allerdings für die vorläufige Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen nach Art. 32 KG vorgesehen: Für sie gilt eine Pauschalgebühr von CHF 5'000 (vgl. Art. 4 Abs. 3 GebV-KG).

²⁷¹⁵ So etwa Art. 53a Abs. 3 KG; Art. 100 Abs. 2 RTVG; Art. 99 Abs. 4 BGS; Art. 56 Abs. 4 FMG; Art. 21 Abs. 5 StromVG.

²⁷¹⁶ Unterschieden wird dabei zwischen dem Bruttospielertrag, der in einer «landbasierten» Spielbank erzielt wird, und dem Bruttospielertrag, den eine Spielbank (mit erweiterter Konzession) durch Online-Aktivitäten erzielt, und die Abgaben werden entsprechend differenziert berechnet und aufgeteilt. Vgl. Botschaft BGS, BBl 2015 8482.

²⁷¹⁷ Vgl. Art. 99 Abs. 2 BGS.

Darüber hinausgehende Kosten für weitere Aktivitäten der ESBK, insb. für die Bekämpfung des illegalen Spiels, werden vom Bund getragen.²⁷¹⁸

Reichen die ertragsseitigen Einnahmen der Aufsichtsbehörden nicht aus, um die Tätigkeiten der Aufsichtsbehörden vollumfänglich zu finanzieren, können sie auf Abgeltungen des Bundes angewiesen sein. Diese tragen auch dazu bei, dass die Eigenfinanzierung über Gebühren oder gar Sanktionen keine falschen Anreize setzt.²⁷¹⁹ 892

Mit Blick auf die Kostentransparenz entsprechend begrüsst worden wäre Art. 11 E-WBBG, der in Abs. 1 festgehalten hatte, dass die Wettbewerbsbehörde ihre Tätigkeiten sowohl aus Gebühren als auch aus Abgeltungen des Bundes finanziert. Zudem war in Abs. 2 dieser Bestimmung vorgesehen, Bussen und Einnahmen aus Sanktionen an den Bund fliessen zu lassen.²⁷²⁰ Beide Regelungen kamen jedoch, da die Revision des KG von 2012 gescheitert ist, nicht zur Anwendung.

Die Finanzierung über Abgeltungen des Bundes kann sich jedoch auf die finanzielle Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden auswirken. Ihre Unabhängigkeit wird zudem beeinflusst von der Frage, ob sie auf die eigene Finanzierung Einfluss nehmen könnten, insb. durch die Festlegung der Gebühren- und Abgabenhöhe oder durch die Erstellung eines eigenen, nicht genehmigungsbedürftigen Budgets.²⁷²¹ 893

4.2 Finanzielle Unabhängigkeit

Insgesamt zeigt ein Behördenvergleich, dass die Aufsichtsbehörden, die als selbstständige öffentlich-rechtliche Anstalten organisiert sind, in der Tendenz über eine höhere finanzielle Unabhängigkeit verfügen als die Behördenkommissionen.²⁷²² 894 Letztere sind finanziell in den Bundeshaushalt eingebunden.²⁷²³ Es sind jeweils die Departemente, welchen sie administrativ zugeordnet sind, die ihre Finanzierungsquellen verwalten.²⁷²⁴ Die Gebühren der ComCom werden sogar vom BAKOM eingezogen.²⁷²⁵

²⁷¹⁸ Botschaft BGS, BBl 2015 8482.

²⁷¹⁹ Vgl. in diesem Sinne etwa Botschaft KG 2012, BBl 2012 3974.

²⁷²⁰ Vgl. dazu Botschaft KG 2012, BBl 2012 3974.

²⁷²¹ Dazu vorne N 664 f.

²⁷²² LIENHARD/BOLZ/WÜEST-RUDIN, 36 f.; vgl. so auch STÖCKLI, Organisatorische Fragen, 130 m.w.H.

²⁷²³ LIENHARD/BOLZ/WÜEST-RUDIN, 38 f.

²⁷²⁴ Gemäss Art. 8e Abs. 2 lit. k RVOV hat die Einsetzungsverfügung die Dienststelle zu nennen, die für die Finanzierung der ausserparlamentarischen Kommission zuständig ist.

²⁷²⁵ Art. 8 Abs. 2 GebV-FMG.

- 895 Ferner fehlt Behördenkommissionen regelmässig die Budgethoheit.²⁷²⁶ Vielfach müssen sie den Voranschlag jeweils beim Departement einreichen oder explizit genehmigen lassen, so etwa die WEKO,²⁷²⁷ die ElCom²⁷²⁸ oder die UBI²⁷²⁹. Im Ergebnis sind sie in ihrer finanziellen Unabhängigkeit eingeschränkt. Sie unterstehen jeweils der Personal- und Finanzhaushaltsgesetzgebung des Bundes, was bedeutet, dass das Parlament und der Bundesrat bzw. das zuständige Departement über die ihnen zur Verfügung stehenden Mittel entscheiden,²⁷³⁰ politische Erwägungen vermögen dabei eine Rolle zu spielen, und es ist nicht ausgeschlossen, dass sich z.B. Sparmassnahmen auf die Tätigkeit und Handlungsfähigkeit solcher Aufsichtsbehörden auswirken.²⁷³¹
- 896 Im Rahmen ihrer Evaluation kam die PVK etwa zum Schluss, dass rechtliche Unterschiede, wie ob die Finanzierung lediglich auf einer selbstständig erlassenen Gebührenordnung oder einer Gebührenordnung mit Genehmigung durch den Bundesrat basiere sowie ob die Budgetkompetenz auf Ebene Verordnung geregelt sei oder die Kompetenz ganz beim Departement liege, kaum spürbar seien. Dennoch würden auch solche Unterschiede zumindest zu theoretischen Abhängigkeiten führen können, was der Weisungsungebundenheit der Aufsichtsbehörden diametral widerspreche.²⁷³²
- 897 Die eingeschränkte finanzielle Unabhängigkeit von Behördenkommissionen gegenüber der Zentralverwaltung wurde in der Vergangenheit denn auch mehrfach als Argument für die Wahl der öffentlich-rechtlichen Anstalt als Rechtsform für Aufsichtsbehörden verwendet.²⁷³³ Allerdings ist diesbezüglich der Einwand STÖCKLIS richtig, dass nämlich Aspekte der finanziellen Behördenunabhängigkeit

²⁷²⁶ Vgl. LIENHARD/BOLZ/WÜEST-RUDIN, 37.

²⁷²⁷ Zur fehlenden Budgethoheit der WEKO vgl. etwa MEIER/BRUCH, DIKE-KG, Art. 19 N 12; BSK KG-BANGERTER, Art. 19 N 7; vgl. auch PVK, Evaluation Unabhängigkeit, BBl 2016 1743.

²⁷²⁸ Art. 10 Geschäftsreglement ElCom.

²⁷²⁹ Art. 6 Abs. 1 Geschäftsreglement UBI.

²⁷³⁰ Im UVEK wird z.B. von einem Globalbudget für die Behörden der RegInfra (dazu vorne N 856) ausgegangen, das dann anteilmässig auf die einzelnen Behördenkommissionen verteilt wird.

²⁷³¹ Vgl. etwa PVK, Evaluation Unabhängigkeit, BBl 2016 1736; GPK-S, Unabhängigkeit 2015, BBl 2016 1719; MARTENET, Contrôle, 211 f.

²⁷³² PVK, Evaluation Unabhängigkeit, BBl 2016 1748 f.

²⁷³³ Dazu hinten N 926 f.

grundsätzlich nicht rechtsformabhängig sind, da sie durch den Gesetzgeber für jede Behörde einzeln festgelegt werden.²⁷³⁴

5. Verantwortlichkeit

Es ist unumstritten, dass sowohl die Mitglieder als auch das Personal von Behördenkommissionen dem Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes unterstehen.²⁷³⁵ 898
Trotz der Qualifikation von Behördenkommissionen als Behörden der dezentralen Verwaltung fallen sie allerdings, wie gesehen, nicht unter den Anwendungsbereich von Art. 19 VG, weil sie nicht über Rechtspersönlichkeit verfügen.²⁷³⁶ Nach den allgemeinen Bestimmungen des VG bedeutet dies, dass der Bund für Schäden, die Behördenmitglieder bzw. -angestellte in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtung Dritten widerrechtlich zufügen, originär haftet.²⁷³⁷ In neuerer Zeit wurde dies sowohl in der Lehre als auch in der Praxis bestätigt.²⁷³⁸

Im Gegensatz zu den untersuchten Organisationserlassen der öffentlich-rechtlichen Anstalten enthält die Gesetzgebung zu den Behördenkommissionen (darüber hinaus) i.d.R. keine Vorgaben über deren Haftung und sieht entsprechend auch keine die Haftung einschränkenden Bestimmungen vor.²⁷³⁹ Es kommen damit die allgemeinen Bestimmungen des Haftungsrechts des Bundes und damit das VG zur Anwendung. 899

²⁷³⁴ STÖCKLI, Organisatorische Fragen, 130.

²⁷³⁵ Vgl. Art. 1 Abs. 1 VG, der die Mitglieder und Ersatzmänner von Behörden und Kommissionen des Bundes nennt, die ausserhalb der eidgenössischen Gerichte und der Bundesverwaltung stehen (lit. d), sowie «alle anderen Personen, insoweit sie unmittelbar mit öffentlichrechtlichen Aufgaben des Bundes betraut sind» (lit. f). Vgl. dazu auch, JAAG, Staats- und Beamtenhaftung, N 71 ff. und N 205c.

²⁷³⁶ Dazu vorne N 833 ff.

²⁷³⁷ Vgl. Art. 3 Abs. 1 VG. Eine Einschränkung auf die Ausfallhaftung gemäss Art. 19 VG kommt nicht zum Tragen.

²⁷³⁸ Vgl. etwa JAAG, Staats- und Beamtenhaftung, N 213 ff. und insb. N 215; MAYHALL, 264 f.; TANQUEREL, Responsabilité, 161 ff. und insb. 163 f.; ZUFFEREY, 192. – Vgl. auch aus der Rechtsprechung illustrativ BGE 116 Ib 193, E. 1a, sowie darauf Bezug nehmend: Urteil BVGer, A-5172/2014, 8.1.2016, E. 4.2; A-893/2013, 19.3.2014, E. 3.1.1.3; A-3924/2012, 18.2.2013, E. 1.1; A-2526/2011, 7.8.2012, E. 6.2.1; A-7111/2010, 11.4.2012, E. 3.2.

²⁷³⁹ Zur Haftung von Aufsichtsbehörden in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Anstalten vgl. vorne N 750 ff. sowie N 764 ff. zu eingeschränkten Haftungsregelungen in den einschlägigen Organisationserlassen.

Eine Haftungsbeschränkung sieht allerdings Art. 64 Abs. 3 BVG für die OAK BV vor. Nach dieser Bestimmung wird für ihr Verhalten und das Verhalten ihres Sekretariats nur gehaftet, wenn – neben den üblichen Haftungs-voraussetzungen – wesentliche Amtspflichten verletzt worden sind und Schäden nicht auf Pflichtverletzungen einer beaufsichtigten Behörde oder Einrichtung zurückzuführen sind.²⁷⁴⁰

6. Fachliche Unabhängigkeit

- 900 Aufsichtsbehörden in der Rechtsform von Behördenkommissionen besitzen, wie gesehen, keine eigene Rechtspersönlichkeit und sind entsprechend näher an die Bundesverwaltung angebunden als verselbstständigte Behörden.²⁷⁴¹ Die Aufsichtsgesetze übertragen solchen Aufsichtsbehörden jedoch Aufgaben zur unabhängigen Besorgung und statten sie mit Entscheidungsautonomie aus. Somit sind auch die Aufsichtsbehörden in der Rechtsform von Behördenkommissionen insb. nicht an Weisungen, Anleitungen oder Instruktionen des Bundesrates, des Departements oder anderer Verwaltungsbehörden gebunden.²⁷⁴²
- 901 Auch bei der Schaffung von Behördenkommissionen ausserhalb der Zentralverwaltung²⁷⁴³ ging es darum, sicherzustellen, dass solche Behörden gegen Beeinflussungsversuche seitens der Politik geschützt sind²⁷⁴⁴ und sie sich im Rahmen ihrer Aufgabenerfüllung ausschliesslich auf fachliche und sachliche Kriterien stützen können, gerade weil sie zum Teil schwierige und politisch heikle sowie unpopuläre Entscheidungen mit allenfalls weitreichenden Folgen treffen müssen. Entsprechende Argumente wurden z.B. bei der Gründung der WEKO²⁷⁴⁵ und der ESBK²⁷⁴⁶ ebenso im Zusammenhang mit der Schaffung der ComCom hervorgehoben.²⁷⁴⁷ Bei der ComCom ging es zudem auch darum, Interessenkonflikte innerhalb des Bundes vermeiden zu helfen, denn der Bund ist mit seiner gesetzlich

²⁷⁴⁰ Vgl. dazu CAMINADA, 175 ff. Eine entsprechende Bestimmung und damit Haftungsbeschränkung war ausserdem auch im Entwurf zum ESAG vorgesehen (Art. 20 E-ESAG).

²⁷⁴¹ Dazu vorne N 833 ff.

²⁷⁴² Art. 7a Abs. 2 i.V.m. Art. 7a Abs. 1 lit. a RVOV.

²⁷⁴³ Dazu vorne N 617 f.

²⁷⁴⁴ WEBER/BIAGGINI, 45; vgl. auch Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8268 f.

²⁷⁴⁵ In Art. 19 E-KG 1995 (AS 1996 546) wurde die WEKO ausdrücklich als eine von den Verwaltungsbehörden unabhängige Behörde bezeichnet. Vgl. dazu auch Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 597.

²⁷⁴⁶ Vgl. Botschaft SBG, BBl 1997 III 187.

²⁷⁴⁷ Vgl. Botschaft FMG, BBl 1996 III 1423, 1447.

vorgeschriebenen Mehrheitsbeteiligung an der Swisscom AG²⁷⁴⁸ «zumindest indirekt selbst Marktteilnehmer»²⁷⁴⁹ und kann in dieser Stellung schlecht zugleich auch «Marktordnungsmacht» oder «Schiedsrichter» sein.²⁷⁵⁰ Wie gesehen, ist diese Problematik allerdings nicht gelöst.²⁷⁵¹

Weil die Befugnis einer Verwaltungseinheit, frei zu entscheiden, «im Gefüge der Verwaltung eine Ausnahme» darstellt, muss sie gemäss TSCHANNEN/MÜLLER/KERN spezialgesetzlich vorgesehen sein.²⁷⁵² Entsprechende Bestimmungen sind etwa in Art. 56 Abs. 2 FMG zur ComCom, in Art. 40a Abs. 1 EBG zur RailCom sowie in Art. 21 Abs. 2 StromVG vorgesehen. Danach unterliegen die Kommissionen in ihren Entscheiden keinen Weisungen von Bundesrat und Departement bzw. anderen Verwaltungsbehörden. Auch Art. 19 Abs. 1 Satz 1 KG, wonach die Kommission «von den Verwaltungsbehörden unabhängig» ist, wird dahin gehend ausgelegt.²⁷⁵³ In Art. 96 Abs. 1 BGS heisst es schlicht: «Die ESBK übt ihre Tätigkeit unabhängig aus.» Die Formulierung lässt sich mit entsprechenden Vorgaben in den Organisationserlassen der Aufsichtsanstalten vergleichen.²⁷⁵⁴ 902

Von den fachlichen Unabhängigkeitsvorgaben grundsätzlich mitgemeint sind auch die Sekretariate der Kommissionen, obwohl sich dies den Organisationserlassen regelmässig nicht entnehmen lässt.²⁷⁵⁵ 903

In der organisatorischen Ausgestaltung der Behördenkommissionen hervorzuheben ist allerdings die institutionelle Nähe der ComCom zum BAKOM. Wie gesehen, verfügt die ComCom über kein eigenes Fachsekretariat. Stattdessen bereitet das BAKOM (nämlich) die Geschäfte der ComCom vor, stellt ihr Anträge, führt für sie Verfahren durch und vollzieht auch ihre Entscheide.²⁷⁵⁶ Mitarbeitende des BAKOM können sowohl Weisungen der ComCom als auch Weisungen des Generalsekretariats des Departements erhalten. Mit Blick auf die zu gewährleistende 904

²⁷⁴⁸ Vgl. Art. 6 Abs. 1 TUG.

²⁷⁴⁹ WEBER/BIAGGINI, 64 f.

²⁷⁵⁰ Vgl. Botschaft FMG, BBl 1996 III 1423 sowie 1409.

²⁷⁵¹ Vgl. zu den Kompetenzen des BAKOM im Fernmeldebereich N 593 f.

²⁷⁵² TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 156; dazu auch vorne N 619 ff.

²⁷⁵³ CR Concurrence-MARTENET, Art. 19 N 14 ff.; BSK KG-BANGERTER, Art. 19 N 4 ff.; MEIER/BRUCH, DIKE-KG, Art. 19 N 1 ff. sowie N 6 ff.

²⁷⁵⁴ Dazu vorne N 772 ff.

²⁷⁵⁵ Vgl. insb. zur WEKO und zu ihrem Sekretariat BSK KG-BANGERTER, Art. 19 N 6; CR Concurrence-MARTENET, Art. 19 N 19; BORER, Kommentar KG, Art. 19 N 2.

²⁷⁵⁶ Dazu vorne N 594 und N 855.

fachliche Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde liegt die Problematik dieser Lösung auf der Hand; der Bundesrat und die Verwaltung könnten versucht sein, über Weisungen an die Mitarbeitenden im BAKOM Einfluss auf die Entscheide der ComCom zu nehmen.²⁷⁵⁷

- 905 Im 2015 veröffentlichten Bericht zur Unabhängigkeitsevaluation der PVK wurde auf diese Konstellation besonders hingewiesen, allerdings auch vermerkt, dass die organisatorischen Belange aufgrund der nötigen Sensibilität der Beteiligten gut funktionieren würden und keine negativen Einflüsse auf die Unabhängigkeit der Behörden hätten festgestellt werden können.²⁷⁵⁸ Nach Ansicht der Beteiligten ist die bestehende Verflechtung der Behörden ausserdem eine pragmatische und ökonomische Lösung, mit der Synergien genutzt und Doppelspurigkeiten vermieden werden könnten.²⁷⁵⁹ Auch die GPK-S betonte, dass entscheidend für die effektive Unabhängigkeit der Behörden die innerhalb der Behörden tätigen Personen seien.²⁷⁶⁰ Aus organisationsrechtlicher Sicht wäre eine verbesserte Absicherung der institutionellen Unabhängigkeit der ComCom jedoch wünschenswert.

7. Ausübung der Aufsicht über die Aufsichtsbehörden

7.1 Eingliederung in die Verwaltungsorganisation des Bundes

- 906 Ebenso wie die Aufsichtsbehörden in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Anstalten sind auch Behördenkommissionen in die Verwaltungsorganisation des Bundes eingegliedert und unterstehen somit
- den Leitungs- und Aufsichtsbefugnissen des Bundesrates über die Bundesverwaltung nach Art. 178 Abs. 1 BV sowie Art. 187 Abs. 1 lit. a BV,²⁷⁶¹
 - der Obergericht der Bundesversammlung²⁷⁶² sowie
 - der Finanzaufsicht durch die EFK.²⁷⁶³

²⁷⁵⁷ So ausdrücklich Bericht GPK-S, Unabhängigkeit 2015, BBl 2016 1719.

²⁷⁵⁸ PVK, Evaluation Unabhängigkeit, BBl 2016 1745 f.

²⁷⁵⁹ GPK-S, Unabhängigkeit 2015, BBl 2016 1719.

²⁷⁶⁰ *Ebd.*

²⁷⁶¹ Dazu sogleich N 908 ff.; vgl. auch BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 187 N 10; BIAGGINI, Behördenorganisation, 38; BIAGGINI, SG-Kommentar BV, Art. 187 N 14.

²⁷⁶² Dazu hinten N 914.

²⁷⁶³ Art. 8 Abs. 1 lit. a FKG.

Die Aufsichtsstrukturen lassen sich – somit ebenfalls – mit dem folgenden Bild veranschaulichen: 907

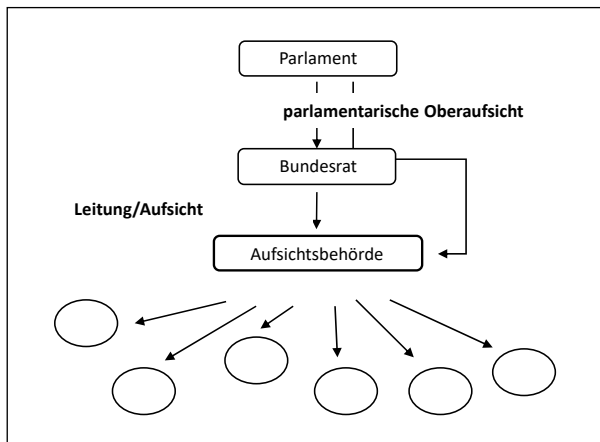


Abbildung 4: Eingliederung von Aufsichtsbehörden (Behördenkommissionen)

7.2 Aufsichtsbefugnisse des Bundesrates

Als Einheiten der Bundesverwaltung unterstehen auch die Behördenkommissionen – ebenso wie die öffentlich-rechtlichen Anstalten des Bundes²⁷⁶⁴ – sowohl der Leitung als auch der Aufsicht des Bundesrates i.S.v. Art. 178 Abs. 1 i.V.m. Art. 187 Abs. 1 lit. a BV bzw. Art. 8 RVOG. Nach Art. 8 Abs. 4 RVOG beaufsichtigt der Bundesrat die dezentralisierten Verwaltungseinheiten «nach Massgabe der besonderen Bestimmungen»; seine konkreten Steuerungs- und Aufsichtsbefugnisse ergeben sich somit aus einer näheren Betrachtung der Organisationserlasse. Art. 24 Abs. 3 RVOV spezifiziert, dass der Gegenstand, der Umfang sowie die Grundsätze der Aufsichtsausübung seitens des Bundesrates durch die auf die Aufsichtsbehörden anwendbare Spezialgesetzgebung bestimmt werden und sich nach dem jeweiligen Grad der ihnen gewährten Autonomie zu richten haben.²⁷⁶⁵ 908

²⁷⁶⁴ Dazu vorne N 782 ff.

²⁷⁶⁵ Dazu vorne insb. N 795 und auch N 799.

909 In der Regel kommen dem Bundesrat die folgenden Kompetenzen zu:

– Wahl- und Abberufungskompetenzen

Wie gesehen, amtiert der Bundesrat als Wahlbehörde der Kommissionsmitglieder und bezeichnet regelmässig auch die Mitglieder des Kommissionspräsidiums.²⁷⁶⁶

Abberufungskompetenzen des Bundesrates – wie bei den öffentlich-rechtlichen Anstalten regelmässig vorgesehen – sind in den Organisationserlassen nicht verbreitet. Nach Art. 8f Abs. 4 RVOV kann allerdings ein Kommissionsmitglied abberufen werden, das seine Interessenbindungen anlässlich der Wahl nicht vollständig offenlegt oder Änderungen der Interessenbindungen während der Amtsdauer nicht gemeldet hat (und dies auch nach entsprechender Aufforderung unterlässt). Die Abberufung obliegt dem Bundesrat als Wahlbehörde.²⁷⁶⁷

– Genehmigung der Geschäftsreglemente²⁷⁶⁸

– Abnahme der jährlichen Tätigkeitsberichte²⁷⁶⁹

– Gewisse Rechtsetzungsbefugnisse

So ist der Bundesrat zuständig, Einzelheiten zur Gebührenerhebung zu regeln²⁷⁷⁰ oder z.B. auch gewisse Bewilligungsvoraussetzungen festzulegen.²⁷⁷¹

910 In den Organisationserlassen sind zum Teil noch weitere Kompetenzen des Bundesrates vorgesehen.

Vereinzelt kommen dem Bundesrat (und evtl. dem Departement) auch wesentliche Entscheidungsbefugnisse zu. Gemäss Art. 8 bzw. Art. 11 KG kann der Bundesrat bspw. auf Antrag der Beteiligten in Ausnahmefällen Wettbewerbsabreden und Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

²⁷⁶⁶ Dazu vorne N 841 f. – Gemäss Art. 24 Abs. 1 KG wählt der Bundesrat ausserdem die Direktion des WEKO-Sekretariats.

²⁷⁶⁷ Vgl. so auch SÄGESSER, RVOG, Art. 57f N 10.

²⁷⁶⁸ Dazu vorne N 844.

²⁷⁶⁹ Vgl. Art. 49 Abs. 2 KG; Art. 57 Abs. 1 FMG; Art. 83 Abs. 1 RTVG; Art. 22 Abs. 6 StromVG; Art. 97 Abs. 1 lit. e BSG. Nach diesen Bestimmungen erstatten die Aufsichtsbehörden dem Bundesrat jährlich Bericht über ihre Tätigkeit.

²⁷⁷⁰ Dazu vorne N 890.

²⁷⁷¹ Vgl. u.a. Art. 19 und Art. 34 ff. BGS. Nach Art. 17 Abs. 3 BGS ist es ebenfalls der Bundesrat, der die spieltechnischen Vorschriften zur Umsetzung der Anforderungen nach Art. 17 Abs. 1 und 2 BGS erlässt. Nach Art. 24 Abs. 2 BGS ist er zudem dafür zuständig, ein vereinfachtes Verfahren für die Bewilligungen von Spielveränderungen von untergeordneter Bedeutung festzulegen. Schliesslich regelt der Bundesrat z.B. auch die Einzelheiten der Datenbearbeitung (Art. 101 Abs. 2 BGS).

bzw. Unternehmenszusammenschlüsse, die zunächst als unzulässig erklärt wurden, zulassen, wenn er sie als notwendig erachtet, um überwiegende öffentliche Interessen zu verwirklichen.²⁷⁷²

Nach Art. 6 Abs. 1 BGS ist der Bundesrat zudem befugt, Spielbanken (allenfalls unter bestimmten Auflagen) Konzessionen zu erteilen.²⁷⁷³ Der Bundesrat bestimmt zudem, inwieweit die ESBK den Spielbanken erlauben kann, mit Veranstalterinnen von Spielbankenspielen im Inland und im Ausland zusammenzuarbeiten.²⁷⁷⁴

Klar ist, dass eine direkte Beeinflussung der Entscheide der Aufsichtsbehörden 911 durch Anleitungen, Instruktionen, konkrete Anordnungen oder gar eine Inhaltskontrolle seitens des Bundesrates bzw. der Zentralverwaltung im Grundsatz ausgeschlossen bleibt.

Als bemerkenswerte Ausnahme zu diesem Grundsatz kann jedoch die Befugnis des WBF angesehen werden, das WEKO-Sekretariat zu beauftragen, eine Untersuchung wegen unzulässiger Wettbewerbsbeschränkung zu eröffnen (vgl. Art. 27 Abs. 1 KG).²⁷⁷⁵

Die Kommissionen müssen in der Lage sein, unabhängig Entscheide zu treffen 912 oder bspw. auch Stellungnahmen oder Gutachten zu verfassen.²⁷⁷⁶ Fraglich erscheint vor diesem Hintergrund etwa, inwiefern die Praxis, wonach Vertreterinnen und Vertreter der zentralen Bundesverwaltung z.T. an den Sitzungen der Behördenkommissionen teilnehmen können und im Falle des Direktors oder der Direktorin des BAKOM sogar über eine beratende Stimme an den Sitzungen der ComCom verfügen,²⁷⁷⁷ mit der grundsätzlichen Unabhängigkeit der Aufsicht vereinbar

²⁷⁷² Vgl. auch Art. 15 Abs. 2 sowie Art. 31 und Art. 36 KG zum Verfahren.

²⁷⁷³ So kann er nach Art. 6 Abs. 2 BGS für Spielbanken mit einer sog. Konzession B die Anzahl und die Arten der angebotenen Spiele sowie die Höhe der Einsätze und Gewinne beschränken und besondere Voraussetzungen für den Betrieb von Jackpotsystemen festlegen. Der Bundesrat ist ferner zuständig dafür, Konzessionen um das Recht zu erweitern, Spielbankenspiele online durchzuführen (Art. 9 BGS).

²⁷⁷⁴ Art. 16 Abs. 4 BGS.

²⁷⁷⁵ Immerhin entscheidet nach Abs. 2 dieser Bestimmung die WEKO über die Priorisierung der eröffneten Untersuchungen. Ausserdem wird von der Lehre eine Einschränkung dieses Interventionsrechts sowohl der WEKO als auch des WBF gefordert (BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 27 N 55 ff. und insb. N 56). Vgl. zum Ganzen auch IZUMI/BAUER, DIKE-KG, Art. 27 N 25 ff.; CR Concurrence-MARTENET, Art. 19 N 15; CR Concurrence-DUCREY/CARRON, Art. 27 N 12 f.

²⁷⁷⁶ Dies muss im Grundsatz z.B. auch für die Tätigkeiten der WEKO nach Art. 45 ff. KG gelten (BSK KG-BANGERTER, Art. 19 N 8; vgl. auch BORER, Kommentar KG, 19 N 3).

²⁷⁷⁷ Vgl. Art. 14 Geschäftsreglement ComCom.

sei. Den Amtsvertreterinnen und -vertretern kommt nicht nur regelmässig ein gewisser Informationsvorsprung aufgrund des bei ihnen gebündelten technischen Spezialwissens zu, sondern sie sind mit beratender Stimme auch in der Lage, Entscheidungen zu beeinflussen. Insbesondere unter Berücksichtigung der Stellung des Bundes als «Regulator» und zugleich Mehrheitsaktionär der Swisscom AG²⁷⁷⁸ erscheint eine solche Mitwirkung innerhalb der ComCom als besonders problematisch.²⁷⁷⁹ Auf eine vergleichbare Regelung der Kompetenzen des BFE im Geschäftsreglement der ElCom wurde denn auch letztlich verzichtet.²⁷⁸⁰

- 913 Für Behördenkommissionen nicht einheitlich vorgesehen sind strategische Ziele, mit denen der Bundesrat mittelfristig gezielt auf die Verwirklichung übergeordneter Interessen Einfluss nehmen könnte, wie er dies etwa hinsichtlich der Aufsichtsbehörden in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Anstalten nach Massgabe von Art. 8 Abs. 5 lit. a RVOG tut.²⁷⁸¹ Die Departemente schliessen nach Art. 22a Abs. 2 RVOV i.d.R. auch keine Leistungsvereinbarungen mit den hier untersuchten Behördenkommissionen ab.²⁷⁸² Der Geschäftsgang der Aufsichtsbehörden wird allerdings sowohl quantitativ als auch qualitativ überprüft, so etwa auch im Rahmen von Erfolgs- und Effizienzkontrollen.²⁷⁸³

²⁷⁷⁸ Vgl. Art. 6 Abs. 1 TUG.

²⁷⁷⁹ Vgl. etwa MARTENET, *Contrôle*, 208; vgl. auch vorne N 901.

²⁷⁸⁰ Art. 14 Geschäftsreglement ElCom lautete folgendermassen: «Der Direktor oder die Direktorin des BFE oder ein von ihm bzw. ihr bezeichneter Mitarbeiter bzw. eine Mitarbeiterin wird in der Regel eingeladen und nimmt an den Sitzungen der ElCom mit beratender Stimme teil. Sie können verantwortliche Mitarbeiter oder Mitarbeiterinnen beiziehen» (vgl. AS 2007 7063). Die Bestimmung wurde anlässlich der Änderungen vom 13.9.2011 (vom Bundesrat genehmigt am 9.12.2011) fallengelassen (vgl. AS 2011 6227).

²⁷⁸¹ Zu den strategischen Zielen öffentlich-rechtlicher Anstalten vgl. vorne N 787 ff.; vgl. zu den sog. «verselbstständigten Einheiten» gemäss Art. 8 Abs. 5 RVOG auch SÄGESSER, *Kommentar RVOG*, Art. 8 N 74.

²⁷⁸² Vgl. insb. Art. 22a Abs. 2 lit. c, f, j, k und l RVOV.

²⁷⁸³ BSK KG-BANGERTER, Art. 19 N 10 m.w.H. – Das RVOG verankert keine Kriterien, nach welchen die Aufsicht auszuüben ist. Solche ergeben sich namentlich aus dem FKG (Art. 5 Abs. 1) und dem ParlG (Art. 26 Abs. 3). Genannt wird insb. die Überprüfung der Rechtmässigkeit, Ordnungsmässigkeit, Wirtschaftlichkeit, Zweckmässigkeit und Wirksamkeit (vgl. SÄGESSER, *Kommentar RVOG*, Art. 8 N 42 ff. m.w.H.). MARTENET, *Contrôle*, 215 f., plädiert in diesem Zusammenhang für eine zurückhaltende Ausübung der Kontrollbefugnisse insb. angesichts der nur schwer fassbaren Kriterien der Erfolgsbilanz und Wirksamkeit der getroffenen Massnahmen.

Die ökonomische Sachkompetenz im Sekretariat der WEKO wurde etwa im Jahr 2000 überprüft,²⁷⁸⁴ ebenso wie die Verfügungen der WEKO.²⁷⁸⁵ Ferner sieht Art. 59a KG eine Evaluation der Wirksamkeit und des Vollzugs des revidierten Kartellgesetzes durch den Bundesrat vor.²⁷⁸⁶

7.3 Oberaufsicht des Parlaments

Hinsichtlich der parlamentarischen Oberaufsicht ist auf die Ausführungen vorne zu verweisen: Auch im Kontext der Oberaufsichtsausübung über Behördenkommissionen wird die direkte von der indirekten Aufsichtsausübung durch das Parlament unterschieden und stellen sich ähnliche Fragen wie bei den Aufsichtsbehörden in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Anstalten.²⁷⁸⁷ Entsprechende Bestimmungen sucht man in den Organisationserlassen allerdings vergeblich.²⁷⁸⁸ Zwar lassen sich die parlamentarischen Kompetenzen Art. 169 Abs. 1 BV sowie Art. 26 Abs. 2 ParlG entnehmen, der konkrete Umfang und die Ausgestaltung der Oberaufsichtsausübung werden damit jedoch nicht geklärt. Eine Regelung in der Spezialgesetzgebung wäre vor diesem Hintergrund wünschenswert.

D. Schlussfolgerungen aus dem Behördenvergleich

1. Organisationsrechtliche Harmonisierungsbestrebungen

Da die Gesetzgebung keinen *Numerus clausus* bei der Rechtsformenwahl für eine Aufsichtsbehörde zu beachten hat und auch nicht an Grundsätze der Typengebundenheit oder -fixierung gebunden ist,²⁷⁸⁹ sind die unterschiedlichen, hier interessierenden Aufsichtsbereiche jeweils in spezifischen, auf die betroffenen Verhältnisse zugeschnittenen Erlassen geregelt. Die grundlegenden Organisationsfragen

²⁷⁸⁴ Das Gutachten ist publiziert in: RPW 2000/3, 510 ff.

²⁷⁸⁵ Das Gutachten ist publiziert in: RPW 2000/3, 532 ff.

²⁷⁸⁶ Hauptziel dieser Bestimmung war die Überprüfung, ob das Hauptziel der KG-Revision 2003, nämlich die Erhöhung der Präventivwirkung des Kartellgesetzes durch die Einführung direkter Sanktionsmöglichkeiten, erreicht wurde. Die Evaluation wurde 2009 durchgeführt. Unklar erscheint, inwiefern der Bestimmung heute auch noch Rechtswirkungen zukommen (vgl. zum Ganzen BSK KG-MAMANE/WIJESUNDERA, Art. 59a N 5 ff.; BUSSMANN, DIKE-KG, Art. 59a N 10).

²⁷⁸⁷ Dazu vorne N 812 ff.

²⁷⁸⁸ Mit dem Begriff der «Oberaufsicht» nach Art. 138 BGS bspw. ist die Aufsicht des Bundesrates über den Vollzug des Bundesrechts durch die Kantone nach Art. 186 Abs. 4 BV gemeint (Botschaft BGS, BBl 2015 8505).

²⁷⁸⁹ Dazu vorne N 666 f.

der zuständigen Behörden werden ebenfalls bereichsspezifisch einer Regelung zugeführt.

- 916 Der daraus entstehende, vermeintliche «*administrative <zoo>*»²⁷⁹⁰ erfährt jedoch durch verschiedene Vereinheitlichungsbestrebungen eine erhebliche Relativierung. Insgesamt lassen sich deutliche Bestrebungen erkennen, die Organisationsstrukturen der dezentralisierten Aufsichtsbehörden zunehmend zu harmonisieren;²⁷⁹¹ ein Trend, der sich im Übrigen auch ausserhalb der Landesgrenzen bemerkbar macht.²⁷⁹²
- 917 In der Schweiz sind es v.a. zwei Kategorien von Aufsichtsbehörden – Aufsichtsbehörden in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Anstalten bzw. Behördenkommissionen –, die die dezentralisierte Behördenlandschaft prägen. Eine klare *funktionale* Trennung zwischen diesen beiden Ausgestaltungsformen gibt es allerdings nicht;²⁷⁹³ beide übernehmen Aufsichtsaufgaben und wenden dazu grundsätzlich die gleichen Instrumente an.²⁷⁹⁴ Dennoch unterscheiden sich die Organisationsstrukturen dieser beiden rechtlichen Ausgestaltungsformen zum Teil stark: Sieht der Bundesgesetzgeber für Aufsichtsbehörden in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Anstalten etwa eine möglichst schlanke und übersichtliche Regelung der Organe vor, die mit einem Verwaltungs- oder Institutsrat, einer operativ tätigen Geschäftsleitung und einer Revisionsstelle stark an die Strukturen privatrechtlicher Aktiengesellschaften erinnern, sind die Organisationsstrukturen der Behördenkommissionen ebenso wie die Vorgaben an ihre Unabhängigkeit weniger differenziert geregelt. Die Behördenkommissionen sind zwar grundsätzlich unabhängig und weisungsungebunden, sie sind aber i.d.R. weitgehend an die Logistik der Verwaltung angebunden, um nicht zuletzt von deren Infrastruktur zu profitieren.²⁷⁹⁵

²⁷⁹⁰ Vgl. so OECD, Public Sector Modernisation: Changing Organisational Structures, 28.10.2003, GOV/PUMA(2003)19, N 47 (zitiert im Corporate-Governance-Bericht BBl 2006 8250, Fn. 27); vgl. dazu auch BIAGGINI, Statehood, 570.

²⁷⁹¹ Vgl. so auch BELLANGER, Phénomène, 35.

²⁷⁹² Verweisen lässt sich etwa auf die französische Gesetzgebung und insb. die folgenden zwei Gesetze: *Loi organique n°2017-54 du 20 janvier 2017 relative aux autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes* sowie *Loi n°2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes*.

²⁷⁹³ Vgl. so auch PVK, Evaluation Unabhängigkeit, BBl 2016 1732.

²⁷⁹⁴ Die Aufsichtsinstrumente werden in Kapitel III einer eingehenden Untersuchung zugeführt.

²⁷⁹⁵ Vgl. auch BELLANGER, Phénomène, 35 f.

Organisationsrechtliche Vereinheitlichungstendenzen machen sich somit v.a. innerhalb der beiden Rechtsformen bemerkbar und werden hinsichtlich der öffentlich-rechtlichen Anstalten besonders gefördert, wenn man an den Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates, die Leitsätze und auch den Mustererlass für Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht denkt.²⁷⁹⁶ Zur organisationsrechtlichen Harmonisierung trägt auch das Phänomen bei, dass sich die Gesetzgebung bei der Wahl einer Rechtsform in der Tendenz an bereits existierenden Behörden orientiert, wobei sie nicht selten auch ausländische Beispiele berücksichtigt.²⁷⁹⁷ Bewährte inländische Organisationsformen haben oftmals ebenfalls Vorbildfunktion, etwa die EBK, der für zahlreiche sehr unterschiedliche später errichtete Behördenkommissionen Modellcharakter zukam,²⁷⁹⁸ z.B. für die WEKO,²⁷⁹⁹ die ComCom²⁸⁰⁰ oder die ESBK²⁸⁰¹. – Das Hauptmotiv für die Wahl der Rechtsform der Behördenkommission für die EBK und damit für die Schaffung einer dezentralisierten Aufsichtsinstanz war damals der Wunsch nach einer effektiven Kontrolle «ohne jeglichen bürokratischen Charakter» mit dem Vorzug, dass damit «weder eine Verantwortlichkeit des Staates noch eine solche der Nationalbank begründet werde».²⁸⁰² 918

Bei der anvisierten Ausgestaltung der Kommission für elektronische Medien (KOMEM) als Behördenkommission spielte es vermutlich eine Rolle, dass die übrigen dezentralisierten Verwaltungseinheiten im Tätigkeitsbereich des BAKOM ebenfalls die Rechtsform der Behördenkommission haben, namentlich die UBI und die ComCom ebenso wie die im Jahre 2000 im Rahmen eines Vorentwurfs für ein neues Radio- und Fernsehgesetz zur Gründung vorgeschlagene Kommission für Fernmeldewesen und elektronische Medien (FeMKo).²⁸⁰³ Auch fällt auf, dass die 919

²⁷⁹⁶ Dazu vorne N 599 ff. sowie insb. N 602.

²⁷⁹⁷ WEBER/BIAGGINI, 147 m.w.H.; B. SCHINDLER, *Evolution*, 431 m.w.H.

²⁷⁹⁸ WEBER/BIAGGINI, 49 m.w.H. sprechen vom ««Urbild» der eidgenössischen Behördenkommission», das die EBK abgegeben habe; vgl. auch STÖCKLI, *Organisatorische Fragen*, 116; BIAGGINI, *Unabhängige Regulierungsbehörden*, 379 f., der vom «Prototyp einer verwaltungsunabhängigen Aufsichtsbehörde» spricht.

²⁷⁹⁹ Vgl. Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 498 und 597.

²⁸⁰⁰ Vgl. etwa Urteil BGer, 2A.503/2000 und 2A.505/2000, 3.10.2000, E. 3b, wo das Bundesgericht die Ähnlichkeit von EBK und ComCom ausdrücklich hervorhob.

²⁸⁰¹ Vgl. Botschaft SBG, BBl 1997 III 146, 161 und 186.

²⁸⁰² Botschaft BankG, BBl 1934 I 181; vgl. auch REIMANN, 75; vgl. auch WEBER/BIAGGINI, 52, welche hinsichtlich der Stellung der EBK ebenfalls auf diese Passagen hinweisen.

²⁸⁰³ Für eine Übersicht über die damals geplante «FeMKo» vgl. WEBER/BIAGGINI, 34 ff., sowie Botschaft RTVG, BBl 2003 1733 ff.

Behördenkommissionen v.a. im Bereich der Infrastruktur vorgesehen sind: Neben der ComCom zu nennen ist etwa die Postkommission (PostCom), die Kommission für den Eisenbahnverkehr (RailCom) und die Elektrizitätskommission (ElCom), die allenfalls in eine Energiekommission (EnCom) umgewandelt wird.²⁸⁰⁴ Nach der ablehnenden Volksabstimmung vom 7. März 2021 nicht geschaffen wurde schliesslich eine Eidgenössische E-ID-Kommission (EIDCOM), die als Aufsichtsbehörde über die Anbietenden von elektronischen Identitätsdienstleistungen (sog. Identity-Provider) vorgesehen war, die u.a. für die Anerkennung der Anbieterinnen und Anbieter sowie für die Anerkennung von deren technischen E-ID-Systemen zuständig gewesen wäre und ausserdem laufend die Einhaltung der geltenden gesetzlichen Vorgaben kontrolliert hätte.²⁸⁰⁵

- 920 Zwischenzeitlich schien die Behördenkommission als früherer «Prototyp» für Aufsichtsbehörden tendenziell von öffentlich-rechtlichen Anstalten abgelöst worden zu sein. Die Organisation sowohl des Instituts für Geistiges Eigentum (IGE) als auch des Schweizerischen Heilmittelinstituts als öffentlich-rechtliche Anstalten wurde als Grund aufgeführt, weshalb bspw. die Hauptabteilung für die Sicherheit der Kernanlagen (HSK) vom Bundesamt für Energie (BFE) in das Eidgenössische Nuklear-Sicherheitsinspektorat (ENSI) überführt wurde²⁸⁰⁶ und auch für die FINMA die Anstalt die «einzig geeignete Organisationsform» sei.²⁸⁰⁷ – Nachfol-

²⁸⁰⁴ Die Umwandlung steht noch nicht fest. Im Rahmen der Arbeiten an einem Gasversorgungsgesetz wurde vorgesehen, dass die ElCom neu auch als Aufsichtsbehörde über dieses Gesetz eingesetzt und damit in eine Energiekommission (EnCom) umgewandelt werden sollte (vgl. Art. 30 E-GasVG). Das Vernehmlassungsverfahren dauerte bis Februar 2020 (die Unterlagen sind abrufbar unter <<https://www.fedlex.admin.ch> → Vernehmlassungen → Abgeschlossene Vernehmlassungen → 2019> [besucht am 15.8.24]), die Botschaft zum Gesetz wurde aber noch nicht verabschiedet. Nicht zuletzt pandemiebedingt sowie aufgrund verschiedener Vorstösse im Hinblick auf die Klima- und auch Energiekrise kam es immer wieder zu Verzögerungen. Ausserdem setzte sich die WEKO mit einem Entscheid vom Mai 2020 für die vollständige Öffnung des Erdgasmarkts in der Zentralschweiz ein (WEKO, Verfügung vom 25.5.2020 [publiziert in: RPW 2020/4b, 1863 ff.]; vgl. dazu auch WEKO, Presserohstoff: WEKO öffnet den Gasmarkt in der Zentralschweiz, 4.6.2020), was die Rechtslage zusätzlich beeinflusste.

²⁸⁰⁵ Vgl. Art. 25 ff. des gescheiterten Bundesgesetzes über elektronische Identifizierungsdienste (E-ID-Gesetz) vom 27.9.2019, BBl 2019 6567 ff.

²⁸⁰⁶ In der Botschaft zum ENSIG wurde explizit festgehalten, dass das ENSI als selbstständige Anstalt des öffentlichen Rechts zur dezentralen Bundesverwaltung und damit zum dritten Kreis gehöre, «wie beispielsweise das IGE oder Swissmedic» (vgl. Botschaft ENSIG, BBl 2006 8842).

²⁸⁰⁷ Bericht FINMA I, 19.

gend wird die vermeintliche Präferenz für Aufsichtsbehörden in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Anstalten näher beleuchtet.²⁸⁰⁸

Der Griff nach bewährten Organisationsformen, mit welchen bereits erste Erfahrungen gesammelt wurden, liegt auf der Hand. Der Anreiz, das Rad immer wieder neu zu erfinden, ist im Falle von bereits bestehendem Know-how gering. In den Worten S. VOGELS wird allerdings «[d]ie in der Theorie vorhandene rechtliche Ungebundenheit (...) dadurch erheblich relativiert».²⁸⁰⁹ Massgeblich werden dadurch die einzelnen Organisationserlasse. Nicht selten wirken sie gewissermassen als «Modellvorlagen» über ihren eigentlichen Regelungsgegenstand hinaus und beeinflussen auch die Organisation und konkrete Ausgestaltung weiterer Behörden. In solchen Situationen liegt die Vermutung nahe, dass die Gesetzgebung nicht immer vertiefte organisationsrechtliche Abklärungen trifft, wenn sie eine neue Behörde schafft.²⁸¹⁰ Die Organisationsformen sind dann mehr historisch bedingt und tagespolitisch geprägt als sachlich durchdacht und gerechtfertigt,²⁸¹¹ was problematisch sein kann. Um eine für bestimmte Aufgaben geeignete und sachlich gerechtfertigte Rechtsform zu wählen, müssen Fragen nach der tatsächlichen Übertragbarkeit der Modelle gestellt und die bestehenden Strukturen hinterfragt werden können.²⁸¹² Auch die scheinbar «vorgegebene», zweigeteilte Organisationstypologie – in Behörden in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Anstalten einerseits und Behördenkommissionen andererseits – lässt sich in Frage stellen, wie dies die GPK-S in ihrem Abschlussbericht 2022 getan hat.²⁸¹³

2. Harmonisierung der Rechtsformen: Die öffentlich-rechtliche Anstalt als primäre Rechtsform für Aufsichtsbehörden?

Insgesamt hat sich die Rechtsform der öffentlich-rechtlichen Anstalt für Einheiten mit Aufsichtsaufgaben als zweckmässige Organisationsform besonders etabliert, für die jeweils insb. auch das Kriterium der Unabhängigkeit ins Feld geführt wird.

²⁸⁰⁸ Dazu sogleich N 922 ff.

²⁸⁰⁹ S. VOGEL, Einheit, 76.

²⁸¹⁰ Vgl. *ebd.*, 79 f. m.w.H., wo er u.a. festhält, dass «der Gründer einer Organisation» nicht selten «wenig bis gar keine vertieften Überlegungen anstellt».

²⁸¹¹ LIENHARD, SVVOR, 10; vgl. auch MÜLLER/FRIEDERICH, 72 m.w.H.

²⁸¹² Vgl. so auch S. VOGEL, Einheit, 80 f., der einen solchen Diskurs vermisst, allerdings auch darauf hinweist, dass sich eine gewisse Austauschbarkeit der in Frage kommenden Organisationsformen nicht leugnen lässt und es kaum je eine einzig richtige organisationsrechtliche Antwort gibt.

²⁸¹³ Dazu hinten N 945 m.w.H.

Wie gesehen, verspricht bereits die Auslagerung der Aufsicht aus der Zentralverwaltung eine «Distanz zum Staat» und zum politischen Tagesgeschäft.²⁸¹⁴ Dadurch gelingt eine (zumindest nach aussen strukturell verdeutlichte) Entpolitisierung der Aufsicht²⁸¹⁵ sowie, mit zunehmender «Marktnähe», eine Stärkung ihrer Glaubwürdigkeit bei gleichzeitig beibehaltener öffentlich-rechtlicher Trägerschaft.²⁸¹⁶ Zusätzlich zur Unabhängigkeit gegenüber den politischen Behörden ist i.d.R. auch die Unabhängigkeit öffentlich-rechtlicher Anstalten gegenüber den Beaufsichtigten weitergehend umgesetzt als bei den Behördenkommissionen, die als kollegiale Milizbehörden oftmals auch Interessenvertreterinnen und -vertreter zulassen.

- 923 Bereits der Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates hob das Kriterium der Unabhängigkeit als Grund für die Wahl der Rechtsform der öffentlich-rechtlichen Anstalt für Behörden mit «Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht» hervor.²⁸¹⁷ Die Rechtsform der öffentlich-rechtlichen Anstalt wurde in der Folge etwa für die nukleare Sicherheitsaufsicht als besonders geeignet angesehen; ihre Aufgaben waren davor durch die im Bundesamt für Energie angesiedelte frühere HSK wahrgenommen worden. Als dezentralisierte Einheit der Bundesverwaltung mit eigener Rechtspersönlichkeit sei sie sachlich unabhängig und auch bezüglich ihrer Ressourcen «autonom». Ausserdem geniesse sie «[a]ls staatliches Unternehmen hinsichtlich der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben eine breitere Akzeptanz als ein privatrechtlich organisiertes Unternehmen».²⁸¹⁸ Aus Sicht des Bundesrates biete ihre Organisationsform «optimale Voraussetzungen für eine unabhängige und effiziente Aufsichtstätigkeit, da die Kriterien der funktionellen, institutionellen und ressourcenmässigen Unabhängigkeit erfüllt sind».²⁸¹⁹
- 924 Auch z.B. die Ausgestaltung der RAB als selbstständige öffentliche-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit wurde insb. mit Hinweis auf die Bedeutung ihrer Unabhängigkeit erklärt und betont, dass die RAB gerade nicht als Verwaltungsstelle innerhalb der zentralen Bundesverwaltung anzusiedeln sei.²⁸²⁰ Die Unabhängigkeit gehöre «zu den Wesensmerkmalen der Aufsicht über die Revisionsbranche».²⁸²¹

²⁸¹⁴ Dazu etwa vorne N 595 f.

²⁸¹⁵ Vgl. auch S. VOGEL, Einheit, 264 m.w.H.; GPK-S, Unabhängigkeit 2015, BBl 2016 1713; Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8262.

²⁸¹⁶ Dazu vorne N 668 ff.

²⁸¹⁷ Corporate-Governance-Bericht, insb. BBl 2006 8285 sowie Leitsatz 1.

²⁸¹⁸ Botschaft ENSIG, BBl 2006 8836.

²⁸¹⁹ *Ebd.*

²⁸²⁰ Botschaft RAG, BBl 2004 4103 ff. Vgl. dazu auch SCHÄR, 22 ff.

²⁸²¹ Botschaft Aufsicht über Revisionsunternehmen, BBl 2013 6885.

In der Botschaft zur (gescheiterten) Revision des KG wurde ebenfalls betont, dass 925
«die Anstalt (...) insbesondere für Einheiten mit Aufgaben der Wirtschaftsaufsicht, die hoheitliche Aufgaben erfüllen, eine zweckmässige Organisationsform»
sei.²⁸²² Für sie spreche die Möglichkeit ihrer unabhängigen und doch öffentlich-
rechtlichen Ausgestaltung, die für die Wahrnehmung exekutiver hoheitlicher Auf-
gaben allenfalls auch im internationalen Verkehr mit Behörden sachgerecht sei.²⁸²³

Zusätzlich wird die finanzielle Unabhängigkeit öffentlich-rechtlicher Anstalten 926
wiederholt als Argument für diese Rechtsform angeführt, so etwa für den Bereich
der Finanzmarktaufsicht,²⁸²⁴ ebenso für die ursprünglich vorgesehene, aber nicht
verwirklichte neue Wettbewerbsbehörde²⁸²⁵ und ausgelagerte ESA.²⁸²⁶

Insgesamt scheint die verselbstständigte organisationsrechtliche Ausgestaltung 927
von Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit, eigener Rechnung und eigenem
Budget, formell gesehen, regelmässig zu einem höheren Grad an Unabhängigkeit
beizutragen, als er von Behördenkommissionen i.d.R. erreicht wird. Behörden-
kommissionen gehören zwar ebenfalls zum Bestand der dezentralen Bundesver-
waltung und sind einem Departement oder der Bundeskanzlei administrativ zuge-
ordnet, nicht aber hierarchisch unterstellt.²⁸²⁷ Ihre Distanz zur Zentralverwaltung
fällt unterschiedlich aus, was sich auf ihre finanzielle sowie auf ihre institutionelle
Unabhängigkeit auszuwirken vermag. Allerdings hängt die effektive Unabhängig-
keit einer Aufsichtsbehörde massgeblich von ihrer konkreten Ausgestaltung und

²⁸²² Botschaft KG 2012, BBl 2012 3922.

²⁸²³ *Ebd.*

²⁸²⁴ Vgl. Botschaft FINMAG, BBl 2006 2838 f., wo insb. mit Blick auf die EBK ausgeführt wurde, dass Behördenkommissionen gegenüber dem Bundesrat und der Verwaltung hinsichtlich ihrer Ressourcen nicht über ausreichende institutionelle und finanzielle Unabhängigkeit verfügen würden, da sie der Personal- und Finanzhaushaltsgesetzgebung des Bundes unterstehen und Personal- und Sachausgaben vom Departement abhängig seien, das wiederum den für die gesamte Bundesverwaltung geltenden Vorgaben unterliege.

²⁸²⁵ Vgl. Botschaft KG 2012, BBl 2012 3922 f.; vgl. in diesem Sinne auch BSK KG-BANGERTER, Vor Art. 18-25 N 29.

²⁸²⁶ Botschaft Eidg. Stiftungsaufsicht, BBl 2016 4766 f., wo ausserdem das «Kommissionsmodell» für die konkreten Aufgaben der ESA als funktional wenig geeignet betrachtet wurde, «weil die ESA eine grosse Anzahl Verfügungen zeitgerecht erlassen muss und sich dabei selten derart grundlegende Fragen stellen, dass sich eine Befassung durch eine Kommission rechtfertigen würde».

²⁸²⁷ Dazu vorne N 833.

Organisation ab; die Rechtswahl alleine vermag die tatsächliche Unabhängigkeit der Aufsicht kaum zu gewährleisten.

- 928 Weitere Argumente, die jeweils angeführt werden, um die Rechtsformenwahl öffentlich-rechtlicher Anstalten zu begründen, sind die Effizienz und Flexibilität ihrer Behördenstruktur. So schwang etwa bei der Gründung von Swissmedic die Hoffnung mit, eine effiziente und flexible Behörde zu schaffen, die nach den Grundsätzen der wirkungsorientierten Verwaltungsführung ausgestaltet sei²⁸²⁸ und neben hoheitlichen Aufgaben auch Dienstleistungen in unternehmerischer Weise erbringen sollte.²⁸²⁹ Ausserdem wurde argumentiert, dass die Anstalt der Organisationsform der Vorgängerbehörden (IKV und IKS)²⁸³⁰ nahekomme, was den Übergang zur neuen Heilmittelordnung erleichtern sollte.²⁸³¹ Die Unabhängigkeit der Heilmittelaufsichtsbehörde war ebenfalls Thema, sie wurde jedoch weniger als Ziel der Rechtsformenwahl formuliert als vielmehr als zu erwartendes Ergebnis einer solchen Organisation aufgefasst.²⁸³²
- 929 Das Kriterium der effizienten Aufsichtsausübung begleitete auch die Rechtsformenwahl bei der Gründung der FINMA. Die Zusammenführung der getrennten Finanzmarktaufsichtsbehörden «unter das gemeinsame Dach der FINMA»²⁸³³ sollte sich zudem stärkend auf die Finanzmarktaufsicht in der Schweiz auswirken, indem sie Synergien schaffen und eine hohe Professionalität gewährleisten sollte.²⁸³⁴ In der Botschaft wurde die Rechtsform der öffentlich-rechtlichen Anstalt als zweckmässige und effiziente Organisationsform genannt, welche «die optimalen Bedingungen für eine professionelle, marktnahe und qualitativ hochstehende Finanzmarktaufsicht» schaffe.²⁸³⁵ Dies nicht zuletzt auch, weil sie eine einfache,

²⁸²⁸ Vgl. Botschaft HMG, BBl 1999 III 3467 und 3476.

²⁸²⁹ Vgl. so heute Art. 69 Abs. 2 HMG. Vgl. zu dieser Bestimmung Botschaft zum HMG, BBl 1999 III 3552.

²⁸³⁰ Zu den Anfängen der staatlichen Aufsicht über die Arzneimittel vgl. vorne N 238 ff.

²⁸³¹ Vgl. Botschaft HMG, BBl 1999 III 3479.

²⁸³² Vgl. *ebd.*, BBl 1999 III 3551, wo ausgeführt wird: «Als Konsequenz aus der Organisationsform ergibt sich, dass das Institut sowohl in der Organisation als auch in der Betriebsführung unabhängig ist.»

²⁸³³ Botschaft FINMAG, BBl 2006 2834.

²⁸³⁴ Vgl. *ebd.*, wo ausserdem ausgeführt wurde, dass eine starke und effiziente Finanzmarktaufsicht wie ein «Gütesiegel» wirke. Sie festige das Vertrauen der Kunden in die Integrität des Finanzplatzes und könne auch die Akzeptanz der Aufsichtsbehörde als gleichwertige Ansprechpartnerin im Ausland erhöhen.

²⁸³⁵ *Ebd.*, BBl 2006 2836.

transparente und nachvollziehbare Organisation ermögliche,²⁸³⁶ die zudem an privatrechtliche Rechtsformen erinnere.²⁸³⁷

Betrachtet man die Entwicklung der Aufsichtsbehördenlandschaft, lässt sich tatsächlich eine bewusste Abkehr von der als vergleichsweise eher träge aufgefassten Rechtsform der Behördenkommission verzeichnen. Auch Art. 57c Abs. 1 RVOG schränkt die Wahl der Rechtsform der Behördenkommission ein. Nach dieser Bestimmung ist «[a]uf eine Einsetzung einer Kommission zu verzichten, wenn die Aufgabe geeigneter durch eine Einheit der zentralen Bundesverwaltung oder eine ausserhalb der Bundesverwaltung stehende Organisation oder Person erfüllt werden kann».²⁸³⁸ 930

Dabei wurde offenbar v.a. an Fälle gedacht, in denen das für die Wahrnehmung der Aufgaben erforderliche Fachwissen innerhalb der Bundeszentralverwaltung vorhanden ist, sodass eine Voraussetzung zur Einsetzung einer ausserparlamentarischen Kommission nach Art. 57b lit. a RVOG wegfällt.²⁸³⁹ Ausserdem scheint es sich etabliert zu haben, dass für verselbstständigte Einheiten, die Bundesaufgaben erfüllen, grundsätzlich die öffentlich-rechtliche Anstalt als Rechtsform vorgesehen ist.²⁸⁴⁰ Insofern lassen sich auch hinsichtlich der Rechtsformenwahl Harmonisierungstendenzen beobachten.²⁸⁴¹ 931

Zurückführen lässt sich der Subsidiaritätsgrundsatz nach Art. 57c RVOG auf die vom Bundesrat beschlossene Verwaltungsreform 2005–2007, anlässlich derer die grosse Anzahl ausserparlamentarischer Kommissionen hinterfragt und reduziert werden sollte.²⁸⁴² 932

In einem ersten Schritt sollten die Departemente zu diesem Zweck die sich in ihren Zuständigkeitsbereichen befindenden Kommissionen überprüfen.²⁸⁴³ Der Beschluss des Bundesrates vom 5. Juli 2006 gab ferner als Zielrichtlinie vor, dass 30 % der Kommissionen aufgehoben werden sollten.

²⁸³⁶ *Ebd.*, BBl 2006 2839 f.

²⁸³⁷ Dazu vorne N 690.

²⁸³⁸ Art. 57c Abs. 1 RVOG.

²⁸³⁹ SÄGESSER, Kommentar RVOG, Art. 57c N 1.

²⁸⁴⁰ Vgl. Leitsatz 1 (Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8269); vgl. auch SÄGESSER, Kommentar RVOG, Art. 57c N 3.

²⁸⁴¹ Ausgedrückt wurden solche etwa auch von der GPK-S in ihrem Abschlussbericht. Vgl. GPK-S, Unabhängigkeit 2022, BBl 2022 2979, 22 ff.

²⁸⁴² Vgl. dazu Botschaft Neuordnung ausserparl. Kommissionen, BBl 2007 6645.

²⁸⁴³ *Ebd.*, BBl 2007 6642 sowie 6644, wonach nämlich eine Gesamtschau des Bestandes sämtlicher ausserparlamentarischen Kommissionen fehlte.

Zudem sollte im Rahmen eines sog. Moratoriums auf die Einsetzung neuer Kommissionen (sowie auf Neu- und Ersatzwahlen) bis vor den Gesamtenerneuerungswahlen im Jahr 2007 grundsätzlich verzichtet werden.²⁸⁴⁴ In einem zweiten Schritt sollten dann die Gesetzesvorgaben angepasst werden mit dem Ziel, «für die Zukunft ein schlankes, den Bedürfnissen von Bundesrat und Bundesverwaltung angepasstes Kommissionenwesen zu gewährleisten».²⁸⁴⁵ Generell erfuhren die ausserparlamentarischen Kommissionen mit den Bestimmungen in Art. 57a–57g RVOG und Art. 8a–8t RVOV eine Neuregelung.²⁸⁴⁶

- 933 In der Botschaft zur Neuordnung der ausserparlamentarischen Kommissionen wurde auf die besondere Stellung insb. der damals noch bestehenden Bankenkommision sowie der Wettbewerbskommission hingewiesen, die von ihrer Grösse, Aufgabe und Ausgestaltung her «untypische Kommissionen» darstellen würden, nicht zuletzt auch mit Blick auf ihre Sekretariate, die im Prinzip selber verselbstständigte Verwaltungseinheiten seien.²⁸⁴⁷ Mit Verweis auf die damals noch nicht abgeschlossene «Integration» der EBK in die neue, als öffentlich-rechtliche Anstalt konzipierte «Finanzmarktaufsicht» sei es denkbar, «dass eine solche Auslagerung auch bei anderen vergleichbaren Regulationsbehörden angezeigt ist».²⁸⁴⁸
- 934 Tatsächlich kam es zu einigen Vorstössen, Behördenkommissionen mit Aufsichtsaufgaben als öffentlich-rechtliche Anstalten auszugestalten. Allerdings waren solche Vorhaben nicht immer erfolgreich. Die Rechtsform der öffentlich-rechtlichen Anstalt konnte sich weder im Rahmen der Institutionenreform der Wettbewerbsbehörden²⁸⁴⁹ noch anlässlich der Auslagerung und Umwandlung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht durchsetzen.²⁸⁵⁰ Obwohl die Argumente für eine institutionelle Ausgestaltung als Anstalt aus dogmatischer Sicht überwogen, konnten sie offenbar nicht überzeugen und waren nicht mehrheitsfähig. Im Ergebnis schwang das Pendel zuletzt somit eher in Richtung Behördenkommissionen, wobei allerdings offenbleibt, ob diese Entwicklung als neue Tendenz oder bloss als «Abweichung von der Regel» zu werten ist.

²⁸⁴⁴ *Ebd.*, BBl 2007 6645.

²⁸⁴⁵ *Ebd.*

²⁸⁴⁶ Auf den Erlass einer besonderen Verordnung für ausserparlamentarische Kommissionen wurde ausdrücklich verzichtet (vgl. *ebd.*).

²⁸⁴⁷ *Ebd.*, BBl 2007 6653.

²⁸⁴⁸ *Ebd.*

²⁸⁴⁹ Dazu vorne insb. N 882 ff.

²⁸⁵⁰ Dazu vorne N 612.

Abschliessend lässt sich festhalten, dass die organisationsrechtlichen Harmonisierungsbestrebungen im Aufsichtsrecht, die die Rechtsformenwahl zunehmend erfassen, in vielerlei Hinsicht grundsätzlich zu begrüssen sind. Sie tragen zu konziseren Regelungen bei, die sich einfacher miteinander vergleichen lassen, und sie erleichtern insb. auch die Aufsicht des Bundesrates sowie die parlamentarische Oberaufsicht über die Ausübung und Organisation der Aufsichtstätigkeiten ausserhalb der Zentralverwaltung.²⁸⁵¹ In der Lehre finden sich allerdings auch skeptische Stimmen gegenüber «zu viel» Harmonisierung. Es wird zu Recht betont, dass angesichts der diversen Aufgaben von Aufsichtsbehörden, die sie in teils sehr unterschiedlichen Kontexten erbringen, durchaus auch eine Vielfalt organisatorischer Ausgestaltungsmöglichkeiten angebracht sein kann. STÖCKLI spricht sich in diesem Sinne dafür aus, das «Organisationsermessen» des Gesetzgebers hochzuhalten.²⁸⁵² Es muss dem Gesetzgeber im Einzelfall möglich sein, zu prüfen und auch zu hinterfragen, ob es tatsächlich notwendig sei, Aufsichtsaufgaben «standardmässig» einer besonderen öffentlich-rechtlichen Anstalt zu übertragen.²⁸⁵³ Das Organisationsrecht und damit auch die Rechtsformenwahl soll im Grundsatz im Dienste der materiellen Aufgabenerfüllung stehen.²⁸⁵⁴ In diesem Sinne äussert sich auch BIAGGINI, wenn er ausführt, es sollten der Spielraum des Gesetzgebers und die Möglichkeiten, ein bestimmtes Organisationsmodell spezialgesetzlich zwar vielleicht «unorthodox», jedoch massgeschneidert für den Einzelfall zu gestalten, nicht unterschätzt werden.²⁸⁵⁵ Insofern darf der Fokus auf vermeintlich vorgegebene Kategorien von Rechtsformen nicht darüber hinwegtäuschen, dass – wie gesehen – unterschiedliche Möglichkeiten bestehen, wie die einzelnen Behörden effektiv ausgestaltet werden können.

3. Gleichwohl: Vielfältige Unabhängigkeitsvorgaben

3.1 Zahlreiche, unterschiedliche Unabhängigkeitsvorschriften

Der vorgenommene auf einem Behördenvergleich basierende Überblick über verschiedene Aspekte, die sich auf die organisatorisch-institutionelle Unabhängigkeit von Aufsichtsbehörden auswirken, zeigt eine Vielzahl unterschiedlicher Normen auf verschiedenen Regulierungsebenen, die diverse Aspekte der Unabhängigkeit der dezentralen Aufsichtsbehörden in unterschiedlicher Regelungstiefe und -breite

²⁸⁵¹ Vgl. so z.B. LIENHARD, SVVOR, 10.

²⁸⁵² STÖCKLI, Organisatorische Fragen, 151.

²⁸⁵³ HÄNER, Organisationsrecht, N 28.49.

²⁸⁵⁴ MÜLLER/FRIEDERICH, 125 f.; vgl. auch S. VOGEL, Einheit, 420.

²⁸⁵⁵ Vgl. auch BIAGGINI, Behördenorganisation, 44 f.

zu erfassen versuchen: Unterscheiden lassen sich Vorgaben auf Gesetzes- und Verordnungsebene, innerhalb der aufsichtsrechtlichen Spezialerlasse sowie der Bestimmungen des RVOG bzw. der RVOV. Ebenfalls zu beachten sind ausserdem die behördeneigenen Vorschriften, die sich aus ihren Reglementen sowie Verhaltenskodizes ergeben. Insgesamt fällt auf, dass trotz der ihnen gemeinsamen Aufsichtstätigkeit sämtlicher Aufsichtsbehörden die Unabhängigkeitsvorschriften in den aufsichtsrechtlichen Spezialgesetzen uneinheitlich sind.

- 937 Zu einem solchen Schluss ist auch die PVK anlässlich ihrer Evaluation zur Sicherstellung der Unabhängigkeit von Aufsichts- und Regulierungsbehörden der dezentralen Bundesverwaltung im Jahre 2015 gelangt,²⁸⁵⁶ der seither den Berichten der GPK-S zugrunde liegt.²⁸⁵⁷ Im Oktober 2022 hat die GPK-S ihre Arbeiten zu dieser Thematik abgeschlossen.²⁸⁵⁸ Auch in ihrem letzten Bericht wiederholte sie ihre Auffassung, dass insb. hinsichtlich der Harmonisierung der Unabhängigkeitsvorschriften in den aufsichtsrechtlichen Spezialgesetzen nach wie vor Handlungsbedarf bestehe.²⁸⁵⁹
- 938 Im Rahmen der durch LIENHARD/BOLZ/WÜEST-RUDIN im September 2014 abgeschlossenen und der Evaluation der PVK zugrunde gelegten Normanalyse fiel auf, dass die Aufgaben und Funktionen der jeweils untersuchten Behörde die normative Ausgestaltung ihrer Unabhängigkeit prägen, die Unterschiede in der Normierung jedoch nicht durchwegs sachlich nachvollziehbar sind.²⁸⁶⁰ Zusammengefasst zeigte sich etwa, dass die funktionale Unabhängigkeit von justizähnlichen Behörden (wie etwa der UBI) besonders stark ausgeprägt sei, während die Behörden der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht wie die FINMA, RAB und ENSI v.a. auch auf eine institutionelle, finanzielle und personelle Unabhängigkeit ausgerichtet seien.²⁸⁶¹ Zur Illustration lässt sich auf die folgende Übersicht über das

²⁸⁵⁶ PVK, Evaluation Unabhängigkeit, BBl 2016 1749 f.

²⁸⁵⁷ GPK-S, Unabhängigkeit 2015, BBl 2016 1714 f.; GPK-S, Unabhängigkeit 2017, BBl 2017 4515; GPK-S, Unabhängigkeit 2022, BBl 2022 2979, 27 f.

²⁸⁵⁸ GPK-S, Unabhängigkeit 2022, BBl 2022 2979, 30.

²⁸⁵⁹ *Ebd.*, 30 sowie 9 ff.

²⁸⁶⁰ Vgl. PVK, Evaluation Unabhängigkeit, BBl 2016 1738 f., und GPK-S, Unabhängigkeit 2015, BBl 2016 1714, die sich in ihrer Würdigung der gesetzgeberischen Vielfalt tatsächlich widersprechen.

²⁸⁶¹ PVK, Evaluation Unabhängigkeit, BBl 2016 1738 f., und GPK-S, Unabhängigkeit 2015, BBl 2016 1714 f., beide mit dem Hinweis, dass die untersuchten Behörden der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht in personeller und finanzieller Hinsicht sogar unabhängiger ausgestaltet seien als justizähnliche Behörden.

Ergebnis der Auswertung von Gesetzen und Verordnungen verweisen, die dem PVK-Bericht als Anhang beigelegt wurde:²⁸⁶²

Übersicht über Rankings in den Dimensionen der Unabhängigkeit

Dimension Behörde	Funktional (Skala –1–6)	Institutionell (Skala –4–5)	Personell (Skala –2–10)	Finanziell (Skala –1–9)	Total

Behörden mit Schwerpunkt Aufsichtsaufgaben (Wirtschafts-/Sicherheitsaufsicht)

RAB	5	5	10	7	27
ENSI	5	7	5	9	26
FINMA	6	3	10	7	26
PostCom	6	1	4	5	16
OAK-BV	4	2	2	7	15
ESBK	4	0	3	6	13
ComCom	5	0	3	5	13
Swissmedic	4	0	0	8	12
ElCom	5	0	3	2	10
WEKO	2	–3	–2	2	–1

Behörden mit Schwerpunkt Verwaltungsaufgaben

SUST	3	4	5	0	12
IGE	–1	5	1	7	12

Behörden mit Schwerpunkt justizförmige Aufgaben

ESchK	3	2	–1	1	5
SKE	4	0	3	–1	6
UBI	5	0	1	–1	5

Behörden mit Schwerpunkt Dienstleistungsaufgaben

KTI	2	–4	–2	0	–4

Abbildung 5: Ergebnisübersicht Evaluation Unabhängigkeit (LIENHARD/BOLZ/WÜEST-RUDIN, 41 [Tabelle 2])

²⁸⁶² LIENHARD/BOLZ/WÜEST-RUDIN, 41 (Tabelle 2).

- 939 Die Ergebnisse der Normanalyse müssen mit Blick auf die aktuelle Rechtslage, die im Laufe der Zeit angepasst wurde – nicht zuletzt auch angetrieben durch die Bemühungen im Rahmen der geschilderten Unabhängigkeitsuntersuchung –, etwas relativiert werden. Insbesondere hat sich die Situation von Swissmedic seit der grossen Revision des HMG, die im Frühjahr 2016 vom Parlament verabschiedet und am 1.1.2018 bzw. 2019 in Kraft trat,²⁸⁶³ mit Blick auf Unabhängigkeitsaspekte verbessert, seit die Organisation des Instituts, gestützt auf die Vorgaben des Corporate-Governance-Berichts, überarbeitet wurde.²⁸⁶⁴ Insgesamt wurden allerdings, v.a. seit 2017, nur wenige Änderungen an den einschlägigen Spezialgesetzen vorgenommen, welche die Unabhängigkeit der Aufsicht betroffen hätten, sodass die nachfolgenden Hinweise auf die Ergebnisse aus der Normanalyse nach wie vor berechtigt erscheinen.
- 940 Die Normanalyse zeigte, dass, während etwa die Regelung der Unabhängigkeit von FINMA, RAB und ENSI in funktionaler, institutioneller und personeller Hinsicht stärker erfolgt ist im Vergleich zu anderen Behörden, die sog. «Com»-Behörden (PostCom, ComCom, ElCom sowie die ESBK und die OAK BV) eher über eine mittelmässig ausgeprägte Unabhängigkeitsregulierung verfügen.²⁸⁶⁵
- 941 Die WEKO fiel im Rahmen der Evaluation der Unabhängigkeitsnormierungen im Vergleich stark ab²⁸⁶⁶ und wirft nach dem gescheiterten Versuch ihrer Neuorganisation und -regelung nach wie vor Fragen auf.²⁸⁶⁷ Ihre bezüglich der institutionellen und personellen Unabhängigkeit deutlich schwächere Ausgestaltung als andere Behörden ist erstaunlich, wenn man sich vor Augen führt, dass sie von ihren Aufgaben her mit Aufsichtsbehörden wie der FINMA, der RAB oder auch dem ENSI zu vergleichen ist.²⁸⁶⁸
- 942 Auch die Organisation der ComCom wurde im Rahmen der Evaluation thematisiert.²⁸⁶⁹ Ihr besonderes Verhältnis zum BAKOM und ihre entsprechende organi-

²⁸⁶³ AS 2017 2745 sowie AS 2018 3575.

²⁸⁶⁴ Vgl. dazu BSK HMG-RICHLI, Entstehungsgeschichte, N 62 ff., sowie etwa BSK HMG-RICHLI, Art. 72a N 2 ff.

²⁸⁶⁵ LIENHARD/BOLZ/WÜEST-RUDIN, 44.

²⁸⁶⁶ *Ebd.*, 42, 44 sowie 92 ff. (mit einem Überblick über die Regulierung der Unabhängigkeit der WEKO).

²⁸⁶⁷ Dazu vorne N 881 ff.

²⁸⁶⁸ Vgl. so PVK, Evaluation Unabhängigkeit, BBl 2016 1740; ebenso LIENHARD/BOLZ/WÜEST-RUDIN, 42, 44 f. sowie 92 ff.

²⁸⁶⁹ Vgl. die Übersicht bei LIENHARD/BOLZ/WÜEST-RUDIN, 81 ff. sowie 87 f.; PVK, Evaluation Unabhängigkeit, insb. BBl 2016 1745 f.

sationsrechtliche Ausgestaltung erscheinen nicht zuletzt aufgrund der z.T. justiz-
ähnlichen Aufgaben der ComCom bis heute als problematisch.²⁸⁷⁰

Der Evaluationsbericht der PVK nannte ausserdem die Swissmedic sowie die 943
ElCom als Beispiele für Behörden, die, basierend auf den damals geltenden
Rechtsgrundlagen, von Behörden mit vergleichbaren Funktionen, Bedeutungen
und Zielvorgaben abwichen,²⁸⁷¹ eine Schlussfolgerung, die sich für Swissmedic
allerdings seit der Revision des Heilmittelrechts so kaum mehr halten lässt.

In ihrem Bericht aus dem Jahr 2022 griff die GPK-S des Weiteren die rechtliche 944
Ausgestaltung des ENSI auf, das, gestützt auf die auf sie anwendbaren rechtlichen
Vorgaben, über mehr Unabhängigkeit verfügt als vergleichbare Anstalten. Die
GPK-S warf die Frage auf, weshalb das ENSI insb. grössere Unabhängigkeit vom
Bundesrat geniessen sollte als z.B. Swissmedic oder die FINMA, die ebenfalls
Aufsichtsaufgaben in besonders sensiblen Bereichen wahrnahmen. Die Erklärung
des Bundesrates, die Ausnahmeregelungen für das ENSI seien gerechtfertigt, weil
das ENSI nur Aufgaben der Sicherheitsaufsicht und keine Wirtschaftsaufsicht
wahrnehme,²⁸⁷² vermochte die Kommission nicht zu überzeugen.²⁸⁷³ Sie begrüsst
trotzdem, dass sich der Bundesrat bereit erklärte, bei der nächsten Revision des
ENSIG eine Änderung der betreffenden Bestimmungen zu prüfen.²⁸⁷⁴

Die GPK-S strich in ihrem Abschlussbericht ausserdem heraus, dass sich die 945
Rechtsform der Behörden grundlegend auf die Regelungen der Unabhängigkeit
dieser Behörden auswirke. Dieser Umstand wirft aus Sicht der GPK-S die prin-
zipielle Frage auf, weshalb für Aufsichts- und Regulierungsbehörden nicht die
gleiche Rechtsform gewählt werde.²⁸⁷⁵ Dass die Unterscheidung in öffentlich-
rechtliche Anstalten und Behördenkommissionen historische und organisatorische
Gründe hat, erklärte die GPK-S für nachvollziehbar, und sie anerkannte auch, dass
es kaum realistisch gewesen wäre, zu verlangen, dass alle Aufsichts- und Regulie-
rungsbehörden künftig dieselbe Rechtsform haben müssen.²⁸⁷⁶ Allerdings kam sie
insb. zum Schluss, «dass die konzeptionelle Unterscheidung bei den grösseren Be-

²⁸⁷⁰ Dazu vorne N 594, N 855 sowie N 904.

²⁸⁷¹ PVK, Evaluation Unabhängigkeit, BBl 2016 1739; vgl. ebenso LIENHARD/BOLZ/
WÜEST-RUDIN, 43 und 44 f. sowie 53 ff. zur Regelung der Swisscom und 85 ff. zur
Regelung der ComCom.

²⁸⁷² So wörtlich zitiert in GPK-S, Unabhängigkeit 2022, BBl 2022 2979, 13.

²⁸⁷³ *Ebd.*

²⁸⁷⁴ *Ebd.*, 14.

²⁸⁷⁵ *Ebd.*, 23.

²⁸⁷⁶ *Ebd.*

hördenkommissionen an ihre Grenzen stösst».²⁸⁷⁷ Vor diesem Hintergrund betonte sie u.a. die Wichtigkeit klarer und möglichst einheitlicher Leitsätze, die die Unabhängigkeit sämtlicher Behörden regeln, und ihre konsequente Umsetzung.²⁸⁷⁸ Sie warf ausserdem die Frage auf, «ob es nicht sinnvoll wäre, die Umwandlung gewisser grosser Behördenkommissionen in selbstständige Anstalten in Betracht zu ziehen»,²⁸⁷⁹ und ersuchte den Bundesrat, zu prüfen, bei welchen Kommissionen eine solche Umwandlung sinnvoll wäre.²⁸⁸⁰ Damit vermied die Kommission eine explizite Nennung der angesprochenen Behörde. Dass sie allerdings mit diesem Hinweis die WEKO meinte, liegt angesichts vergangener Diskussionen und auch ihrer eigenen Ausführungen auf der Hand.

- 946 Als kleinere Behörde wohl nicht angesprochen wurde damit allerdings die Com-Com, deren institutionell-organisatorische Ausgestaltung aus Unabhängigkeitsgesichtspunkten, wie gesehen, nicht unproblematisch ist.²⁸⁸¹ Tatsächlich könnte sich aber, anknüpfend an die bereits bestehende rein administrative Zusammenfassung von fünf Behördenkommissionen als RegInfra, die Frage stellen, ob ihre Verselbstständigung in der Rechtsform einer öffentlich-rechtlichen Anstalt sinnvoll sein könnte. Aktuell sind keine entsprechenden Vorstösse zu erwarten. Angesichts der bestehenden deutschen Bundesnetzagentur (BNetzA) für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen mit Sitz in Bonn erscheinen solche Überlegungen aber als nicht allzu weit hergeholt.

3.2 Fehlendes Unabhängigkeitskonzept

- 947 Ein einheitliches Konzept, das zur Harmonisierung der heterogenen Unabhängigkeitsvorgaben der Aufsichtsbehörden der dezentralen Bundesverwaltung beitragen würde, liegt nicht vor. So beziehen sich die bestehenden Vorgaben vielfach auf ausgewählte Aspekte der Unabhängigkeit, es fehlt aber eine eingehende Regelung, die sämtliche Eckpunkte der Unabhängigkeit erfassen würde.²⁸⁸² Es besteht kein «Grundkonzept» oder ein «Standard der Normierung der Unabhängigkeit dieses Behördentypus».²⁸⁸³ Auch ist nicht geklärt, welche Inhalte wie und

²⁸⁷⁷ *Ebd.*

²⁸⁷⁸ *Ebd.*

²⁸⁷⁹ *Ebd.*, 24.

²⁸⁸⁰ *Ebd.*

²⁸⁸¹ Dazu vorne N 594, N 855 sowie N 904.

²⁸⁸² So bereits PVK, Evaluation Unabhängigkeit, BBl 2016 1749 f.; GPK-S, Unabhängigkeit 2015, BBl 2016 1714 f.

²⁸⁸³ PVK, Evaluation Unabhängigkeit, BBl 2016 1750.

auf welcher Stufe zu regeln sind, was auch angesichts behördeninterner Reglemente oder Weisungen ebenfalls Fragen aufwerfen kann.²⁸⁸⁴ Oftmals beschränken sich die bestehenden Normen auf Gesetzesstufe auf die Nennung einzelner Unabhängigkeitsdimensionen (insb. die personelle²⁸⁸⁵ und die fachliche²⁸⁸⁶) und differenzieren auch nicht zwischen der Unabhängigkeit von der Verwaltung und der Unabhängigkeit gegenüber den Beaufsichtigten; Normen, die die Unabhängigkeit von der Branche bzw. von den Beaufsichtigten ansprechen würden, sind generell weniger verbreitet. Wenn eine Regelung vorgesehen ist, erfasst sie regelmässig nicht systematisch sämtliche Unabhängigkeitsdimensionen.²⁸⁸⁷ Auch deckt sie kaum das ganze Personal der Behörden ab und spricht auch nicht Fragen zur Unabhängigkeit beizogener Dritter (häufig Privater) an, die oftmals einen massgeblichen Einfluss auf die Aufsichtsverfahren haben.²⁸⁸⁸ In der Regel fehlt denn auch die Ausdehnung solcher Vorschriften auf die operative Ebene (d.h. auf die Direktionen oder Geschäftsleitungen oder auch auf die Sekretariate bei Behördenkommissionen), obwohl meist gerade sie entscheidende Aufgaben für die Praxis der Aufsicht übernimmt.²⁸⁸⁹

Vor diesem Hintergrund formulierte bereits der Bericht der PVK die Empfehlung, 948 dass sich ein Grundkonzept oder ein Standard der Normierung der Unabhängigkeit der Aufsichts- und Regulierungsbehörden als wertvoll erweisen würde, «z.B. als Ergänzung des CG-Berichts des Bundesrates».²⁸⁹⁰ Die GPK-S nahm diese Forderung auf und übersetzte sie in eine erste Empfehlung an den Bundesrat, «ein Konzept zu erarbeiten, um die Normierung der Unabhängigkeit von Aufsichts- und Regulierungsbehörden zu vereinheitlichen».²⁸⁹¹ Dazu führte die GPK-S aus, dass sie sich von einem Grundkonzept oder Normierungsstandard für zukünftige Revisionsprojekte eine bessere Nachvollziehbarkeit und Vergleichbarkeit insb. im

²⁸⁸⁴ Insb. die Verpflichtung der Behörden zur Selbstregulierung ist nicht systematisch in den Spezialgesetzen oder dem RVOG bzw. der RVOV vorgesehen. Auch fehlt eine Standardisierung oder *Best-Practice*-Vorgabe in Bezug auf die Selbstregulierung, sodass sehr unterschiedliche behördeninterne Selbstregulierungsvorschriften bestehen. Vgl. so insb. GPK-S, Unabhängigkeit 2015, BBl 2016 1716.

²⁸⁸⁵ Dazu vorne insb. N 704 ff. und N 869 ff.

²⁸⁸⁶ Dazu vorne insb. 772 ff. und N 900 ff.

²⁸⁸⁷ Vgl. so auch PVK, Evaluation Unabhängigkeit, BBl 2016 1750; GPK-S, Unabhängigkeit 2015, BBl 2016 1715 f.

²⁸⁸⁸ Dazu vorne insb. N 719 ff.

²⁸⁸⁹ LIENHARD/BOLZ/WÜEST-RUDIN, 46.

²⁸⁹⁰ PVK, Evaluation Unabhängigkeit, BBl 2016 1750.

²⁸⁹¹ GPK-S, Unabhängigkeit 2015, BBl 2016 1715.

Hinblick auf die parlamentarische Beratung zur Neugestaltung von Aufsichts- und Regulierungsbehörden erhoffe ebenso wie eine gewisse Begründungspflicht im Falle von Abweichungen von einem solchen Konzept.²⁸⁹²

949 Empfehlung 2 lautete zusätzlich folgendermassen:

«Die GPK-S fordert den Bundesrat auf, bei zukünftigen Gesetzesvorlagen dafür zu sorgen, dass die Unabhängigkeit von Aufsichts- und Regulierungsbehörden stufengerecht und ausreichend detailliert gemäss einem einheitlichen Konzept normiert wird.

Dabei sind insbesondere die explizite Verankerung der Unabhängigkeit der Behörden gegenüber dem Bund und gegenüber den Beaufsichtigten sowie die Verpflichtung der Behörden zur Selbstregulierung zu prüfen.

Die Kommission fordert den Bundesrat zudem auf, im Rahmen seiner Verordnungs- und Aufsichtskompetenzen gegenüber Aufsichts- und Regulierungsbehörden auf eine verstärkte Selbstregulierung der personellen Unabhängigkeit hinzuwirken.»²⁸⁹³

950 In seiner Stellungnahme vom 18. Dezember 2015 teilte der Bundesrat mit, dass er die Meinung der GPK-S teile, dass eine uneinheitliche und teilweise lückenhafte Normierung der Unabhängigkeit von Aufsichts- und Regulierungsbehörden auf die Dauer nicht hingenommen werden könne. Er erachtete allerdings die Empfehlungen 1 und 2 bereits als weitgehend erfüllt hinsichtlich der Erstellung eines einheitlichen Unabhängigkeitskonzepts und verweis dazu insb. auf den Corporate-Governance-Bericht, die Leitsätze sowie auf den damals sich noch in Erarbeitung befindenden Mustererlass. Der Bundesrat betonte dabei, dass die Umsetzung dieser Vorgaben sukzessive in anstehenden Teilrevisionen der einzelnen Organisationserlasse erfolgen sollte.²⁸⁹⁴

951 Tatsächlich lassen sich dem Corporate-Governance-Bericht und seinen Leitsätzen gewisse, wenn auch rechtlich nicht verbindliche, allgemeine Vorgaben entnehmen. Generell führt der Corporate-Governance-Bericht etwa aus, dass der Gesetzgeber bestrebt sein sollte, die Kompetenzen der Organe klar voneinander abzugrenzen, damit ihr Zusammenwirken nach dem Prinzip von *Checks and Balances* funktio-

²⁸⁹² GPK-S, Unabhängigkeit 2015, BBl 2016 1715.

²⁸⁹³ *Ebd.*, BBl 2016 1717.

²⁸⁹⁴ Vgl. BR, Stellungnahme Unabhängigkeit 2015, BBl 2016 1764 ff. Eine zweite Stellungnahme des Bundesrates an die Adresse der GPK-S erfolgte mit Brief vom 17.6.2016 (vgl. dazu GPK-S, Unabhängigkeit 2017, BBl 2017 4514; dieser Brief ist allerdings nicht öffentlich zugänglich).

niere.²⁸⁹⁵ Ebenso sei zu gewährleisten, dass die Mitglieder der Leitungsorgane die Interessen der verselbstständigten Einheit wahren und bei punktuellen Interessenkonflikten in den Ausstand treten.²⁸⁹⁶ Ein darüber hinausgehendes, eigentliches Konzept für eine einheitliche und stufengerechte Normierung der Unabhängigkeit von Aufsichtsbehörden stellt der Corporate-Governance-Bericht jedoch nicht auf.

Auch die 37 Leitsätze der EFV adressieren zwar gewisse Unabhängigkeitsaspekte, 952
enthalten aber keinen eigenen Leitsatz zur Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden. Sie nehmen allerdings einzelne Vorgaben aus dem Corporate-Governance-Bericht auf und sehen bspw. entsprechend im 2. und 3. Leitsatz vor, dass klare Kompetenzregelungen zwischen den Organen vorzusehen sind und die Organe verselbstständigter Einheiten grundsätzlich personell unabhängig voneinander auszugestalten sind. Gemäss revidiertem 6. Leitsatz wahren die Leitungsorgane die Interessen der verselbstständigten Einheit und treten bei Interessenkonflikten in den Ausstand. Der Verwaltungs- oder Institutsrat hat zudem besondere Verhaltensregeln zum Umgang mit Interessenbindungen zu erlassen und für geeignete Sensibilisierungsmassnahmen zu sorgen. Über getroffene Massnahmen informiert er im Rahmen des Geschäftsberichts. Im Übrigen werden Unabhängigkeitsaspekte in die weiteren Vorgaben eingeflochten, indem z.B. die Kontrollfunktionen des Bundesrates in einzelnen Leitsätzen geregelt und damit auch eingegrenzt werden (vgl. bspw. die Leitsätze 4, 18 und 22b).

Dem Mustererlass für Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheits- 953
aufsicht lassen sich, wie gesehen, einige Muster-Bestimmungen entnehmen, die sich auf die konkrete (unabhängige) Ausgestaltung der Anstalten auf Gesetzesstufe auszuwirken vermögen und auch einige Formulierungen in den Organisationserlassen inspiriert haben. Hervorzuheben sind sicherlich die Regelung der personellen Unabhängigkeit in Art. 5 Abs. 2 sowie die Verankerung der fachlichen Unabhängigkeit in Art. 21 des Mustererlasses. Eine Bestimmung, welche «die Unabhängigkeit» als solche mit ihren unterschiedlichen Aspekten, Richtungen und Dimensionen rechtlich definieren und festschreiben wollte, ist jedoch auch

²⁸⁹⁵ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8270 sowie 8285 mit Verweis auf die Ausführungen zu den Einheiten, die Dienstleistungen mit Monopolcharakter erfüllen, und damit u.a. auf S. 8283.

²⁸⁹⁶ Dadurch lasse sich die Integrität der verselbstständigten Einheit und ihrer Organe stärken und könnten auch Schäden verhindert werden (vgl. Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8270 sowie 8285 mit Verweis auf die Ausführungen zu den Einheiten, die Dienstleistungen mit Monopolcharakter erfüllen, und damit u.a. auf S. 8284).

im Mustererlass nicht vorgesehen. Dies ist auch deshalb bemerkenswert, weil der Mustererlass per 1. Juli 2016 veröffentlicht wurde und somit nachdem die normative Regelung der Unabhängigkeit von Aufsichts- und Regulierungsbehörden von der PVK zuhanden der GPK-S eingehend untersucht und kritisiert worden war²⁸⁹⁷ und auch nachdem die GPK-S ihre Empfehlungen 1 und 2 an den Bundesrat gerichtet hatte.²⁸⁹⁸ In seiner Stellungnahme vom 18. Dezember 2015 hatte der Bundesrat sogar ausdrücklich auf den bevorstehenden Erlass des Mustererlasses hingewiesen und die klare Festschreibung der Unabhängigkeit in einer entsprechenden Muster-Bestimmung in Aussicht gestellt.²⁸⁹⁹

- 954 In ihrem Bericht aus dem Jahre 2017 qualifizierte die GPK-S den Mustererlass als eine gute Grundlage für die Gewährleistung der Unabhängigkeit für Aufsichtsbehörden in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Anstalten.²⁹⁰⁰ Sie hielt jedoch fest, dass der Mustererlass sehr allgemein bleibe und im Übrigen auch z.T. weitgehende Kompetenzen des Bundesrates vorsehe, die dem Grundsatz der politischen Unabhängigkeit der Behörden in die Quere kommen könnten.²⁹⁰¹ Zudem wurde die Frage aufgeworfen, welche Grundsätze auf die ausserparlamentarischen Aufsichts- und Regulierungskommissionen zur Anwendung gelangen sollten.²⁹⁰² Insgesamt sah die GPK-S kein systematisches Unabhängigkeitskonzept verwirklicht.²⁹⁰³ Sie lud den Bundesrat erneut ein, ein transparentes Konzept zu erarbeiten, das im Übrigen auch Aufsichtsbehörden in der Rechtsform von Behördenkommissionen miteinbeziehen würde.²⁹⁰⁴
- 955 In der Folge kam es zu verschiedenen Normpräzisierungen und -anpassungen. 2016 und 2018 wurde die RVOV angepasst: Art. 8k Abs. 2 lit. f RVOV sieht nun vor, dass auch Interessenbindungen im Mitgliederverzeichnis anzugeben sind, und mit Art. 8e Abs. 2 lit. m RVOV wurde auch eine Pflicht für Behördenkommis-

²⁸⁹⁷ Der Bericht der PVK datiert vom 2.2.2015.

²⁸⁹⁸ Der Bericht der GPK-S datiert vom 6.10.2015. – Für einen Überblick über die getätigten Untersuchungen der GPK beider Räte vgl. vorne N 633 m.w.H.

²⁸⁹⁹ BR, Stellungnahme Unabhängigkeit 2015, BBl 2016 1769.

²⁹⁰⁰ GPK-S, Unabhängigkeit 2017, BBl 2017 4519.

²⁹⁰¹ *Ebd.*, BBl 2017 4519 f.

²⁹⁰² *Ebd.*, BBl 2017 4520.

²⁹⁰³ Vgl. *ebd.*, BBl 2017 4515 ff. mit einer eingehenden Beurteilung sowie insb. 4522 zu den Schlussfolgerungen.

²⁹⁰⁴ *Ebd.*, BBl 2017 4522.

sionen eingeführt, Anforderungsprofile für ihre Kommissionsmitglieder zu erstellen.²⁹⁰⁵ Auch wurden die Corporate-Governance-Leitsätze angepasst.²⁹⁰⁶

In ihrem Abschlussbericht nahm die GPK-S Kenntnis von den unternommenen 956 Bemühungen zwecks Stärkung der Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden und der Transparenz insb. in Sachen Interessenbindungen. Sie wies jedoch darauf hin, dass seit 2017 nur wenige Änderungen an Spezialgesetzen vorgenommen wurden, welche die Unabhängigkeit betroffen hätten, sodass es schwierig sei, eine allgemeine Schlussfolgerung zu den Gesetzesänderungen und zur Umsetzung der Mustererlasse zu ziehen.²⁹⁰⁷ Sie bemerkte zudem, dass es noch viele Jahre dauern werde, bis die einschlägigen Vorschriften tatsächlich vereinheitlicht seien, und forderte den Bundesrat ausdrücklich auf, die in den Mustererlassen definierten Grundsätze weiterhin konsequent anzuwenden und allfällige Abweichungen in den dem Parlament vorgelegten Botschaften zu begründen.²⁹⁰⁸

Zu Recht wies die GPK-S auch darauf hin, dass sowohl der Corporate-Governance-Bericht mit seinen Leitsätzen als auch der Mustererlass in erster Linie die 957 Aufsichtsbehörden in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Anstalten ansprächen, nicht aber die Behördenkommissionen. Die Bestimmungen über die Interessenbindungen seien für die Behördenkommissionen vielfach rudimentärer und weniger spezifisch ausgestaltet als diejenigen für die selbstständigen Anstalten.²⁹⁰⁹

Insgesamt kam die GPK-S zum Schluss, «dass der Bundesrat nach wie vor nicht 958 bereit ist, ein Gesamtkonzept zur Harmonisierung der Normen für die Unabhängigkeit der Aufsichts- und Regulierungsbehörden auszuarbeiten».²⁹¹⁰ Angesichts der in mehrfacher Hinsicht nach wie vor heterogen ausgestalteten und von Einzelfallüberlegungen geprägten Unabhängigkeitsvorschriften betonte die GPK-S erneut, wie wichtig es sei, «klare und allgemeine Grundsätze in diesem Bereich festzulegen und vor allem sicherzustellen, dass diese in der Gesetzgebung und in der Praxis korrekt umgesetzt werden».²⁹¹¹ Sie wiederholte ihren Standpunkt, dass

²⁹⁰⁵ Vgl. AS 2016 4813 sowie AS 2019 155. Vgl. auch GPK-S, Unabhängigkeit 2022, BBl 2022 2979, 10.

²⁹⁰⁶ Zur Ergänzung der Leitsätze 4 und 6 vgl. BR, Eignerstrategie, 19 ff. sowie 62; für einen Überblick vgl. auch GPK-S, Unabhängigkeit 2022, BBl 2022 2979, 11 f. sowie 14 ff.

²⁹⁰⁷ GPK-S, Unabhängigkeit 2022, BBl 2022 2979, 10.

²⁹⁰⁸ *Ebd.*, 11.

²⁹⁰⁹ *Ebd.*, 17.

²⁹¹⁰ *Ebd.*, 27.

²⁹¹¹ *Ebd.*, 18.

es eines Gesamtkonzepts für alle Behörden – unabhängig von deren Rechtsform – bedürfe.²⁹¹²

- 959 Auch aus verfassungsrechtlicher Sicht erscheint es mit Blick auf das in Art. 164 Abs. 1 (und insb. lit. g) BV verankerte Legalitätsprinzip als problematisch, wenn ein derart bedeutender und etablierter Grundpfeiler der Organisation der Aufsichtsbehörden und auch des Aufsichtsverfahrens wie die Unabhängigkeit nicht zumindest hinsichtlich gewisser Eckpunkte einer allgemeinen Normierung auf Gesetzesstufe zugeführt wird. Diesbezüglich fallen v.a. die auf Behördenkommissionen anwendbaren Rechtsbestimmungen bzw. das diesbezügliche Schweigen der einschlägigen Bestimmungen auf. Mit Blick auf die ja bereits fortgeschrittenen generellen Harmonisierungsbestrebungen im Aufsichtsrecht ist es erstaunlich, dass vor der Normierung eines unbestrittenen (!) Grundpfeilers für eine korrekte Aufsichtsübung auf Gesetzesstufe bislang zurückgeschreckt wurde.
- 960 Erklären lässt sich die gesetzgeberische Zurückhaltung aus unterschiedlichen Blickwinkeln. Aus dogmatischer Sicht wäre die Gesetzgebung im Rahmen eines solchen Normierungsvorhabens mit der grundsätzlichen Problematik konfrontiert, einerseits die Autonomie und Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden gewährleisten zu sollen, andererseits aber auch sicherstellen zu müssen, dass solche staatlichen Behörden genügend in das demokratisch-rechtsstaatliche Verwaltungsgefüge eingebunden sind. Die bestehenden Regelungen zu existierenden Aufsichtsbehörden lassen sich diesbezüglich alle bis zu einem gewissen Grad als inkonsequent beschreiben: Sie deklarieren zwar kühn die Unabhängigkeit der Behörden, schränken sie aber sogleich insb. durch Steuerungsmöglichkeiten des Bundesrates wieder ein, in den Worten JAAGS, als ob «der Gesetzgeber hier Angst vor dem eigenen Mut bekam».²⁹¹³
- 961 Die Parlamentarische Verwaltungskontrolle nahm in ihrer Evaluation zur Unabhängigkeit verschiedener Behörden demgegenüber eine eher pragmatische Sichtweise ein und kam zum Schluss, dass die Aufsichtspraxis, die insgesamt offenbar funktioniere, weniger problematisch erscheine, als sich aus einer theoretischen Betrachtung der Rechtslage auf dem Papier vermuten liesse.²⁹¹⁴ Auch hat die GPK-S im Rahmen ihrer Evaluation keine geltenden Regelungen gefunden, welche die Unabhängigkeit der Behörden grundlegend gefährden würden.²⁹¹⁵ So darf der Hinweis nicht fehlen, dass es für die tatsächliche Unabhängigkeit der Aufsichtsübung und der entspre-

²⁹¹² *Ebd.*, 28 und 30.

²⁹¹³ JAAG, FINMA, 17.

²⁹¹⁴ Vgl. in diese Richtung auch PVK, Evaluation Unabhängigkeit, BB1 2016 1751.

²⁹¹⁵ GPK-S, Unabhängigkeit 2022, BB1 2022 2979, 18.

chenden Organisation der Aufsichtsbehörden nicht zuletzt massgeblich auf das Bewusstsein und die Sensibilität der involvierten Personen für Unabhängigkeitsfragen ankommt – ein Aspekt, der nachfolgend vertieft wird.

3.3 Massgebliche Bedeutung der Unabhängigkeitssensibilisierung innerhalb der Behörden

Regulatorische Bestrebungen zur Erarbeitung eines Unabhängigkeits-Gesamtkonzepts und zur Harmonisierung bestehender Unabhängigkeitsvorschriften sind im Grundsatz zu begrüßen. Neben Art und Umfang der Regulierung gibt es aber auch weitere Faktoren, die für eine effektiv unabhängige Aufsichtsinstanz und -tätigkeit entscheidend sind.²⁹¹⁶ Diesen Umstand bekräftigte auch der Bericht der PVK, in dem festgehalten wurde, dass die faktische Unabhängigkeit der Aufsicht und Regulierung nicht vollumfänglich der Regulierung entspreche.²⁹¹⁷ Trotz problematischer institutioneller Vorgaben – angespielt wurde dabei wohl auf die Organisation der ComCom – könne in der Praxis die nötige Sensibilität der beteiligten Akteure zu einem guten und unabhängigen Funktionieren auch «problematischer» Behörden beitragen und bis zu einem gewissen Grad selbst unzweckmässige oder unvollständige Normvorgaben ausgleichen.²⁹¹⁸ Als eigentliches «Fundament» für die nötige Unabhängigkeit bezeichnete der Bericht der PVK die persönliche Unabhängigkeit der involvierten Personen, ihre Identifikation mit der Rolle sowie ihre Sensibilisierung für Unabhängigkeitsfragen, weshalb «die Personen bzw. Persönlichkeiten an den wesentlichen Stellen» entscheidend seien.²⁹¹⁹ In der Folge betonte die GPK-S in ihrem Bericht von 2015 die Wichtigkeit, die Sensibilität der Aufsichts- und Regulierungsbehörden für Fragen der Unabhängigkeit zu stärken, und formulierte eine entsprechende Empfehlung an den Bundesrat.²⁹²⁰

²⁹¹⁶ Vgl. zur Unterscheidung zwischen einer Unabhängigkeit «*de iure*» und «*de facto*» LIENHARD/BOLZ/WÜEST-RUDIN, 2 und 40; VARONE/INGOLD, 37, 55; vgl. auch MAGGETTI, 271 ff., der zum Schluss kommt, dass die «formelle» Unabhängigkeit weder notwendige noch genügende Bedingung für eine *de facto* unabhängige Behörde sei. Er nennt den «Lebenszyklus» der Aufsichtsinstanzen ebenso wie ihre Teilnahme an europäischen Netzwerken nationaler Regulatoren als weitere für die effektive Unabhängigkeit entscheidende Faktoren.

²⁹¹⁷ PVK, Evaluation Unabhängigkeit, BBl 2016 1752.

²⁹¹⁸ Vgl. *ebd.*, BBl 2016 1745 f. sowie 1751 besonders im Hinblick auf die Organisation der ComCom.

²⁹¹⁹ *Ebd.*, BBl 2016 1752.

²⁹²⁰ GPK-S, Unabhängigkeit 2015, BBl 2016 1720 f., wo auch Empfehlung 4 aufgeführt wird.

- 963 Dass Sensibilisierungsmassnahmen v.a. in die Zuständigkeit der jeweiligen Behörden fallen, wie der Bundesrat im Rahmen seiner Stellungnahme ausführte,²⁹²¹ wurde auch von der GPK-S im Grundsatz anerkannt. Sie äusserte sich aber dahin gehend, dass der Bundesrat im Rahmen seiner Kompetenzen durchaus zur Sensibilisierung für die Unabhängigkeit beitragen könne, bspw. durch die Festlegung entsprechender strategischer Ziele oder durch Gespräche mit Vertreterinnen und Vertretern der Behörden.²⁹²² In ihrem Abschlussbericht 2022 kam die GPK-S aber nach erneutem Austausch mit dem Bundesrat zum Schluss, dass er keine sehr aktive Rolle bei der Sensibilisierung der Behörden übernehme.²⁹²³ Ihrer Ansicht nach müsste der Bundesrat sich regelmässig vergewissern, dass eine Sensibilisierung in den jeweiligen Einheiten tatsächlich stattfindet.²⁹²⁴ In diesem Sinne begrüsst die Kommission das Vorgehen des UVEK, das nach dem auf Kritik an seiner Unabhängigkeit erfolgten Rücktritt des ENSI-Ratspräsidenten im Jahr 2020 initiiert wurde, und sprach sich dafür aus, dass sich der Bundesrat dafür einsetzen solle, dass alle betroffenen Departemente diesem Beispiel folgten.²⁹²⁵

Dem Rücktritt des damaligen ENSI-Ratspräsidenten Martin Zimmermann waren Medienberichte vorausgegangen, wonach er es in seiner Funktion versäumt hatte, dem UVEK seine Mitgliedschaft in der Fachgesellschaft «Schweizerische Gesellschaft für Kernfachleute» und in der Interessengruppe «Nuklearforum Schweiz» – beides Gremien, die der friedlichen Nutzung der Kernenergie gegenüber grundsätzlich positiv eingestellt sind – offenzulegen. Zwar hatte er über seine Mitgliedschaften informiert, diese seien jedoch nicht in das nach Art. 8k RVOV vorgesehene Verzeichnis aufgenommen worden.²⁹²⁶

- 964 Gemäss Informationen des Bundesrates verlangt das UVEK von nun an, dass der Fragebogen zu den Interessenbindungen vor jeder Wahl bzw. Wiederwahl ausgefüllt und unterschrieben wird und dass alle Mitglieder ihre Interessenbindungen jährlich bestätigen. Kritische Angaben werden vertieft geprüft. Ausserdem hatte das UVEK alle Mitglieder des ENSI-Rates schriftlich darauf hingewiesen, sämtliche Interessenbindungen zwingend zu melden. Sodann wurde der Prozess

²⁹²¹ BR, Stellungnahme Unabhängigkeit 2015, BBl 2016 1771.

²⁹²² GPK-S, Unabhängigkeit 2017, BBl 2017 4522.

²⁹²³ GPK-S, Unabhängigkeit 2022, BBl 2022 2979, 22.

²⁹²⁴ *Ebd.*

²⁹²⁵ *Ebd.*, 29 f.

²⁹²⁶ Vgl. für einen Überblick *ebd.*, 24 ff. m.w.H.

zur korrekten Erfassung der Interessenbindungen standardisiert.²⁹²⁷ Auch besteht Klarheit hinsichtlich der möglichen Folgen bei verletzten Meldepflichten.²⁹²⁸

Das Beispiel des ENSI zeigte denn auch deutlich auf, dass selbst besonders weitreichende Unabhängigkeitsvorschriften alleine nicht genügen, um die Unabhängigkeit einer Behörde und ihres Personals im Einzelfall sicherzustellen, verfügt doch das ENSI aktuell zumindest formell über mehr (v.a. institutionelle) Unabhängigkeit als z.B. die FINMA.²⁹²⁹ Begründet wird dieser Umstand u.a. mit der fehlenden Genehmigungskompetenz des Bundesrates bei der Wahl des Direktors bzw. der Direktorin des ENSI sowie bei der Festlegung der strategischen Ziele dieser Behörde.²⁹³⁰ 965

Angesprochen wird somit die eigene, innere Haltung der Behördenmitglieder, d.h. der einzelnen Personen, ihre Integrität und Professionalität, die letztendlich über die effektive Unabhängigkeit in der Entscheidungsfindung und auch der Aufsichtsbehörde entscheidet,²⁹³¹ und zwar auch unabhängig von der Rechtsform der Behörde.²⁹³² Inwiefern rechtliche Vorgaben die effektive Unabhängigkeit tatsächlich beeinflussen können, ist eine komplexe Fragestellung.²⁹³³ Rechtsnormen reichen jedenfalls nicht aus, um die Unabhängigkeit sicherzustellen. Regulatorische Vorgaben bleiben toter Buchstabe, wenn das im Einzelfall involvierte Behördenpersonal ihnen nicht nachlebt.²⁹³⁴ 966

²⁹²⁷ *Ebd.*, 26 f.

²⁹²⁸ *Ebd.*, 27 f.

²⁹²⁹ Vgl. so *ebd.*, 13 und 28; vgl. auch LIENHARD/BOLZ/WÜEST-RUDIN, 41 f. (insb. Tabelle 2) mit einer Übersicht über alle Rankings in den Dimensionen der Unabhängigkeit sowie 64 ff. mit einer Detailanalyse der Regulierung der Unabhängigkeit des ENSI. Dabei wurde insb. festgehalten, dass das ENSI «in der Dimension institutionelle Unabhängigkeit (...) unter den untersuchten die am stärksten auf Unabhängigkeit normierte Behörde» sei, hingegen mit Blick auf die Unabhängigkeit der involvierten Personen (ENSI-Rat, Direktion, Personal) im Vergleich nicht so ausgeprägt reguliert sei wie andere Behörden (*ebd.*, 67).

²⁹³⁰ Dazu vorne N 698 sowie N 790. Vgl. dazu auch GPK-S, Unabhängigkeit 2022, BBl 2022 2979, 13.

²⁹³¹ PETERS, Conflict, 405; KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, 13.

²⁹³² Vgl. so auch S. VOGEL, Einheit, 74; vgl. auch RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 18 N 24.

²⁹³³ Vgl. dazu D. FISCHER, 199; PETERS, Conflict, 358 und 404.

²⁹³⁴ PETERS, Conflict, 405; D. FISCHER, 200, wo er auch darauf hinweist, dass Rechtsregeln im schlimmsten Fall sogar kontraproduktiv wirken können, wenn z.B. allzu formalistische Kriterien aufgestellt werden, deren «Abarbeitung» die effektive Auseinandersetzung mit der materiellen Pflichterfüllung verdrängt.

- 967 Hinzu kommt, dass sich die innere Haltung eines Behördenmitglieds kaum beobachten oder gar verifizieren lässt. Rechtlichen Regeln bleibt zur Adressierung der Unabhängigkeit somit nichts anderes übrig, als auf objektiv wahrnehmbare Umstände abzustellen, d.h. auf die von aussen wahrnehmbare Unabhängigkeit der Entscheidungsträger. Von ihr wird abstrakt und präventiv auf die innere Unabhängigkeit der Entscheidungsträger geschlossen.²⁹³⁵ Zwecks Verhinderung eines möglichen Reputationsschadens für eine bestehende Behörde wird somit auch in Kauf genommen, dass aufgrund eines äusseren Anscheins der Befangenheit von einem Ausstandsgrund ausgegangen wird, obwohl die betroffene Person in ihrer inneren Unabhängigkeit vielleicht tatsächlich gar nicht beeinträchtigt ist.²⁹³⁶
- 968 Entsprechend bedeutsam erscheint die Sensibilisierung des involvierten Personals für solche Fragestellungen. Nehmen Entscheidungsträger potenziell heikle Konstellationen frühzeitig wahr und besteht behördenintern das nötige Fingerspitzengefühl – so die Überlegung –, können Interessenkonflikte frühzeitig und entsprechend auch kostengünstig vermieden (bspw. mittels Ausstand) und der Ruf einer unabhängigen, fachkompetenten, sachlich entscheidenden und professionellen Aufsichtsbehörde aufrechterhalten werden.²⁹³⁷ Zu Recht weist etwa JUNOD dabei auf die wichtige Bedeutung von behördeninternen Ansprechpersonen und Abläufen hin, die helfen können, konkrete Fragen von Behördenmitarbeitenden zu lösen und zur Klärung spezifischer Situationen beizutragen.²⁹³⁸ Prägend wirken sich dabei auch die jeweilige Behördenpraxis sowie die tatsächlich gelebte «Unabhängigkeitskultur» einer Behörde aus.²⁹³⁹ In diesem Zusammenhang stellen die rechtlichen Vorgaben eine wichtige (äussere) Rahmenordnung auf, setzen entscheidende Parameter und tragen wesentlich zur Diskussion und Definition des jeweils anzuwendenden Unabhängigkeitsmassstabs innerhalb einer Aufsichtsbehörde bei.²⁹⁴⁰ Dies gilt sowohl für die dargestellten organisatorisch-institutionellen Vorschriften als auch für die in Kapitel IV zu untersuchenden verfahrensrechtlichen Vorgaben.²⁹⁴¹

²⁹³⁵ Dazu auch hinten N 1713 m.w.H.

²⁹³⁶ Vgl. zum Ganzen D. FISCHER, 74 ff. m.w.H.; vgl. auch KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, 70 f. zur Objektivierung subjektiver Einschätzungen.

²⁹³⁷ Vgl. auch D. FISCHER, 201 m.w.H.

²⁹³⁸ JUNOD schlägt in diesem Zusammenhang z.B. die Errichtung einer Ombudsman-Stelle vor (JUNOD, 170 f.).

²⁹³⁹ Vgl. bereits PVK, Evaluation Unabhängigkeit, BBl 2016 1747 f. m.w.H.; vgl. auch etwa JUNOD, 171.

²⁹⁴⁰ D. FISCHER, 201; vgl. auch PETERS, Conflict, 358.

²⁹⁴¹ Dazu hinten N 1669 ff.

Drittes Kapitel: Aufsichtsinstrumente

Dieses Kapitel geht der Fragestellung nach, welche Instrumente den Aufsichts- 969
behörden zur Verfügung stehen, um ihre Aufsichtsaufgaben wahrzunehmen. Wie
kontrollieren sie die Einhaltung des Rechts? Und mit welchen Mitteln setzen sie
die rechtlichen Vorgaben ggf. durch? In § 1 wird auf verschiedene Aufsichtsinstru-
mente näher eingegangen und versucht, diese einer Kategorisierung zuzuführen.

Aufsichtsinstrumente vermögen z.T. erheblich in die Rechtsstellung der Beauf- 970
sichtigten einzugreifen. Insbesondere die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) der
beaufsichtigten privaten Akteure wird regelmässig tangiert. Aus diesem Grund
wendet sich diese Untersuchung in § 2 verfassungsrechtlichen Vorgaben zu, die
auch den Rahmen der zulässigen Aufsichtstätigkeit der Behörden abstecken. Im
Vordergrund stehen dabei das Legalitäts- und das Verhältnismässigkeitsprinzip.

§ 1 Kategorien aufsichtsrechtlicher Instrumente

I. Überblick

Angeichts der Tatsache, dass der Aufsichtsbegriff im schweizerischen Recht häu- 971
fig undifferenziert für unterschiedliche Rechtsverhältnisse Verwendung findet, er-
staunt es nicht, dass auch «die Aufsichtsinstrumente» als solche nicht vordefiniert
sind. Es gibt keinen «Katalog» der möglichen Aufsichtsinstrumente, weder in
rechtsverbindlicher Form noch im Rahmen einer Art unverbindlicher Mustervor-
lage.²⁹⁴² In den Schranken von Verfassung und Völkerrecht steht es dem Gesetz-
geber vielmehr frei, unterschiedliche Aufsichtsinstrumente vorzusehen. Ihre Aus-
gestaltung divergiert je nach Sachbereich und den darin im Vordergrund stehenden
Schutzgütern erheblich und wird auch von der Organisation und den Kompeten-
zen der zuständigen Aufsichtsbehörden beeinflusst.²⁹⁴³ Auch internationale Vor-
gaben können sich auf die Ausgestaltung des Werkzeugkastens der Aufsichtsbe-

²⁹⁴² Auch der Mustererlass für Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheits-
aufsicht inkl. Bemerkungen dazu sieht bemerkenswerterweise keine Aufsichtsinstru-
mente vor.

²⁹⁴³ Vgl. so auch BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.91.

hörden auswirken.²⁹⁴⁴ Gleichwohl lassen sich Kategorien von aufsichtsrechtlichen Instrumenten bilden.

972 Oftmals sind die beaufsichtigten (Wirtschafts-)Zweige einem eigentlichen Aufsichtsregime unterstellt, das auch den Marktzutritt regelt; es gibt heute nur wenige Wirtschaftsbereiche, die nicht in irgendeiner Form eine Aufsicht über den Marktzutritt vorsehen.²⁹⁴⁵ Geläufig sind Bewilligungs- oder Konzessionserfordernisse, ebenso Meldepflichten.²⁹⁴⁶ In der Regel werden solche Marktzutrittsschranken zusätzlich mit spezifischen Instrumenten und Massnahmen der behördlichen Aufsichtsausübung kombiniert.²⁹⁴⁷ Eine Bewilligungserteilung für die Aufnahme einer bestimmten Tätigkeit kann nämlich nicht verhindern, dass der laufende Betrieb der Beaufsichtigten die rechtlich zu schützenden öffentlichen Interessen im Laufe der Zeit zu gefährden vermag. Typischerweise nimmt die staatliche Aufsicht über private Akteure der Wirtschaft somit einerseits deren *Zugang zu einem Markt* sowie andererseits die *Ausübung von deren Tätigkeit* (deren sog. *Marktverhalten*) in den Blick. Nicht zufällig korrespondiert diese Unterscheidung mit dem zweiten und dem dritten Teilgehalt der Wirtschaftsfreiheit i.S.v. Art. 27 Abs. 2 BV, nämlich der Wirtschaftsfreiheit als Zugangsfreiheit einerseits und der Wirtschaftsfreiheit als Ausübungsfreiheit andererseits.²⁹⁴⁸

973 Die Ausrichtung der staatlichen Aufsichtsausübung auf den Marktzugang und das Marktverhalten lässt sich in zeitlicher Hinsicht auch als Aufsichtsausübung in unterschiedlichen «Phasen» begreifen und dadurch weiter ausdifferenzieren: Die (gewissermassen «vorgreifende») Aufsicht über den *Marktzugang* erfordert eine Prüfung der dafür notwendigen Voraussetzungen sowie einen darauf abgestützten (Zulassungs-)Entscheid. Im Rahmen der («begleitenden») Aufsicht über das (*Markt-Verhalten*) der Beaufsichtigten sind die Aufsichtsbehörden gehalten, die Handlungen und Unterlassungen der beaufsichtigten und zum Markt zugelassenen Unternehmen und Personen laufend zu beobachten, zu prüfen sowie

²⁹⁴⁴ Zum transnationalen Aufsichtsrecht vgl. vorne N 300 ff.

²⁹⁴⁵ SCHOTT, 28.

²⁹⁴⁶ Für einen ersten kurzen Überblick vgl. etwa SCHOTT, 28 ff. Nachfolgend werden die einzelnen Instrumente näher beleuchtet (dazu hinten N 980 ff.). – Nicht näher eingegangen wird auf Aufsichtsrechtsverhältnisse, die aufgrund von staatlichen Finanzhilfen und Abgeltungen entstehen (vgl. Art. 25 Abs. 1 SuG).

²⁹⁴⁷ Zu den Instrumenten der laufenden Aufsicht vgl. hinten N 1059 ff.; zu aufsichtsrechtlichen Durchsetzungsmassnahmen vgl. hinten N 1162 ff.

²⁹⁴⁸ BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.48 f. – Zur regelmässig tangierten Wirtschaftsfreiheit vgl. hinten N 1338 ff.

nachträglich zu beanstanden und möglicherweise auch zu korrigieren.²⁹⁴⁹ Für die Zwecke dieser Untersuchung werden nachfolgend drei «Phasen» der Aufsichtstätigkeit auseinandergehalten: (i) die Aufsichtsausübung über den Marktzugang, (ii) die laufende Aufsichtsausübung über die Tätigkeiten bzw. das Marktverhalten der Beaufsichtigten sowie (iii) die Entscheidung über und Anordnung von Aufsichtsmassnahmen zwecks Durchsetzung des Rechts. Wie aufzuzeigen sein wird, sind unterschiedliche Kategorien von Aufsichtsinstrumenten mit den jeweiligen Phasen verknüpft. Die folgende tabellarische Übersicht versucht, dies zu veranschaulichen:²⁹⁵⁰

Aufsichtsphasen		Aufsichtsinstrumente (Überblick)
Aufsicht über das Marktverhalten	Aufsicht über den Marktzugang	• Bewilligungen • Konzessionen • Meldepflichten
	Laufende Aufsicht	• Periodische Prüfungen • (Markt-)Beobachtungen • Vorabklärungen • Behördliche Untersuchungen
	Entscheidung über/Anordnung von Durchsetzungsmassnahmen	• Präventive Aufsichtsmassnahmen • Repressive Aufsichtsmassnahmen • Verwaltungsstrafen

Abbildung 6: Übersicht Aufsichtsphasen / Aufsichtsinstrumente

Die Abstufung der Aufsichtstätigkeit in zeitlicher Hinsicht lässt sich inhaltlich u.U. 974 auch als Steigerung von aufsichtsrechtlichen Kompetenzen begreifen, die – nach einer erfolgten bzw. bestehenden Marktzulassung – von periodischen Prüfungen und begleitenden Marktbeobachtungen sowie Vorabklärungen – nach Durchführung weiterer Untersuchungen – zur Beanstandung im Einzelfall und zu konkreten Eingriffen in die grundrechtlich geschützten Sphären der Beaufsichtigten auf der Basis angeordneter Durchsetzungsmassnahmen und allenfalls sogar Verwaltungsstrafen reichen können. Oftmals sind aus organisationsrechtlicher Sicht behörden-

²⁹⁴⁹ VOISARD unterscheidet z.B. zwischen einer «*contrôle préalable*» und einer «*contrôle subséquant*» (N 39 ff.).

²⁹⁵⁰ Inspiriert wurde diese Darstellung massgeblich durch die Übersicht von BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.54, sowie die Untersuchung von Instrumenten «der laufenden Marktaufsicht» von DIEBOLD/RÜTSCHKE/KELLER, 47 ff. Vgl. ausserdem den Überblick von M. BLATTER (17 ff.) über die unterschiedlichen Verfahrensarten, die von der FINMA durchgeführt werden.

intern unterschiedliche Abteilungen bzw. Personen mit den verschiedenen Aufsichtsstufen betraut.²⁹⁵¹

- 975 Zwar ist es grundsätzlich denkbar, dass der Zweck der Aufsicht durch das bloße Beobachten erreicht wird, so etwa wenn das Bewusstsein der Beaufsichtigten, beaufsichtigt zu werden, bereits genügt, um die gebotenen Vorgaben einzuhalten. Regelmässig erweist es sich jedoch aus Sicht der Aufsichtsbehörden als erforderlich, darüber hinaus Massnahmen anzuordnen, um die Einhaltung des vorgegebenen Aufsichtszwecks zu erreichen bzw. zu erhalten oder wiederherzustellen. Wie aufzuzeigen sein wird, ist eine solche «Berichtigungsfunktion» denn auch in den meisten aufsichtsrelevanten Gesetzestexten vorgesehen. Möglich sind zudem gewisse Zwischenstufen, etwa die Mitteilung von Empfehlungen vonseiten der Aufsichtsbehörden oder auch das Anstreben einer einvernehmlichen Regelung, die einer Massnahmenanordnung vorangehen und eine solche u.U. sogar überflüssig machen können.²⁹⁵²

Die staatlichen Aufsichtskompetenzen wurden allerdings nicht immer so aufgefasst. Die ältere Theorie des *ius supremæ inspectionis*²⁹⁵³ beschränkte den wesentlichen Inhalt des «Oberaufsichtsrechts» auf ein «Recht der Kenntnisnahme» und verstand sämtliche Eingriffswirkungen als eine Art «Annex» des davon zu unterscheidenden – wenn auch wesentlich auf den gewonnenen Aufsichtserkenntnissen aufbauenden – *ius inspiciendi*. Später war die Frage in der deutschen Lehre umstritten.²⁹⁵⁴ TRIEPEL äusserte sich allerdings dezidiert zugunsten eines umfassenden Aufsichtsbegriffs und unterschied bereits im 19. Jahrhundert zwischen einer Beobachtungs- und einer Berichtigungsfunktion der Aufsicht.²⁹⁵⁵ Er führte dazu Folgendes aus: «[I]m Sinne des Sprachgebrauchs sowohl des Lebens, wie der Gesetze gehört zu einer vollen Beaufsichtigung nicht nur das Beobachten zum Zwecke der Einwirkung, sondern auch die Einwirkung auf Grund der Beobachtung. Aufsicht «führen» oder «üben» im Sinne des Rechtes ist regelmäßig Ob-

²⁹⁵¹ Vgl. etwa zur Aufteilung zwischen Kommission und (Fach-)Sekretariat in den Aufsichtsbehörden in der Rechtsform von Behördenkommissionen vorne N 836 ff.; vgl. ausserdem hinten N 1476 ff. zu Zuständigkeitsfragen im nichtstreitigen Aufsichtsverfahren.

²⁹⁵² Vgl. dazu etwa BOVET, *Autorités*, 76 ff. (mit Verweis auf entsprechende Bestimmungen im KG und PüG), der solche Möglichkeiten aus Effizienzgründen besonders begrüsst. Zum informellen Verwaltungshandeln der Aufsichtsbehörden vgl. ausserdem hinten N 1155 ff.

²⁹⁵³ Dazu vorne N 183 ff.

²⁹⁵⁴ So TRIEPEL, 118 f.; vgl. auch vorne N 192 ff.

²⁹⁵⁵ TRIEPEL, 120 f.; dazu vorne N 104 ff.

achtgeben und Zurechtrücken, wenn es nottut.»²⁹⁵⁶ Entsprechend definierte TRIEPEL «das Rechtsinstitut der Staatsaufsicht» als «die Gesamtheit staatlicher Handlungen, die zum Zwecke haben, das Verhalten der dem Staate Unterstellten in Übereinstimmung mit einem feststehenden Richtmaß zu setzen oder zu erhalten».²⁹⁵⁷

Wird an die *Wirkungsweise* der aufsichtsrechtlichen Durchsetzungsmassnahmen angeknüpft, lassen sich grob *präventive* Aufsichtsinstrumente von *repressiven* unterscheiden. Während erstere auf die Zukunft gerichtet sind mit dem Ziel, Risiken einzudämmen und auf Änderungen/Verbesserungen der Verhaltensweisen der Beaufsichtigten hinzuwirken, reagieren repressive Aufsichtsmittel auf bereits erfolgte Rechtsverletzungen. Auch (verwaltungs-)strafrechtliche Züge sind der «berichtigenden» Aufsichtsausübung grundsätzlich nicht fremd. Die unterschiedlichen Kategorien von Aufsichtsmassnahmen lassen sich aber nicht immer trennscharf voneinander abgrenzen. Nicht selten verlaufen ihre Grenzen fließend. 976

Generell ist es nicht so, dass sich in allen Aufsichtssachbereichen sämtliche dieser Phasen unterscheiden liessen und alle Kategorien von Instrumenten zur Anwendung gelangen würden: Marktzutrittschürden wie die Erteilung von Bewilligungen und/oder Konzessionen werden zwar häufig, aber nicht immer vorgesehen.²⁹⁵⁸ Auch die sog. Vorabklärungen sind nicht für alle Aufsichtsbereiche vorgesehen. In gewissen Fällen werden sie – auch ohne explizite gesetzliche Regelung – durchgeführt, in anderen nicht.²⁹⁵⁹ 977

Erschwert wird die Erstellung eines Überblicks zusätzlich durch den Umstand, dass nicht in allen Aufsichtsbereichen dieselben Begriffe für die unterschiedlichen Etappen einheitlich verwendet werden, weder in den anwendbaren Normen noch von der Lehre.²⁹⁶⁰ Für den Finanzmarktbereich wurde sogar ein eigener Begriff etabliert, nämlich das sog. Finanzmarktenforcement, das sich nicht vollumfänglich von den herkömmlichen verwaltungsrechtlichen Kategorien fassen lässt.²⁹⁶¹ 978

²⁹⁵⁶ TRIEPEL, 120.

²⁹⁵⁷ *Ebd.*, 121.

²⁹⁵⁸ Nicht vorgesehen werden sie etwa im allgemeinen Stiftungsrecht oder in Bereichen, die auf das Konzept der Selbstkontrolle abstellen (dazu hinten N 989 ff.).

²⁹⁵⁹ Zur Vorabklärung vgl. hinten N 1087 ff.

²⁹⁶⁰ BIAGGINI verwendet den Begriff der Beobachtung bspw. als Synonym zur «laufenden Aufsicht», ohne ihn klar von der (Markt-)Überwachung abzugrenzen (BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.54, 19.64 und 19.109), während DIEBOLD/RÜTSCHÉ/KELLER eine Systematik erarbeiten, die die Marktbeobachtung von weiteren aufsichtsrechtlichen Überwachungsinstrumenten unterscheidet (DIEBOLD/RÜTSCHÉ/KELLER, 51 f.).

²⁹⁶¹ ZULAUF, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 15 ff.; vgl. auch M. BLATTER, 12 ff.

979 Nachfolgend werden, solchen Vorbehalten zum Trotz, unterschiedliche Kategorien von Aufsichtsinstrumenten einer näheren Untersuchung zugeführt. Dabei orientiert sich die Gliederung der nachfolgenden Abschnitte an den soeben kurz dargestellten drei Phasen von Aufsichtstätigkeit. Dabei wird nicht das Ziel verfolgt, die Kompetenzen der Aufsichtsbehörden umfassend und abschliessend darzustellen. Beabsichtigt ist auch weniger die begriffliche Definition einzelner Aufsichtsausübungsformen als vielmehr eine inhaltliche Auseinandersetzung mit den unterschiedlichen Werkzeugen der Aufsichtsbehörden, um sie besser systematisieren zu können. Letztere soll dazu beitragen, dass einheitliche Rechtsfolgen an die Aufsichtsinstrumente angeknüpft werden können. Auf verfahrensrechtliche Aspekte wird in Kapitel IV näher eingegangen.

II. Aufsicht über den Marktzugang

A. Vorbemerkungen

1. Bewilligungs- und Konzessionserfordernisse als präventive Marktzutrittsbeschränkungen

980 Eine bewilligungs- oder konzessionspflichtige Tätigkeit ist grundsätzlich als solche verboten, vorbehaltlich einer Erlaubnis durch die zuständige Behörde, die in Form einer Bewilligung oder Konzession erteilt wird und sie ausdrücklich erlaubt, allerdings jeweils innerhalb eines «kontrollierten», «bewilligten» Rahmens.²⁹⁶² Die rechtmässige Ausübung einer bewilligungs- bzw. konzessionspflichtigen Tätigkeit ist somit von einer staatlichen Zustimmung abhängig;²⁹⁶³ das Vorliegen einer Bewilligung oder Konzession wird zur formellen Voraussetzung für den Marktzutritt. Sowohl die Bewilligung als auch die Konzession werden deshalb zu den rechtsgestaltenden Verwaltungsakten gezählt, die den gesuchstellenden Personen eine bestimmte Rechtsposition verschaffen.²⁹⁶⁴ Verweigert die Aufsichts-

²⁹⁶² Aus diesem Grund wird bei Bewilligungen etwa auch von einem «Verbot mit Erlaubnis-», «Befreiungs-» oder «Genehmigungsvorbehalt» gesprochen (vgl. dazu TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1180 und N 1204; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 N 17; vgl. auch POLEDNA, § 1 N 46).

²⁹⁶³ Vgl. POLEDNA § 1 N 44 m.w.H.

²⁹⁶⁴ *Ebd.*, § 1 N 68. In der neueren Lehre wird den (Polizei-)Bewilligungen aus diesem Grund konstitutive Wirkung zugesprochen (vgl. etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2654 m.w.H.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1206; TANQUEREL, Manuel, N 858). – Demgegenüber wurde v.a. in der älteren Rechtsprechung vertreten, die Bewilligung sei rein deklaratorischer Natur und begründe keine neuen Rechte, stelle sie doch nur

behörde die Erteilung einer Bewilligung oder Konzession, bleibt die betreffende Tätigkeit verboten. Wird sie trotzdem ausgeführt, schreiten die Behörden ein. Sie verfügen entweder die Einstellung der Tätigkeit oder sie leiten z.B. ein nachträgliches Bewilligungsverfahren ein.²⁹⁶⁵ Unter Umständen wird zudem die Einleitung eines Strafverfahrens riskiert, wenn ohne Bewilligung bzw. Konzession eine bewilligungs- bzw. konzessionspflichtige Tätigkeit aufgenommen wird bzw. die damit einhergehenden Pflichten, Auflagen oder Bedingungen missachtet werden.²⁹⁶⁶

Bewilligungs- und Konzessionspflichten sind jeweils als mildere Aufsichtsinstrumente zu betrachten als etwa Verbote, deren Absolutheit sich kaum je mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit und insb. dem Gebot der Erforderlichkeit vereinbaren lässt.²⁹⁶⁷ Mit Blick auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz wurden entsprechend z.B. die in Art. 86 ff. BGS vorgesehenen Zugangssperren zu in der Schweiz nicht bewilligten Online-Geldspielangeboten diskutiert. Allerdings stand dabei v.a. der Aspekt der Eignung solcher Massnahmen im Vordergrund, weil vorgebracht wurde, dass solche Zugangssperren auch ohne vertieftes technisches Wissen umgangen werden könnten.²⁹⁶⁸

Während sich dabei Bewilligungen auf Tätigkeiten beziehen, die grundsätzlich 981 von Privaten ausgeübt werden dürfen, geht es bei Konzessionen jeweils um Tätigkeiten, die zunächst dem Staat vorbehalten sind;²⁹⁶⁹ entsprechend gelten die Eintrittshürden bei Konzessionssystemen als höher.²⁹⁷⁰ Es geben jedoch beide den zuständigen Behörden²⁹⁷¹ ein Instrument in die Hand, um gewisse Tätigkeiten

fest, dass der beabsichtigten Tätigkeit keine Hindernisse entgegenstehen würden (vgl. so etwa BGE 110 Ib 364, E. 2a; 109 Ia 128, E. 5b; aus der Lehre vgl. KNAPP, Bd. I, N 1373; vgl. aber auch RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 N 20).

²⁹⁶⁵ Vgl. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1207.

²⁹⁶⁶ Vgl. dazu Art. 44 FINMAG; Art. 86 Abs. 1 lit. a HMG; Art. 90 KEG; Art. 130 Abs. 1 lit. a BGS; Art. 52 Abs. 1 lit. b FMG.

²⁹⁶⁷ Vgl. dazu etwa BGE 128 I 3, E. 3e/cc.

²⁹⁶⁸ THOUVENIN/STILLER, 13 ff., insb. 14 f. und 17; THOUVENIN/STILLER/HETTICH/BOECK/REUTIMANN, 714 f. A.A. UHLMANN/BUKOVAC, 41 f., sowie UHLMANN/STALDER, 366 ff. m.w.H. und insb. 369 mit dem Hinweis, dass Massnahmen im Laufe der Zeit auch unterschiedlich beurteilt werden könnten. So sei es gut möglich, dass Zugangssperren heute als zulässig eingeschätzt würden, ihre Eignung jedoch in ein paar Jahren in Frage gestellt werde, nachdem ihre Wirkungen genauer hätten evaluiert werden können.

²⁹⁶⁹ So etwa TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1178; zur Abgrenzung Konzession–Bewilligung vgl. etwa WALDMANN, Konzession, 12 ff.

²⁹⁷⁰ BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.51; vgl. auch HETTICH/BÜHLER, 113.

²⁹⁷¹ Bewilligungs-, Konzessions- bzw. Aufsichtsbehörden sind nicht immer deckungsgleich (vgl. etwa hinten N 1022 ff.).

staatlicherseits präventiv zu überprüfen und über ihre Zulassung bzw. Untersagung zu entscheiden und damit auch zu steuern, welche Akteure bestimmte Aufgaben zu welchem Zeitpunkt auf dem Markt wahrnehmen dürfen. Damit sichert sich das Gemeinwesen gewisse Einwirkungsmöglichkeiten auf die Entwicklungen in bestimmten Marktbereichen, und zwar zu einem früheren Zeitpunkt als im Rahmen der laufenden Aufsicht, die «erst» an die Ausübung einer bereits zugelassenen, privaten Tätigkeit (*ex post*) anknüpft.²⁹⁷²

- 982 Beide Formen der präventiven Marktzutrittschürden, Bewilligungen und Konzessionen, werden typischerweise mit nachträglichen Marktüberwachungsmechanismen verknüpft. Entscheidet sich die Gesetzgebung mit anderen Worten für die Einführung einer Bewilligungs- oder Konzessionspflicht, entscheidet sie sich regelmässig auch für die Einführung eines Aufsichtsregimes.²⁹⁷³
- 983 Dabei unterstehen i.d.R. nicht nur die Inhaber einer Bewilligung oder Konzession der Aufsicht, sondern auch diejenigen Unternehmen, die eine bewilligungs- bzw. konzessionspflichtige Tätigkeit ausüben, ohne über die dafür notwendigen Marktzutrittslaubnisse zu verfügen. Dadurch soll sichergestellt werden, dass eine Umgehung der Bewilligungs- bzw. Konzessionserfordernisse nicht vor Beaufsichtigung schützt.²⁹⁷⁴
- 984 Nachfolgend werden sowohl die Bewilligungen als auch die Konzessionen im aufsichtsrechtlichen Kontext näher beleuchtet.²⁹⁷⁵ Davor ist auf Meldepflichten einzugehen, die in gewissen Sachgesetzen gewissermassen als «Alternative» zu Bewilligungs- und Konzessionserfordernissen vorgesehen sind.²⁹⁷⁶ Ausserdem werden Mechanismen der Selbstkontrolle angesprochen.²⁹⁷⁷

²⁹⁷² Vgl. etwa zu den unterschiedlichen Aufsichtsphasen vorne N 973.

²⁹⁷³ Vgl. so etwa BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.51, N 19.76, N 19.87; dazu auch hinten N 1016 ff.

²⁹⁷⁴ BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.21.

²⁹⁷⁵ Zu den Bewilligungen vgl. hinten N 995 ff.; zu den Konzessionen vgl. hinten N 1030 ff.

²⁹⁷⁶ UHLMANN/KASPAR sprechen von der Meldepflicht als «kleiner Schwester» der Bewilligungspflicht» (UHLMANN/KASPAR, 137); dazu sogleich N 985 ff.

²⁹⁷⁷ Dazu hinten N 989 ff.

2. Meldepflichten als alternative Regelung des Marktzugangs

Meldepflichten können eine Art Mittelstellung zwischen bewilligungspflichtigen und bewilligungsfreien Tätigkeiten einnehmen.²⁹⁷⁸ Im Gegensatz zur Bewilligung als «Verbot mit Erlaubnisvorbehalt» ist bei Meldepflichten die Rede von einer «Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt» oder von einem «Verbot mit Anzeige- oder Meldevorbehalt».²⁹⁷⁹ Zwar dürfen auch meldepflichtige Tätigkeiten nicht ohne Weiteres bzw. «nicht ohne ein gewisses Mass an staatlicher Kontrolle» ausgeübt werden,²⁹⁸⁰ sie sind jedoch nicht *per se* verboten, sondern stehen den Privaten grundsätzlich offen.

Die Aufsichtsbehörden werden durch die Meldung darüber informiert, dass Aufsichtsbedarf besteht. Die Meldung erlaubt ihnen, die Einhaltung der gesetzlichen Ordnung besser sicherzustellen und auch gezielt gegen bestimmte Tätigkeit zu intervenieren; eine präventive, vorgängige Kontrolle steht ihnen hingegen, anders als im Rahmen von Bewilligungs- oder Konzessionsmechanismen, nicht zu. Das bedeutet, dass private, meldepflichtige Tätigkeiten grundsätzlich ausgeübt werden können, noch bevor sich die Behörde aufgrund der Meldung zu ihrer Rechtmässigkeit äussern konnte.²⁹⁸¹ Ausnahmen von diesem Grundsatz sind denkbar, wenn z.B. gesetzliche Wartefristen bzw. behördliche Behandlungsfristen vorgesehen sind. In solchen Fällen nähern sich die Melde- und Bewilligungspflichten an.²⁹⁸²

Art. 32 Abs. 1 KG setzt z.B. der Wettbewerbsbehörde eine Frist von einem Monat seit Eingang der Meldung eines geplanten Unternehmenszusammenschlusses (Art. 9 KG), um den beteiligten Unternehmen mitzuteilen, ob sie eine Prüfung einleiten wird. Bleibt die Behörde untätig, gilt der Zusammenschluss gewissermassen als bewilligt und darf ohne Vorbehalt vollzogen werden.²⁹⁸³

²⁹⁷⁸ UHLMANN/KASPAR, 136 f., wo sie auch unterschiedliche Funktionen von Meldepflichten unterscheiden. Auf Mitwirkungspflichten der Beaufsichtigten zwecks Sachverhaltsermittlung im Besonderen wird hinten in N 1127 ff. näher eingegangen. Sie sind im Aufsichtsrecht weitverbreitet.

²⁹⁷⁹ POLEDNA, § 1 N 46; vgl. auch UHLMANN/KASPAR, 137 und 139 m.w.H.; BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.137; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1183.

²⁹⁸⁰ Vgl. UHLMANN/KASPAR, 137.

²⁹⁸¹ *Ebd.*, 139.

²⁹⁸² *Ebd.*, 139 f.

²⁹⁸³ Illustrativ war die Bezeichnung dieses Mechanismus als «Meldepflicht mit Widerspruchsvorbehalt» im Gesetzgebungsverfahren. Vgl. dazu etwa WEKO, Verfügung vom 15.7.2004 (publiziert in: RPW 2004/3, 911 m.w.H.).

Als weiteres Beispiel kann auf Art. 9 Abs. 2 ChemG i.V.m. Art. 40 ChemV verwiesen werden. Nach diesen Bestimmungen darf ein angemeldeter Stoff erst dann in Verkehr gebracht werden, wenn die Anmeldestelle die Anmeldung akzeptiert hat²⁹⁸⁴ oder wenn sie sich innerhalb einer Frist von 60 Tagen seit dem bestätigten Datum des Eingangs der Anmeldung (und allenfalls nachgeforderter Ergänzungen und Berichtigungen) nicht mehr dazu geäußert hat (also auch keine weiteren Unterlagen oder Auskünfte zur Anmeldung verlangt hat)²⁹⁸⁵.

- 987 Meldungen lösen kein Verwaltungsverfahren aus.²⁹⁸⁶ In der Regel sind die Aufsichtsbehörden somit nicht verpflichtet, auf eine eingegangene Meldung zu reagieren; ob, wann und wie sie reagieren wollen, liegt regelmässig in ihrem Ermessen.²⁹⁸⁷ Nur mit Zurückhaltung wird deshalb ihre Passivität als Zustimmung oder als Grundlage des Vertrauensschutzes nach Art. 9 BV anerkannt, weshalb die Privaten ein gewisses Risiko einer nachträglichen behördlichen Korrektur selber zu tragen haben.²⁹⁸⁸
- 988 Der Entscheid darüber, welches Mittel zur Kontrolle des Marktzugangs zur Anwendung gelangt – Konzession, Bewilligung oder Meldepflicht –, obliegt in erster Linie dem Gesetzgeber. Zu beachten hat er dabei insb. auch die Anforderungen des Verhältnismässigkeitsprinzips.²⁹⁸⁹ Meldepflichten stellen regelmässig das mildere Verwaltungsinstrument dar,²⁹⁹⁰ das allerdings auch nicht dieselbe Rechtssicherheit für die Privaten schafft wie etwa eine Bewilligung in Verfügungsform.²⁹⁹¹ Entsprechend werden sie tendenziell eher für risikoarme Konstellationen gewählt, während in risikobehafteten Bereichen, die den Schutz polizeilicher Güter wie Gesundheit und Sicherheit in den Vordergrund stellen, vorsorgliche Kontrollmechanismen wie Bewilligungs- und Konzessionspflichten bevorzugt eingesetzt werden.

²⁹⁸⁴ Art. 40 lit. a ChemV spricht davon, dass die Anmeldestelle die Annahme der Anmeldung «verfügt hat», womit eine Ausnahme vom Grundsatz geschaffen wurde, wonach die Behörden grundsätzlich nicht verpflichtet sind, auf eine Meldung zu reagieren (vgl. dazu UHLMANN/KASPAR, 138).

²⁹⁸⁵ Eine entsprechende Bestimmung ist auch für sog. mitteilungspflichtige Stoffe (nach Art. 34 i.V.m. Art. 26 Abs. 1 lit. d ChemV) in Art. 41 ChemV vorgesehen. Die Frist (gemäss lit. b) ist da allerdings auf 30 Tage verkürzt.

²⁹⁸⁶ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1184.

²⁹⁸⁷ UHLMANN/KASPAR, 140 f.; vgl. auch BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.139.

²⁹⁸⁸ UHLMANN/KASPAR, 140 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 899; GRIFFEL, Verwaltungsrecht, N 318.

²⁹⁸⁹ UHLMANN/KASPAR, 137 f.; vgl. dazu auch hinten N 1430 ff.

²⁹⁹⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 899.

²⁹⁹¹ UHLMANN/KASPAR, 140 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 900.

Zur Veranschaulichung lässt sich etwa auf Art. 9 Abs. 1 HMG hinweisen, wonach verwendungsfertige Arzneimittel grundsätzlich nur in Verkehr gebracht werden dürfen, wenn sie durch Swissmedic zugelassen sind.²⁹⁹² In gewissen Konstellationen kann jedoch eine Meldung an das Institut nach Art. 15 Abs. 1 HMG genügen, so bspw. für gewisse Komplementärarzneimittel ohne Indikationsangabe (lit. a) sowie für «weitere Arzneimittel oder Arzneimittelgruppen, bei denen sich aufgrund des geringen Risikopotenzials eine Zulassung im vereinfachten Verfahren als unverhältnismässig erweist». Gemäss Art. 32 Abs. 1 VAZV ist dies der Fall, wenn die Voraussetzungen für ein vereinfachtes Verfahren (nach Art. 14 Abs. 1 HMG) erfüllt sind (lit. a) und aufgrund der Swissmedic vorliegenden Erkenntnisse «die Vorlage und Prüfung von Unterlagen zur Qualität, Sicherheit und Wirksamkeit des Arzneimittels nicht erforderlich erscheint» (lit. b).

Ebenfalls eine Differenzierung nach Risikokategorien liegt der Regelung in Art. 11 LMG zugrunde. Nach dieser Vorschrift bedürfen Schlachtbetriebe sowie Betriebe, die mit Lebensmitteln tierischer Herkunft umgehen, einer Betriebsbewilligung des Kantons (Abs. 1), während andere Betriebe, die in der Produktion, der Verarbeitung oder im Vertrieb von Lebensmitteln tätig sind, ihre Tätigkeit lediglich der kantonalen Vollzugsbehörde melden müssen (Abs. 2).

3. Demgegenüber: Mechanismen der Selbstkontrolle

Wie bereits angesprochen, knüpfen zahlreiche auch aufsichtsrechtlich relevante Rechtsbereiche an die Eigenverantwortung der Unternehmen bzw. ihre sog. Selbstkontrolle an und sehen keine Marktzutrittschürden in Form von Bewilligungs- oder Konzessionserfordernissen vor (bzw. nur beschränkte, z.B. Bewilligungserfordernisse für nur bestimmte, als besonders gefährlich eingestufte Produkte oder Tätigkeiten).²⁹⁹³ In solchen Fällen sind die privaten Wirtschaftsakteure für die Sicherheitsbeurteilung ihrer Produkte und Tätigkeiten sowie ihren Markteintritt im Grundsatz selbst verantwortlich.

Wird ein Aufsichtsmechanismus vorgesehen, beschränkt er sich auf eine laufende, begleitende oder nachträgliche behördliche Marktüberwachung. Nicht selten stellt die Aufsichtsausübung dabei auf die Prüfung von Konformitätsnachweisen ab, wonach das fragliche Produkt oder die konkrete Tätigkeit die einschlägigen technischen Vorschriften oder Normen erfüllt. Werden nämlich Produkte nach

²⁹⁹² Zur grundsätzlichen Zulassungspflicht vgl. auch hinten N 1000 ff.

²⁹⁹³ BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.51.

technischen Normen i.S.v. Art. 6 PrSG hergestellt, wird vermutet, dass sie die grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen erfüllen.²⁹⁹⁴

- 991 Oftmals schreiben die anwendbaren Normen vor, dass der Konformitätsnachweis durch einen Prüfbericht bzw. eine Bescheinigung durch eine anerkannte, ggf. spezifisch akkreditierte Prüf- bzw. Konformitätsbewertungsstelle zu erbringen ist.²⁹⁹⁵ Zudem ist denkbar, dass staatlich festgelegte oder anerkannte Konformitätszeichen verwendet werden.²⁹⁹⁶ Es sind mit anderen Worten die Herstellerinnen bzw. Inverkehrbringer der Produkte, die die Sicherheitsbeurteilung vorzunehmen haben; die Aufsichtsbehörden können sich auf die Prüfung der Konformitätsbestätigungen beschränken, dass ein Produkt die grundlegenden Anforderungen erfüllt.²⁹⁹⁷
- 992 Mit der Übernahme dieses Regelungsansatzes²⁹⁹⁸ verfolgte die Gesetzgebung das Ziel, technische Handelshemmnisse zwischen der Schweiz und der EU abzubauen; der Export von gewissen Schweizer Produkten wurde dadurch erleichtert und auch bestimmte, aus der EU importierte Güter unterliegen im Grundsatz keinen weiteren Anforderungen, um ohne weitere Prüfung auch in der Schweiz zugelassen zu sein.²⁹⁹⁹ Das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union vom 21. Juni 1999 über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen³⁰⁰⁰ unterstützte diese Tendenz sowie den autonomen Nachvollzug des EU-Rechts zusätzlich, indem die Schweiz und die EU von nun an die von ihren anerkannten Konformitätsstellen ausgestellten «Berichte, Bescheinigungen, Zulassungen und Konformitätskennzeichen sowie die Konformitätserklärungen des Herstellers» für bestimmte Produktkategorien

²⁹⁹⁴ Art. 5 Abs. 2 PrSG; vgl. zu diesem Mechanismus vorne N 479 ff. und insb. N 484 m.w.H.

²⁹⁹⁵ Vgl. etwa Art. 7 PrSG i.V.m. Art. 9 f. PrSV, Art. 17 f. THG, sowie aus den Aufsetzungsgesetzen z.B. Art. 46 HMG oder Art. 23j f. EBG. Vgl. dazu etwa auch BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.62.

²⁹⁹⁶ Vgl. z.B. Art. 9 THG und Art. 7 Abs. 1 lit. b PrSG.

²⁹⁹⁷ HÄNER, Verfahrensrechtliche Aspekte, 78.

²⁹⁹⁸ Vgl. zu diesem sog. *Global and New Approach* aus Regulierungssicht im Bereich der Produktesicherheit hinten N 479 ff.

²⁹⁹⁹ Vgl. zum Ganzen etwa Botschaft Teilrevision THG, BBl 2008 7294, sowie Botschaft PrSG, BBl 2008 7408 sowie 7448. – Ausnahmen bestehen jedoch z.B. für Produkte, von denen ein besonderes Risiko ausgeht, wie etwa Arzneimittel. Für sie sind staatliche Zulassungsverfahren vorgeschrieben, während für das Inverkehrbringen von Medizinprodukten grundsätzlich keine vorgängige behördliche Bewilligung oder Zulassung erforderlich ist (Botschaft HMG, BBl 1999 III 3474 f.).

³⁰⁰⁰ Das Abkommen ist in der Schweiz in Kraft getreten am 1.6.2002 (SR 0.946.526.81).

gegenseitig anerkennen.³⁰⁰¹ Aufgrund der gescheiterten Verhandlungen zum Institutionellen Abkommen zwischen der EU und der Schweiz im Jahre 2021 ist die Rechtslage allerdings ungewiss, kam doch die mit Blick auf das revidierte EU-Recht angestrebte Aktualisierung des MRA nicht zustande.³⁰⁰²

In der Regel wirkt sich der sog. *New Approach* auf die Beweislastverteilung aus: 993
Für Tätigkeiten, die mit einem gewissen Risiko behaftet sind, eine Gefahr jedoch nicht absehbar ist, gilt demgegenüber der Grundsatz, dass diejenigen zu beweisen haben, dass ihre Anlagen, Produkte oder Handlungen keine Risiken mit sich bringen oder diese zumindest so weit als möglich reduziert werden, die aus diesen Tätigkeiten auch den wirtschaftlichen Nutzen ziehen.³⁰⁰³ Sind die Beaufsichtigten hingegen befugt, mittels Konformitätsbestätigungen darzulegen, dass sie die erforderlichen technischen Normen erfüllt haben, kommt es zu einer Umkehr der Beweislast: Es wird nämlich vermutet, dass die einschlägigen grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen erfüllt sind³⁰⁰⁴ und sich das Restrisiko in einem zulässigen und tragbaren Rahmen bewegt.³⁰⁰⁵ Wird die Sicherheit im Aufsichtsverfahren bezweifelt, muss der Staat nachweisen, dass sie nicht gewährleistet ist und es einer sichernden Massnahme bedarf, die auch verhältnismässig ist.³⁰⁰⁶ Relativiert wird die Beweislast des Staates jedoch regelmässig aufgrund der z.T. weitgehend angeordneten Mitwirkungspflichten der Unternehmen.³⁰⁰⁷

Auch bleiben in Rechtsbereichen, die auf Selbstkontrolle beruhen, staatliche Auf- 994
sichtskompetenzen im Grundsatz bestehen. Insbesondere sind die Behörden befugt, Stichprobenkontrollen auf dem Markt auszuführen.³⁰⁰⁸ Ergibt ausserdem die Kontrolle eines Vollzugsorgans, dass ein Produkt die grundlegenden Anforderungen nicht erfüllt und auch dem Stand des Wissens und der Technik nicht

³⁰⁰¹ Vgl. Art. 1 i.V.m. Art. 3 sowie Anhang 1 MRA.

³⁰⁰² Dazu vorne N 309 m.w.H.

³⁰⁰³ Vgl. SEILER, Risiken, 252, der diese Art der Beweislastumkehr als die verfahrensrechtliche Seite des Vorsorgeprinzips bezeichnet; vgl. dazu auch HÄNER, Verfahrensrechtliche Aspekte, 80.

³⁰⁰⁴ Art. 5 Abs. 2 PrSG.

³⁰⁰⁵ Vgl. Urteil BGer, 2C_905/2010, 22.3.2011, E. 3.2.1 (zum SebG); vgl. auch BGE 143 II 518, E. 5.7 (zum PrSG).

³⁰⁰⁶ Vgl. zu diesem Regelungsmechanismus etwa BGE 143 II 518, E. 5.1–5.3 und 5.5–5.7; vgl. auch Urteil BVGer, C-4440/2008, 11.8.2011, E. 5, insb. E. 5.4. – Zum Ganzen vgl. HÄNER, Verfahrensrechtliche Aspekte, 79 ff. mit Beispielen aus verschiedenen Risikobereichen.

³⁰⁰⁷ Dazu hinten N 1127 ff.

³⁰⁰⁸ Vgl. Botschaft PrSG, BBl 2008 7448.

entspricht, so verfügt das Vollzugsorgan nach Art. 10 Abs. 2 PrSG die geeigneten Massnahmen. Diese können einschneidend sein. Zum Schutz der Sicherheit oder Gesundheit können die Vollzugsorgane bspw. das Inverkehrbringen eines Produktes verbieten, eine Warnung vor den Gefahren eines Produktes, dessen Rücknahme oder Rückruf anordnen oder sogar ein Produkt, von welchem eine unmittelbare und ernste Gefahr ausgeht, einziehen, vernichten oder unbrauchbar machen.³⁰⁰⁹

B. Bewilligungen

1. Bewilligungsbegriff

1.1 Allgemeines

- 995 Bewilligungen sind mitwirkungsbedürftige Verfügungen, mit denen eine bestimmte Tätigkeit, ein bestimmtes Vorhaben oder ein bestimmtes Produkt von der zuständigen Behörde auf Gesuch hin auf ihre Übereinstimmung mit dem anwendbaren Recht überprüft und in der Folge untersagt oder zugelassen wird, Letzteres allerdings nur unter der Bedingung, dass die gesetzlichen Voraussetzungen eingehalten werden.³⁰¹⁰ Verschiedene Bewilligungsarten werden unterschieden. Im Bereich des Aufsichtsrechts sind v.a. die sog. Polizeibewilligungen weitverbreitet. Sie bezwecken eine vorgängige, präventive behördliche Kontrolle im Dienst der Gefahrenabwehr,³⁰¹¹ noch bevor konkrete Dispositionen zur Verwirklichung der beabsichtigten Tätigkeiten getätigt werden oder Gefährdungen polizeilicher Schutzgüter eingetreten sind.³⁰¹² Dabei geht es i.d.R. um den Schutz der traditionellen Polizeigüter (wie Leib und Leben, öffentliche Gesundheit, Treu und Glauben im Geschäftsverkehr etc.).³⁰¹³
- 996 Abzugrenzen von den Polizeibewilligungen sind insb. die sog. «wirtschaftspolitischen Bewilligungen», die zwecks Lenkung der Wirtschaft eingesetzt werden,³⁰¹⁴ ebenso wie «Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch», die eine Koordi-

³⁰⁰⁹ Art. 10 Abs. 3 lit. a, b und d PrSG. – Generell zu aufsichtsrechtlichen Durchsetzungsmassnahmen vgl. hinten N 1162 ff.

³⁰¹⁰ Vgl. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1178 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2650.

³⁰¹¹ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 N 17.

³⁰¹² Vgl. so etwa TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1204.

³⁰¹³ Zu den Polizeibewilligungen generell vgl. etwa TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1203 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2650 ff.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 N 20 ff.; DUBEY/ZUFFEREY, N 1282 ff.; TANQUEREL, Manuel, 857 f.

³⁰¹⁴ Zu den wirtschaftspolitischen Bewilligungen vgl. z.B. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1213 ff.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 N 23 ff.

nation der Nutzer bei der Inanspruchnahme öffentlicher Sachen bezwecken; v.a. letztere spielen für diese Untersuchung keine massgebliche Rolle.³⁰¹⁵

Unterschiedliche Begriffe werden in verschiedenen Aufsichtsbereichen verwendet, auch wenn jeweils Polizeibewilligungen gemeint sind. So ist, wie im Folgenden noch näher dargestellt wird, bspw. häufig die Rede von der «Polizei- oder Kontrollerlaubnis», der «Genehmigung» oder der «Zulassung» und «Anerkennung».³⁰¹⁶ Viele Gesetze verwenden auch unterschiedliche Begriffe für die von ihnen vorgesehenen Polizeibewilligungen. Illustrieren lässt sich dies etwa mit Blick auf das HMG, das zahlreiche Hürden aufstellt, die es zu überwinden gilt, bevor ein Arzneimittel auf den Markt gelangen darf.

1.2 Bewilligungsbegriffe im HMG

Zunächst sind jeweils bestimmte Tätigkeiten der involvierten Betriebe bewilligungspflichtig:³⁰¹⁷ so insb. die Herstellung,³⁰¹⁸ die Ein- und Ausfuhr³⁰¹⁹ sowie der Grosshandel mit Arzneimitteln³⁰²⁰ ebenso wie deren Handel im Ausland³⁰²¹. Zusätzliche Bewilligungspflichten sind vorgesehen für die Mäkler- oder Agenturtätigkeit in Zusammenhang mit Arzneimitteln³⁰²² sowie für Tätigkeiten rund

³⁰¹⁵ Zur Bewilligung für gesteigerten Gemeingebrauch vgl. z.B. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1217 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2274 ff.

³⁰¹⁶ Vgl. etwa auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2651 f. mit Beispielen.

³⁰¹⁷ Das 2. Kapitel der AMBV trägt entsprechend die Überschrift «Betriebsbewilligungen».

³⁰¹⁸ Vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. a HMG i.V.m. Art. 3 ff. AMBV. – Zur Herstellung werden nach Art. 4 Abs. 1 lit. c HMG sämtliche Arbeitsgänge der Heilmittelproduktion gezählt (von der Beschaffung der Ausgangsmaterialien über die Verarbeitung bis zur Verpackung, Lagerung und Auslieferung des Endproduktes sowie die Qualitätskontrollen und die Freigaben).

³⁰¹⁹ Vgl. Art. 18 Abs. 1 lit. a und b HMG i.V.m. Art. 11 ff. AMBV. – Art. 20 f. HMG sehen ausserdem besondere Bestimmungen insb. für die Ein- und Ausfuhr vor. Nach Art. 20 Abs. 3 HMG z.B. kann der Bundesrat zusätzlich vorschreiben, dass die Einfuhr bestimmter Arzneimittel, die zum Schutz der Gesundheit einer besonderen Kontrolle bedürfen, im Einzelfall durch das Institut bewilligt werden muss (lit. a). Die Einfuhr bestimmter Arzneimittel kann der Bundesrat auch beschränken oder verbieten (lit. b); Swissmedic erstellt eine Liste der Arzneimittel, deren Einfuhr beschränkt oder verboten ist (Art. 20 Abs. 4 HMG).

³⁰²⁰ Vgl. Art. 28 HMG i.V.m. Art. 11 ff. AMBV.

³⁰²¹ Vgl. Art. 18 Abs. 1 lit. c HMG i.V.m. Art. 21 ff. AMBV.

³⁰²² Vgl. Art. 18 Abs. 1 lit. d HMG i.V.m. Art. 24 ff. AMBV.

um Blut und Blutprodukte³⁰²³. Generell gilt, dass die strengsten Auflagen an die Herstellungsbewilligung gestellt werden, gefolgt von der Einfuhr- und der Grosshandelsbewilligung. Ausfuhrbewilligungen und die Bewilligung für den Handel im Ausland haben weniger hohe Voraussetzungen zu erfüllen. Gesprochen wird in diesem Zusammenhang von einer sog. Bewilligungs-Kaskade.³⁰²⁴

999 Ferner sind z.B. auch klinische Versuche mit Heilmitteln bewilligungspflichtig.³⁰²⁵

Während Swissmedic Gesuche zu klinischen Versuchen hinsichtlich der Sicherheit und Qualität der verwendeten Heilmittel prüft, bedürfen medizinische Projekte im Bereich der Humanforschung zusätzlich oftmals einer Bewilligung der kantonalen Ethikkommissionen, die insb. den Schutz der teilnehmenden Personen, die Relevanz der Forschung und die Einhaltung der wissenschaftlichen Anforderungen untersuchen.³⁰²⁶

1000 Hinzu kommt, dass die betroffenen Produkte wie etwa die verwendungsfertigen Arzneimittel im Grundsatz nur dann eingeführt und in Verkehr gebracht werden dürfen, wenn sie von Swissmedic *zugelassen* worden sind.³⁰²⁷ Bei der Zulassung handelt es sich somit um eine produktbezogene Marktzutrittschürde, die ebenfalls in die Kategorie der Polizeibewilligungen fällt und als Instrument der Produktkontrolle, auch international, zur Anwendung gelangt.³⁰²⁸

1001 Die Zulassungspflicht gilt allerdings nicht absolut; Art. 9 Abs. 2 HMG sieht Ausnahmen vor. Dabei handelt es sich um Arzneimittel, bei denen eine Überprüfung

³⁰²³ Vgl. Art. 34 ff. HMG i.V.m. Art. 27 ff. AMBV.

³⁰²⁴ Die Bewilligungs-Kaskade soll insb. sicherstellen, dass, wenn die Bewilligung mit den strengsten Auflagen erteilt worden ist, auch die Bewilligungen mit weniger strengen Voraussetzungen ohne weitere Auflage erhalten werden können (Botschaft HMG, BBl 1999 III 3507). Allerdings werden die einzelnen Bewilligungen unabhängig voneinander erteilt (vgl. zum Ganzen BSK HMG-STRAUB, Art. 19 N 17 ff.). – Auch in anderen Aufsichtsbereichen ist die Rede von Bewilligungskaskaden: so etwa in Art. 6 FINIG (vgl. dazu Botschaft FIDLEG/FINIG, BBl 2015 8904 und 8917 f.).

³⁰²⁵ Vgl. Art. 54 HMG i.V.m. Art. 31 ff. KlinV; Art. 30 KlinV sieht eine Ausnahme von der Bewilligungspflicht nach Art. 54 Abs. 1 HMG vor.

³⁰²⁶ Das Verfahren vor der zuständigen Ethikkommission ist geregelt in Art. 24 ff. KlinV. Zu beachtende bundesrechtliche Rechtsgrundlagen sind neben dem HMG zudem u.U. die Vorschriften des Humanforschungsgesetzes (HFG), des Transplantationsgesetzes und des Stammzellenforschungsgesetzes (StFG). Daneben sind regelmässig auch transnationale Vorgaben einschlägig, wie etwa die «*ICH Guideline for Good Clinical Practice*» (ICH-GCP).

³⁰²⁷ Die Zulassungspflicht stützt sich auf Art. 9 Abs. 1 HMG.

³⁰²⁸ Gemäss Art. 6 der Richtlinie 2001/83/EG ist das arzneimittelrechtliche Zulassungserfordernis für die Mitgliedstaaten der EU zwingend vorgeschrieben.

der Zulassungsvoraussetzungen der Qualität, Sicherheit und Wirksamkeit (gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. a HMG) nicht sinnvoll erscheint oder nicht nötig ist, z.B. wenn es um geringe Mengen nach einer bestimmten Zubereitungsvorschrift für einen spezifischen kleinen Personenkreis hergestellte Arzneimittel geht (vgl. Art. 9 Abs. 2 lit. a, b und c HMG).³⁰²⁹ Ferner sind nach Art. 9a HMG in bestimmten Fällen befristete Zulassungen möglich. Ausserdem kann der Bundesrat gemäss Art. 20 Abs. 2 HMG im Einzelfall erlauben, dass nicht zugelassene, verwendungsfertige Arzneimittel in kleinen Mengen eingeführt werden, entweder von Einzelpersonen für den Eigengebrauch (lit. a) oder von Medizinalpersonen (lit. b).³⁰³⁰

Auch zulassungsfreie Arzneimittel müssen den Anforderungen der Pharmakopöe entsprechen (Art. 8 HMG).³⁰³¹ Ausserdem wird für die Herstellung auch nicht zulassungspflichtiger Präparate eine Herstellungsbewilligung bzw. eine kantonale Bewilligung nach Art. 5 HMG verlangt.³⁰³²

Schliesslich sind zusätzliche Vorgaben für die Abgabe verschreibungspflichtiger Arzneimittel einzuhalten.³⁰³³ Insbesondere dürfen sie nur von bestimmten Personen- bzw. Berufsgruppen abgegeben werden, deren Berufsausübung allenfalls ebenfalls bestimmten Bewilligungsvorgaben untersteht.³⁰³⁴ 1002

Ziel und Zweck der Bewilligungs- und Zulassungspflichten im Arzneimittelrecht sind der Schutz der öffentlichen Gesundheit durch qualitativ hochstehende, sichere und wirksame Arzneimittel i.S.v. Art. 1 Abs. 1 HMG. Zudem sollen Konsumentinnen und Konsumenten vor Täuschung geschützt werden und soll ausserdem dazu beigetragen werden, dass die in Verkehr gebrachten Heilmittel ihrem Zweck 1003

³⁰²⁹ BSK HMG-SCHOTT/ALBERT, Art. 9 N 32 f.; vgl. ebenfalls zu den Ausnahmen von der Zulassungspflicht RICHLI, Regelungsschwerpunkte, 55 f.; RICHLI, Instrumente, 350; vgl. auch die tabellarische Übersicht bei EGGENBERGER STÖCKLI, Heilmittel, N 15.56.

³⁰³⁰ Vgl. dazu auch Art. 48 f. AMBV.

³⁰³¹ BSK HMG-SCHOTT/ALBERT, Art. 9 N 32.

³⁰³² Vgl. Urteil BGer, 2A.343/2006, 1.11.2006, E. 2.4.

³⁰³³ Vgl. Art. 24 HMG.

³⁰³⁴ Art. 24 Abs. 1 HMG nennt Apothekerinnen und Apotheker (lit. a; sie sind primär auf ärztliche Verschreibung zur Abgabe berechtigt) und weitere Medizinalpersonen (lit. b) entsprechend den Bestimmungen über die Selbstdispensation (vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. k HMG) sowie «entsprechend ausgebildete Fachpersonen unter der Kontrolle von Personen nach den Buchstaben a und b» (lit. c). Gemäss Art. 34 MedBG bedarf es für die Ausübung eines universitären Medizinalberufs in eigener fachlicher Verantwortung einer Bewilligung des Kantons, auf dessen Gebiet der Medizinalberuf ausgeübt wird. Öffentliche Apotheken i.S.v. Art. 4 Abs. 1 lit. i HMG unterstehen darüber hinaus als Betriebe ebenfalls einer kantonalen Bewilligungspflicht.

entsprechend und massvoll Verwendung finden.³⁰³⁵ Die behördliche Kontrolle ist in dieser Hinsicht präventiver Natur und dient im Sinne des Vorsorgeprinzips der Abwehr potenzieller, abstrakter Gefahren für die öffentliche Gesundheit.³⁰³⁶

2. Bewilligungsvoraussetzungen

- 1004 Die Doktrin unterscheidet zwischen *persönlichen* und *sachlichen Voraussetzungen*, wobei beide Kategorien in einem sachlichen Zusammenhang mit der bewilligungspflichtigen Tätigkeit bzw. der fraglichen Ware stehen müssen.³⁰³⁷

2.1 Persönliche Bewilligungsvoraussetzungen

- 1005 Zu den *persönlichen Voraussetzungen* gehören z.B. bestimmte Fähigkeiten, Eigenschaften oder Kenntnisse der gesuchstellenden Person oder auch deren Leumund.³⁰³⁸
- 1006 – Art. 5 RAG stellt die Voraussetzungen für die Zulassung als Revisorin oder Revisor auf. Nach dieser Bestimmung müssen die natürlichen Personen (a) über einen unbescholtenen Leumund verfügen, (b) eine bestimmte Ausbildung (nach Art. 4 Abs. 2 RAG) abgeschlossen haben und (c) eine Fachpraxis von einem Jahr auf den Gebieten des Rechnungswesens und der Rechnungsrevision (i.S.v. Art. 5 Abs. 2 RAG) abgeschlossen haben.
- 1007 – Im Heilmittelbereich stellt die AMBV gewisse Anforderungen an die sog. «fachtechnisch verantwortlichen Personen» auf, die die unmittelbare fachliche Aufsicht über den Betrieb ausüben und den sachgemässen Umgang mit Arzneimitteln sicherstellen.³⁰³⁹ Im Rahmen einer Herstellungsbewilligung muss denn auch nachgewiesen werden, dass dem Betrieb eine fachtechnisch verantwortliche Person zur Verfügung steht.³⁰⁴⁰ Art. 6 Abs. 1 AMBV verlangt, dass

³⁰³⁵ Vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. a und b HMG. Nach lit. c dieser Bestimmung bezweckt das HMG ausserdem dazu beizutragen, dass seine sichere und geordnete Versorgung mit Heilmitteln, einschliesslich der dafür nötigen fachlichen Information und Beratung, im ganzen Land angeboten wird.

³⁰³⁶ So ausdrücklich Eidg. Rekurskommission für Heilmittel, Entscheid HM 04.067, 11.4.2005, VPB 70.22, E. 4.

³⁰³⁷ Vgl. etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2658 f.

³⁰³⁸ *Ebd.*, N 2658.

³⁰³⁹ Vgl. Art. 5 AMBV.

³⁰⁴⁰ Vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. c HMG. – Die fachtechnisch verantwortliche Person hat eine Garantenstellung i.S.v. Art. 6 Abs. 2 VStrR für den sachgemässen und rechtmässigen Umgang mit Heilmitteln bei deren Herstellung in dem von ihr betreuten Betrieb (vgl. EGGENBERGER STÖCKLI, Heilmittel, N 15.49).

die fachtechnisch verantwortliche Person über die notwendige Sachkenntnis verfügt und vertrauenswürdig ist. Zudem muss sie bestimmte berufliche Anforderungen erfüllen, die jeweils von der Art des herzustellenden Arzneimittels abhängen. So muss sie bspw. für die Herstellung verwendungsfertiger Arzneimittel oder von Zwischenprodukten «über ein Apothekerdiplom und die notwendige Erfahrung verfügen» (Art. 6 Abs. 1 lit. a AMBV) und für die Herstellung labiler Blutprodukte oder immunologischer Arzneimittel «über eine medizinische oder naturwissenschaftliche Hochschulausbildung und die notwendige Erfahrung» (lit. b).³⁰⁴¹

- Schliesslich verlangen auch die Gesetze im Finanzmarktbereich die Einhaltung persönlicher Bewilligungsvoraussetzungen: Die Bewilligung zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit einer Bank wird von der FINMA bspw. nach Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG u.a. nur dann erteilt,³⁰⁴² wenn «die mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betrauten Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten». Ferner müssen natürliche oder juristische Personen mit einer qualifizierten Beteiligung an der Bank³⁰⁴³ nach lit. c^{bis} dieser Bestimmung gewährleisten, dass ihr Einfluss sich nicht zum Schaden einer umsichtigen und soliden Geschäftstätigkeit auswirkt. – Ein Gewährserfordernis ist etwa auch in Art. 11 FINIG für Finanzinstitute und die mit der Verwaltung und Geschäftsführung eines Finanzinstituts betrauten Personen vorgesehen. – Darüber hinaus wird in Art. 3 Abs. 2 lit. d BankG verlangt, dass die mit der Geschäftsführung der Bank betrauten Personen an einem Ort Wohnsitz haben, wo sie die Geschäftsführung tatsächlich und verantwortlich ausüben können.

1008
- Zur erforderlichen «Gewähr» gehören fachliche sowie persönliche/charakterliche Faktoren, die sicherstellen sollen, dass eine Person ein beaufsichtigtes Unternehmen korrekt führen kann – die Rede ist auch von fachlichen Qualifikationen («*fitness*») sowie moralischen Voraussetzungen («*propriety*»), zu denen Aspekte wie Ehrlichkeit, korrektes Verhalten (unter Berücksichtigung der einschlägigen Vorschriften und auch der aufsichtsrechtlichen Praxis der

1009

³⁰⁴¹ Kann sich eine Person über genügend Kenntnisse und Erfahrungen ausweisen, so kann das Institut gemäss Art. 6 Abs. 2 AMBV auch andere berufliche Ausbildungen anerkennen.

³⁰⁴² Art. 3 Abs. 2 BankG führt die Voraussetzungen für die Erteilung der Bewilligung zum Geschäftsbetrieb von Banken auf.

³⁰⁴³ Von einer qualifizierten Beteiligung wird nach Art. 3 Abs. 2 lit. c^{bis} BankG ausgegangen bei natürlichen und juristischen Personen, die direkt oder indirekt mit mindestens 10 Prozent des Kapitals oder der Stimmen an der Bank beteiligt sind oder deren Geschäftstätigkeit auf andere Weise massgebend beeinflussen können (qualifizierte Beteiligung). Vgl. so auch die Definition in Art. 11 Abs. 4 FINIG.

FINMA) und ein guter Ruf gezählt werden.³⁰⁴⁴ – Eine sog. Gewährsprüfung, d.h. eine Prüfung, ob ein Institut oder ein Organ Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bietet, erfolgt nur aus einem bestimmten Anlass, etwa wenn ein Finanzinstitut ein Gesuch um Bewilligung einreicht oder wenn es die FINMA aufgrund eines Vorkommnisses als nötig erachtet.³⁰⁴⁵

2.2 Sachliche / produktbezogene Bewilligungsvoraussetzungen

- 1010 *Sachliche oder produktbezogene Voraussetzungen* knüpfen i.d.R. an bestimmte Gefahren, die von spezifischen bewilligungspflichtigen Tätigkeiten, Waren oder Dienstleistungen ausgehen, an. Sie ergeben sich regelmässig mit Blick auf die u.a. mittels Bewilligungspflichten zu schützenden Rechtsgüter. Verbreitet sind ganze Kataloge von solchen Bewilligungsvoraussetzungen.
- 1011 – Illustrativ sind bspw. die sachlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer Betriebsbewilligung für eine Kernanlage gemäss Art. 20 Abs. 1 KEG.³⁰⁴⁶ Danach wird die Betriebsbewilligung erteilt, wenn (a) der Gesuchsteller Eigentümer der Kernanlage ist; (b) die Bestimmungen der (ebenfalls benötigten) Rahmen- und Baubewilligung eingehalten sind; (c) der Schutz von Mensch und Umwelt gewährleistet wird; (d) die Anlage und der vorgesehene Betrieb den Anforderungen der nuklearen Sicherheit und Sicherung entsprechen; (e) die Anforderungen an Personal und Organisation erfüllt werden können; (f) qualitätssichernde Massnahmen für sämtliche im Betrieb ausgeübten Tätigkeiten vorbereitet sind; (g) die Notfallschutzmassnahmen vorbereitet sind und schliesslich (h) der vorgeschriebene Versicherungsschutz nach dem Kernenergiehaftpflichtgesetz (KHG) besteht.
- 1012 – Im Vordergrund der sachlichen Bewilligungsvoraussetzungen im Heilmittelbereich stehen regelmässig betriebliche Voraussetzungen sowie Anforderungen an ein geeignetes Qualitätssicherungssystem.³⁰⁴⁷ Sie werden in der AMBV näher ausgeführt, und zwar in den jeweils einschlägigen Bestimmungen zur anvisierten Bewilligungsart. Grundsätzlich müssen etwa gemäss Art. 7 HMG Arzneimittel und pharmazeutische Hilfsstoffe, deren Herstellung einer Bewilligung bedarf, nach den anerkannten Regeln der Guten Herstellungspraxis hergestellt werden. Art. 3 AMBV nennt die Herstellungsbewilligungsvoraussetzungen in Abs. 1. Danach muss u.a. nachgewiesen werden, dass (a) im Betrieb

³⁰⁴⁴ KUHN/WYSS, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 365; vgl. auch M. BLATTER, 79 ff.

³⁰⁴⁵ C. BECK, N 326; vgl. dazu hinten N 1214 ff.

³⁰⁴⁶ Die Betriebsbewilligung für eine Kernanlage wird gemäss Art. 19 KG durch das Departement erteilt.

³⁰⁴⁷ So etwa Art. 6 Abs. 1 oder Art. 19 Abs. 1 HMG.

ein funktionstüchtiges System zur Sicherung der pharmazeutischen Qualität von Arzneimitteln betrieben wird und sich die Geschäftsleitung und das Personal der einzelnen betroffenen Bereiche daran aktiv beteiligen;³⁰⁴⁸ (b) jedem Bereich so viele sachkundige, für die jeweiligen Aufgaben ausgebildete Personen zur Verfügung stehen, dass die Ziele der Qualitätssicherung erreicht werden können;³⁰⁴⁹ (c) die betriebliche Organisation zweckmässig ist;³⁰⁵⁰ (d) der Betrieb so angeordnet, ausgelegt, nachgerüstet und in Stand gehalten wird, dass die sichere Herstellung von Arzneimitteln gewährleistet ist;³⁰⁵¹ sowie (e) die Qualitätskontrolle von der Produktion unabhängig ist.³⁰⁵² Schliesslich müssen auch Sorgfaltspflichten eingehalten werden, die für die Herstellungsbewilligung in Art. 4 AMBV genauer ausgeführt werden.³⁰⁵³ Gemäss Art. 4 Abs. 2 AMBV hat die Herstellung von Arzneimitteln insb. nach den Internationalen Regeln der Guten Herstellungspraxis («*Good Manufacturing Practice*»; GMP) zu erfolgen, die Anhang 1 der Verordnung aufführt.³⁰⁵⁴

Die Gesuche im Heilmittelbereich sind bei Swissmedic unter Verwendung der dafür vorgesehenen Formulare³⁰⁵⁵ und zusammen mit den erforderlichen und oftmals umfangreichen Unterlagen einzureichen. Die Wegleitungen von Swissmedic helfen, den Überblick über die Anforderungen zu behalten.³⁰⁵⁶ – Eingereicht werden zusammen mit einem Zulassungsgesuch für ein neues Arzneimittel z.B. Unterlagen über die bekannten Präparateigenschaften (u.a. Heilwirkungen sowie unerwünschte Wirkungen)

³⁰⁴⁸ Art. 3 Abs. 1 lit. a AMBV.

³⁰⁴⁹ Art. 3 Abs. 1 lit. b AMBV.

³⁰⁵⁰ Art. 3 Abs. 1 lit. d AMBV.

³⁰⁵¹ Art. 3 Abs. 1 lit. e AMBV.

³⁰⁵² Art. 3 Abs. 1 lit. h AMBV.

³⁰⁵³ Art. 3 Abs. 1 lit. i AMBV.

³⁰⁵⁴ Genannt werden in Ziff. 1: (a) Richtlinie 2003/94/EG der Kommission vom 8.10.2003 zur Festlegung der Grundsätze und Leitlinien der Guten Herstellungspraxis für Humanarzneimittel und für zur Anwendung beim Menschen bestimmte Prüfpräparate; (b) Richtlinie 91/412/EWG der Kommission vom 23.7.1991 zur Festlegung der Grundsätze und Leitlinien der Guten Herstellungspraxis für zur Anwendung beim Tier bestimmte Arzneimittel; (c) Leitfaden für die gute Herstellungspraxis, Humanarzneimittel und Tierarzneimittel der Europäischen Kommission; sowie (d) Grundsätze und Leitlinien der Guten Herstellungspraxis nach dem Übereinkommen vom 8.10.1970 zur gegenseitigen Anerkennung von Inspektionen betreffend die Herstellung pharmazeutischer Produkte (SR 0.812.101).

³⁰⁵⁵ Die Formulare und Zusatzblätter sind auf der Website von Swissmedic abrufbar (vgl. <<https://www.swissmedic.ch> → Services und Listen → Dokumente und Formulare> [besucht am 15.8.24]).

³⁰⁵⁶ Vgl. etwa die Swissmedic-Wegleitung «Formale Anforderungen» vom 15.2.2023.

sowie Prüfungsergebnisse aus z.T. jahrelangen Forschungsanstrengungen im Rahmen präklinischer und klinischer Untersuchungen zur Belegung der Angaben im Zulassungsgesuch sowie als Nachweis, dass die notwendigen Studien durchgeführt worden sind. Ferner ist jeweils eine Bewertung der Risiken und soweit erforderlich ein Plan zu ihrer systematischen Erfassung, Abklärung und Prävention (sog. Pharmacovigilance-Plan) einzureichen, ebenso ein pädiatrisches Prüfkonzept nach Art. 54a HMG und die komplette Arzneimittel-Fachinformation, die Abgabe- und Anwendungsart sowie die vorgesehene Kennzeichnung.³⁰⁵⁷

- 1013 – Die sachlichen Voraussetzungen gemäss den in den Finanzmarktgesetzen vorgesehenen Bewilligungsvoraussetzungen umfassen neben organisatorischen Vorgaben regelmässig auch Anforderungen finanzieller Art. So muss bspw. eine Bank nach Art. 3 Abs. 2 BankG (i.V.m. Art. 8 ff. BankV)³⁰⁵⁸ in ihren Statuten, Gesellschaftsverträgen und Reglementen ihren Geschäftskreis genau umschreiben und eine ihrer Geschäftstätigkeit entsprechende Organisation vorsehen (lit. a); eine angemessene interne Betriebsorganisation soll die Erfüllung der für die Betriebe vorgesehenen Pflichten sicherstellen sowie zur Risikosteuerung und -überwachung beitragen.³⁰⁵⁹ In finanzieller Hinsicht wird ausserdem verlangt, dass die Bank das vom Bundesrat festgelegte voll einbezahlte Mindestkapital ausweist (lit. b).³⁰⁶⁰

3. Rechtsanspruch auf Bewilligungserteilung

- 1014 Sind die Voraussetzungen erfüllt, so besteht für die gesuchstellende Person ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Bewilligung;³⁰⁶¹ dies grundsätzlich unabhängig vom einschlägigen Rechtsbereich.³⁰⁶² Die Bewilligung bestätigt, dass die beabsichtigte Tätigkeit mit den gesetzlichen Vorgaben im Einklang steht, was wieder-

³⁰⁵⁷ Vgl. Art. 11 Abs. 2 lit. a HMG; vgl. dazu insb. BSK HMG-SCHOTT/ALBERT, Art. 11 N 27 ff. Ein Gesuch kann mehrere hundert Ordner Unterlagen umfassen, weshalb die Einreichung in elektronischer Form zunehmend an Bedeutung gewinnt (vgl. auch BSK HMG-SCHOTT/ALBERT, Art. 11 N 13).

³⁰⁵⁸ Vergleichbare Vorgaben finden sich bspw. auch in Art. 4 Abs. 2 lit. b und d VAG.

³⁰⁵⁹ Vgl. Art. 9 Abs. 1 und 2 FINIG.

³⁰⁶⁰ Vgl. für einen Überblick BSK BankG-WINZELER, Art. 3 N 4 ff. m.w.H.

³⁰⁶¹ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1208; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2661 f.

³⁰⁶² Explizit gesetzlich vorgesehen ist ein «Anspruch auf die Bewilligung» in Art. 7 Abs. 1 FINIG. – *Kein* Rechtsanspruch besteht hingegen auf Erteilung einer Rahmenbewilligung, die für den Bau und Betrieb von Kernanlagen (zusätzlich zu den Bau- und Betriebsbewilligungen) grundsätzlich verlangt wird. Art. 12 Abs. 2 KEG hält dies ausdrücklich fest. Für die Erstellung neuer Kernkraftwerke ist die Erteilung von Rahmenbewilligungen mit Art. 12a KEG im Übrigen verboten worden.

rum bedeutet, dass ein polizeilicher Grund, der eine Bewilligungsverweigerung rechtfertigen würde, nicht gegeben ist.³⁰⁶³ Der Entscheid über die Bewilligungserteilung liegt bei Vorliegen sämtlicher Bewilligungsvoraussetzungen somit auch nicht im Ermessen der zuständigen Aufsichtsbehörde.³⁰⁶⁴

Unbestimmte Rechtsbegriffe, wie z.B. «die Gewähr für einwandfreie Geschäftsführung» gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG oder auch auslegungsbedürftige Umschreibungen wie «qualitativ hochstehend, sicher und wirksam», wie sie in Art. 1 Abs. 1 und Art. 10 Abs. 1 lit. a HMG vorgesehen sind, sind jedoch regelmässig nicht in den gesetzlichen Grundlagen und Ausführungserlassen definiert. Selbstredend ist die Zulassungsbehörde bei der Auslegung dieser Begriffe an die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Prinzipien gebunden.³⁰⁶⁵ Gleichwohl eröffnen sie den Behörden regelmässig einen gewissen Beurteilungsspielraum.³⁰⁶⁶ Zwar kann das Bundesverwaltungsgericht etwa die Zulässigkeit der Verweigerung einer Polizeierlaubnis im Grundsatz umfassend überprüfen.³⁰⁶⁷ Wie aufzuzeigen sein wird, schränkt das Gericht seine Kognition allerdings regelmässig ein, wenn es um die Überprüfung von sog. Sachverständigenermessen der Aufsichtsbehörden geht.³⁰⁶⁸ 1015

4. Verhältnis Bewilligungserteilung und Aufsicht

4.1 Begründung eines Aufsichtsrechtsverhältnisses

Die Bewilligungserteilung begründet oftmals eine aufsichtsrechtliche Rechtsbeziehung zwischen staatlichen Aufsichtsbehörden einerseits und den beaufsichtigten Bewilligungsinhaberinnen und -inhabern andererseits: Regelmässig ist die einschlägige Bewilligungspflicht als Marktzutrittschürde nämlich mit bestimmten Marktverhaltensregeln verbunden, die von staatlicher Seite wiederum – im Rahmen der laufenden Aufsicht³⁰⁶⁹ – beaufsichtigt werden.³⁰⁷⁰ Wie nachfolgend eingehender aufgezeigt wird, droht im Falle der Missachtung von solchen Regeln 1016

³⁰⁶³ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1208.

³⁰⁶⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2661.

³⁰⁶⁵ Vgl. so etwa aus der Rechtsprechung Urteil BVGer, C-5649/2015, 24.7.2018, E. 3.2; C-3333/2016, 1.2.2018, E. 5.3; vgl. auch Eidg. Rekurskommission für Heilmittel, Entscheid HM 04.051, 14.7.2004, VPB 69.21, E. 3.1 und E. 5.1; dazu auch hinten N 1349.

³⁰⁶⁶ Zu den Anforderungen an die Normdichte im Aufsichtsrecht vgl. hinten N 1405 ff.

³⁰⁶⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2661; dazu hinten N 1583 ff.

³⁰⁶⁸ Dazu hinten N 1587 ff.

³⁰⁶⁹ Dazu hinten N 1059 ff.

³⁰⁷⁰ Vgl. BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.77.

entsprechend der Bewilligungsentzug und damit allenfalls sogar die aufsichtsrechtliche Liquidation.³⁰⁷¹

- 1017 Zur Veranschaulichung dieser Verknüpfung von Bewilligungs- und Aufsichtsverhältnis lässt sich beispielhalber auf das Finanzmarktrecht verweisen, das fünf unterschiedliche Bewilligungsformen kennt – neben der Bewilligung die Anerkennung,³⁰⁷² Zulassung,³⁰⁷³ Genehmigung³⁰⁷⁴ und Registrierung³⁰⁷⁵ –, die unterschiedliche Aufsichtsmechanismen und -intensitäten auslösen. So haben Banken, gewisse Finanzinstitute im Sinne des FINIG, kollektive Kapitalanlagen und Finanzmarktinfrastrukturen strengere Vorgaben zu beachten und unterstehen der sog. «prudenziellen Überwachung» durch die FINMA, während hingegen registrierte Versicherungsvertreter sowie anerkannte bzw. zugelassene Registrierungsstellen, Prüfstellen und Ratingagenturen keiner laufenden Aufsicht unterstehen.³⁰⁷⁶

Trotz ihrer Bezeichnung als «Bewilligungsformen» ist im Einzelfall zu prüfen, inwiefern diese rechtliche Qualifikation auch zutrifft. Während bspw. die Registrierung von Versicherungsvertreterinnen und -vertretern als Bewilligungspflicht für die Berufsausübung anerkannt ist³⁰⁷⁷ und auch die Anerkennung als Selbstregulierungsorganisation allgemein als Polizeibewilligung qualifiziert wird,³⁰⁷⁸ ist dies bei der Anerkennung von Ratingagenturen fraglich. So heisst es bspw. in Art. 6 Abs. 1 ERV auch, dass die FINMA Ratingagenturen unter gewissen Voraussetzungen anerkennen «kann», womit eine Sprache verwendet wird, die gegen einen Rechtsanspruch auf Anerkennung und damit eine Qualifikation als Polizeibewilligung spricht.³⁰⁷⁹

³⁰⁷¹ Dazu hinten N 1231 ff.

³⁰⁷² Einer sog. Anerkennung bedürfen die Selbstregulierungsorganisationen nach Art. 24 GwG sowie die Ratingagenturen nach Art. 6 Abs. 1 ERV.

³⁰⁷³ Einer sog. Zulassung durch die FINMA nach Art. 31 bzw. Art. 52 FIDLEG bedürfen sowohl die Registrierungsstelle als auch die Prüfstelle für Prospekte.

³⁰⁷⁴ In bestimmten Finanzmarkt Bereichen wie z.B. der beruflichen Vorsorge ist die sog. Genehmigung von gewissen Produkten, Allgemeinen Versicherungsbedingungen und Tarifen durch die FINMA vorgesehen.

³⁰⁷⁵ Die FINMA führt ein sog. Register von zugelassenen Versicherungsvertreterinnen und -vertretern nach Art. 42 ff. VAG.

³⁰⁷⁶ Vgl. dazu etwa den Überblick auf der Website der FINMA (<<https://www.finma.ch> → Bewilligung → Bewilligungsformen> [besucht am 15.8.24]).

³⁰⁷⁷ Vgl. bspw. Urteil BVGer, B-6958/2015, 19.12.2016, E. 6.1 ff. Der Entscheid wurde bestätigt durch Urteil BGer, 2C_138/2017, 4.1.2018.

³⁰⁷⁸ Vgl. so SHK GwG-ZYSSET, Art. 24 N 21 m.w.H.

³⁰⁷⁹ Im Übrigen würden Art. 6 ERV sowie das FINMA-RS 2012/1 (Ratingagenturen) als gesetzliche Grundlage für die Einführung einer Bewilligungspflicht kaum genügen.

4.2 Abgrenzungsfragen

Trotz dieser Verknüpfung zwischen Bewilligungserteilung und Aufsicht ist jedoch 1018 zu beachten, dass die beiden Verfahren unterschiedliche Aspekte in den Fokus nehmen. Während das Bewilligungsverfahren die Umstände des Einzelfalls zu einem bestimmten Zeitpunkt und im Hinblick auf spezifische Bewilligungsvoraussetzungen im Visier hat und prüft, kommt der jeweiligen Aufsichtsbehörde die Aufgabe zu, eine längerfristige Perspektive im Rahmen ihrer laufenden Aufsicht einzunehmen, insb. im Hinblick auf allfällige zu treffende Massnahmen. Als Rechtsaufsicht hat sie die Einhaltung der materiellrechtlichen Vorgaben eines bestimmten Rechtsbereichs zum Zweck.³⁰⁸⁰ Was diese Vorgaben im jeweils massgeblichen Prüfungszeitpunkt konkret bedeuten, wie also z.B. Sicherheits- oder Qualitätsvorgaben im Einzelfall auszulegen sind, kann sich im Laufe der Zeit verändern, nicht zuletzt aufgrund laufender technologischer und wissenschaftlicher Entwicklungen in den bestimmten Fachbereichen. So kommt es, dass eine erteilte Bewilligung u.U. im Nachhinein nicht mehr dem neusten Stand der Wissenschaft oder Technik entspricht. Es ist die Aufsicht, die hier in die Bresche springt und für eine laufende Berücksichtigung solcher Entwicklungen zu sorgen hat und damit auch zu einer Rechtsentwicklung beiträgt.

In diesem Sinne äusserte sich das Bundesgericht in BGE 139 II 185 grundlegend 1019 zum Verhältnis von Bewilligungs- und Aufsichtsverfahren im Kontext des Kernenergierechts. Es betonte, dass mit einer Betriebsbewilligung selbstverständlich nie ein für alle Mal sämtliche Sicherheitsfragen definitiv beantwortet werden, die sich im Laufe des Betriebs eines Kernkraftwerks stellen. Vielmehr sei die Sicherheitsbeurteilung eines Kernkraftwerks ein laufender Prozess. Die Sicherheit müsse ständig sowohl von den Bewilligungsinhabern als auch von den Aufsichtsbehörden neu beurteilt und die Anlage entsprechend neuen Entwicklungen angepasst werden, u.U. unter Beizug zusätzlicher Sicherheits- oder Nachrüstungsmassnahmen. Während also im Bewilligungsverfahren die Bewilligungsbehörde (unter Beizug von Fachbehörden) beurteile, ob im Bewilligungszeitpunkt die Bewilligungsvoraussetzungen erfüllt seien und – sofern dies der Fall ist – die Betriebsbewilligung zu erteilen habe,³⁰⁸¹ gehöre es zur Aufgabe der «laufenden Aufsicht», «zu gewährleisten, dass die Sicherheit während der ganzen Laufzeit gewährleistet bleibt und gegebenenfalls durch nachträgliche Nachrüstungen verbessert wird. Die laufende Aufsicht ist das

³⁰⁸⁰ Dazu vorne N 80 ff.

³⁰⁸¹ BGE 139 II 185, E. 10.2.1.

gesetzlich vorgesehene Instrument, um nach der Bewilligungserteilung die Sicherheit fortdauernd zu gewährleisten bzw. zu verbessern.»³⁰⁸²

1020 Weiter führte das Bundesgericht aus:

«Die Bewilligungsbehörde kann sich nicht mit Hinweis auf die spätere Aufsicht davon dispensieren, die Voraussetzungen im Bewilligungszeitpunkt zu überprüfen; sie kann aber ergänzend zu ihrer Überprüfung grundsätzlich davon ausgehen, dass die Aufsichtsbehörde während des nachfolgenden Betriebs ihre Aufgabe wahrnehmen wird. Dass nach der Bewilligungserteilung ständig neue Fragen gestellt, laufend die Sicherheit überprüft und gegebenenfalls Nachrüstungen vorgenommen bzw. angeordnet werden und demzufolge die Sicherheit im Laufe der Zeit voraussichtlich verbessert wird, ist der gesetzliche Normalfall; dies kann nicht dazu führen, dass im Zeitpunkt des Bewilligungsverfahrens die Bewilligung verweigert wird mit der Begründung, die Anlage entspreche heute noch nicht dem Stand, der voraussichtlich in Zukunft verlangt werden wird. Ebenso wenig kann rückblickend aus dem Umstand, dass im Laufe der Zeit die Sicherheit der Anlage verbessert wurde oder die Aufsichtsbehörde nachträglich zusätzliche Prüfungen oder Massnahmen angeordnet hat, gefolgert werden, dass die Anlage im Bewilligungszeitpunkt die Anforderungen nicht erfüllt habe und seinerzeit gar nicht hätte bewilligt werden dürfen.»³⁰⁸³

1021 Vielmehr führt die gesetzliche Aufgabenteilung zwischen Bewilligungs- und Aufsichtsbehörden dazu, dass Sicherheitsprobleme, die während der laufenden Aufsicht gelöst werden können, im Aufsichts- und nicht im Bewilligungsverfahren behandelt werden.³⁰⁸⁴

1022 Die in diesem Entscheid beschriebenen möglichen Abgrenzungs- und Koordinationsbedürfnisse zwischen dem Bewilligungs- und dem Aufsichtsverfahren lassen sich darauf zurückführen, dass diese im Bereich der Atomenergie in die Zuständigkeit unterschiedlicher Behörden fallen;³⁰⁸⁵ Betriebsbewilligungen für Kernkraftwerke im Besonderen (ebenso wie Baubewilligungen) werden gemäss Art. 19 bzw. Art. 15 KEG vom Departement (UVEK) erteilt. Die Aufsicht obliegt hingegen primär dem ENSI sowie dem BFE gemäss Art. 70 Abs. 1 KEG i.V.m. Art. 6 KEV. Der Grund für diese Zweiteilung liegt v.a. darin, dass das ENSI als unabhängige Aufsichtsbehörde zwecks Sicherung der nuklearen Sicherheit von Kernanlagen gegenüber sachwidrigen Beeinflussungsversuchen seitens der Politik

³⁰⁸² *Ebd.*, E. 10.2.2. Bestätigt wurde dieser Entscheid mit BGE 140 II 315, E. 3.2.

³⁰⁸³ BGE 139 II 185, E. 10.2.2, vgl. auch E. 10.7.

³⁰⁸⁴ *Ebd.*, E. 10.5 und E. 11.7 sowie die Schlussfolgerungen daraus insb. in E. 14.2.4 f., E. 14.3.8 und E. 14.4.3; diesen Entscheid bestätigend: BGE 140 II 315, E. 3.2.

³⁰⁸⁵ Vgl. dazu auch BGE 139 II 185, E. 10.2.4.

und der Verwaltung geschützt werden sollte. Auf der internationalen Ebene führte das Anliegen einer grundsätzlichen Trennung der Aufgaben der nuklearen Sicherheitsbehörden insb. von denjenigen anderer Stellen oder Organisationen, die mit der Förderung oder Nutzung von Kernenergie befasst sind, zur Ausarbeitung des Übereinkommens über die nukleare Sicherheit vom 17. Juni 1994. Auf nationaler Ebene hält Art. 70 Abs. 2 KEG nun fest, dass die Aufsichtsbehörden «in fachlicher Hinsicht nicht weisungsgebunden und formell von den Bewilligungsbehörden zu trennen» sind.³⁰⁸⁶

Die duale Behördenstruktur führt allerdings auch zu einer Aufteilung der Expertise. Das Bundesverwaltungsgericht hatte in seinem, BGE 139 II 185 zugrunde liegenden Urteil bemängelt, dass das UVEK sich nicht «kritisch und eigenständig» mit den aufgeworfenen Fragen auseinandergesetzt hatte. Es genügte dem Gericht nicht, dass das UVEK diesbezüglich auf die Aussagen des ENSI verwiesen hatte.³⁰⁸⁷ Das Bundesgericht zeigte sich diesbezüglich allerdings weniger streng, als es festhielt, dass das UVEK zwar nicht davon entbunden sei, «die Beurteilung des ENSI kritisch zu überprüfen und namentlich mit den Einwendungen von Gegenparteien zu konfrontieren; trotzdem darf und soll es auf diese Beurteilung abstellen, solange nicht triftige Gründe dagegen sprechen».³⁰⁸⁸ 1023

Um das Vorliegen von triftigen Gründen beurteilen zu können, sei ein gewisses Wissen auch der Bewilligungsbehörde erforderlich. Sie werde allerdings von der Kommission für nukleare Sicherheit unterstützt und diese könne gemäss Art. 6 VKNS weitere Informationen u.a. auch von der Aufsichtsbehörde einholen.³⁰⁸⁹ Im Ergebnis sprach sich das Bundesgericht damit für eine durchlässigere Behörden-trennung aus. 1024

Duale Behördenstrukturen sind allerdings nicht die Regel: In anderen Aufsichts-bereichen ist ein mögliches Spannungsverhältnis zwischen der Bewilligungserteilung und der Aufsichtsübung bereits dadurch entschärft, dass ein- und dieselbe Behörde beide Aufsichtsaufgaben wahrnimmt. Entsprechend kann eine Aufsichts-behörde aus dem Bewilligungsverfahren zuweilen Rückschlüsse für ihre laufende Aufsicht ziehen. Das Wissen und der Eindruck aus dem Bewilligungsverfahren können z.B. Anlass sein, um im Aufsichtsverfahren einen Fokus auf ein bestimmtes Thema zu setzen und auch entsprechende Auflagen/Bedingungen mit der Be- 1025

³⁰⁸⁶ Vgl. dazu auch Botschaft ENSIG, BBl 2006 8831 und 8835.

³⁰⁸⁷ Urteil BVGer, A-667/2010, 1.3.2012, E. 5.2.3.

³⁰⁸⁸ BGE 139 II 185, E. 9.2.

³⁰⁸⁹ *Ebd.*

willigung zu verknüpfen. Auf diesem Weg kann sich das Bewilligungsverfahren zuletzt auch auf den anwendbaren Aufsichtsmaßstab auswirken, wie sogleich vertieft wird.

4.3 Bewilligungsvorgaben beeinflussen den Aufsichtsmaßstab

- 1026 Der geltende Aufsichtsmaßstab wird durch die anwendbaren gesetzlichen Vorgaben festgelegt. Mit Erteilung der Bewilligung erfährt er eine zusätzliche Konkretisierung durch die individuell-konkreten Bewilligungsvorgaben.³⁰⁹⁰ Diese können ziemlich detailliert ausfallen.
- 1027 – Zur Veranschaulichung kann bspw. auf Art. 21 Abs. 1 lit. a–f KEG verwiesen werden. Nach dieser Bestimmung legt die Betriebsbewilligung fest (a) den Bewilligungsinhaber; (b) die zulässige Reaktorleistung oder Kapazität der Anlage; (c) die zulässigen Limiten für die Abgabe von radioaktiven Stoffen an die Umwelt; (d) die Massnahmen zur Überwachung der Umgebung; (e) die Sicherheits-, Sicherungs- und Notfallschutzmassnahmen, die der Bewilligungsinhaber während des Betriebs zu treffen hat, sowie (f) die Stufen der Inbetriebnahme, deren Beginn einer vorgängigen Freigabe durch die Aufsichtsbehörden bedarf.
- 1028 – Auch der Zulassungsentscheid zu einem Arzneimittel definiert jeweils die zugelassenen Produktmerkmale. Die Zulassung eines Humanarzneimittels wird nämlich für eine ganz bestimmte Zusammensetzung und galenische Form, für definierte Indikation(en) oder Anwendungsgebiete und genau festgelegte Dosierungen erteilt.³⁰⁹¹ Eine Zusammenfassung dieser Produktmerkmale wird der Zulassungsverfügung beigelegt.³⁰⁹²
- 1029 Die Beaufsichtigten sind somit gehalten, nicht nur die einschlägigen Gesetzesbestimmungen einzuhalten, sondern auch diejenigen Vorgaben, die ihnen durch den konkretisierenden Einzelakt der Bewilligung auferlegt werden. Insofern kommen den Aufsichtsbehörden mit dem Instrument der Bewilligung nicht nur rechtsvollziehende, sondern gewissermassen auch «rechtssetzende» Kompetenzen zu; sie sind mittels des Instruments der Bewilligung – einmal mehr³⁰⁹³ – in der Lage, die Verpflichtungen der Beaufsichtigten nicht nur zu überprüfen, sondern auch zu gestalten.

³⁰⁹⁰ BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.76.

³⁰⁹¹ BSK HMG-SCHOTT/ALBERT, Art. 9 N 20 m.w.H.; vgl. aus der Rechtsprechung etwa BGE 143 V 369, E. 6, sowie BGE 130 V 532, E. 3.2.2.

³⁰⁹² BSK HMG-SCHOTT/ALBERT, Art. 9 N 20 m.w.H.

³⁰⁹³ Zu den Rechtsetzungskompetenzen von Aufsichtsbehörden vgl. vorne N 411 ff.

C. Konzessionen

1. Konzessionsbegriff

Der Begriff der Konzession wird unterschiedlich verwendet. WALDMANN geht von einem «Sammelbegriff» aus, der sich allerdings hinsichtlich des Inhalts der übertragenen Rechte, der Natur des Verleihungsaktes und der dadurch erzeugten Rechtswirkungen durch gewisse «gemeinsame Wesensmerkmale» auszeichnet.³⁰⁹⁴ Wie bei den Bewilligungssystemen auch, wird mit einem Konzessionserfordernis eine Markteintrittshürde errichtet, die eine vorgängige staatliche Prüfung ermöglicht, wobei allerdings meist wirtschaftliche Gesichtspunkte eine Rolle spielen.³⁰⁹⁵ Gegenstand der Konzession bilden jeweils staatliche Sonderrechte³⁰⁹⁶ und damit Tätigkeiten, die aus rechtlichen, historischen oder faktischen Gründen dem Gemeinwesen vorbehalten sind, weshalb sie grundsätzlich auch nicht in den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit fallen.³⁰⁹⁷

Die Rechtsnatur der Konzession ist umstritten: Kontrovers diskutiert wird die Qualifikation der Konzession als mitwirkungsbedürftige Verfügung oder als verwaltungsrechtlicher Vertrag.³⁰⁹⁸ Das Bundesgericht hatte die Konzession in der Vergangenheit wiederholt als hoheitlichen Akt mit vertragsähnlichen Elementen

³⁰⁹⁴ WALDMANN, Konzession, 2 ff. mit einer darauffolgenden, eingehenden Darstellung dieser Merkmale.

³⁰⁹⁵ BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.84. Vgl. zur Abgrenzung zwischen Konzessionen und Bewilligungen WALDMANN, Konzession, 12 ff.; vgl. auch TANQUEREL, Manuel, 1054 ff.

³⁰⁹⁶ WALDMANN, Konzession, 3.

³⁰⁹⁷ Zu Konzessionen und Monopolbildung im Kontext der Wirtschaftsfreiheit vgl. WALDMANN, Konzession, 20 ff.; vgl. auch WALDMANN, Monopole, 83 ff. – Ob und inwieweit die Wirtschaftsfreiheit im Rahmen des Konzessionsverfahrens bzw. des Konzessionsverhältnisses zu beachten ist, ist in der Lehre umstritten (vgl. den Überblick bei WALDMANN, Konzession, 23 ff. m.w.H.; vgl. auch BIAGGINI, Wirtschaftsfreiheit, 244 f.; BIAGGINI BV-Kommentar, Art. 27 N 12; SCHOTT, 41 f.; vgl. eingehend auch D. KUNZ, 71 ff.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 N 44 ff. und N 60 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1255). Die Gerichte haben die Frage bislang offengelassen (vgl. BGE 132 II 485, E. 8.5; 131 II 13, E. 6.4.1; vgl. auch Urteil BVGer, A-4797/2011, 28.2.2012, E. 14).

³⁰⁹⁸ Vgl. zum Ganzen HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2720; vgl. auch TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1262 f., die sich für eine Qualifikation der Konzession als mitwirkungsbedürftige Verfügung aussprechen. Für eine eingehende Übersicht über die Lehrmeinungen und die Rechtsprechung sowie die Auswirkungen einer Beurteilung vgl. WALDMANN, Konzession, 17 ff.

umschrieben.³⁰⁹⁹ In der Zwischenzeit tendiert es allerdings dazu, sie als «gemischten Akt» zu qualifizieren, und differenziert zwischen Verfügungsmässigen und vertraglich begründeten Teilen der Konzession,³¹⁰⁰ ein Ansatz, der inzwischen auch in der Lehre angekommen ist.³¹⁰¹

- 1032 Es werden verschiedene Arten von Konzessionen unterschieden, wobei im Vordergrund der vorliegenden Untersuchung die *Monopolkonzessionen* bzw. ihre Unterkategorien stehen, die das Recht zur Ausübung einer bestimmten monopolisierten Tätigkeit übertragen.³¹⁰² Solche Konzessionssysteme bedürfen jeweils einer spezifischen verfassungsrechtlichen Grundlage,³¹⁰³ wie sie bspw. für den Eisenbahnverkehr und die Seilbahnen (Art. 87 BV), den Post- und Fernmeldebereich (Art. 92 BV) sowie den Bereich von Radio und Fernsehen (Art. 93 BV) vorgesehen ist. Auf diesen Bestimmungen gründet eine umfassende Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die jeweiligen Bereiche, die somit auch eine Monopolisierung im Grundsatz zulassen, über die dann die Gesetzgebung unter Beachtung der rechtsstaatlichen Vorgaben³¹⁰⁴ entscheidet. Eine Pflicht zur Einführung eines Monopols lässt sich auf der Grundlage dieser Verfassungsbestimmungen nicht begründen.³¹⁰⁵

³⁰⁹⁹ Vgl. z.B. BGE 109 II 76, E. 2; 96 I 282, E. 4.

³¹⁰⁰ BGE 130 II 18, E. 3.1; Urteil BGer, 1C_450/2021, 8.12.2022, E. 5.7; 2C_399/2017, 28.5.2018, E. 7.6.2; 2C_825/2013, 24.3.2014, E. 2.1; 2C_815/2012, 24.6.2013, E. 2; vgl. ausserdem bereits BGE 95 I 243, E. 4a, sowie 80 I 239, E. 3 (S. 246).

³¹⁰¹ So etwa MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, 256 sowie 260 ff.; DUBEY/ZUFFEREY, N 1421; TANQUEREL, Manuel, N 1047; GRIFFEL, Verwaltungsrecht, N 386.

³¹⁰² Zu den Monopolkonzessionen generell vgl. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1257 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2733; WALDMANN, Konzession, 9; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, 157 ff. Zum Monopolbegriff und zu unterschiedlichen Monopolarten eingehend WALDMANN, Monopole, 76 ff.

³¹⁰³ Das Erfordernis einer Verfassungsermächtigung für Bundesmonopole ergibt sich einerseits gestützt auf Kompetenzgründe (Art. 3 und Art. 42 BV), andererseits aufgrund des Verfassungsvorbehalts für mit Blick auf die Wirtschaftsfreiheit grundsatzwidrige Monopole (Art. 94 Abs. 4 BV). Vgl. dazu WALDMANN, Monopole, 84 f.

³¹⁰⁴ Zu prüfen ist insb., ob ein hinreichendes öffentliches Interesse gegeben ist und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gewahrt bleibt. Ferner ist ein grundsatzwidriges Monopol nur erlaubt, wenn ausnahmsweise vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abgewichen werden darf (vgl. dazu etwa TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1250).

³¹⁰⁵ Vgl. BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.83.

Gestützt auf Art. 90 BV hätte der Bund die rechtliche Möglichkeit, im Bereich der Kernenergie ein Monopol zu errichten sowie ein Konzessionssystem bspw. im Kontext des Betriebs von Kernanlagen einzuführen.³¹⁰⁶ Die Gesetzgebung hat sich jedoch gegen ein Konzessions- und für ein Bewilligungssystem entschieden, wenn auch für eines mit hohen Anforderungen. So sind für den Bau einer Kernanlage heute drei Bewilligungen erforderlich, nämlich eine Rahmenbewilligung,³¹⁰⁷ eine Baubewilligung³¹⁰⁸ sowie eine Betriebsbewilligung.³¹⁰⁹

Anders sieht die Situation etwa im Hinblick auf Art. 106 Abs. 2 BV aus, nach dessen Wortlaut für die Errichtung und den Betrieb von Spielbanken verfassungsrechtlich eine Konzession des Bundes erforderlich ist. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN weisen allerdings darauf hin, dass es sich dabei weder um eine monopolisierte Tätigkeit noch um eine Konstellation der Sondernutzung einer öffentlichen Sache handelt, und qualifizieren das vorgesehene Instrument als wirtschaftspolitische Bewilligung.³¹¹⁰ WALDMANN/WIEDERKEHR statuieren, dass sich der Staat mit dieser Konzessionshoheit v.a. erhöhte Aufsichtskompetenzen gegenüber bestimmten wirtschaftlichen Tätigkeiten sichern, von seinem Monopol hingegen keinen Gebrauch machen möchte, und qualifizieren eine solche «Konzession» als sog. *Aufsichtskonzession*.³¹¹¹ In der Lehre wird diesem Konstrukt allerdings mit Skepsis begegnet: TSCHANNEN/MÜLLER/KERN sehen in der Tatsache, dass der Staat von seinem Monopol keinen Gebrauch machen will, keinen genügenden Grund, um von einer eigenen Konzessionsart auszugehen.³¹¹² 1033

WALDMANN spricht zusätzlich von «Konzessionen des öffentlichen Dienstes»,³¹¹³ 1034 wenn Konzessionen nicht nur verwendet werden, um Ausübungsrechte zu über-

³¹⁰⁶ Vgl. Botschaft Ergänzung BV, BBl 1957 1154 f.; vgl. auch BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 90 N 2; ebenso bereits JAGMETTI in: Kommentar aBV 1874, Art. 24^{quinquies} N 28 m.w.H.

³¹⁰⁷ Art. 12 ff. KEG.

³¹⁰⁸ Art. 15 ff. KEG.

³¹⁰⁹ Art. 19 ff. KEG.

³¹¹⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2719a.

³¹¹¹ WALDMANN/WIEDERKEHR, 2/40. – Vgl. zur Kategorie der Aufsichtskonzessionen auch WALDMANN, Konzession, 4 und 10; GYGI, 196; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, 257; VOISARD, N 183.

³¹¹² TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1256; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2719a i.V.m. N 2718, wonach solche Erscheinungen nicht unter den gebräuchlichen Konzessionsbegriff fallen.

³¹¹³ Vgl. zu diesem Begriff, der wohl auf IMBODEN zurückzuführen ist, POLEDNA, § 1 N 54 m.w.H. (insb. in Fn. 245).

tragen, sondern v.a. auch die *Pflicht*, die anvertrauten öffentlichen Aufgaben tatsächlich wahrzunehmen (sog. Betriebspflicht).³¹¹⁴ Während diese Konzessionsart in der Lehre vielfach als Unterart der Monopolkonzession aufgefasst wird,³¹¹⁵ erscheint dies nach WALDMANN keineswegs zwingend.³¹¹⁶ Typischerweise findet man solche Konzessionen – da ist sich die Lehre einig – im Bereich der Infrastrukturverwaltung, d.h. in Bereichen, in denen das Gemeinwesen für bestimmte Grundversorgungsleistungen eine Gewährleistungsverantwortung (nicht aber eine Erfüllungsverantwortung) trägt (Stichwort: *Service Public*).³¹¹⁷ Von aufsichtsrechtlicher Relevanz ist etwa die (Eisenbahn-)Infrastrukturkonzession,³¹¹⁸ die Grundversorgungskonzession mit Fernmeldedienstleistungen³¹¹⁹ oder auch die Versorgung mit Radio- und Fernsehprogrammen mit einem bestimmten Leistungsauftrag.³¹²⁰

- 1035 Strittig ist in der Lehre, ob die Ausübungspflicht in solchen Fällen die Natur der konzessionierten wirtschaftlichen Tätigkeit und die Stellung der Konzessionäre zu verändern vermag, ob mit der Konzession mit anderen Worten eine Verwaltungsaufgabe übertragen wird, sodass eine Beleihung vorliegt,³¹²¹ oder eine monopolisierte wirtschaftliche Tätigkeit.³¹²² Nach der hier vertretenen Auffassung muss im Einzelfall differenziert werden. Automatisch kommt es auch im Falle der Ver-

³¹¹⁴ WALDMANN, Konzession, 10; vgl. dazu hinten N 1047 ff.

³¹¹⁵ Vgl. so etwa TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1258.

³¹¹⁶ WALDMANN, Konzession, 10 f. (Fn. 44), wonach Konzessionen des öffentlichen Dienstes etwa auch Monopol-, Sondernutzungs- oder auch Aufsichtskonzessionen zum Gegenstand haben können. – Vgl. in diesem Sinne aus der Rechtsprechung z.B. Urteil BGer, 2C_401/2010, 14.12.2012, E. 2.3.3, wo im Rahmen eines Gasversorgungsvertrages eine Sondernutzungskonzession mit dem Versorgungsauftrag verknüpft wurde.

³¹¹⁷ WALDMANN, Konzession, 11; WALDMANN, Monopole, 81 f.; WALDMANN/WIEDERKEHR, 2/40 (S. 62 f.); TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1258; vgl. auch MOOR/BELLANGER TANQUEREREL, 254 ff. und insb. 256 f. zur «*concession de service public*». Vgl. zum sog. Gewährleistungsstaat vorne N 367 ff.

³¹¹⁸ Art. 5 EBG.

³¹¹⁹ Art. 14 ff. FMG.

³¹²⁰ Art. 23 ff. (Konzession der SRG), Art. 38 ff. (Konzessionen mit Leistungsauftrag und Abgabenteil) und Art. 43 RTVG (Konzessionen mit Leistungsauftrag ohne Abgabenteil).

³¹²¹ Vgl. so etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2735, N 1822 und N 2719; a.A. hingegen TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1259 f.; WALDMANN, Konzession, 14 ff.

³¹²² Vgl. dazu etwa den Überblick bei WALDMANN/WIEDERKEHR, 2/40 (S. 62 f.) m.w.H.; vgl. auch GRIFFEL, Verwaltungsrecht, N 700.

wendung einer Konzession des öffentlichen Dienstes nicht zu einer Beleihung.³¹²³ Der von WALDMANN vertretene Ansatz, zu diesem Zweck insb. zu unterscheiden, ob es sich um eine übertragene Aufgabe handelt, für die der Staat selbst eine Erfüllungsverantwortung oder «nur» eine Gewährleistungsverantwortung hat, erscheint hilfreich, macht es doch Sinn, dass eine Statusänderung erst die Folge sein kann, wenn sämtliche zur Aufgabenerfüllung notwendigen hoheitlichen Befugnisse (inkl. Verfügungskompetenz) auf die Privaten übergehen. Dies ist bei Konzessionären grundsätzlich nicht der Fall, wenn sie im eigenen Namen, auf eigene Rechnung und auf eigenes Risiko auftreten und nicht etwa als «Staatsvertreter» oder «verlängerter Arm der Verwaltung».³¹²⁴ – Von Relevanz ist die Frage für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung v.a. deshalb, weil mit der Beleihung die beleiheten Privaten zu dezentralen Verwaltungsträgern werden, mit sämtlichen damit verbundenen Rechten und Pflichten. Die Konzessionierung ändert den Status der Konzessionäre hingegen nicht;³¹²⁵ sie bleiben private Akteure der Wirtschaft im Sinne dieser Untersuchung.

2. Konzessionsvoraussetzungen

In den Aufsichtsgesetzen werden regelmässig Kataloge mit Konzessionsvoraussetzungen vorgesehen, die je nach Fachbereich unterschiedliche materielle Vorgaben machen. Zusammengefasst müssen die Konzessionärinnen und Konzessionäre jeweils darlegen, dass sie sowohl fachlich/technisch als auch wirtschaftlich in der Lage sind, die übertragenen Aufgaben wahrzunehmen und gesetzeskonform auszuüben. Exemplarisch lässt sich etwa auf folgende Vorgaben verweisen:

- Art. 8 Abs. 1 BGS lässt sich entnehmen, dass bei der Konzessionsvergabe an Spielbanken insb. sichergestellt werden soll, dass sich die Spielbank selber wirtschaftlich tragen kann und die dafür zur Verfügung stehenden Mittel rechtmässiger Herkunft sind sowie dass diejenigen Personen, die mit ihr in Verbindung stehen, einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten. Zudem müssen Spielbanken auch über ein sog. Sozialkonzept verfügen, worin sie aufzeigen, welche Massnahmen sie zum Schutz der Spielerinnen und Spieler v.a. vor Spielsucht vorsehen. So kann nach dieser Bestimmung eine Konzession erteilt werden, wenn:

³¹²³ Sich ebenfalls für einen differenzierten Ansatz aussprechend TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1259 f.

³¹²⁴ WALDMANN, Konzession, 15 f. m.w.H.; vgl. auch D. KUNZ, 28; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, 259; POLEDNA, § 1 N 54.

³¹²⁵ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1259; vgl. eingehend auch WALDMANN, Konzession, 14 ff.

- «a. die Gesuchstellerin:
 - 1. eine Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht ist und deren Aktienkapital in Namenaktien aufgeteilt ist,
 - 2. ein Sicherheitskonzept und ein Sozialkonzept vorlegt,
 - 3. Wirtschaftlichkeitsberechnungen vorlegt, aus denen glaubwürdig hervorgeht, dass die Spielbank wirtschaftlich überlebensfähig ist,
 - 4. die Massnahmen darlegt, wie die Voraussetzungen für die ordnungsgemässe Veranlagung der Spielbankenabgabe geschaffen werden, und
 - 5. in einem Bericht den volkswirtschaftlichen Nutzen der Spielbank für die Standortregion darlegt;
- b. die Gesuchstellerin und deren wichtigste Geschäftspartnerinnen und Geschäftspartner sowie die an ihnen wirtschaftlich Berechtigten sowie die Inhaberinnen und Inhaber von Anteilen und die an ihnen wirtschaftlich Berechtigten:
 - 1. einen guten Ruf geniessen, und
 - 2. Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit und eine unabhängige Geschäftsführung bieten;
- c. die Gesuchstellerin und die Inhaberinnen und Inhaber von Anteilen und die an ihnen wirtschaftlich Berechtigten und, auf Verlangen der Eidgenössischen Spielbankenkommission (ESBK), die wichtigsten Geschäftspartnerinnen und Geschäftspartner über genügend Eigenmittel verfügen und die rechtmässige Herkunft der zur Verfügung stehenden Geldmittel nachweisen;
- d. die Statuten, die Aufbau- und die Ablauforganisation und die vertraglichen Bindungen Gewähr für eine einwandfreie und unabhängige Führung der Geschäfte der Spielbank bieten; und
- e. Standortkanton und Standortgemeinde den Betrieb einer Spielbank befürworten.»

1038 – Im Rundfunkbereich werden Konzessionen mit Leistungsauftrag an Anbieter und Anbieterinnen gemäss Art. 44 RTVG erteilt,

«¹ (...) wenn der Bewerber

- a. in der Lage ist, den Leistungsauftrag zu erfüllen;
- b. glaubhaft darlegt, dass er die erforderlichen Investitionen und den Betrieb finanzieren kann;

- c. der Konzessionsbehörde darlegt, wer über die wesentlichen Teile seines Kapitals verfügt und wer ihm im wesentlichen Umfang finanzielle Mittel zur Verfügung stellt;
- d. Gewähr bietet, dass er die arbeitsrechtlichen Vorschriften und die Arbeitsbedingungen der Branche, das anwendbare Recht und namentlich die mit der Konzession verbundenen Pflichten und Auflagen einhält;
- e. die redaktionelle Tätigkeit von den wirtschaftlichen Aktivitäten trennt;
- f. eine natürliche Person mit Wohnsitz in der Schweiz oder eine juristische Person mit Sitz in der Schweiz ist;
- g. (...)

² Soweit keine internationalen Verpflichtungen entgegenstehen, kann einer ausländisch beherrschten juristischen Person, einer inländischen juristischen Person mit Ausländerbeteiligung oder einer natürlichen Person ohne Schweizer Bürgerrecht die Konzession verweigert werden, falls der entsprechende ausländische Staat nicht in ähnlichem Umfang Gegenrecht gewährt.

³ Ein Veranstalter beziehungsweise das Unternehmen, dem er gehört, kann maximal zwei Fernseh-Konzessionen und zwei Radio-Konzessionen erwerben. Der Bundesrat kann Ausnahmen für die Einführung neuer Verbreitungstechnologien vorsehen.»

- Im Fernmeldebereich muss jeweils nachgewiesen werden, dass die für die Konzessionsausübung notwendigen technischen Fähigkeiten vorliegen.³¹²⁶ 1039
Ferner muss Gewähr dafür geboten werden, dass das anwendbare Recht, namentlich das FMG und seine Ausführungsbestimmungen, die Vorgaben der Konzession selber sowie (im Kontext von Funkkonzessionen) das RTVG eingehalten werden.³¹²⁷ Für den Erwerb einer Grundversorgungskonzession ist ferner glaubhaft darzulegen, «dass das Dienstleistungsangebot, insbesondere in finanzieller Hinsicht, und der Betrieb während der ganzen Konzessionsdauer sichergestellt sind, und ausweisen, welche finanzielle Abgeltung (...) dafür beansprucht wird».³¹²⁸

³¹²⁶ Vgl. Art. 15 lit. a FMG (Grundversorgungskonzession) sowie Art. 23 Abs. 1 lit. a FMG (Funkkonzession).

³¹²⁷ Art. 15 lit. c (Grundversorgungskonzession) sowie Art. 23 Abs. 1 lit. b FMG (Funkkonzession). Gemäss Art. 15 lit. d müssen ausserdem diejenigen, die eine Grundversorgungskonzession erwerben möchten, «dafür Gewähr bieten, dass [sie] die arbeitsrechtlichen Vorschriften [einhalten] und die Arbeitsbedingungen der Branche [gewährleisten]».

³¹²⁸ Art. 15 lit. b FMG.

3. Kein Rechtsanspruch auf Konzessionserteilung

- 1040 Im Gegensatz zu den Verfahren auf Erteilung einer Polizeibewilligung besteht grundsätzlich kein Rechtsanspruch auf Erteilung einer Konzession.³¹²⁹ Meist sind die durch Konzession übertragbaren Rechte quantitativ begrenzt oder können nur von einer geringen Zahl von Konzessionärinnen wirtschaftlich sinnvoll genutzt werden, weshalb die Konzessionsbehörde i.d.R. eine Auswahl unter den Gesuchstellern treffen muss.

Zu Illustrationszwecken lässt sich auf Bestimmungen im FMG verweisen. So heisst es in Art. 23 Abs. 3 FMG, «[e]ine Funkkonzession wird nur erteilt, wenn gestützt auf den nationalen Frequenzzuweisungsplan genügend Frequenzen zur Verfügung stehen». Art. 22a Abs. 2 FMG sieht zudem vor, dass für die Erteilung einer Funkkonzession i.d.R. eine öffentliche Ausschreibung durchgeführt wird, wenn voraussichtlich nicht genügend Frequenzen zur Verfügung stehen. Die Kompetenz dazu kommt i.d.R. der ComCom zu.³¹³⁰

- 1041 Wie aufgezeigt wurde, umschreiben die Spezialgesetze die Voraussetzungen der Konzessionserteilung jeweils in allgemeiner Weise und stellen den Entscheid über die Konzessionserteilung meist innerhalb dieses Rahmens ins Ermessen der rechtsanwendenden Behörden.³¹³¹ Das Gesetz schreibt jedoch zuweilen auch bestimmte Kriterien für die Verleihung vor.

Nach Art. 45 Abs. 3 RTVG soll z.B. im Falle mehrerer Bewerbungen derjenige Bewerber bevorzugt werden, «der am besten in der Lage ist, den Leistungsauftrag zu erfüllen. Sind mehrere Bewerbungen unter diesem Gesichtspunkt weitgehend gleichwertig, so wird jener Bewerber bevorzugt, der die Meinungs- und Angebotsvielfalt am meisten bereichert.»

- 1042 Auch ohne Rechtsanspruch auf Konzessionserteilung haben die Gesuchsteller Anspruch darauf, dass die Konzessionsbehörden ihr Ermessen pflichtgemäss, d.h. verfassungs- und gesetzeskonform ausüben.³¹³² Die Verwaltungsgerichte üben

³¹²⁹ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1264 f.; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2725; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 N 39.

³¹³⁰ Vgl. Art. 22a Abs. 1 und 2 FMG. Nach Abs. 3 dieser Bestimmung kann die ComCom «die Kompetenz zur Erteilung von Funkkonzessionen, für die keine Knappheit nach Absatz 2 besteht oder droht, im Einzelfall oder generell für ganze Frequenzbänder dem BAKOM übertragen».

³¹³¹ Vgl. zu diesem Mechanismus etwa auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2725; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1264; vgl. zu den geeigneten Vergabemethoden eingehend D. KUNZ, 210 ff. – Aus der Rechtsprechung dazu: BVGE 2008/43, E. 5.1.

³¹³² So etwa BVGE 2008/43, E. 5.1; Urteil BVGer, A-7801/2008, 7.12.2009, E. 5.1; vgl. auch BGE 142 I 99, E. 2.4.4.

allerdings Zurückhaltung bei ihrer Überprüfung und greifen nicht leichthin in Ermessensentscheide der Vorinstanzen ein, wenn diese über einen besonderen Sachverstand verfügen und ausserdem auf einen gewissen Handlungsspielraum angewiesen sind. Dies hat verfahrensrechtlich zur Folge, dass Verfügungen über gewisse Konzessionen von den Verwaltungsgerichten nur beschränkt³¹³³ oder gar nicht überprüft werden können.³¹³⁴ Möglich ist jedoch z.B. die gerichtliche Überprüfung, ob eine Konzession unzulässige Auflagen enthält.³¹³⁵

4. Folgen der Konzessionserteilung

Mit der Konzessionserteilung werden die Konzessionärinnen und Konzessionäre 1043
berechtigt, eine bestimmte, eigentlich dem Gemeinwesen vorbehaltene Tätigkeit
aufzunehmen.³¹³⁶

Nicht ausgeschlossen ist allerdings, dass zusätzlich noch weitere Bewilligungen erforderlich sein können, bevor dieses Recht effektiv ausgeübt werden darf.³¹³⁷ Nach Art. 16 Abs. 1 BGS z.B. braucht die Konzessionärin für jedes Spielbankenspiel, das sie durchführt, eine Bewilligung der ESBK; für sog. Grossspiele ist nach Art. 21 und Art. 24 BGS gar eine Veranstalter- sowie eine Spielbewilligung der interkantonalen Behörde Pflicht.

Die Erteilung der Konzession vermittelt den Konzessionärinnen und Konzessionären nach traditioneller Auffassung eine besonders beständige Rechtsposition 1044
in Form eines wohlerworbenen Rechts, das grundsätzlich unter dem Schutz der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) bzw. dem Vertrauensschutz (Art. 9 BV) steht und nicht entschädigungslos aufgehoben, eingeschränkt oder entzogen werden darf.³¹³⁸ Spezialgesetzlich fällt in diesem Zusammenhang bspw. Art. 24e Abs. 2

³¹³³ Dazu hinten N 1587 ff. und insb. N 1595 sowie N 1600 m.w.H.

³¹³⁴ Vgl. etwa Art. 32 Abs. 1 lit. f und h VGG, wonach Beschwerden an das Bundesverwaltungsgericht gegen «Verfügungen über die Erteilung oder Ausdehnung von Infrastrukturkonzessionen für Eisenbahnen» sowie «Verfügungen über die Erteilung von Konzessionen für Spielbanken» nicht zugelassen sind; vgl. dazu auch hinten N 1550.

³¹³⁵ Vgl. zum Ganzen HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2731 f. m.w.H.; vgl. auch MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, 265 ff.

³¹³⁶ Dazu vorne N 980 f. und N 1030.

³¹³⁷ Exemplarisch zur Gliederung der Beurteilung eines Vorhabens in unterschiedliche Verfahrensstufen etwa auch BGE 140 II 262, E. 4.3.

³¹³⁸ WALDMANN, Konzession, 6 f.; WALDMANN/WIEDERKEHR, 2/46; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1282 ff. und insb. N 1284 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2721 f. und N 2738; vgl. auch VALLENDER/HETTICH, SG-Kommentar BV, Art. 26 N 21 f.; KRADOLFER, SG-Kommentar BV, Art. 9 N 140 ff. – Einige Stimmen in der Lehre plä-

FMG ins Auge, wonach die Konzessionärin angemessen entschädigt wird, wenn die übertragenen Rechte widerrufen oder wesentlich geschmälert werden.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind allerdings nur diejenigen Rechte (gegenüber Eingriffen in ihre Substanz³¹³⁹) so geschützt, «die aufgrund freier Vereinbarung der Parteien entstanden und als wesentlicher Bestandteil der erteilten Konzession zu betrachten sind, weil der Bewerber sich ohne sie über die Annahme der Verleihung gar nicht hätte schlüssig werden können».³¹⁴⁰

- 1045 Die Bestimmung der als wohlerworben geltenden Rechte wirkt allerdings im Einzelfall regelmässig Fragen auf, ebenso die Abgrenzung zwischen entschädigungslos hinzunehmenden und entschädigungspflichtigen Eingriffen.³¹⁴¹ Zusätzlich verbindet die Spezialgesetzgebung mit der Konzessionserteilung oftmals die Einräumung weiterer Rechte.

Gemäss Art. 3 Abs. 1 EBG steht Eisenbahnunternehmen mit einer Infrastrukturkonzession grundsätzlich auch das Enteignungsrecht zu.³¹⁴² Auch Fernmeldeanbieterinnen muss es möglich sein, für Bau und Betrieb der benötigten Einrichtungen, wie insb. Leitungen, Grund und Boden zu beanspruchen. Vor diesem Hintergrund verpflichtet Art. 35 Abs. 1 FMG «[d]ie Eigentümerinnen und Eigentümer von Boden im Gemeingebrauch (wie Strassen, Fusswege, öffentliche Plätze, Flüsse, Seen sowie Ufer) (...), den Anbieterinnen von Fernmeldediensten die Benutzung dieses Bodens (...) zu bewilligen, sofern diese Einrichtungen den Gemeingebrauch nicht beeinträchtigen».

dieren jedoch dafür, die «überkommene Dogmatik» der wohlerworbenen Rechte nicht mehr länger neben dem Prinzip des Vertrauensschutzes aufrechtzuerhalten. So etwa GRIFFEL, Verwaltungsrecht, N 394; MOOR/POLTIER, 25.

³¹³⁹ BGE 139 II 28, E. 2.7.2; vgl. auch Urteil BGer, 1C_631/2017, 29.3.2019, E. 2.2.

³¹⁴⁰ BGE 127 II 69, E. 5a.

³¹⁴¹ Das Bundesgericht hielt in BGE 127 II 69 (E. 5a) dazu fest, dass als wohlerworben jene Rechte gälten, «die aufgrund freier Vereinbarung der Parteien entstanden und als wesentlicher Bestandteil der erteilten Konzession zu betrachten sind, weil der Bewerber sich ohne sie über die Annahme der Verleihung gar nicht hätte schlüssig werden können (...). In die Substanz von auf diese Weise begründeten Rechten darf gestützt auf spätere Gesetze regelmässig nicht, jedenfalls nicht ohne Entschädigung, eingegriffen werden.» Damit wurden aber längst nicht alle Fragen geklärt. Vgl. kritisch dazu insb. HETTICH/BÜHLER, 114 ff.; POLEDNA, N 170, der sich insb. dafür ausspricht, die Vertrauensschutzwirkung der Verfügungsanteile einer Konzession zu beachten; vgl. auch WALDMANN, Konzession, 7 m.w.H. zu Lehre und Rechtsprechung.

³¹⁴² Das Enteignungsverfahren kommt allerdings nach Art. 3 Abs. 2 EBG erst zur Anwendung, wenn die Bemühungen um einen freihändigen Erwerb der erforderlichen Rechte oder um eine Landumlegung nicht zum Ziel führen.

Konzessionen werden für eine bestimmte Zeit erteilt,³¹⁴³ entsprechend endet das 1046
Konzessionsverhältnis nach Ablauf der Konzessionsdauer.³¹⁴⁴ Zudem kann das
Gemeinwesen Konzessionen veränderten tatsächlichen oder rechtlichen Verhält-
nissen anpassen, die Konzession widerrufen, das verliehene Recht zurückkaufen
bzw. den Konzessionär enteignen. In solchen Fällen sind die Konzessionäre voll-
umfänglich zu entschädigen, insb. dann, wenn mit der Konzessionierung wohl-
erworbene Rechte begründet wurden, in deren Substanz nun eingegriffen wird.³¹⁴⁵

Wie gesehen, werden mit Konzessionen vielfach auch *Pflichten* übertragen, die 1047
anvertrauten öffentlichen Aufgaben tatsächlich wahrzunehmen (sog. Betriebs-
pflichten).³¹⁴⁶ Solche Fälle von «Konzessionen des öffentlichen Dienstes»³¹⁴⁷ ha-
ben unterschiedliche gesetzliche Konkretisierungen erfahren:

- So sind z.B. mit der Eisenbahn-Infrastrukturkonzession gemäss Art. 5 Abs. 2 1048
EBG Bau- und Betriebspflichten verbunden. Der Betrieb der Eisenbahninfra-
struktur umfasst nach Art. 5 Abs. 3 EBG die Einrichtung und den Unterhalt der
Anlagen sowie die Führung der Stromversorgungs-, Betriebsleit- und Sicher-
heitssysteme.
- Auch die Konzessionen zur Veranstaltung von Radio- und Fernsehprogram- 1049
men nach Art. 3 lit. b RTVG gehören zur Kategorie der Konzession des öffent-
lichen Dienstes, zumal sie mit spezifischen Programmpflichten einhergehen.
Zu denken ist z.B. an den Programmauftrag der SRG gemäss Art. 24 RTVG
sowie an die Konzessionen mit Leistungsaufträgen (mit oder ohne Abgaben-
anteil) gemäss Art. 38 ff. und Art. 43 RTVG.
- Ebenso ist die Konzession zur Grundversorgung mit Fernmeldediensten (sog. 1050
Grundversorgungskonzession) nach Art. 14 Abs. 2 FMG mit der Auflage ver-
bunden, im Konzessionsgebiet alle oder bestimmte Dienste der Grundversor-
gung allen Bevölkerungskreisen anzubieten.

³¹⁴³ So ausdrücklich Art. 12 BGS; Art. 24c FMG; Art. 46 Abs. 1 RTVG.

³¹⁴⁴ So ausdrücklich Art. 46 Abs. 2 RTVG. – Vgl. aus der Lehre dazu etwa TSCHANNEN/
MÜLLER/KERN, N 1269 f. sowie N 1277; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2747 f.

³¹⁴⁵ Dazu soeben N 1044 m.w.H.; vgl. aus der Lehre etwa TSCHANNEN/MÜLLER/KERN,
N 1278 ff. und N 1282 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, insb. N 1244. Zum Entzug
von Konzessionen als Aufsichtsmaßnahme vgl. hinten N 1231 ff.

³¹⁴⁶ Dazu vorne N 1034 f.

³¹⁴⁷ Dazu vorne N 1034.

- 1051 Zudem sind die Konzessionärinnen und Konzessionäre regelmässig gehalten, eine Konzessionsgebühr oder -abgabe zu entrichten, wobei unterschiedliche Bezeichnungen verbreitet sind.³¹⁴⁸
- 1052 Insgesamt zeichnet sich in vielen Infrastrukturbereichen eine veränderte Bedeutung der Konzessionen ab. Nicht zuletzt aufgrund verstärkter Liberalisierungstendenzen verleihen Konzessionen oftmals nicht mehr die privilegierte Stellung, die ihr von der Dogmatik traditionellerweise zugeschrieben wurde; in ursprünglich monopolisierten Tätigkeitsbereichen des Gemeinwesens – wie in den Bereichen von Telekommunikation, Post, Elektrizität, Rundfunk sowie Verkehr – sind immer häufiger mehrere private Akteure tätig, die damit auch miteinander im Wettbewerb stehen.³¹⁴⁹
- So sieht bspw. das FMG Grundversorgungs- (Art. 14 FMG) und Funkkonzessionen (Art. 22a FMG) vor. Nach Art. 4 FMG besteht darüber hinaus aber keine allgemeine Konzessionspflicht mehr, sondern lediglich eine Meldepflicht für Fernmeldediensteanbieter, womit grundsätzlich jedes Unternehmen zum Markt zugelassen wird.³¹⁵⁰
- 1053 Das öffentliche Interesse an der tatsächlichen Ausübung einer Konzession sinkt angesichts zahlreicher Marktteilnehmer; die Gesetzgebung beschränkt sich zunehmend auf die Sicherstellung der Grundversorgung.³¹⁵¹ Ferner wird die Wohlerworbeneheit der mit einer Konzession eingeräumten Rechte in der Tendenz zunehmend eng gefasst.³¹⁵² Weil die Konzession in den liberalisierten Infrastrukturbereichen insgesamt nicht mehr die privilegierte Stellung einräumt, die ihr dogmatisch zugedacht wurde, lässt sich eine zunehmende Annäherung der verwaltungsrechtlichen Instrumente der Konzession und Bewilligung beobachten.³¹⁵³ Vor diesem

³¹⁴⁸ Vgl. dazu etwa Art. 39 FMG oder Art. 100 Abs. 1 lit. a RTVG. Die Konzessionsgebühren sind jeweils von den Aufsichtsgebühren und -abgaben (dazu vorne N 739 ff. sowie N 889 ff.) zu unterscheiden. Ihre Bedeutung hat sich im Laufe der Zeit jedoch gewandelt und die Gesetzgebung sieht auch neue Abgabenarten wie z.B. Grundversorgungsabgaben vor, die von allen Anbietern zu entrichten sind mit dem Ziel, die rechtliche Rahmenordnung möglichst wettbewerbsneutral auszugestalten. Vgl. zum Ganzen KARLEN, Konzessionsabgaben, 80 f.

³¹⁴⁹ HETTICH/BÜHLER, 107 ff.

³¹⁵⁰ Dies entspricht denn auch dem europäischen System der Allgemeingenehmigung. Vgl. dazu etwa HETTICH/BÜHLER, 107 f.

³¹⁵¹ *Ebd.*, 111.

³¹⁵² Vgl. zu dieser Entwicklung *ebd.*, 114 ff.

³¹⁵³ *Ebd.*, 106 ff.; vgl. auch HÄNER, Verhaltenssteuerung, 36, die gewisse Konzessionen im Infrastrukturbereich denn auch mehr als «Bewilligungen zur Erfüllung der Service public Leistungen» denn als «eigentliche Konzessionen» bezeichnet.

Hintergrund wurde etwa von HETTICH/BÜHLER die Frage aufgeworfen, ob Konzessionen überhaupt noch angemessene verwaltungsrechtliche Instrumente in Infrastrukturbereichen seien.³¹⁵⁴ Ohne diese Frage im Folgenden weiter zu vertiefen, scheint für die Zwecke dieser Untersuchung die damit verbundene Aufforderung interessant, die konkreten Konzessionsbedingungen im Einzelfall differenziert zu betrachten, insb. im Hinblick auf das sich mit Privatisierung und Liberalisierung in vielen Bereichen gewandelte Verhältnis zwischen staatlichen Konzessions- und Aufsichtsbehörden einerseits und den privaten Akteuren andererseits.³¹⁵⁵

5. Verhältnis zwischen Konzessionserteilung und Aufsicht

5.1 Begründung eines Aufsichtsrechtsverhältnisses

Die Begründung eines Konzessionsverhältnisses führt auch zu einer staatlichen Aufsicht über die konzessionierte Tätigkeit: Die Einhaltung der Konzessionsbedingungen, namentlich auch die Erfüllung der Pflichten der Konzessionäre, untersteht der laufenden Aufsichtsausübung.³¹⁵⁶

In der Regel wachen die Konzessionsbehörden als Aufsichtsbehörden darüber, dass ihre Vorgaben eingehalten werden.

Über entsprechende Kompetenzen verfügt etwas das BAKOM im Fernmeldebereich.³¹⁵⁷ Wenn die Konzession von der ComCom erteilt wurde, trifft hingegen die ComCom auf Antrag des BAKOM die erforderlichen Massnahmen.³¹⁵⁸

Manchmal werden Konzessionserteilungs- und Aufsichtskompetenzen aber auch getrennt und unterschiedlichen Behörden übertragen.

So ist z.B. die ESBK als Aufsichtsbehörde nach Art. 15 Abs. 1 lit. a BGS zuständig, eine Konzession zu entziehen, wenn wesentliche Voraussetzungen zu ihrer Erteilung nicht mehr erfüllt sind, während gemäss Art. 11 BGS der Bundesrat über die Erteilung der Konzession entscheidet.

³¹⁵⁴ HETTICH/BÜHLER, 105 und 120 ff.; vgl. allerdings z.B. auch TANQUEREL, Manuel, N 1078 ff., der solche Schlussfolgerungen nicht teilt, insb. angesichts der etablierten Tradition und Verankerung der Konzessionen im geltenden Recht.

³¹⁵⁵ Dazu auch vorne N 367 ff.

³¹⁵⁶ Vgl. so auch grundsätzlich TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1274; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2743; DUBEY/ZUFFEREY, N 1413; dazu auch vorne N 972. – Entsprechendes gilt für die Bewilligungserteilung: vgl. dazu vorne N 1016 f.

³¹⁵⁷ Vgl. Art. 58 Abs. 1 FMG; dazu auch vorne N 593.

³¹⁵⁸ Art. 58 Abs. 4 FMG; dazu vorne N 593 f., auch zum Verhältnis zwischen BAKOM und ComCom.

Auch die Konzession der SRG wird vom Bundesrat erteilt.³¹⁵⁹ Im Übrigen amtet aber das UVEK als zuständige Konzessionsbehörde im Rundfunkbereich,³¹⁶⁰ während Aufsichtsaufgaben vom BAKOM und von der UBI übernommen werden.³¹⁶¹

5.2 Konzessionsinhalte beeinflussen den Aufsichtsmasstab

- 1057 Die Verknüpfung von Konzessionen mit staatlichen Aufsichtsmechanismen wirkt sich regelmässig auf den Inhalt und Umfang der Aufsichtsausübung aus. Die Tätigkeit von Konzessionären wird nicht mehr «lediglich» im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit den gesetzlichen Vorgaben geprüft, sondern zusätzlich auch unter Berücksichtigung der Konzessionsinhalte.³¹⁶²

Nach Art. 58 Abs. 1 FMG z.B. wacht das Bundesamt darüber, «dass das internationale Fernmelderecht, dieses Gesetz, die Ausführungsvorschriften und die Konzessionen eingehalten werden».³¹⁶³ Art. 86 Abs. 1 RTVG hat einen entsprechenden Wortlaut,³¹⁶⁴ und auch Art. 12 EBG bringt dies deutlich zum Ausdruck, wenn festgehalten wird, dass das BAV befugt ist, «Beschlüsse und Anordnungen von Organen oder Dienststellen des Eisenbahnunternehmens aufzuheben oder ihre Durchführung zu verhindern, wenn sie gegen dieses Gesetz, die Konzession oder internationale Vereinbarungen verstossen oder wichtige Landesinteressen verletzen».

- 1058 BIAGGINI gibt zu bedenken, dass es aufgrund der mit Konzessionssystemen erhöhten Markteintrittshürden denkbar sei, dass die nachgelagerte Aufsicht (im Sinne einer Marktüberwachung) u.U. weniger intensiv ausfalle als bei einem Bewilligungssystem.³¹⁶⁵ Massgeblich sind jedenfalls die zu beachtenden Vorgaben im konkreten Einzelfall. Durchaus vergleichbar mit dem Instrument der Bewilligung wirken sich somit auch Konzessionen «rechtsgestaltend» aus. Die Behörden erhalten mit ihnen ein Instrument, um die Rechte und Pflichten der Konzessionäre näher festzulegen, die wiederum auch Gegenstand ihrer eigenen Aufsicht sind.³¹⁶⁶

³¹⁵⁹ Art. 25 Abs. 1 RTVG.

³¹⁶⁰ Art. 45 Abs. 1 RTVG.

³¹⁶¹ Art. 86 Abs. 1 RTVG.

³¹⁶² Auch die Bewilligungsvorgaben beeinflussen den Aufsichtsmasstab: vgl. dazu vorne N 1026 ff.

³¹⁶³ Eigene Hervorhebung.

³¹⁶⁴ Die Bestimmung ist vorne abgedruckt in N 140.

³¹⁶⁵ BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.51.

³¹⁶⁶ Vgl. dazu vorne N 1029 (zur Wirkung von Bewilligungen).

III. Instrumente der laufenden Aufsicht

A. Vorbemerkungen

Wie bereits ausgeführt wurde, lassen sich zwei Hauptfunktionen der Aufsichtstätigkeit unterscheiden: die Beobachtung einerseits sowie die Berichtigung andererseits.³¹⁶⁷ Während mit der Beobachtungsfunktion die Überwachung des rechtmässigen Verhaltens der Aufsichtsadressaten gemeint ist, bezieht sich die Berichtigungsfunktion auf die nachträgliche Korrektur fehlerhaften Verhaltens. Dabei ist die erste Funktion Voraussetzung für die zweite; eine Berichtigung bedingt jeweils eine vorgängige Wahrnehmung und Prüfung des Einzelfalls. Je nach Ausgang einer solchen Prüfung ist eine Berichtigung hingegen nicht immer zwingend notwendig.³¹⁶⁸ Gleichzeitig wird aber v.a. die Anordnung derjenigen Aufsichts-massnahmen als «Aufsichtsausübung» wahrgenommen, die «berichtigend» zum Zwecke der Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes in die Rechtspositionen der Beaufsichtigten eingreifen. – In diesem Kapitel werden beide Aufsichtsfunktionen einer näheren Untersuchung zugeführt, wobei der vorliegende Abschnitt den Fokus auf die «laufende Aufsicht» legt und damit auf diejenige Phase der Aufsicht, die auf die («beobachtende») Einholung von Informationen gerichtet ist.

Im Vordergrund stehen somit die «Erkundigungsmittel»³¹⁶⁹ der Aufsicht, zwecks Beschaffung und anschliessender Bewertung³¹⁷⁰ derjenigen Informationen, die die Aufsichtsbehörden benötigen, um ihren Aufsichtsaufgaben nachkommen zu können.³¹⁷¹ Die Informationsbeschaffung im Rahmen der laufenden Aufsicht ist kein Selbstzweck. Sie erfolgt vielmehr jeweils im Hinblick auf die Fragestellung, ob Beaufsichtigte gegen die anwendbaren Normen verstossen haben oder nicht, ob also rechtswidrige Zustände drohen oder bereits vorliegen, die ein behördliches Einschreiten im spezifischen Einzelfall erforderlich machen.³¹⁷² Insofern kommt der laufenden Aufsicht eine «Triage»-Funktion zu.

³¹⁶⁷ Dazu vorne N 104 ff.

³¹⁶⁸ Dazu vorne N 114 und N 975.

³¹⁶⁹ TRIEPEL, 113; dazu vorne N 106.

³¹⁷⁰ So auch BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.64.

³¹⁷¹ Dazu vorne N 105 ff.

³¹⁷² Vgl. auch DIEBOLD/RÜTSCHKE/KELLER, 50; vgl. auch HÄNER, Verfahrensrechtliche Aspekte, 94.

- 1061 Dabei lassen sich unterschiedliche Stufen und Ausrichtungen der laufenden Aufsichtsinstrumente unterscheiden, die auch dem Aufbau der folgenden Ausführungen zugrunde liegen werden: (i) Zum einen werden in zahlreichen Aufsichtsgesetzen periodische Prüfungen vorgesehen insb. mit dem Ziel der Sicherstellung einer Art «Grundstock» aufsichtsrechtlich relevanter Informationen aufseiten der Behörden.³¹⁷³ (ii) Auch die Marktbeobachtung dient einer laufenden Informationsbeschaffung und ist meist noch nicht auf ein bestimmtes Thema ausgerichtet.³¹⁷⁴ (iii) Demgegenüber dienen Vorabklärungen der genaueren Überprüfung, ob aufsichtsrelevante Rechtsverletzungen oder Missstände vorliegen, die ein behördliches Einschreiten erforderlich machen.³¹⁷⁵ (iv) Werden solche Rechtsverletzungen/Missstände bejaht, werden aufsichtsrechtliche Untersuchungen eingeleitet. Es ist ab diesem Stadium, dass auch ein verwaltungsrechtliches Verfahren eröffnet wird.³¹⁷⁶
- 1062 Die behördlichen Abklärungen fangen somit meist an, bevor ein eigentliches Verwaltungsverfahren eröffnet wurde. Besteht ein Verdacht auf eine Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen, sind die Aufsichtsbehörden vielfach befugt, näher abzuklären, ob weitere Verfahrensschritte nötig sind und überhaupt ein verwaltungsrechtliches Verfahren zu eröffnen ist oder nicht.³¹⁷⁷ Die Behörden bedienen sich vor der Verfahrenseröffnung regelmässig informeller Verwaltungshandlungen.³¹⁷⁸ Entscheidet sich eine Aufsichtsbehörde dann für die Eröffnung eines Verfahrens, stehen ihr zahlreiche Informations-, Einsichts- und Untersuchungsrechte zur Verfügung;³¹⁷⁹ oftmals verlaufen die Übergänge auch fließend.³¹⁸⁰ Ausserdem sind die Beaufsichtigten regelmässig zur grundsätzlichen Mitwirkung verpflichtet.³¹⁸¹ Es ist auf der Grundlage der Ergebnisse aus den behördlichen Untersuchungen, dass eine Entscheidung über die Anordnung allfälliger aufsichtsrechtlicher Durchsetzungsmassnahmen gefällt wird.³¹⁸²

³¹⁷³ Dazu sogleich N 1063 ff.

³¹⁷⁴ Dazu hinten N 1079 ff.

³¹⁷⁵ Dazu hinten N 1087 ff.

³¹⁷⁶ Zur Verfahrenseröffnung vgl. hinten N 1470 ff.

³¹⁷⁷ Vgl. in diesem Sinne auch die Differenzierung, die in Art. 25 RVOV zur Kontrolle «als Instrumente der Aufsicht» vorgenommen wird.

³¹⁷⁸ Dazu hinten N 1155 ff.

³¹⁷⁹ Dazu hinten N 1101 ff.; vgl. auch BJ, Gutachten vom 31.1.2005, VPB 70.46, Ziff. 3.2.

³¹⁸⁰ Dazu hinten N 1471 ff.

³¹⁸¹ Dazu hinten N 1127 ff.

³¹⁸² Dazu hinten N 1162 ff.

B. Aufsichtsrechtliche Überwachungs- und Untersuchungsinstrumente

1. Periodische Prüfungen

In zahlreichen Aufsichtsbereichen sind periodische, aufsichtsrelevante Prüfungen (sog. Aufsichtsprüfungen³¹⁸³) vorgesehen, die von den Aufsichtsbehörden bzw. den durch sie beigezogenen «Hilfspersonen»³¹⁸⁴ durchgeführt werden. Im Gegensatz zu Rechnungsprüfungen im Sinne der nach den Grundsätzen der ordentlichen Revision von Revisionsstellen durchgeführten Abschlussprüfungen sind sie jeweils weniger auf eine detaillierte Analyse der den vergangenen (Rechnungs-) Perioden zugrunde liegenden Zahlen ausgerichtet, sondern auf die Einhaltung der aufsichtsrechtlich relevanten Rechtsgrundlagen. Das heisst allerdings nicht, dass nicht auch die Ergebnisse der Rechnungsprüfungen für die Aufsichtsprüfungen von Interesse sein können.³¹⁸⁵ 1063

So dürfen sich Prüfungen von Beaufsichtigten nach Art. 24 Abs. 1 lit. a FINMAG grundsätzlich auch auf Fakten abstützen, die durch die interne Revision der Beaufsichtigten ermittelt wurden,³¹⁸⁶ ebenso wie auf die Resultate der Rechnungsprüfung.³¹⁸⁷ Die Prüfung ist allerdings von der Rechnungsprüfung nach den Grundsätzen der ordentlichen Revision des OR getrennt durchzuführen.³¹⁸⁸ Auch richten sich die Prüfungsgrundsätze nicht nach den internationalen und nationalen Prüfungsstandards für die Rechnungsprüfung, sondern insb. nach dem FINMA-RS 2013/3.³¹⁸⁹ 1064

Vereinzelt ist auch vorgesehen, dass die Aufsichts- oder Konzessionsbehörde die Rechnungen der Beaufsichtigten im Rahmen einer Art Finanzaufsicht jährlich überprüft, wie dies etwa in Art. 42 RTVG der Fall ist. Nach dieser Bestimmung überprüft das BAKOM, ob die finanziellen Mittel

³¹⁸³ Vgl. so aus der Literatur zur Finanzmarktaufsicht SGHB Finanzmarktrecht I-BLUMER/ZIMMERMANN, § 11 N 109 ff.

³¹⁸⁴ Dazu vorne N 719 ff. (zu den privaten Prüfgesellschaften, den sog. Aufsichtsorganisationen sowie den Untersuchungsbeauftragten der FINMA).

³¹⁸⁵ SGHB Finanzmarktrecht I-BLUMER/ZIMMERMANN, § 11 N 114 f.

³¹⁸⁶ So Art. 5 Abs. 3 FINMA-PV. Die Beaufsichtigten sind denn auch nach Art. 13 Abs. 3 FINMA-PV verpflichtet, den Prüfgesellschaften die Berichte ihrer internen Revision rechtzeitig zuzustellen.

³¹⁸⁷ Art. 5 Abs. 4 Satz 2 FINMA-PV.

³¹⁸⁸ Art. 5 Abs. 4 Satz 1 FINMA-PV. Zur allerdings oftmals stattfindenden Koordination zwischen den Aufsichtsprüfungen und der internen Revision vgl. BSK FINMAG-PIFFNER, Art. 24 N 104 ff.

³¹⁸⁹ FINMA-RS 2013/3, N 35.

wirtschaftlich und bestimmungsgemäss verwendet werden. Auch die Kostenrechnung der Betriebe und Eigentümer von Verteil- und Übertragungsnetzen ist für jedes Netz jährlich der ElCom vorzulegen.

- 1065 Als eine Art regelmässig stattfindende «Basisprüfung» soll durch periodisch stattfindende Aufsichtsprüfungen sichergestellt werden, dass die aufsichtsrechtlichen Grundanforderungen eingehalten werden.³¹⁹⁰ Nicht selten knüpfen solche Prüfungen an vonseiten der Beaufsichtigten einzureichende Jahresberichte an.
- 1066 – Entsprechend sind nach Art. 18 Abs. 1 RTVG etwa die Veranstalter schweizerischer Programme grundsätzlich verpflichtet, dem BAKOM den Jahresbericht sowie die Jahresrechnung einzureichen.
- 1067 – Nach Art. 62 Abs. 1 lit. b BVG wacht die Aufsichtsbehörde darüber, dass insb. die Vorsorgeeinrichtungen sowie die Einrichtungen, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dienen, die gesetzlichen Vorschriften einhalten und dass das Vorsorgevermögen zweckgemäss verwendet wird, indem sie von ihr eine jährliche Berichterstattung fordern, namentlich über ihre Geschäftstätigkeit.
- 1068 – Im Bereich des Kernenergierechts sollen jährliche Prüfungen die Sicherheit der Kernanlagen und ihres Betriebs sicherstellen helfen. Nach Art. 24 KEG z.B. müssen Personen, die in Funktionen eingesetzt werden, die für die nukleare Sicherheit und die Sicherung der Kernanlagen wesentlich sind, sich einer periodischen sog. Zuverlässigkeitskontrolle unterziehen. Dem ENSI kommen vereinzelte Kompetenzen in diesem Zusammenhang zu.³¹⁹¹
- 1069 – Gestützt auf Art. 22 Abs. 2 lit. e KEG sowie die konkretisierende Norm in Art. 34 KEV müssen ausserdem die Inhaber von Betriebsbewilligungen für Kernanlagen periodisch – nämlich alle zehn Jahre³¹⁹² – eine umfassende Sicherheitsprüfung des Kernkraftwerks durchführen (sog. periodische Sicherheitsüberprüfung, PSÜ) und dem ENSI einreichen.³¹⁹³ Vorgehen und Umfang der PSÜ sind in der Richtlinie ENSI-A03 des ENSI im Detail geregelt.
- 1070 – Auch die allgemeine Stiftungsaufsicht nach Art. 84 Abs. 2 ZGB basiert auf den von den Stiftungsorganen regelmässig einzureichenden Buchführungs- und Rechnungslegungsunterlagen sowie der Rechnungsprüfung.³¹⁹⁴ Ausserdem verlangt die ESA von den von ihr beaufsichtigten Stiftungen jeweils einen

³¹⁹⁰ Vgl. so etwa SGHB Finanzmarktrecht I-BLUMER/ZIMMERMANN, § 11 N 139; vgl. zum Ganzen auch VOISARD, N 42 ff.

³¹⁹¹ Vgl. dazu die Verordnung über die Personensicherheitsprüfungen im Bereich Kernanlagen (PSPVK).

³¹⁹² Vgl. Art. 34 Abs. 1 KEV.

³¹⁹³ Art. 34 Abs. 3 KEV.

³¹⁹⁴ BK-RIEMER, Art. 84 ZGB N 66 ff. m.w.H.

jährlichen Tätigkeitsbericht.³¹⁹⁵ Obwohl solche Informationspflichten bundesgesetzlich nicht vorgeschrieben sind, werden sie «notwendigerweise aus der materiellen Staatsaufsicht» abgeleitet.³¹⁹⁶

Periodische Prüfungen werden aber auch unabhängig von den vonseiten der Beaufsichtigten eingereichten Unterlagen vorgenommen, um die laufende Aufsicht zu gewährleisten. 1071

- Die RAB bspw. unterzieht die staatlich beaufsichtigten Revisionsunternehmen gemäss Art. 16 Abs. 1 RAG mindestens alle drei Jahre einer eingehenden Überprüfung. 1072
- Auch für die Inspektionen der Guten Herstellungs- und Vertriebspraxis (sog. GMP/GDP-Inspektionen) im Heilmittelbereich sind regelmässige Inspektionsintervalle zwischen zwei und vier Jahren vorgesehen.³¹⁹⁷ Die Inspektionsdaten werden durch die zuständigen Inspektorate nach einer Risikoabwägung festgelegt.³¹⁹⁸ 1073
- Die FINMA definiert grundsätzlich für jede Aufsichtskategorie in jedem Aufsichtsbereich eine minimale Standardprüfstrategie für die sog. Basisprüfung und gibt darin neben den Prüfgebieten auch die minimalen Prüftiefen und -periodizitäten vor.³¹⁹⁹ Diese werden unterschiedlich gehandhabt, je nach dem eingeschätzten Risiko. Bei sehr hohen Risiken wird i.d.R. von jährlichen Prüfungen ausgegangen, ansonsten können die Intervalle auch z.B. bis zu sechs Jahren dauern.³²⁰⁰ – Die Risikoanalysen werden von den Prüfgesellschaften allerdings je beaufsichtigtem Institut i.d.R. jährlich zuhanden der FINMA erstellt und geben darin eine vorausschauende Sicht zur Risikosituation des geprüften Beaufsichtigten ab.³²⁰¹ 1074

³¹⁹⁵ Vgl. dazu TRAJKOVA, 186 ff. m.w.H.; vgl. auch BAUMANN LORANT, Stiftungsrat, 292 f.; BK-RIEMER, Art. 84 ZGB N 66 m.w.H.

³¹⁹⁶ Urteil BVGer, C-2403/2006, 30.7.2007, E. 4.4.1 (allerdings zu den Aufsichtsaufgaben nach Art. 62 BVG); vgl. ebenso BGE 124 IV 211, E. 2f/aa. – Zur Thematik der genügenden gesetzlichen Grundlagen im Stiftungsrecht vgl. hinten N 1421 ff.

³¹⁹⁷ Swissmedic, Inspektions-Richtlinie, N 13.

³¹⁹⁸ *Ebd.*

³¹⁹⁹ Vgl. FINMA-RS 2013/3, N 29. – Für einen Überblick über Inhalt und Durchführung der Aufsichtsprüfungen im Finanzmarktbereich vgl. etwa SGHB Finanzmarktrecht I-BLUMER/ZIMMERMANN, § 11 N 123 ff.; BSK FINMAG-PFIEFFNER, Art. 24 N 128 ff.

³²⁰⁰ Vgl. FINMA-RS 2013/3, N 114.2 ff.; vgl. dazu auch BSK FINMAG-PFIEFFNER, Art. 24 N 138a.

³²⁰¹ Vgl. dazu FINMA-RS 2013/3, N 9 ff.; für einen Überblick über den risikobasierten Prüfungsansatz vgl. BSK FINMAG-PFIEFFNER, Art. 24 N 83 ff.; dazu auch hinten N 1510 ff.

- 1075 Das «Prüfungswesen» ist in den Sachbereichen auf unterschiedlichen Normstufen geregelt. Oftmals ergehen vonseiten der Aufsichtsbehörden auch Verwaltungsverordnungen mit eigenen Vorgaben. Zu denken ist etwa an die Swissmedic-Richtlinie zur Durchführung von Inspektionen, die ENSI-Richtlinie zu Systematischen Sicherheitsbewertungen des Betriebs von Kernanlagen oder an das FINMA-RS 2013/3 zum Prüfungswesen.
- 1076 Im Finanzmarktbereich sind zudem privat und international erlassene Standards von massgeblicher Bedeutung. In der Schweiz erlässt etwa EXPERTsuisse, ein Branchen-, Berufs- und Fachverband für Wirtschaftsprüfung, Steuern und Treuhand, Vorschriften für die Prüfungsdurchführung im Finanzmarktbereich, die für deren Mitglieder verbindlich sind. – Wichtige Prüfungsstandards auf internationaler Ebene wurden z.B. vom «*International Audit and Assurance Standards Board*» (IAASB) erlassen.³²⁰²
- 1077 Die genauen Inhalte der Prüfungen, ihre Abläufe und Modalitäten unterscheiden sich je nach Sachbereich. Massgeblich für das «Prüfprogramm» sind die jeweils verfolgten Aufsichtszwecke. Während es also etwa im Finanzmarktrecht um die Prüfung von Kriterien wie Eigenmittel, Liquidität, interner Organisation und internem Kontrollmanagement, Corporate Governance sowie dem Umgang mit Risiken und generell der Einhaltung aufsichtsrechtlicher Vorschriften geht,³²⁰³ ist z.B. Gegenstand der «Marktüberwachung» im Heilmittelbereich, dem Aufsichtszweck des HMG entsprechend, die nachträgliche behördliche Überwachung des Heilmittelmarktes zum Schutze der öffentlichen Gesundheit.³²⁰⁴ Überprüft werden sämtliche Vorgänge, für die die Heilmittelgesetzgebung eine vorgängige Bewilligung vorschreibt oder Vorschriften aufstellt.³²⁰⁵

Gestützt auf Art. 58 HMG lassen sich verschiedene Überwachungsfelder unterscheiden: Der Überwachung unterliegen etwa die Rechtmässigkeit der Herstellung, des Vertriebs, der Abgabe, der Instandhaltung und der Anpreisung von Heilmitteln (Abs. 1). Auf Verordnungsstufe sowie in der Swissmedic-Richtlinie zur Durchführung von Inspektionen lassen sich die einzelnen Elemente einer Prüfung der Guten Herstellungs- und Vertriebspraxis (GMP/GDP) entnehmen. Geht es etwa um eine Inspektion der Guten Herstellungspraxis, umfasst eine Prüfung u.a. Aspekte wie das Qualitäts-

³²⁰² Vgl. zum Ganzen etwa SGHB Finanzmarktrecht I-BLUMER/ZIMMERMANN, § 11 N 131.

³²⁰³ Vgl. etwa Anhang 2 zum FINMA-RS 2013/3, Version vom 4.11.2020; vgl. auch BSK FINMAG-PIFFNER, Art. 24 N 128 ff.

³²⁰⁴ BSK HMG-EICHENBERGER, Art. 58 N 1 ff. m.w.H. zur Entstehungsgeschichte dieser Norm.

³²⁰⁵ *Ebd.*, Art. 58 N 7.

management der bewilligten Betriebe, das Personal und die Aufgaben der verantwortlichen Personen, die Räumlichkeiten und die Ausrüstung, die Dokumentationen, die Produktionsabläufe, Qualitätskontrollen, Lagerung und Transporte sowie etwa auch Reklamationen und Rückruf-Verfahren.³²⁰⁶

Das Institut ist zudem befugt, u.a. die in Verkehr gebrachten Arzneimittel auf ihre Übereinstimmung mit der Zulassung zu überprüfen (Abs. 2). Im Rahmen einer solchen Prüfung werden die zugelassenen Arzneimittel etwa periodisch im Hinblick auf ihre (i) Zusammensetzung, (ii) Spezifikationen, (iii) Qualitätsanforderungen, (iv) Arzneimittelinformationen sowie (v) das Packungsmaterial überprüft (Art. 58 Abs. 2 VAM).

Abgeschlossen werden die periodischen Prüfungen i.d.R. mit einem Bericht an die Aufsichtsbehörde.³²⁰⁷ Diese entscheidet in der Folge über die weiteren Schritte. Der Bericht wird zudem den beaufsichtigten Unternehmen übergeben, oftmals verbunden mit der Aufforderung, innerhalb einer bestimmten Frist schriftlich dazu Stellung zu nehmen und auch die beabsichtigten Anpassungen und Korrekturen aufzuzeigen.³²⁰⁸ 1078

Im Rahmen der dualen Finanzmarktaufsichtsausübung sind es jeweils die Prüfgesellschaften, die die Resultate der Prüfung – unter Beachtung der Vorlagen der FINMA³²⁰⁹ – in einem Prüfbericht umfassend darstellen.³²¹⁰ Das Rundschreiben der FINMA zum Prüfwesen regelt die Gliederung des Prüfberichts, bezeichnet die einzureichenden Beilagen³²¹¹ und regelt die Fristen je nach Finanzmarktbereich.³²¹² – Stellt die Prüfgesellschaft eine Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen oder der aufsichtsrecht-

³²⁰⁶ Swissmedic, Inspektions-Richtlinie, N 7.

³²⁰⁷ Dazu etwa BSK FINMAG-PFIFNER, Art. 27 N 8 ff.

³²⁰⁸ Vgl. dazu etwa Swissmedic, Inspektions-Richtlinie, N 27 ff. und N 32 ff. – Vgl. auch Art. 27 Abs. 2 FINMAG, wonach die Prüfgesellschaften, die «Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen oder sonstige Missstände» feststellen, befugt sind, den geprüften Beaufsichtigten eine angemessene Frist zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustandes zu setzen und erst wenn diese Frist nicht eingehalten wird, die FINMA zu informieren. Anders sieht die Situation hingegen bei «schweren Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen oder sonstige[n] Missständen» aus. In solchen Fällen benachrichtigt die Prüfgesellschaft die FINMA «ohne Verzug» (Art. 27 Abs. 3 FINMAG).

³²⁰⁹ FINMA-RS 2013/3, N 73; die Vorlagen sind für die unterschiedlichen Finanzmarktbereiche auf der Website der FINMA abrufbar (<<https://www.finma.ch> → Überwachung → Branchenübergreifende Themen → Prüfwesen> [besucht am 15.8.24]).

³²¹⁰ Art. 9 Abs. 1 FINMA-PV.

³²¹¹ Art. 10 Abs. 1 FINMA-PV i.V.m. FINMA-RS 2013/3, N 63 ff.

³²¹² Art. 12 FINMA-PV i.V.m. FINMA-RS 2013/3, insb. N 109 ff.

lich relevanten Statuten, Reglemente oder Weisungen fest, hält sie dies als Beanstandung fest.³²¹³ Sie hält ebenfalls fest, ob die Verletzung bereits behoben wurde,³²¹⁴ ob die Beaufsichtigten mit einer Beanstandung nicht einverstanden sind³²¹⁵ und ob es sich um eine wiederholte Beanstandung handelt oder nicht.³²¹⁶ Stösst die Prüfgesellschaft auf Schwachstellen oder auf Anzeichen, dass aufsichtsrechtliche Bestimmungen in absehbarer Zeit allenfalls nicht eingehalten werden können, gibt sie Empfehlungen ab.³²¹⁷ Erhält die Prüfgesellschaft Hinweise betreffend deliktische Handlungen von Beaufsichtigten, so sind diese umgehend der FINMA zu melden. Darüber hinaus sind die Prüfgesellschaften an die gesetzlichen Meldepflichten gehalten; sie müssen der FINMA alle Auskünfte erteilen, Unterlagen herausgeben und Vorkommnisse melden, die die FINMA zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt.³²¹⁸

2. Instrumente der Marktbeobachtung

- 1079 Zu den ständigen Aufgaben zahlreicher Aufsichtsbehörden gehört die Marktbeobachtung. Sie bezweckt eine laufende Informationsbeschaffung über alle für die Aufsicht wesentlichen Themen. Dabei erfolgt sie nicht im Sinne eines neutralen Zuschauens, sondern zielgerichtet, d.h. mit dem anwendbaren aufsichtsspezifischen Massstab vor Augen, anhand dessen das Beobachtete bewertet wird.³²¹⁹ Es geht somit um die Gewinnung einer Informationsbasis für den Entscheid, ob aufsichtsrechtlich relevante Sachverhalte vorliegen und allenfalls eine weitergehende Untersuchung einzuleiten ist oder nicht. Gleichzeitig soll die Marktbeobachtung gewissen Aufsichtsbehörden zuweilen aber auch ermöglichen, gewissermassen «ohne Wertung» konkrete Verhältnisse wie die Grundstruktur und die Wettbewerbsverhältnisse auf einem bestimmten Markt oder bestimmte Marktentwicklungen zunächst einmal einfach wahrzunehmen.³²²⁰

³²¹³ Art. 11 Abs. 1 Satz 1 FINMA-PV.

³²¹⁴ Art. 11 Abs. 1 Satz 2 FINMA-PV.

³²¹⁵ FINMA-RS 2013/3, N 76.

³²¹⁶ FINMA-RS 2013/3, N 76.1.

³²¹⁷ Art. 11 Abs. 2 FINMA-PV.

³²¹⁸ Art. 29 FINMAG; FINMA-RS 2013/3, N 78.

³²¹⁹ Dazu vorne N 108 f.

³²²⁰ Vgl. dazu SCHENKEL/ODERMATT/HOLZMÜLLER, DIKE-KG, Art. 45 N 5 ff., wonach die Marktbeobachtungen der WEKO insb. auch Ausgangspunkt für die Durchführung einer systematischen Wettbewerbspolitik bilden können.

Die Marktbeobachtung erfolgt, noch bevor es zu einer formellen Eröffnung eines «Aufsichtsverfahrens»³²²¹ kommt.³²²² Sie selbst wird auch nicht formell eröffnet. Weil Marktbeobachtungen somit zum sog. informellen Verwaltungshandeln gezählt werden,³²²³ ist ihr Ablauf normativ kaum vorgezeichnet. Auch wie die Aufsichtsbehörden ihre Beobachtungsaufgaben genau wahrzunehmen haben und insb. wie sie an die benötigten Informationen gelangen sollen, ist nicht geregelt.³²²⁴ 1080

Die Befugnis zur Marktbeobachtung wird zum Teil aus der generellen, gesetzlich verankerten Aufsichtszuständigkeit abgeleitet.³²²⁵ So etwa bei der FINMA, deren Beobachtungskompetenz anerkannt ist, jedoch keine ausdrückliche Rechtsgrundlage hat.³²²⁶ Wenn die Marktbeobachtung eine gesetzliche Verankerung erfahren hat, ist diese meist sehr allgemein gehalten. 1081

So heisst es bspw. in Art. 45 Abs. 1 KG generell: «Die Wettbewerbskommission beobachtet laufend die Wettbewerbsverhältnisse.»

Art. 22 Abs. 3 (Satz 1) StromVG ist folgendermassen formuliert: «Die ElCom beobachtet und überwacht die Entwicklung der Elektrizitätsmärkte im Hinblick auf eine sichere und erschwingliche Versorgung in allen Landesteilen.»

Die Behörden sind somit im Rahmen der rechtsstaatlichen Vorgaben weitestgehend frei, wie sie ihre Marktbeobachtungen vornehmen möchten. Es entscheiden die einzelnen Behördenmitarbeitenden bzw. ihre Vorgesetzten, wann sie z.B. beginnen möchten. Bei der WEKO bedienen sie sich regelmässig öffentlich erhält- 1082

³²²¹ Zur Verfahrenseröffnung vgl. hinten N 1470 ff.

³²²² Art. 45 KG zur Marktbeobachtung z.B. ist entsprechend nicht im 4. Abschnitt mit dem Titel «Verfahren und Rechtsschutz» geregelt und auch nicht im 2. Abschnitt («Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen»), sondern im 5. Abschnitt unter der Überschrift «Übrige Aufgaben und Befugnisse der Wettbewerbsbehörden».

³²²³ Vgl. so ausdrücklich Urteil BVGer, A-696/2015, 17.3.2016, E. 8.3.5. Vgl. auch DIEBOLD/RÜTSCHÉ/KELLER, 51; SCHENKEL/ODERMATT/HOLZMÜLLER, DIKE-KG, Art. 45 N 9; eingehend zu den Begriffsabgrenzungen THURNHERR, N 105 ff.; vgl. auch hinten N 1155 ff.

³²²⁴ Generell zum Regelungsdefizit im Vorfeld von Realakten vgl. THURNHERR, N 158 ff.; zur Marktbeobachtung nach Art. 45 KG: SCHENKEL/ODERMATT/HOLZMÜLLER, DIKE-KG, Art. 45 N 10.

³²²⁵ DIEBOLD/RÜTSCHÉ/KELLER, 52.

³²²⁶ Die FINMA selbst stellt «die vorausschauende Überwachung des Finanzmarktes» ins Zentrum ihrer Arbeit (vgl. dazu die Hinweise auf ihrer Website: <<https://www.finma.ch> → Überwachung → Alles zur Überwachung> [besucht am 15.8.24]); vgl. dazu auch DIEBOLD/RÜTSCHÉ/KELLER, 52.

licher Informationen und greifen im Rahmen ihrer Recherchen bspw. auf Informationen aus dem Internet, Radio und Fernsehen, den Zeitungen oder Zeitschriften, weiterer Fachliteratur oder Branchenanalysen. Manchmal erfolgt ein informeller Austausch mit anderen Behörden, Verbänden oder weiteren Organisationen oder die betroffenen Unternehmen werden direkt kontaktiert und befragt oder zu einer Stellungnahme aufgefordert. Auch die Amtshilfe ist in der Beobachtungsphase der WEKO nicht ausgeschlossen.³²²⁷

1083 Die ElCom nutzt für ihre Marktbeobachtungen Daten zu Transaktionen von Grosshandelsprojekten sowie über die Kapazität, die Verfügbar- und Nichtverfügbarkeit und die Nutzung von Anlagen zur Produktion und zur Übertragung von Elektrizität, die in der Schweiz ansässige Marktteilnehmer, die an einem Elektrizitätsgrosshandelsmarkt in der EU teilnehmen, EU-rechtlich verpflichtet sind, an die Behörden der EU zu liefern. Gestützt auf Art. 26a^{bis} StromVV muss die gleiche Information gleichzeitig und in gleicher Form nämlich auch an die ElCom geliefert werden. Die Bearbeitung und Analyse der Daten ermöglicht eine Evaluation, was an den europäischen Stromgrosshandelsmärkten passiert – Geschehnisse, die für die Entwicklungen in der Schweiz, die Preisbildung und die Versorgungssicherheit von Relevanz sind.³²²⁸

1084 Die Behörden können sich im Rahmen der Marktbeobachtungen jedoch (noch) nicht auf Informations- und Untersuchungsrechte bzw. auf Auskunft- und Mitwirkungspflichten der Unternehmen stützen; die Auskunftserteilung erfolgt auf freiwilliger Basis,³²²⁹ stehen doch auch den Verfahrensparteien in diesem Stadium grundsätzlich noch keine Verfahrensgarantien zu.³²³⁰ Die Kompetenz zur Marktbeobachtung vermittelt den Behörden auch keine Eingriffsrechte in die Rechtspositionen der Beaufsichtigten, bspw. im Rahmen von Untersuchungsmassnahmen.³²³¹ Nur vor diesem Hintergrund rechtfertigen sich denn auch die offenbar anerkannten tiefen Anforderungen an die der Marktbeobachtung zugrunde ge-

³²²⁷ WEKO-Sekretariat, BEURET/ZIRLICK, Marktbeobachtungen, 7, die dazu auf Art. 41 KG verweisen, obwohl sich diese Bestimmung im 4. Abschnitt zu «Verfahren und Rechtsschutz» befindet.

³²²⁸ ElCom, Markttransparenz 2021, 26.

³²²⁹ Für die Marktbeobachtungen der Wettbewerbsbehörden: SCHENKEL/ODERMATT/HOLZMÜLLER, DIKE-KG, Art. 45 N 10.

³²³⁰ Dazu hinten N 1651 ff.

³²³¹ Für Marktbeobachtungen nach Art. 45 KG: SCHENKEL/ODERMATT/HOLZMÜLLER, DIKE-KG, Art. 45 N 10; DIEBOLD/RÜTSCHKE/KELLER, 51. – Art. 40 KG kommt bei Marktbeobachtungen nicht zum Tragen (vgl. WYSSLING/BICKEL, DIKE-KG, Art. 40 N 35; SCHENKEL/ODERMATT/HOLZMÜLLER, DIKE-KG, Art. 45 N 9).

legten legislativen Anforderungen.³²³² Allerdings, und dessen sind sich auch die Unternehmen bewusst, steht es den Wettbewerbsbehörden z.B. frei, eine Vorabklärung zu eröffnen, bei welcher die Unternehmen einer Auskunftspflicht unterliegen, wenn sie im Rahmen der Marktbeobachtung nicht an die gewünschten Informationen gelangen. Kooperatives Verhalten kann sich daher auch für die Unternehmen lohnen.³²³³

Marktbeobachtungen werden nicht formell abgeschlossen oder eingestellt. Es kommt somit nicht zum Erlass einer Verfügung oder eines Schlussberichts. Entsprechend verläuft der Übergang von einer Marktbeobachtung zu möglichen Vorabklärungen im Kartellrecht z.B. zuweilen fließend, wenn es Hinweise für eine Rechtsverletzung gibt.³²³⁴ 1085

Haben sich mögliche Hinweise auf Regelverletzungen im Laufe der Marktbeobachtung hingegen nicht bestätigt, ist es z.B. bei der WEKO gängige Praxis, dass die Beaufsichtigten angeschrieben und über die Ergebnisse der Beobachtungen informiert werden.³²³⁵ Nicht ausgeschlossen ist, dass dabei auch Anregungen an die Adressen der Beaufsichtigten abgegeben werden zwecks Beseitigung oder Verhinderung möglicher Wettbewerbsbeschränkungen, sodass eine spätere Verfahrenseröffnung vermieden werden kann.³²³⁶ Die WEKO ist aber jeweils bemüht, klar festzuhalten, dass sie nicht an ihre Einschätzungen gebunden ist und jederzeit ihre Ermittlungen wieder aufnehmen könnte. Die Einstellung der Marktbeobachtung soll nicht zu einem Vertrauenstatbestand führen, sind doch (aus ihrer Sicht) allfällige spätere Verwaltungsmassnahmen nicht ausgeschlossen.³²³⁷ 1086

³²³² Zu den Kriterien zur Bestimmung der erforderlichen Normstufe und -dichte vgl. hinten N 1375 ff. bzw. N 1403 ff.; zur fehlenden Regelung des informellen Aufsichtshandelns vgl. zudem hinten N 1357 ff.

³²³³ So SCHENKEL/ODERMATT/HOLZMÜLLER, DIKE-KG, Art. 45 N 10.

³²³⁴ Vgl. etwa Urteil BVGer, A-696/2015, 17.3.2016, E. 8.3.5, wo etwa festgehalten wurde, «ob sich das Sekretariat dabei auf eine Marktbeobachtung beschränkte oder bereits eine Vorabklärung durchführte, ist nicht von Belang. Beide Verfahrensstufen haben gemein, dass Dritte bzw. vorliegend die Beschwerdeführerin keine Parteirechte ausüben können.»

³²³⁵ WEKO-Sekretariat, BEURET/ZIRLICK, Marktbeobachtungen, 9.

³²³⁶ Vgl. etwa REKO/WEF, Beschwerdeentscheid vom 22.12.2003 (publiziert in: RPW 2004/2, 625 ff.), E. 1.2.2 (S. 635). Vgl. auch SCHENKEL/ODERMATT/HOLZMÜLLER, DIKE-KG, Art. 45 N 16 sowie N 8, wo sie die möglichen präventiven Wirkungen der Marktbeobachtung ansprechen.

³²³⁷ WEKO-Sekretariat, BEURET/ZIRLICK, Marktbeobachtungen, 9.

3. Instrumente der Vorabklärung

3.1 Ausgangspunkt

- 1087 Die Erkenntnisse aus der Beobachtungsphase sowie oftmals auch Hinweise auf mögliche Gesetzesverletzungen von anderen Behörden, Marktteilnehmern oder z.B. öffentlich zugänglichen Informationen werden in einem zweiten Schritt behördenintern jeweils genutzt, um genauer zu überprüfen, ob rechtswidrige Zustände drohen oder bereits vorliegen, die allenfalls ein behördliches Einschreiten erforderlich machen. Es werden somit spezifische, summarische Abklärungen zu einem bestimmten Sachverhalt gemacht, insb. um Verdachtsmomente bezüglich möglicher Regelverletzungen verifizieren zu können. Es wird in dieser Phase jedoch noch nicht beurteilt und entschieden, ob ein bestimmtes Verhalten zulässig ist oder nicht, vielmehr geht es um die Informationsbeschaffung und darum, zu prüfen, ob tatsächlich Anhaltspunkte für eine Rechtsverletzung vorliegen, die die Eröffnung einer Untersuchung rechtfertigen.³²³⁸
- 1088 Im Bereich des Finanzmarkt- und Kartellrechts ist für solche «Vorverfahren zur Untersuchung»³²³⁹ die Rede von sog. *Vorabklärungen*.³²⁴⁰ Sie finden jeweils im Vorfeld allfälliger Verwaltungsverfahren auf Erlass von aufsichtsrechtlichen Durchsetzungsmassnahmen statt bzw. geben erst Anlass zu ihrer Eröffnung.³²⁴¹ Wie die Marktbeobachtungen werden sie nicht formell eröffnet oder mit einer Verfügung i.S.v. Art. 5 VwVG abgeschlossen; es handelt sich auch bei den Vorabklä-

³²³⁸ Vgl. so etwa Urteil BVGer, A-696/2015, 17.3.2016, E. 8.3.5 m.w.H. zu Vorabklärungen nach Art. 26 KG; vgl. etwa BGE 136 II 304, E. 6.3 zu Vorabklärungen der FINMA. – Aus der Literatur vgl. HÄNER, Verfahrensrechtliche Aspekte, 94; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 1987; vgl. auch etwa BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 26 N 6 ff.; SGHB Finanzmarktrecht I-FRIEDMANN/KUHN/SCHÖNKNECHT, § 12 N 6 f.; BSK FINMAG-LEBRECHT, Art. 53 N 5 ff.; SCHÖNKNECHT, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 65.

³²³⁹ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 1995.

³²⁴⁰ Ausdrücklich genannt wird dieser Begriff in Art. 26 KG.

³²⁴¹ Vgl. für einen Überblick über Art. 26 KG BEURET, DIKE-KG, Art. 26 N 1 ff.; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 26 N 1 ff. – Für einen Überblick über Vorabklärungsverfahren im Finanzmarktrecht vgl. SGHB Finanzmarktrecht I-FRIEDMANN/KUHN/SCHÖNKNECHT, § 12 N 6 ff.; BSK FINMAG-LEBRECHT, Art. 53 N 5 ff.; BSK FINMAG-ROTH PELLANDA/KOPP, Art. 30 N 4 ff.; SCHÖNKNECHT, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 65 ff.; C. BECK, N 60 ff.; M. BLATTER, 16 f.

rungen um ein informelles Verfahren.³²⁴² In der Praxis hat sich allerdings etabliert, dass die betroffenen Unternehmen jeweils mit einem Schreiben über die Eröffnung einer Vorabklärung informiert werden.³²⁴³

Die meisten Aufsichtsgesetze sehen von einer Regelung dieser «Zwischenstufe» ab³²⁴⁴ und auch das VwVG lässt sich nicht ohne Weiteres zur Hand nehmen mit Blick auf den Ablauf solcher Vorverfahren, sind Letztere doch gar nicht auf den Erlass einer Verfügung gerichtet.³²⁴⁵ Art. 26 KG zu den sog. Vorabklärungen im Kartellrecht bildet eine bemerkenswerte Ausnahme, wobei sich allerdings auch diese Bestimmung zurückhält mit konkreten Vorgaben zum Ablauf, zu den Modalitäten oder den verwendeten Instrumenten in einem Vorabklärungsverfahren. 1089

3.2 Vorabklärungen des WEKO-Sekretariats im Besonderen

Art. 26 KG lautet folgendermassen:

1090

«¹ Das Sekretariat kann Vorabklärungen von Amtes wegen, auf Begehren von Beteiligten oder auf Anzeige von Dritten hin durchführen.

² Das Sekretariat kann Massnahmen zur Beseitigung oder Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen anregen.

³ Im Verfahren der Vorabklärung besteht kein Recht auf Akteneinsicht.»

³²⁴² HÄNER, Verfahrensrechtliche Aspekte, 94; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 1987 und N 1991; BEURET, DIKE-KG, Art. 26 N 7; vgl. auch BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 26 N 4 ff. m.w.H.; BSK FINMAG-LEBRECHT, Art. 53 N 5 ff.; BSK FINMAG-ROTH PELLANDA/KOPP, Art. 30 N 4a f.; SCHÖNKNECHT, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 66; dazu auch hinten N 1155 ff.

³²⁴³ Vgl. für Vorabklärungen nach Art. 26 KG: BEURET, DIKE-KG, Art. 26 N 25. – Für Vorabklärungen der FINMA vgl. etwa SGHB Finanzmarktrecht I-FRIEDMANN/KUHN/SCHÖNKNECHT, § 12 N 26. – Eine Ausnahme gilt in der Praxis, wenn Kollusionsgefahr besteht. In solchen Fällen wird die Durchführung einer Vorabklärung den betroffenen Parteien nicht mitgeteilt (BSK FINMAG-ROTH PELLANDA/KOPP, Art. 30 N 7).

³²⁴⁴ So auch HÄNER, Verfahrensrechtliche Aspekte, 94; SGHB Finanzmarktrecht I-FRIEDMANN/KUHN/SCHÖNKNECHT, § 12 N 9.

³²⁴⁵ Die Frage, ob auf Vorabklärungen das VwVG zur Anwendung gelange oder nicht, gilt als umstritten. Vgl. dazu hinten N 1459 m.w.H. auf die Rechtsprechung; vgl. auch KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 1994 m.w.H.; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 26 N 27 ff. Aus der Literatur zum Finanzmarktrecht vgl. SGHB Finanzmarktrecht I-FRIEDMANN/KUHN/SCHÖNKNECHT, § 12 N 9 ff.; SCHÖNKNECHT, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 66; BSK FINMAG-ROTH PELLANDA/KOPP, Art. 30 N 5b.

- 1091 Im Rahmen von Vorabklärungen steht den Behörden ein grosser Ermessens- und Beurteilungsspielraum zu.³²⁴⁶ In der Praxis der WEKO hat sich inzwischen etabliert, dass sich das Sekretariat mittels Recherchen in den Medien und im Internet und allenfalls mittels mündlicher telefonischer Befragung der verdächtigten Unternehmen und einzelner Marktteilnehmer (insb. Anzeiger, Konkurrenten und Konsumenten) einen ersten Überblick verschafft.³²⁴⁷ In einer zweiten Stufe kann sich das Sekretariat für Befragungen der betroffenen Unternehmen (oftmals mittels Fragebögen) entscheiden, sie zu Stellungnahmen einladen oder auch Einvernahmen durchführen.³²⁴⁸ Denkbar ist auch die Vornahme eines Augenscheins.³²⁴⁹
- 1092 Der Grundsatz, wonach die Unternehmen verpflichtet sind, an den Untersuchungen mitzuwirken und mit den Behörden zu kooperieren, gilt bereits im Stadium der Vorabklärungen.³²⁵⁰ Gemäss Art. 40 KG, einer Bestimmung, die im Stadium der Vorabklärung zur Anwendung gelangt,³²⁵¹ besteht für die verdächtigten Unternehmen und betroffene Dritte grundsätzlich eine Auskunftspflicht gegenüber der WEKO. Art. 29 Abs. 1 FINMAG sieht Auskunftspflicht und Meldepflichten gegenüber der FINMA vor, die ebenfalls bereits in Vorabklärungen zur Anwendung gelangen.³²⁵² Wird diesen Pflichten nicht freiwillig nachgekommen, können die Behörden Zwischenverfügungen anordnen.

So kann etwa das WEKO-Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des WEKO-Präsidiums gestützt auf Art. 23 Abs. 1 KG eine Auskunftspflicht- bzw. Editionsverfügung erlassen.³²⁵³ Drohen allerdings pönal wirkende Massnahmen, stellen sich heikle Fragen im Hinblick auf den Nemo-tenetur-Grundsatz. Auf solche ist in Kapitel IV näher einzugehen.³²⁵⁴

³²⁴⁶ BGE 135 II 60, E. 3.1.2 zu den Wettbewerbsbehörden.

³²⁴⁷ BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 26 N 93.

³²⁴⁸ WEKO-Sekretariat, Merkblatt Vorabklärung, N 18 f.; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 26 N 93; vgl. auch M. KOLLER, N 110 m.w.H., wonach das in der Praxis mit Abstand bedeutendste Instrument die Befragung ist.

³²⁴⁹ BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 26 N 93.

³²⁵⁰ Vgl. generell etwa für die Vorabklärungen nach Art. 26 KG: WEKO-Sekretariat, Merkblatt Vorabklärung, N 23; BEURET, DIKE-KG, Art. 26 N 28 f.

³²⁵¹ BEURET, DIKE-KG, Art. 26 N 28 f.; WYSSLING/BICKEL, DIKE-KG, Art. 40 N 34.

³²⁵² Vgl. dazu SGHB Finanzmarktrecht I-FRIEDMANN/KUHN/SCHÖNKNECHT, § 12 N 24; BSK FINMAG-LEBRECHT, Art. 53 N 6.

³²⁵³ Vgl. dazu auch M. KOLLER, N 111 m.w.H.; BEURET, DIKE-KG, Art. 26 N 29.

³²⁵⁴ Dazu hinten N 1757 ff.

Auch Untersuchungsmassnahmen müssen regelmässig geduldet werden, auch wenn es sich i.d.R. um mildere Massnahmen handelt als im Rahmen eröffneter Untersuchungen. Partei- und Zeugeneinvernahmen kommen etwa grundsätzlich erst im Untersuchungsverfahren zur Anwendung und auch Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen wären im Rahmen von Vorabklärungen kaum mit dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz vereinbar.³²⁵⁵ 1093

Vorabklärungen sind belastend für die betroffenen Unternehmen. Die Beantwortung der Fragen der Behörden und auch das Auffinden, Sichten und die Herausgabe von zahlreichen Unterlagen ist regelmässig stark zeitintensiv.³²⁵⁶ Hinzu kommt ein u.U. nicht unerheblicher Druck, wenn z.B. Nachfragen vonseiten der Medien oder auch von Geschäftspartnerinnen und Kunden zu beantworten sind.³²⁵⁷ 1094

3.3 Abschluss

Im Wettbewerbsrecht finden Vorabklärungsverfahren ihren Abschluss (i) mit der Einstellung des Verfahrens, (ii) mit einer einvernehmlichen Regelung (zwischen den betroffenen Beaufsichtigten und dem WEKO-Sekretariat³²⁵⁸), (iii) mit einem (formlosen, nicht anfechtbaren) Schlussbericht und/oder (iv) mit der Eröffnung einer Untersuchung.³²⁵⁹ Gestützt auf Art. 26 Abs. 2 KG ist das WEKO-Sekretariat befugt, die betroffenen Beaufsichtigten zum Ergreifen bestimmter Massnahmen anzuregen, meist zwecks (Wieder-)Herstellung des rechtmässigen Zustands. Sämtliche Massnahmen, die geeignet sind, mögliche Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern oder eine bestehende Wettbewerbsbeschränkung zu beseitigen, kommen dabei in Frage. Häufig beziehen sie sich auf eine Verhaltensanpassung der Unternehmen.³²⁶⁰ Die Anregungen sind nicht an eine bestimmte Form gebunden und können somit im Rahmen eines einfachen Anschreibens kommuniziert werden oder sogar mündlich erfolgen.³²⁶¹ Bestehen infolge ihrer Umsetzung keine 1095

³²⁵⁵ Vgl. zum Ganzen etwa BEURET, DIKE-KG, Art. 26 N 30 ff.; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 26 N 94.

³²⁵⁶ SGHB Finanzmarktrecht I-FRIEDMANN/KUHN/SCHÖNKNECHT, § 12 N 26.

³²⁵⁷ Vgl. so WEKO-Sekretariat, Merkblatt Vorabklärung, N 18 f.

³²⁵⁸ Vertragliche Vereinbarungen zwischen den Behörden und den betroffenen Unternehmen sind nicht ausgeschlossen, bleiben im klassisch hoheitlichen Kontext wie dem Aufsichtsrecht aber wohl eher die Ausnahme (dazu hinten N 1160 m.w.H.).

³²⁵⁹ BGE 135 II 60, E. 3.1.2; vgl. auch M. KOLLER, N 114 ff.; WEKO-Sekretariat, Merkblatt Vorabklärung, N 13 ff.; BEURET, DIKE-KG, Art. 26 N 37 ff.

³²⁶⁰ BEURET, DIKE-KG, Art. 26 N 59.

³²⁶¹ *Ebd.*, Art. 26 N 62 m.w.H. auch zu sog. Verpflichtungserklärungen der Unternehmen.

Anhaltspunkte mehr für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung, kann u.U. auf die Eröffnung einer Untersuchung verzichtet werden.³²⁶² Insofern lassen sich die in Anregungen enthaltenen Empfehlungen durchaus auch als Warnungen umdeuten, wird mit ihnen doch ausgedrückt, dass die Aufsichtsbehörde von gewissen Gegebenheiten Kenntnis hat, die sie nicht unkommentiert stehen lassen möchte.

- 1096 Die Vorabklärungen nach Art. 26 KG führen nicht zum Erlass einer Verfügung und weder der Schlussbericht noch der Beschluss, gestützt auf die Vorabklärungen eine Untersuchung i.S.v. Art. 27 KG zu eröffnen, sind anfechtbar.³²⁶³ Wie das Bundesgericht in BGE 135 II 60 festhielt, ist ausserdem auch keine Rechtsverweigerungs- oder Rechtsverzögerungsbeschwerde möglich, «[d]a kein Rechtsanspruch auf die Eröffnung eines verwaltungsrechtlichen Kartellverfahrens besteht, weil dieses in erster Linie das öffentliche Interesse an einem funktionierenden Markt und nicht private Anliegen schützt».³²⁶⁴
- 1097 Auch im Finanzmarktbereich werden entweder die Vorabklärungen eingestellt oder ein formelles Enforcement-Verfahren eröffnet, sofern die Vorabklärungen einen begründeten Verdacht auf eine Verletzung des Aufsichtsrechts ergeben haben.³²⁶⁵ Ausserdem kann die FINMA als Alternative zur Verfahrenseröffnung sog. Rügeschreiben abgeben, insb. wenn es um Gesetzesverstösse geht, die längere Zeit zurückliegen, und die Missstände in der Zwischenzeit behoben wurden oder es sich dabei um leichtere, nicht systematische Rechtsverletzungen handelt. In solchen Schreiben wird den Adressaten der Vorabklärungen mitgeteilt, dass und inwiefern Aufsichtsrecht verletzt worden ist, und je nach Aufwand der Vorabklärungen werden Gebühren in Rechnung gestellt. Die Vorabklärungen gelten damit als abgeschlossen. Allfällig umzusetzende Massnahmen werden im Zuge der laufenden Aufsicht durch die FINMA begleitet.³²⁶⁶
- 1098 Ob sich ein Schreiben der Aufsichtsbehörde im Einzelfall als Verfügung qualifizieren lässt oder nicht, hat in der Vergangenheit zu Diskussionen geführt. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist von einer anfechtbaren Verfügung auszu-

³²⁶² *Ebd.*, Art. 26 N 63.

³²⁶³ BGE 135 II 60, E. 3.1.2.

³²⁶⁴ *Ebd.*

³²⁶⁵ SGHB Finanzmarktrecht I-FRIEDMANN/KUHN/SCHÖNKNECHT, § 12 N 30 ff.; BSK FINMAG-LEBRECHT, Art. 53 N 9; SCHÖNKNECHT, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 68.

³²⁶⁶ Vgl. dazu SGHB Finanzmarktrecht I-FRIEDMANN/KUHN/SCHÖNKNECHT, § 12 N 33.

gehen, wenn ein angefochtenes Schreiben alle Strukturmerkmale einer Verfügung erfüllt.³²⁶⁷

Denkbar ist auch, dass die FINMA, statt einer Verfahrenseröffnung, etwa im Falle unbewilligter Finanzanbieter ein nachträgliches Bewilligungsverfahren einleitet und die Beaufsichtigten in den ordnungsgemässen Zustand begleitet. Vorausgesetzt wird dafür allerdings, dass die Beaufsichtigten in jeder Hinsicht mit der Aufsichtsbehörde kooperieren, keine Investorengelder gefährdet sind und keine Hinweise auf Vermögensdelikte vorliegen.³²⁶⁸ 1099

Nicht zuletzt mit Blick auf die Verfahrensökonomie kann es durchaus sinnvoll sein, wenn die Aufsichtsbehörden im Vorfeld von formell eröffneten Verfahren Verbesserungen bzw. Korrekturen aufseiten der Beaufsichtigten anregen und im Zuge der laufenden Aufsicht auf die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands hinwirken. Aus Sicht sowohl der Behörden als auch der Beaufsichtigten ist es oftmals einfach und rasch möglich, auf informellem Weg Lösungen zu finden und auf eine Restitution hinzuwirken. Oftmals stehen die Aufsichtsbehörden und Beaufsichtigten ja auch laufend in Kontakt, tauschen sich aus und erhalten so gegenseitig Auskünfte und Informationen.³²⁶⁹ Vor diesem Hintergrund wäre es (insgesamt) kaum mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit vereinbar, zeit- und ressourcenintensive eingreifende Verwaltungsverfahren zu eröffnen, wenn bereits mit einem milderen Mittel ein möglicher Gesetzeskonflikt gelöst werden könnte. Gleichzeitig sind solche informellen Verwaltungshandlungen aber nicht ganz unproblematisch, wie noch zu vertiefen sein wird.³²⁷⁰ 1100

4. Behördliche Informations-, Einsichts- und Untersuchungsrechte im eröffneten Aufsichtsverfahren

4.1 Überblick

Aufsichtsrechtliche Untersuchungen sind sachbereichsübergreifend massgeblich durch die Art und Weise der Informationsbeschaffung bzw. Sachverhaltsermittlung durch die Behörden und die entsprechenden Mitwirkungspflichten der Beaufsich- 1101

³²⁶⁷ Vgl. etwa Urteil BGer, 2C_1097/2014, 6.10.2015, E. 3.2; 2C_1184/2013, 17.7.2014, E. 3.4; vgl. zum Ganzen auch den kurzen Überblick bei BSK FINMAG-ROTH PELLANDA/KOPP, Art. 30 N 5a.

³²⁶⁸ SGHB Finanzmarktrecht I-FRIEDMANN/KUHN/SCHÖNKNECHT, § 12 N 34.

³²⁶⁹ Dazu auch hinten N 1160 f.

³²⁷⁰ Dazu hinten N 1161 sowie N 1357 ff. (zur fehlenden normativen Regelung) und N 1568 ff. (zum eingeschränkten Rechtsschutz gegenüber Realakten).

tigten geprägt. Wie sogleich aufzuzeigen sein wird, sind die Behörden regelmässig befugt, von weitgehenden Informations-, Einsichts- und Untersuchungsbefugnissen Gebrauch zu machen. Meist erfolgt dies im Rahmen eines Verwaltungs- bzw. Aufsichtsverfahrens, das aufgrund eines ersten Verdachts über erfolgte Rechtsverletzungen eröffnet wurde.³²⁷¹

- 1102 Das eröffnete Aufsichtsverfahren ist als (nichtstreitiges) Verwaltungsverfahren geprägt durch die Untersuchungsmaxime i.S.v. Art. 12 VwVG: Die Behörden haben den Sachverhalt jeweils von Amtes wegen abzuklären und müssen die dafür notwendigen Informationen im Grundsatz selber beschaffen.³²⁷² Erheblich relativiert wird das Untersuchungsprinzip allerdings durch Mitwirkungspflichten der Beaufsichtigten, die nachfolgend ebenfalls näher untersucht werden.³²⁷³ Die Beaufsichtigten sind gestützt auf Art. 13 VwVG sowie auf die aufsichtsrechtlichen Rechtsgrundlagen regelmässig gehalten, zur Abklärung des Sachverhalts beizutragen.

Das VwVG findet auf Verwaltungsverfahren Anwendung, die erstinstanzlich von den Behörden durch Verfügung zu erledigen sind (Art. 1 Abs. 1 VwVG). Wie gesehen, werden vielfach erste Untersuchungshandlungen der Aufsichtsbehörden vor einer formellen Verfahrenseröffnung durchgeführt und auch regelmässig nicht mit einer Verfügung i.S.v. Art. 5 VwVG abgeschlossen.³²⁷⁴ In solchen Fällen ist die Anwendbarkeit des VwVG strittig.³²⁷⁵

- 1103 Die Instrumente der Informationsbeschaffung stehen dabei jeweils den Aufsichtsbehörden bzw. denjenigen Stellen zu, die mit entsprechenden Kompetenzen ausgestattet sind. Dies können bspw. im Bereich des HMG die kantonalen Inspektorate sein³²⁷⁶ oder etwa «weitere vom Bundesrat zu bezeichnende Stellen» nach Art. 70 Abs. 1 lit. b KEG. Im Finanzmarktbereich kann die FINMA etwa Prüfauftragte sowie Untersuchungsbeauftragte mit der Untersuchung und Abklärung eines aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalts beauftragen.³²⁷⁷

³²⁷¹ Zur Verfahrenseröffnung vgl. hinten N 1470 ff.

³²⁷² Dazu hinten N 1497 ff.

³²⁷³ Dazu hinten N 1127 ff.

³²⁷⁴ Zu den Marktbeobachtungen und Vorabklärungen vgl. vorne N 1079 ff. bzw. N 1087 ff.; vgl. auch zur Verfahrenseröffnung hinten N 1470 ff.

³²⁷⁵ Dazu vorne N 1089 sowie hinten N 1459.

³²⁷⁶ Dazu vorne N 579.

³²⁷⁷ Dazu vorne N 719 ff.

4.2 Auskunfts- und Editionsrechte

Die Aufsichtsbehörden sind regelmässig befugt, von den durch sie Beaufsichtigten die erforderlichen «Auskünfte und Unterlagen» zu verlangen.³²⁷⁸ 1104

Nicht selten werden die Erteilung von Auskünften und die Herausgabe von Unterlagen auch als Auskunfts- bzw. Mitwirkungspflicht formuliert.³²⁷⁹

Zum Teil werden auch leicht abweichende Formulierungen verwendet. So nennt bspw. Art. 40 KG «Auskünfte» und «*Urkunden*» (eigene Hervorhebung), Art. 17 Abs. 1 RTVG spricht von «Auskünften» und «*Akten*» (eigene Hervorhebung) und Art. 59 Abs. 1 FMG bezieht sich lediglich auf «Auskünfte».

Aufsichtsbehörden können somit beaufsichtigte Unternehmen bzw. deren Vertreter befragen oder Stellungnahmen einholen, was i.d.R. schriftlich,³²⁸⁰ manchmal aber auch mündlich erfolgt. Mündliche Auskünfte sind i.d.R. zu protokollieren;³²⁸¹ ausserdem werden Fragebögen eingesetzt.³²⁸² 1105

Die Auskunftsbegehren der Behörden können mit der Abgabe einer Liste mit denjenigen Unterlagen, die für die Abklärungen benötigt werden, kombiniert werden. In der Regel sind die Aufsichtsbehörden befugt, Einsicht in sämtliche Unterlagen der Beaufsichtigten zu nehmen, wie z.B. in die Geschäftsbücher, Belege sowie in die Korrespondenz der Beaufsichtigten, und dürfen entsprechende Informationen direkt anfordern.³²⁸³ Eine Ausnahme besteht für die Korrespondenz und die Unterlagen, die aus dem Verkehr einer Partei mit ihren Anwältinnen und Anwälten stammen.³²⁸⁴ 1106

³²⁷⁸ Vgl. so etwa Art. 98 lit. a BGS; vgl. auch Art. 25 Abs. 1 FINMAG, der allerdings als Pflicht der geprüften Beaufsichtigten formuliert ist.

³²⁷⁹ Dazu hinten N 1128 ff.

³²⁸⁰ EYMANN/WYSS, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 190.

³²⁸¹ So etwa Praxiskommentar VwVG-KRAUSKOPF/WYSSLING, Art. 12 N 46 ff.; vgl. dazu auch KUHN/WYSS, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement.

³²⁸² So etwa im Rahmen der Ermittlungen des WEKO-Sekretariats. Vgl. dazu WEKO-Sekretariat, Merkblatt Ermittlungsinstrumente, N 74.

³²⁸³ Art. 12 lit. a VwVG spricht von «Urkunden» – ein Begriff, der sich aufgrund technischer Neuerungen entwickelt hat. Zum Begriff, welcher der Editionsspflicht zugrunde liegt, vgl. etwa Praxiskommentar VwVG-KRAUSKOPF/WYSSLING, Art. 12 N 89 ff.

³²⁸⁴ Vgl. Art. 13 Abs. 1^{bis} VwVG; vgl. etwa zur Behandlung des Anwaltsgeheimnisses im Rahmen des Finanzmarktenforcements eingehend FRITSCHKE, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 247 ff.

4.3 Zeugeneinvernahmen

- 1107 Gestützt auf Art. 12 lit. c sowie Art. 14 ff. VwVG sind die Aufsichtsbehörden ausserdem befugt, Dritte im eröffneten Verwaltungsverfahren als Zeugen einzuvernehmen.³²⁸⁵ Eine aufsichtsrechtliche Verankerung erfahren hat etwa die entsprechende Kompetenz der Wettbewerbsbehörden, und zwar mit Art. 42 Abs. 1 KG. Sie können auf dieser Grundlage Zeugen einvernehmen und die von einer Untersuchung Betroffenen zur Beweisaussage verpflichten.

4.4 Sachverständigengutachten

- 1108 Art. 12 lit. e und Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 57 ff. BZP sehen die Möglichkeit vor, Gutachten von Sachverständigen einzuholen, wenn zur Aufklärung des Sachverhalts Fachkenntnisse erforderlich sind.³²⁸⁶ Vereinzelt finden sich auch entsprechende Bestimmungen in den Aufsichtsgesetzen, wie z.B. in Art. 98 lit. d BGS.

Gestützt auf diese Bestimmung hat die ESBK schon internationale Expertisen eingeholt, um etwa Abklärungen zum sicheren und transparenten Spielbetrieb in Casinos vorzunehmen. Auch wurden z.B. noch unter dem vormaligen Bundesgesetz betreffend die Lotterien und die gewerbsmässigen Wetten (SBG)³²⁸⁷ Ingenieurschulen beauftragt, sie bei der Abgrenzung zwischen Glücks- und Geschicklichkeitsspielen mittels technischer Analysen zu unterstützen,³²⁸⁸ da für die manuellen Geschicklichkeitsspiele schon damals andere Regeln galten.³²⁸⁹

- 1109 Im Finanzmarktaufsichtsrecht nehmen insb. die Untersuchungsbeauftragten i.S.v. Art. 36 FINMAG die Funktion der Sachverständigen ein. Sie werden als unabhängige und fachkundige Personen jeweils damit beauftragt, bei den Beaufsichtigten einen aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalt abzuklären, und haben gestützt auf ihre besondere Sachkenntnis einen Bericht über die Sachverhaltsprüfung und

³²⁸⁵ Zu Zeugeneinvernahmen der FINMA vgl. KUHN/WYSS, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 193 f.

³²⁸⁶ Vgl. auch zum Beizug externer Expertise (allerdings vor Gericht) hinten N 1629 ff.

³²⁸⁷ Vgl. dazu Art. 3 Abs. 4 aSBG i.V.m. Art. 60 ff. aVSBG und insb. Art. 121 VSBG.

³²⁸⁸ So der Hinweis von Ruedi Schneider, stv. Leiter des Sekretariats der ESBK, auf Anfrage (persönliche Kommunikation, 9.2.2023).

³²⁸⁹ Heute sind sie vom Geltungsbereich des BGS ausgenommen (vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. b BGS). Automatisiert oder interkantonal oder online durchgeführte Geschicklichkeitsspiele gelten hingegen als Grossspiele (Art. 3 lit. e BGS) und werden von der interkantonalen Behörde bewilligt (Art. 21 BGS).

die Sachverhaltswürdigung zu erstellen.³²⁹⁰ Die Beaufsichtigten haben den Untersuchungsbeauftragten Zutritt zu ihren Räumlichkeiten zu gewähren und alle Auskünfte zu erteilen und Unterlagen offenzulegen, die die oder der Untersuchungsbeauftragte zur Erfüllung der übertragenen Aufgaben benötigt.³²⁹¹ Entsprechend gilt der Einsatz von Untersuchungsbeauftragten als einschneidendes, aber effizientes Instrument zur Beweiserhebung vor Ort und ihre Berichte sind in der Praxis der FINMA von grosser Bedeutung.³²⁹² Die FINMA ist allerdings befugt, solche Sachverständigengutachten, wie jedes andere Beweismittel auch, frei zu würdigen. Sie haben keinen zwingenden Charakter.³²⁹³ Insbesondere bleibt die abschliessende rechtliche Würdigung des Sachverhalts jeweils Sache der FINMA.³²⁹⁴

4.5 Zutritts-, Durchsuchungs- und weitere Untersuchungsrechte

Zudem sehen die Aufsichtsgesetze vielfach die Möglichkeit zur Vornahme eines Augenscheins durch die Aufsichtsbehörden vor. Solche Zutrittsrechte werden nicht immer ausdrücklich geregelt, oftmals ist auch die Rede von «Kontrollen»³²⁹⁵ oder «Inspektionen», die den vorgängigen Zutritt voraussetzen.³²⁹⁶ Es handelt sich dabei um angekündigte oder auch unangekündigte (physische) Begehungen des Betriebs der Beaufsichtigten (mit sämtlichen Gebäuden und Anlagen).³²⁹⁷ Sie ermöglichen die Wahrnehmung der Gegebenheiten vor Ort mit sämtlichen Sinnesorganen durch diejenigen Personen, die den Augenschein durchführen.³²⁹⁸

³²⁹⁰ Zu den Untersuchungsbeauftragten der FINMA vgl. vorne N 736 ff. – Zu ihrer Funktion als Sachverständige vgl. KUHN, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 198 ff., sowie TANNER, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 218 ff.; vgl. BSK FINMAG-MAURENBRECHER/TERLINDEN, Art. 36 N 21; vgl. auch aus der Rechtsprechung BVGE 2018 IV/5, 11.6.2018, E. 7.5.2.

³²⁹¹ Art. 36 Abs. 3 FINMAG.

³²⁹² KUHN, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 198.

³²⁹³ BGE 130 II 351, E. 3.3.2.

³²⁹⁴ Urteil BGer, 2A.332/2006, 6.3.2007, E. 3 m.w.H.; vgl. auch KUHN, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 199 auch mit dem Hinweis, dass Sachverhaltsfragen oftmals nicht ohne Weiteres von Rechtsfragen getrennt werden könnten.

³²⁹⁵ Vgl. Art. 98 lit. b BGS.

³²⁹⁶ Vgl. Art. 58 Abs. 1 HMG – vgl. dazu auch BJ, Gutachten vom 31.1.2005, VPB 70.46, Ziff. 2.4.1.

³²⁹⁷ Vgl. etwa Art. 35 Abs. 2 StSG sowie Art. 73 Abs. 2 KEG.

³²⁹⁸ Vgl. die entsprechende Beschreibung eines Augenscheins im Praxiskommentar VwVG-KRAUSKOPF/WYSSLING, Art. 12 N 133 ff.

- 1111 Verschiedene weitere Instrumente knüpfen vielfach an die Zutrittsrechte an. Diejenigen Personen, die vonseiten der Aufsichtsbehörden mit der Durchführung des Augenscheins betraut sind, können sich bei den Beaufsichtigten umschauen, allenfalls Bildaufnahmen machen, bestimmte Unterlagen prüfen und ggf. Kopien anfertigen.³²⁹⁹ In manchen Bereichen sind die Behörden auch befugt, Muster oder Proben bestimmter Materialien oder Waren zu erheben.³³⁰⁰ Ausserdem können sie direkt mit Personen vor Ort kommunizieren. Befragungen z.B. zu bestimmten Geschäftsabläufen, zum Ablagesystem oder zu Sicherheitsfragen können vorgenommen werden. Diese müssen dann protokolliert werden.³³⁰¹ Das Ziel der Durchführung solcher Kontrollen ist das Sammeln von spezifischen Informationen vor Ort, und zwar jeweils im Hinblick auf den konkreten Kontroll- bzw. Aufsichtsgegenstand, der Anlass zur Durchführung des Augenscheins gegeben hat. Nicht vorgesehen ist das unspezifische Sammeln von Informationen, wie dies etwa im Rahmen einer Inventaraufnahme oder einer allgemeinen Bestandesaufnahme geschieht.³³⁰²
- 1112 Einige Aufsichtsbehörden bzw. die mit der Durchführung eines Augenscheins betrauten Personen sind regelmässig befugt, vor Ort Untersuchungshandlungen vorzunehmen. Die Aufsichtserlasse räumen ihnen z.T. weitgehende Kompetenzen ein. Art. 58 Abs. 4 HMG sieht etwa vor, dass Swissmedic und alle anderen mit dem Vollzug des Gesetzes betrauten Behörden «die dazu notwendigen Muster» erheben «und jede andere erforderliche Unterstützung» anfordern können.³³⁰³
- 1113 Gewisse Aufsichtsgesetze sehen ausserdem verwaltungsstrafrechtliche Zwangsmittel vor:

³²⁹⁹ Vgl. etwa Art. 62 lit. b und c AMBV.

³³⁰⁰ Vgl. etwa Art. 62 lit. d AMBV; vgl. auch Art. 73 Abs. 2 KEG; vgl. dazu auch etwa BJ, Gutachten vom 31.1.2005, VPB 70.46, Ziff. 2.3.2.

³³⁰¹ Im Kontext der Vornahme eines Augenscheins wird etwa aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) sowie aus dem Recht auf Einsichtnahme in alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke (Art. 26 Abs. 1 lit. b VwVG) eine Pflicht zur Protokollierung derjenigen Wahrnehmungen, die für den Entscheid wesentlich sind, abgeleitet. Das Protokoll ist ferner mit Plänen, Zeichnungen und fotografischen oder anderen technischen Darstellungen zu ergänzen (Kommentar VwVG-AUER/BINDER, Art. 12 N 56; vgl. auch BGE 142 I 86, E. 2; 130 II 73, E. 4.2).

³³⁰² Unspezifische Informationsbeschaffung wäre im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit problematisch. Dazu hinten N 1430 ff. und insb. N 1434 ff.

³³⁰³ Konkretisiert wird Art. 58 HMG auf Verordnungsstufe insb. durch Art. 57 ff. VAM sowie Art. 56 ff. AMBV. In Art. 62 AMBV sind insb. die Befugnisse der Inspektorate aufgeführt. Zu beachten sind ausserdem die Vorgaben aus der (gestützt auf Art. 63 AMBV) erlassenen Swissmedic-Richtlinie zur Durchführung von Inspektionen.

- Nach Art. 42 Abs. 2 KG sind etwa die Wettbewerbsbehörden befugt, Hausdurchsuchungen anzuordnen und Beweisgegenstände sicherzustellen.³³⁰⁴ 1114
- Gemäss Art. 73 Abs. 2 KEG können das ENSI sowie allenfalls weitere vom Bundesrat als Aufsichtsbehörden zu bezeichnende Stellen³³⁰⁵ Material- und Bodenproben nehmen sowie die einschlägigen Unterlagen einsehen. Ausserdem können Überwachungsgeräte und Siegel angebracht und belastendes Material beschlagnahmt werden. 1115

Solche Kompetenzen stehen aber längst nicht allen Aufsichtsbehörden zur Verfügung. Das VwVG sieht keine Zwangsmassnahmen vor. Massgeblich sind somit die anwendbaren aufsichtsrechtlichen Normen. Zwangsmittel stellen erhöhte Anforderungen an ihre gesetzlichen Grundlagen.³³⁰⁶ 1116

Keine besonderen verwaltungsstrafrechtlichen Zwangsmittel zu Untersuchungszwecken kommen etwa der FINMA zu. Anwendbar auf ihr Verfahren sind einzig die Normen des VwVG sowie einzelne Normen aus den Finanzmarktgesetzen.³³⁰⁷

4.6 Weitreichendes Behördenermessen

Die Vorgaben über die Informationsbeschaffung belassen den Aufsichtsbehörden nicht selten einen beträchtlichen Ermessensspielraum hinsichtlich derjenigen Informationen, die sie verlangen und einholen können und gestützt auf die sie ihre Prüfungen vornehmen. Es soll ihnen insb. möglich sein, die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen und ihre Informations- und Abklärungsbedürfnisse danach auszurichten.³³⁰⁸ 1117

Wählen können die Aufsichtsbehörden jeweils aus den Untersuchungsmitteln, die ihnen das VwVG sowie die anwendbaren Aufsichtserlasse zur Verfügung stellen. Sie können Instrumentenkatalogen – wie etwa in Art. 98 BGS vorgesehen – entnommen werden oder sich aus offengehaltenen Normen ableiten lassen. Nach Art. 58 Abs. 4 HMG z.B. können Swissmedic und alle anderen mit dem Vollzug des Gesetzes betrauten Behörden³³⁰⁹ z.B. die «notwendigen Muster» erheben, 1118

³³⁰⁴ Für solche Zwangsmassnahmen verweist die Bestimmung auf die Art. 45 ff. VStrR, die sinngemäss anwendbar sind. – Eingehend untersucht wurden die kartellrechtlichen Zwangsmassnahmen in der Dissertation von BANGERTER.

³³⁰⁵ Vgl. Art. 70 Abs. 1 KEG.

³³⁰⁶ Dazu hinten N 1381 ff. und insb. N 1386.

³³⁰⁷ Vgl. dazu EYMANN/ZULAUF, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 187 ff.

³³⁰⁸ In diesem Sinne bspw. BGE 100 Ib 132, E. 3.

³³⁰⁹ Vgl. etwa zu den Inspektoraten vorne N 579 m.w.H.

«die erforderlichen Auskünfte oder Unterlagen verlangen und jede andere erforderliche Unterstützung» anfordern. Die Untersuchungsmittel der Stiftungsaufsicht gründen sogar auf der «Blankettnorm» von Art. 84 Abs. 2 ZGB; Hinweise auf konkrete Aufsichtsinstrumente lassen sich dem Stiftungsrecht nicht entnehmen.

- 1119 Wie noch näher zu diskutieren sein wird, werfen offengehaltene Vorschriften einige Fragen zum Legalitätsprinzip auf. In Bezug auf Art. 84 Abs. 2 ZGB liegt die Problematik auf der Hand.³³¹⁰ Aber auch Normen wie Art. 58 Abs. 4 HMG können kaum als Rechtsgrundlage für verwaltungsstrafrechtliche Untersuchungsmittel genügen, auch wenn gerade diese Norm dahin gehend ausgelegt wird, dass die Behörden von Gesetzes wegen keine zusätzlichen Zutrittsrechte für Grundstücke, Betriebe oder Räume und Fahrzeuge benötigen und auch keinen Hausdurchsuchungsbefehl, um einen Augenschein durchführen zu können.³³¹¹
- 1120 Abgesehen von solch grundlegenden Fragen kann im Einzelfall ausserdem auslegungsbedürftig sein, welche Informationen «Auskünfte» sind, auf die sich die Auskunftsrechte der Behörden erstrecken, und welche nicht. Dasselbe gilt für die vonseiten der Beaufsichtigten zu edierenden Unterlagen oder für die Erhebung von Proben und Mustern.
- 1121 In der Regel sehen die Aufsichtsgesetze auch nicht vor, *wie* Auskünfte und Unterlagen einzuholen sind oder bspw. Kontrollen oder Inspektionen vor Ort ablaufen sollen. Ob z.B. Befragungen durchzuführen sind und/oder Fragebögen abgegeben werden können und welche Kompetenzen den die Begehungen durchführenden Personen vonseiten der Aufsichtsbehörden konkret zukommen, sind Fragen, die dann meist – aber nicht immer – mit Hilfe von Richtlinien oder Leitlinien der Aufsichtsbehörden und unter Rückgriff auf Praxiserfahrungen beantwortet werden.
- 1122 Auch in zeitlicher Hinsicht kann Klärungsbedarf bestehen. Wann genau, in welchen zeitlichen Abständen und wie häufig die Aufsichtsbehörden welche Informationen einfordern dürfen bzw. die Betroffenen zur Auskunft und Mitwirkung verpflichtet sind, ist meist nicht klar geregelt. Auch hier kommt den Aufsichtsbehörden regelmässig ein weitreichender Ermessensspielraum zu, so z.B. wenn die Behörden *jederzeit* Untersuchungen starten dürfen, wenn sie dies aufgrund bestimmter Vorkommnisse oder Meldungen als erforderlich erachten.³³¹²

³³¹⁰ Vgl. zu den gesetzlichen Grundlagen im Stiftungsrecht hinten N 1421 ff.

³³¹¹ BSK HMG-EICHENBERGER, Art. 58 N 17 m.w.H.

³³¹² Vgl. dazu etwa Art. 16 Abs. 1^{ter} RAG, Art. 60 Abs. 1 AMBV oder Art. 59 Abs. 1 VAM. Vgl. dazu auch hinten N 1357 ff.

Eine neue Dringlichkeit erhält die Beantwortung solcher Fragen angesichts aktuell 1123 zunehmender Digitalisierungsbestrebungen in den verschiedenen Aufsichtsbereichen. Versucht wird, die Kommunikation zwischen den Aufsichtsbehörden und den Beaufsichtigten sowie ganze Tätigkeitsbereiche der Aufsichtsbehörden vermehrt auf elektronischem Weg automatisiert abzuwickeln.³³¹³ Das Ergebnis zunehmender Digitalisierung sind Daten, deren Bearbeitung aus aufsichtsrechtlicher Sicht zahlreiche Möglichkeiten impliziert, aber auch Herausforderungen mit sich bringt, wie insb. WIDMER aufzeigt: Sollten etwa Datenanalysen zur Aufsichtswahrnehmung durchgeführt werden, brauche es in technischer Hinsicht (i) die informationstechnologischen Möglichkeiten (Stichwort: entsprechend programmierte Algorithmen), (ii) genügend grosse Datensätze (Stichwort: Big Data) sowie (iii) aussagekräftige und vordefinierte Parameter, anhand derer die Datenanalysen durchgeführt werden könnten.³³¹⁴ Sodann müsse in aufsichtsrechtlicher Hinsicht festgelegt werden, (iv) wer (vonseiten der Aufsicht) in welcher Rolle zum Abruf elektronischer Informationen berechtigt sein und (v) auf welche Daten zugegriffen werden solle, sowie (vi) in zeitlicher Hinsicht, wann und wie häufig ein Abruf zulässig sei. Schliesslich stellt sich auch die Frage, (vii) wie die Einhaltung solcher Vorgaben von wem gewährleistet werden könne und solle.³³¹⁵ Die theoretisch jederzeitige Zugriffsmöglichkeit auf fortwährend und automatisch generierte Daten verdeutlicht die Wichtigkeit einer sorgfältigen Regelung der Aufsichtswahrnehmung durch die zuständigen Behörden.

Es ist zu erwarten, dass solche Fragen in nächster Zeit vermehrt einer Normierung 1124 zugeführt werden. Aktuell sind entsprechende Vorgaben in der aufsichtsrechtlichen Normenlandschaft jedoch nur spärlich verbreitet. Bemerkenswert ist in dieser Hinsicht Art. 98 lit. f BGS. Nach dieser Bestimmung ist die ESBK zur Erfüllung ihrer Aufsichtsaufgaben befugt, «Online-Verbindungen zum Monitoring der Informatikanlagen der Spielbanken» herzustellen. Angesprochen sind damit die Monitoring-Systeme nach Art. 60 VGS. Nach dieser Bestimmung muss jede Online-Spielbank mit einem gesicherten und zertifizierten, in der Schweiz befindlichen Datenaufzeichnungssystem ausgerüstet sein, das die Informationen insb. zu den Spielsitzungen und Gewinnauszahlungstransaktionen bei Online-Spielen automatisiert und systematisch erfasst und aufbewahrt. Diese Daten werden den Servern der ESBK elektronisch übermittelt, sodass die Aufsichtsbehörde die Bruttospielerträge und sämtliche Finanztransaktionen überprüfen, die Spielsicherheit und -transparenz kontrollieren, die Umsetzung des Sozialkonzepts prüfen sowie

³³¹³ Vgl. dazu auch die Hinweise vorne N 388 ff.

³³¹⁴ Vgl. WIDMER, Aufsicht, 45.

³³¹⁵ WIDMER, Plattform, 1303 ff., sowie WIDMER, Aufsicht, 30 ff.

die Einhaltung der Sorgfaltspflichten zur Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung überwachen kann.³³¹⁶

- 1125 Weil die Aufsichtsgesetze und die sie ausführenden Erlasse den Umgang mit diesen Daten kaum regeln, ist es letztlich der Aufsichtsbehörde überlassen, ihre eigenen Überwachungs- und Untersuchungskompetenzen selbst festzulegen und bspw. auch behördeninterne Vorgaben dazu aufzustellen, wann, wie oft und zu welchem Zweck welche Datenzugriffe ihrer Mitarbeitenden erlaubt sind und welche nicht. Gross ist ihr Ermessen, solche Fragestellungen zu ihren eigenen Kompetenzen zu beantworten. Dies ist nicht unproblematisch. Hinzu kommt, dass die behördeninternen Vorgaben der ESBK bislang nicht öffentlich einsehbar sind. Die Folge ist eine intransparent ausgeübte datenbasierte Aufsichtstätigkeit, gegen die sich Betroffene (wie z.B. auch Kunden der Spielbank) kaum zur Wehr setzen können, wenn die Einhaltung der einschlägigen Regelungen des Datenschutzrechts nicht gewährleistet ist. Die Grundsätze der Transparenz, Proportionalität und Zweckbindung von Datenerhebungen (Art. 4 DSGVO) sind auch für Aufsichtsbehörden des Bundes verbindlich (Art. 16 ff. DSGVO). Zudem kennen einige Aufsichtsgesetze weitere Bestimmungen über die zulässige Datenbearbeitung und -weitergabe (insb., aber nicht nur, im Hinblick auf die nationale und internationale Amtshilfe),³³¹⁷ die es zu beachten gilt, ebenso Vorgaben zu Amts- und Geschäftsgeheimnissen bzw. zu Schweigepflichten für die mit dem Gesetzesvollzug beauftragten Behörden bzw. Personen.³³¹⁸
- 1126 Eine gewisse Einschränkung erfahren die Informationsbeschaffungsbefugnisse der Aufsichtsbehörden immerhin mit Blick auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit nach Art. 5 Abs. 2 BV. Er fordert, dass alle Verwaltungsmassnahmen zur Verwirklichung eines im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet und erforderlich sind sowie zumutbar bleiben.³³¹⁹ Im Hinblick auf die Instrumente zur Informationsbeschaffung steht neben dem Gebot der Eignung v.a. das Gebot der Erforderlichkeit im Vordergrund. Wie noch ausgeführt wird, lässt sich daraus eine Begrenzung der zulässigen Massnahmen in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und persönlicher Hinsicht ableiten.³³²⁰

³³¹⁶ Vgl. Art. 60 Abs. 2 VGS; vgl. dazu auch Botschaft BGS, BBl 2015 8454 f.; vgl. auch ESBK, Tätigkeitsbericht, 2021, 15.

³³¹⁷ Entsprechende Vorschriften finden sich z.B. in Art. 23 FINMAG, Art. 62 ff. HMG, Art. 42b KG, Art. 101 ff. BGS sowie Art. 13a FMG.

³³¹⁸ So z.B. Art. 14 FINMAG, Art. 34 RAG, Art. 61 HMG, Art. 25 KG sowie Art. 26 StromVG.

³³¹⁹ Dazu hinten N 1430 ff.

³³²⁰ Dazu hinten N 1434 ff.

5. Mitwirkungspflichten der Beaufsichtigten

5.1 Überblick

Die Informationsbeschaffungsrechte der Behörden gehen regelmässig mit entsprechenden Mitwirkungs- und Kooperationspflichten der Beaufsichtigten einher, die ihre rechtliche Grundlage in den Aufsichtserlassen finden sowie in Art. 13 VwVG.³³²¹ Unterschiedliche Arten von Mitwirkungspflichten werden unterschieden, wie der nachfolgende Überblick zeigt. 1127

5.2 Aussage- und Editionspflichten

Wie gesehen, stellen zahlreiche Aufsichtserlasse für die Feststellung des Sachverhalts und die Sicherung weiterer aufsichtsrelevanter Informationen auf Auskünfte bestimmter Personen sowie auf Dokumente und Unterlagen der Beaufsichtigten ab. Formuliert im Hinblick auf die Mitwirkungspflichten der Beaufsichtigten,³³²² sehen die einschlägigen aufsichtsrechtlichen Bestimmungen regelmässig mit dem mehr oder wenig gleichen Wortlaut vor, dass die mitwirkungspflichtigen Akteure der zuständigen Aufsichtsbehörde «Auskünfte erteilen und Unterlagen herausgeben» müssen.³³²³ 1128

Die zu Auskunft und Mitwirkung verpflichteten Akteure werden in den meisten Rechtsgrundlagen etwas genauer spezifiziert. Regelmässig handelt es sich dabei um die Beaufsichtigten selber, wobei allerdings jeweils auszulegen ist, ob lediglich die Organe der Beaufsichtigten oder auch ihre Mitarbeitenden auskunftspflichtig sind.³³²⁴ Nicht selten werden nebst den beaufsichtigten privaten Akteuren auch betroffene Dritte von den Aufsichtsbehörden angefragt, um Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Urkunden vorzulegen, so bspw. andere Marktteil- 1129

³³²¹ Dazu auch hinten N 1497 ff. – Zudem lassen sich gewisse Rechte zur Teilnahme an den behördlichen Kontrollhandlungen aus dem Recht auf rechtliches Gehör ableiten (THURNHERR, Verwaltungshandeln, N 854 f.).

³³²² Wie gesehen, sind einige Bestimmungen auch so formuliert, dass die Auskunfts- und Editionsrechte der Aufsichtsbehörden im Vordergrund stehen (dazu vorne N 1104 ff.).

³³²³ Vgl. etwa solche Vorgaben beinhaltend Art. 29 Abs. 1 FINMAG; Art. 15a RAG; Art. 35 Abs. 2 StSG; Art. 40 KG; Art. 59 Abs. 1 FMG; Art. 25 StromVG; Art. 17 Abs. 1 RTVG. Vgl. ausserdem Art. 58 Abs. 4 HMG und Art. 98 lit. a und c BGS, die aus der Perspektive der berechtigten Aufsichtsbehörden formuliert sind.

³³²⁴ Vgl. etwa zum persönlichen Anwendungsbereich von Art. 29 Abs. 1 FINMAG SCHÖNKNECHT, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 72 ff.; vgl. auch C. BECK, N 91 ff.

nehmerinnen und Konsumenten³³²⁵ oder regelmässig auch die Revisionsstellen der Beaufsichtigten³³²⁶. Nach Art. 29 Abs. 1 FINMAG sind ausserdem die Prüfgesellschaften sowie «qualifiziert oder massgebend an den Beaufsichtigten beteiligte Personen und Unternehmen» verpflichtet, Auskünfte zu erteilen und Unterlagen herauszugeben.³³²⁷ Eine besonders differenzierte Regelung sieht Art. 98 BGS vor. Nach lit. a dieser Bestimmung kann sich die ESBK u.a. an die Spielbanken und «die Unternehmungen der Fabrikation und des Handels mit Spieleinrichtungen, welche die Spielbanken beliefern», wenden und «die notwendigen Auskünfte und Unterlagen» verlangen.

- 1130 Möglich sind, wie gesehen, schriftliche sowie mündliche Auskünfte und Stellungnahmen (etwa im Rahmen von Befragungen oder Interviews), an denen die Beaufsichtigten mitwirken müssen. Dazu kann bspw. das aktive Ausfüllen von Fragebögen gehören.³³²⁸
- 1131 Auch im Rahmen von Editionsspflichten sind die Beaufsichtigten zusätzlich (gewissermassen implizit) verpflichtet, die Dokumentation zuhanden der Behörden (physisch oder auch digital) zu sammeln, zu führen und aufzubereiten sowie die entsprechenden Unterlagen oder Daten an die Behörden herauszugeben. DIEBOLD/RÜTSCHKE/KELLER sprechen mit Blick auf die Pflichten zur Bereitstellung von Informationen zuhanden der Behörden (wie z.B. Buchführungs- und Dokumentationspflichten) von einer «passiven» Informationspflicht, «in dem Sinn, dass die Informationen von den Beaufsichtigten gewissermassen auf Vorrat gesammelt und den Behörden nur im Bedarfsfall zur Verfügung gestellt werden».³³²⁹ Der damit verbundene Aufwand kann zeit- und ressourcenintensiv sein.

³³²⁵ Art. 40 KG nennt z.B. «Beteiligte an Abreden, marktmächtige Unternehmen, Beteiligte an Zusammenschlüssen sowie betroffene Dritte».

³³²⁶ Vgl. Art. 29 Abs. 1 FINMAG; Art. 98 lit. c BGS; vgl. auch Art. 83c ZGB, wonach die Revisionsstelle einer Stiftung der Aufsichtsbehörde jeweils eine Kopie des Revisionsberichts sowie aller wichtigen Mitteilungen an die Stiftung übermittelt. Nach Art. 84a Abs. 2 ZGB hat eine Revisionsstelle, die feststellt, dass eine Stiftung zahlungsunfähig oder überschuldet ist, ausserdem die Aufsichtsbehörde zu benachrichtigen.

³³²⁷ Art. 29 Abs. 1 FINMAG; vgl. dazu etwa SCHÖNKNECHT, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 72 ff. – Im Bericht des Bundesrates zur Bankenstabilität wurde ein Ausbau der Auskunft- und Meldepflichten gemäss Art. 29 FINMAG vorgeschlagen, um es der FINMA zu ermöglichen, über einen erweiterten Adressatenkreis einfacher an Informationen zu gelangen (vgl. BR, Bericht Bankenstabilität, BBl 2024 1023 ff., 295 ff.).

³³²⁸ Dazu vorne N 1105.

³³²⁹ DIEBOLD/RÜTSCHKE/KELLER, 56.

Zum Umfang der Auskunft- und Editionspflichten lässt sich den meisten Rechtsgrundlagen entnehmen, dass den Aufsichtsbehörden alle Auskünfte zu erteilen und Unterlagen herauszugeben sind, die sie «zur Erfüllung ihrer Aufgaben»³³³⁰ oder «für deren Abklärungen»³³³¹ bzw. «für den Vollzug dieses Gesetzes»³³³² «benötigen» bzw. die dafür «erforderlich» oder «notwendig» sind. Damit wird einerseits den rechtsanwendenden Behörden ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt, um festzulegen, welche Unterlagen und Auskünfte sie genau erhalten und einsehen möchten,³³³³ gleichzeitig wird aber auch auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Bezug genommen, insb. auf das Gebot der Erforderlichkeit.³³³⁴ 1132

5.3 Weitere Kooperations- sowie Duldungspflichten

Sollen Standortbegehungen, u.U. verbunden mit Kontrollen vor Ort, Inspektionen oder Probeentnahmen, durchgeführt werden, sind die Beaufsichtigten zusätzlich verpflichtet, Zutritt zum Betrieb zu gewähren und damit die Vornahme eines Augenscheins sowie die in diesem Zusammenhang durchgeführten Untersuchungshandlungen zu ermöglichen und zu dulden.³³³⁵ Oftmals sind die Beaufsichtigten sowohl berechtigt als auch verpflichtet, an Probeentnahmen anwesend zu sein und an ihnen mitzuwirken.³³³⁶ 1133

Im Finanzmarktbereich wird u.a. aus Art. 13 Abs. 1 lit. c VwVG i.V.m. Art. 29 Abs. 1 FINMAG zudem abgeleitet, dass die Mitwirkungspflichten der Beaufsichtigten auch die Pflicht zur Durchführung einer unabhängigen, internen Untersuchung zur Aufarbeitung eines Sachverhalts umfassen können.³³³⁷ Die FINMA kann die beaufsichtigten Institute zur Vornahme solcher Abklärungen auffordern, 1134

³³³⁰ Vgl. so Art. 29 Abs. 1 FINMAG sowie Art. 15a RAG.

³³³¹ Vgl. so Art. 40 KG.

³³³² Vgl. so Art. 25 Abs. 1 StromVG.

³³³³ Dazu auch vorne N 1117 ff.

³³³⁴ Dazu hinten N 1433 ff.

³³³⁵ Vgl. in diesem Sinne etwa Art. 35 Abs. 2 StSG oder auch Art. 14a Abs. 2 EBG. – Im Finanzmarktaufsichtsrecht werden solche Pflichten insb. auch gegenüber den Untersuchungsbeauftragten vorgesehen (vgl. Art. 36 Abs. 3 FINMAG; dazu vorne N 1109).

³³³⁶ Nach Art. 51 LMVV z.B. muss die für die Ware verantwortliche Person nicht nur, wenn möglich, bei der Probenerhebung anwesend sein (Abs. 1), sondern können die Vollzugsbehörden von ihr (oder ihrer anwesenden Vertretung) Auskünfte, Belege und Unterlagen verlangen und sie ausserdem verpflichten, bei der Probenahme mitzuwirken (Abs. 2).

³³³⁷ Vgl. etwa Urteil BVGer, B-3625/2014, 6.10.2015, E. 4.2; vgl. auch FRITSCHKE, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 239; vgl. auch C. BECK, N 501.

die betroffenen Institute können solche aber auch von sich aus veranlassen.³³³⁸ Mit der Untersuchung werden interne Abteilungen oder externe Spezialisten beauftragt. Meist geht es darum, in einer Art privater Sonderermittlung einen Sachverhalt zu rekonstruieren und in der Folge einen Bericht sowie einen Massnahmenplan zur Korrektur festgestellter Defizite zu erstellen.³³³⁹ Unter Umständen gibt sich die FINMA mit einer glaubwürdigen internen Untersuchung und den in der Folge erlassenen Korrekturmassnahmen zufrieden und sieht davon ab, eigene Sachverhaltsermittlungen vorzunehmen und ein eingreifendes Verwaltungungsverfahren zu eröffnen. Vielfach kann sie interne Untersuchungen aber auch als Vorläufer oder Ergänzung zu eigenen Sachverhaltsermittlungen auffassen.³³⁴⁰

5.4 Meldepflichten zur Informationsbeschaffung und Gefahrenabwehr

1135 Unterschiedliche Funktionen werden mit dem verwaltungsrechtlichen Instrument der Meldepflichten verfolgt. Im Vordergrund dieses Abschnitts stehen Meldepflichten der Beaufsichtigten, die der aktiven Information der Aufsichtsbehörden und der Gefahrenabwehr dienen.³³⁴¹

Von dem nachfolgenden Überblick ausgeklammert werden Meldepflichten, die – wie vorne beschrieben – als eine Art «mildere Alternative» zu Bewilligungserfordernissen vorgesehen sind.³³⁴² Ebenfalls nicht behandelt werden die ausserhalb des hier behandelten Aufsichtsrechtsverhältnisses vorgesehenen Meldepflichten, die primär «unter Privaten» gelten, wie bspw. die Meldepflicht nach Art. 120 und Art. 121 FinfraG, wonach bedeutende Beteiligungen an börsenkotierten Gesellschaften diesen und den Börsen, an welchen die Beteiligungspapiere kotiert sind, offenzulegen sind.³³⁴³

³³³⁸ FRITSCHKE, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 239 f.; vgl. auch C. BECK, N 496 ff. sowie N 505 ff. insb. auch zu den möglichen Eigeninteressen der Beaufsichtigten an einer internen Untersuchung.

³³³⁹ Vgl. zu internen Untersuchungen generell FRITSCHKE, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 227 ff.; C. BECK, N 484 ff.; vgl. aus der Rechtsprechung die Ausführungen in Urteil BVGer, B-3625/2014, 6.10.2015, E. 4.2.

³³⁴⁰ Eingehend dazu etwa FRITSCHKE, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 240 ff.; C. BECK, N 502; vgl. auch Urteil BVGer, B-3625/2014, 6.10.2015, E. 4.2.

³³⁴¹ Vgl. dazu etwa den Überblick bei DIEBOLD/RÜTSCHKE/KELLER, 53 und 54 f.

³³⁴² So BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.137. Dazu vorne N 985 ff.

³³⁴³ Die FINMA wird nur informiert, wenn die Gesellschaft oder die Börsen Grund zur Annahme haben, dass eine Aktionärin oder ein Aktionär dieser Meldepflicht nicht nachgekommen ist (Art. 122 FinfraG).

Regelmässige Meldungen vonseiten der Beaufsichtigten an die Aufsichtsbehörden sind in zahlreichen Aufsichtserlassen vorgesehen: 1136

- So haben etwa nach Art. 59 Abs. 2 FMG meldepflichtige Anbieterinnen von Fernmeldediensten dem BAKOM regelmässig die zur Erstellung einer amtlichen Fernmeldestatistik erforderlichen Angaben einzureichen. 1137
- Gestützt auf Art. 22 Abs. 2 lit. f KEG müssen Inhaber von Betriebsbewilligungen für Kernanlagen den Aufsichtsbehörden u.a. «periodisch über den Zustand und den Betrieb der Anlagen berichten». 1138

Die Meldungen haben die Funktion, den Informationsfluss zu bestimmten Themen an die Aufsichtsbehörden zu gewährleisten – nicht mehr und nicht weniger.³³⁴⁴ 1139

Häufig knüpfen die Meldepflichten jedoch an bestimmte, i.d.R. aufsichtsrechtlich relevante Sachverhalte an, d.h. an konkrete Gefahren oder Störungen. Treten solche ein, sind die zuständigen Aufsichtsbehörden unverzüglich darüber zu unterrichten. Die Meldepflichten sollen sicherstellen, dass die Behörden rasch diejenigen Informationen erlangen, die sie benötigen, um handeln und ggf. mit den notwendigen Massnahmen reagieren zu können, um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Bezweckt wird die Gefahrenabwehr zur Sicherung polizeilicher Interessen.³³⁴⁵ 1140

- Solche Meldepflichten sind bspw. in Art. 29 Abs. 2 FINMAG vorgesehen. Gestützt darauf sind der FINMA «unverzüglich Vorkommnisse [zu] melden, die für die Aufsicht von wesentlicher Bedeutung sind». Verpflichtet werden die nach den Finanzmarktgesetzen Beaufsichtigten sowie die Prüfgesellschaften, die bei ihnen Prüfungen nach Art. 24 ff. FINMAG durchführen.³³⁴⁶ 1141
- Eine entsprechende Meldepflicht ist in Art. 15a Abs. 2 RAG vorgesehen. Verpflichtet werden nach dieser Bestimmung die nach RAG zugelassenen natürlichen Personen und Revisionsunternehmen sowie die natürlichen Personen, die Mitglied im obersten Leitungs- und Verwaltungsorgan oder im Geschäftsführungsorgan eines Revisionsunternehmens sind und nicht über eine Zulassung der Aufsichtsbehörde verfügen. 1142
- Auch Art. 11 Abs. 1 KEG ist in dieser Hinsicht zu nennen, wonach «besondere Tätigkeiten und Ereignisse im Umgang mit nuklearen Gütern, welche die nukleare Sicherheit oder die Sicherung beeinträchtigen können», unverzüglich 1143

³³⁴⁴ Vgl. UHLMANN/KASPAR, 136, die in solchen Fällen von «Meldepflichten zur Informationsbeschaffung» sprechen.

³³⁴⁵ Zu dieser Kategorie von Meldepflichten: UHLMANN/KASPAR, 136.

³³⁴⁶ Vgl. den Wortlaut in Art. 29 Abs. 2 FINMAG.

den Aufsichtsbehörden zu melden sind. Im KEV werden diese Tätigkeiten und Ereignisse sowie das Meldeverfahren einer genaueren Regelung zugeführt.³³⁴⁷

- 1144 – Nach Art. 14a EBG sind auch die Eisenbahnunternehmen verpflichtet, «Unfälle und schwere Vorfälle beim Betrieb von Eisenbahnen dem BAV unverzüglich zu melden». Über ihre Umstände, ihren Verlauf und ihre Ursachen wird nach Art. 15 EBG eine Untersuchung durchgeführt mit dem Ziel, ähnliche Unfälle zu vermeiden.³³⁴⁸
- 1145 – Ebenfalls in diese Aufzählung gehört das nach Art. 59 Abs. 1 HMG von den Herstellern und Vertreibern von Heilmitteln verlangte «Meldesystem», die sog. «Pharmacovigilance». Sie müssen Swissmedic gegenüber unerwünschte Wirkungen und Vorkommnisse melden, die «auf das Heilmittel selbst, seine Anwendung oder auf unsachgemässe Kennzeichnung oder Gebrauchsanweisung zurückzuführen sind oder zurückgeführt werden könnten» oder «die Gesundheit von Konsumentinnen und Konsumenten, Patientinnen und Patienten sowie Dritter und behandelter Tiere gefährden oder beeinträchtigen könnten».³³⁴⁹ Ferner müssen auch Qualitätsmängel sowie «weitere Erkenntnisse und Bewertungen, welche die Beurteilungsgrundlagen beeinflussen können», gemeldet werden.³³⁵⁰ Wer Heilmittel herstellt oder in Verkehr bringt, muss dem Institut zudem «jeden Verdacht auf illegalen Heilmittelhandel durch Dritte melden, den er im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit, mit einem seiner Produkte oder mit dessen Bestandteilen feststellt».³³⁵¹
- 1146 – Die Pharmacovigilance stellt auf eine kontrollierte Eigenüberwachung ab: Den Beaufichtigten obliegt ein massgeblicher Teil der Sachverhaltsermittlung, während die Aufsichtsbehörde die Informationen sammelt, einzelne Inspektionen oder Kontrollen durchführt und nötigenfalls die erforderlichen Verwaltunghemassnahmen anordnet.³³⁵²
- 1147 – Eine Meldepflicht trifft darüber hinaus auch Personen, die berufsmässig Heilmittel abgeben, an Menschen oder Tieren anwenden bzw. als Medizinalpersonen dazu berechtigt sind, u.a. wenn es zu schwerwiegenden oder bisher unbekannten und unerwünschten Wirkungen und Vorkommnissen kommt oder

³³⁴⁷ Vgl. bspw. Art. 21 Abs. 1 sowie Art. 38 Abs. 3 lit. a und c KEV. Zu jedem entsprechenden Ereignis oder Befund sind dem ENSI Berichte einzureichen und dazu die Vorgaben in Anhang 6 der KEV zu beachten (vgl. Art. 21 Abs. 3 und Art. 38 Abs. 4 KEV).

³³⁴⁸ Vgl. Art. 15 Abs. 1 und 2 EBG.

³³⁴⁹ Art. 59 Abs. 1 lit. a und b HMG.

³³⁵⁰ Art. 59 Abs. 2 HMG.

³³⁵¹ Art. 59 Abs. 3^{bis} HMG.

³³⁵² Vgl. dazu Art. 58 Abs. 3 HMG.

Qualitätsmängel zutage treten, die die Heilmittelsicherheit gefährden.³³⁵³ Ferner können auch Konsumentinnen, Patienten und deren Organisationen sowie interessierte Dritte dem Institut unerwünschte Wirkungen von Heilmitteln sowie Vorkommnisse melden; sie sind dazu aber nicht verpflichtet.³³⁵⁴ Schliesslich sind relativ neu³³⁵⁵ auch Mitarbeitende von Heilmittelherstellern sowie von Medizinalpersonen dazu berechtigt, «Wahrnehmungen zu melden, die auf eine Widerhandlung gegen Bestimmungen [des HMG] schliessen lassen».³³⁵⁶

Der Bundesrat hat die Vorgaben nach Art. 59 HMG insb. in Art. 61 ff. VAM näher konkretisiert. Anhang 3 der VAM enthält zudem die sog. «Regeln über die Gute Vigilance-Praxis», die für die Meldungen nach Art. 59 Abs. 1 bis 3 HMG zu beachten sind.³³⁵⁷ Es handelt sich dabei um international anerkannte Richtlinien und Normen.³³⁵⁸ Die Swissmedic stellt die für die Meldungen zu verwendenden Formulare auf ihrer Homepage bereit.³³⁵⁹ Ausserdem wurde mit «ElViS» ein elektronisches Vigilance-Meldeportal von Swissmedic für medizinische Fachpersonen zur Verfügung gestellt.³³⁶⁰

Ob die Behörden aufgrund einer eingegangenen Meldung tätig werden und in welcher Art und Weise, steht regelmässig in ihrem Ermessen bzw. richtet sich nach weiteren rechtlichen Vorgaben. Eingegangene Meldungen verpflichten die Behörden i.d.R. noch nicht, effektiv zu handeln;³³⁶¹ sie müssen auf Meldungen grundsätzlich nicht reagieren und ihr Eingang führt auch nicht zum Erlass einer Verfügung,³³⁶² spezialgesetzlich vorgesehene andere Regelungen bleiben vorbehalten.

³³⁵³ Art. 59 Abs. 3 HMG.

³³⁵⁴ Art. 59 Abs. 4 HMG.

³³⁵⁵ Die Bestimmung wurde durch Ziff. 1 des Bundesgesetzes vom 18.3.2016 eingefügt, das seit dem 1.1.2019 in Kraft ist (vgl. AS 2017 2745, 2758 f.).

³³⁵⁶ Art. 59 Abs. 7 HMG.

³³⁵⁷ Art. 59 Abs. 5 HMG.

³³⁵⁸ Vgl. dazu auch Art. 59 Abs. 6 HMG.

³³⁵⁹ Vgl. Art. 66 Abs. 2 VAM. Die Formulare sind abrufbar unter <<https://www.swissmedic.ch> → Humanarzneimittel → Marktüberwachung → Pharmacovigilance → Vigilance-System> (besucht am 15.8.24).

³³⁶⁰ Weitere Informationen dazu sind abrufbar unter <<https://www.swissmedic.ch> → Services und Listen → eGov-Services → ElViS> (besucht am 15.8.24).

³³⁶¹ Vgl. so auch UHLMANN/KASPAR, 139 f. m.w.H., wenn auch mit einem gewissen Fokus auf die sog. «Meldepflicht zur Sicherung verwaltungsrechtlicher Pflichten».

³³⁶² Vgl. so auch UHLMANN/KASPAR, 138 und 140.

5.5 Weite Auslegung der Mitwirkungspflichten

- 1149 Klärungsbedarf besteht häufig im Hinblick auf die Frage, in welchem Umfang den geforderten Mitwirkungspflichten nachgelebt werden müsse. Insbesondere welche Informationen eine Behörde effektiv für ihre Aufgabenerfüllung «benötigt», ist nach ständiger Rechtsprechung eine Frage des Ermessens. Zwecks Auslegung der Mitwirkungspflichten wird primär auf den hauptsächlichen Zweck des jeweiligen Aufsichtsbereichs abgestellt, wobei die bundesgerichtliche Rechtsprechung die Mitwirkungspflichten regelmässig grosszügig interpretiert. So führte das Bundesgericht bspw. in BGE 133 II 232 aus:

«Im Zweifelsfall legt das Bundesgericht die Auskunfts- und Mitwirkungspflicht der Betroffenen im Finanzmarktrecht (...) weit aus, da der präventive Beizug von genügenden und gesicherten Informationen im öffentlichen Interesse die frühzeitige Erkennung von Gesetzesverletzungen und sonstigen Missständen ermöglicht.»³³⁶³

- 1150 Die Mitwirkungspflicht der Parteien erstreckt sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts insb. auf diejenigen Tatsachen, die eine Partei besser kennt als die Behörden und welche die Behörden ohne die Mitwirkung der Betroffenen auch gar nicht oder nicht mit vernünftigem Aufwand erheben könnten.³³⁶⁴ In solchen Fällen sind die Aufsichtsbehörden besonders auf eine umfassende Dokumentation und die Übermittlung korrekter und relevanter Informationen angewiesen.
- 1151 Begrenzt werden die Mitwirkungspflichten immerhin durch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit; die Parteien sind somit zur Beschaffung derjenigen Informationen verpflichtet, die für die Beurteilung des Sachverhalts rechtserheblich sind und ohne unverhältnismässigen Aufwand erlangt werden können.³³⁶⁵ Diese Praxis kann für die betroffenen Unternehmen mit nicht unerheblichen Kosten und Aufwänden verbunden sein.³³⁶⁶
- 1152 Vielfach erfolgt die Mitwirkung der Beaufsichtigten auch nicht freiwillig, sondern im Wissen darum, dass die Verweigerung von Mitwirkungspflichten erhebliche Nachteile zur Folge haben könnte. Es können bspw. Beweise zum Nachteil der Be-

³³⁶³ BGE 133 II 232, E. 4.1; vgl. auch BGE 126 II 111, E. 3b; 108 Ib 196, E. 2a.

³³⁶⁴ So BGE 138 II 465, E. 8.6.4 zu den Mitwirkungspflichten nach Art. 25 StromVG. Dieser Entscheid wurde bestätigt in Urteil BGer, 2C_969/2013, 19.7.2014, E. 7.4.

³³⁶⁵ Kommentar VwVG-AUER/BINDER, Art. 13 N 7 m.w.H.; Praxiskommentar VwVG-KRAUSKOPF/WYSSLING, Art. 13 N 40 ff. und insb. N 43.

³³⁶⁶ HÄNER, Verfahrensrechtliche Aspekte, 95.

aufsichtigten gewürdigt werden.³³⁶⁷ Ferner sehen zahlreiche Aufsichtssachgesetze zur Sicherung und Durchsetzung der Mitwirkungspflichten Verwaltungszwang oder Ordnungsbussen vor: Gemäss Art. 52 KG kann etwa ein Unternehmen, das die Auskunftspflicht oder die Pflichten zur Vorlage von Urkunden nicht oder nicht richtig erfüllt, mit einem Betrag bis zu CHF 100'000 belastet werden. Auch eine Konzessionärin nach BGS, die gegen die gesetzlichen Bestimmungen, die Konzession oder eine rechtskräftige Verfügung verstösst, kann mit einem Betrag von bis zu 15 % des im letzten Geschäftsjahr erzielten Bruttospielertrags belastet werden.³³⁶⁸ Zu beachten sind auch die Strafbestimmungen in Art. 45 ff. FINMAG, die das Erteilen falscher Auskünfte (Art. 45 FINMAG) ebenso wie Pflichtverletzungen wie die Nichterstattung vorgeschriebener Meldungen (Art. 46 Abs. 1 lit. b FINMAG) sowie vorsätzliche und fahrlässige Verstösse gegen die vorgeschriebene Prüfung der Jahresrechnung (Art. 47 FINMAG) unter Strafe stellen: Freiheitsstrafen bis zu drei Jahren oder Geldstrafe sind vorgesehen bzw. Bussen bis zu CHF 250'000 im Falle einer fahrlässigen Tatbegehung.

Hinzu kommt, dass sich die spezialgesetzlichen Mitwirkungspflichten nicht selten 1153 auf die Beweislastverteilung auszuwirken vermögen. Auch wenn den Aufsichtsbehörden die objektive Beweislast zukommt – sie also z.B. nachzuweisen haben, dass eine bestimmte Tätigkeit eine Gefahr in sich birgt, weshalb aufsichtsrechtliche Massnahmen erforderlich sind –, können sie die Mitwirkung der Beaufsichtigten i.d.R. frühzeitig und in einem weitgehenden Umfang einfordern. Dadurch werden die Privaten verpflichtet, den Staat bei der Sachverhaltsabklärung zu unterstützen, u.U. sogar bei der Erbringung eines staatlichen Gegenbeweises zu ihren Lasten (dass z.B. trotz vorliegender Konformitätsbestätigungen die Sicherheit einer bestimmten Ware nicht gewährleistet ist).³³⁶⁹ Umso wichtiger wäre vor diesem Hintergrund die Möglichkeit der Privaten, die Rechtmässigkeit von Anordnungen über ihre Mitwirkung gerichtlich überprüfen lassen zu können.

Wie allerdings in Kapitel IV noch zu vertiefen sein wird, werfen die Mitwirkungs- 1154 pflichten der Beaufsichtigten oftmals verfahrensrechtliche Fragen auf, selbst wenn das behördliche Untersuchungsverfahren als eröffnet gilt.³³⁷⁰

³³⁶⁷ *Ebd.*, 91.

³³⁶⁸ Art. 100 BGS.

³³⁶⁹ Dazu etwa vorne N 993. – Eingehend zu den Auswirkungen von Mitwirkungspflichten auf die Beweislast: HÄNER, Verfahrensrechtliche Aspekte, 87 ff. und 102 f.

³³⁷⁰ Zum informellen Verwaltungshandeln der Aufsichtsbehörden in der Phase vor der Verfahrenseröffnung vgl. sogleich N 1155 ff.

- Weil die Sachgesetze den Aufsichtsbehörden – wie gesehen – vielfach einen weiten Ermessensspielraum einräumen hinsichtlich der Entscheidung, welche Mitwirkungspflichten sie gegenüber welchen Beaufsichtigten in welcher Form verlangen wollen, erweist sich die gerichtliche Überprüfbarkeit von angeordneten Mitwirkungspflichten oftmals als schwierig.³³⁷¹ Hinzu kommt, dass Anordnungen zur Mitwirkung (v.a.) im Rahmen der laufenden Aufsicht oftmals nicht in Form von (Zwischen-)Verfügungen ergehen.³³⁷²
- Komplexe Fragestellungen ergeben sich sodann mit Blick auf die strafprozessualen Aussage- bzw. Mitwirkungsverweigerungsrechte, die den verwaltungs- bzw. aufsichtsrechtlichen Mitwirkungspflichten diametral zu widersprechen scheinen. Die einschlägigen Bestimmungen sehen jeweils keinerlei Ausnahmen oder Einschränkungen im Hinblick auf allenfalls die Beaufsichtigten belastende Informationen vor.³³⁷³ Diese Problematik wird in Kapitel IV eingehend diskutiert.³³⁷⁴

C. Informelles Verwaltungshandeln der Aufsichtsbehörden

- 1155 Sachbereichsübergreifend bedienen sich die Aufsichtsbehörden verschiedener Formen des «informellen und kooperativen Staats-»³³⁷⁵ bzw. «formlosen Verwaltungshandelns»,³³⁷⁶ im Sinne eines nicht normativ vorgezeichneten und auf eine Verfügung ausgerichteten Verfahrens.³³⁷⁷ Eine einheitliche Typenbildung der im Aufsichtskontext verwendeten Vielfalt heterogener Formen tatsächlicher Verwaltungshandlungen sucht man in der Literatur bislang vergeblich.³³⁷⁸ Beachtenswert

³³⁷¹ Dazu hinten N 1587 ff.

³³⁷² HÄNER, Verfahrensrechtliche Aspekte, 94 ff.

³³⁷³ Dazu etwa BGE 132 II 113, E. 3.2.

³³⁷⁴ Dazu hinten N 1757 ff.

³³⁷⁵ Vgl. diese Begriffsverwendung in REKO/WEF, Beschwerdeentscheid vom 22.12.2003 (publiziert in: RPW 2004/2, 625 ff.), E. 1.2.3 (S. 635 f.).

³³⁷⁶ Generell zu dieser Tendenz vgl. HÄNER, Verfahrensrechtliche Aspekte, 77 ff.

³³⁷⁷ Vgl. zu diesem Begriffsverständnis THURNHERR, Verwaltungshandeln, N 113; vgl. auch KÖLZ/HÄNER/BERTSCH, N 323. – Eingehend zum Terminus des Realakts (in Abgrenzung zu weiteren alternativ verwendeten Begrifflichkeiten) vgl. THURNHERR, Verwaltungshandeln, N 105 ff.; vgl. auch HETTICH, Kooperative Risikoversorge, N 327 ff.; MOOR/POLTIER, 28 f.; DUBEY/ZUFFEREY, N 783 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1061 ff.

³³⁷⁸ Kritisch gegenüber einer Typenbildung von Realakten zwecks ihrer dogmatischen Operationalisierung äusserte sich RICHLI, Rechtsschutz, 1435; vgl. auch Kommentar VWVG-WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER, Art. 25a N 7.

ist der von THURNHERR propagierte Systematisierungsansatz. Sie unterscheidet zunächst zwischen Realakten als intendierten Verfahrensergebnissen und solchen, die im Umfeld eines auf ein anderes Ziel hinauslaufenden förmlichen Verfahrens stattfinden. Ferner differenziert sie nach dem ein- oder zwei- bzw. mehrseitigen «Modus der Realaktgenese».³³⁷⁹ Gestützt auf die sich so bildende Matrix lassen sich «vier über einen beachtlichen gemeinsamen Nenner verfügend[e] Gefäss[e]» identifizieren,³³⁸⁰ nämlich «ein- bzw. zwei- oder mehrseitig generierte verfügungsbezogene Realakte» sowie «ein- bzw. zwei- oder mehrseitig generierte Realakte als Verfahrensergebnis».³³⁸¹ Eine solche Einteilung der Realakte ermöglicht es, die mit ihnen verbundenen typischen Gefährdungslagen (aus verfahrensgrundrechtlicher Sicht) präziser zu benennen und den rechtsanwendenden Behörden in ihrem Zusammenhang konkretere Leitlinien zu vermitteln,³³⁸² auch wenn selbstredend eine exakte Unterscheidung zwischen den unterschiedlichen Typen nicht immer möglich ist und sich die einzelnen Kategorien gelegentlich auch überschneiden können.

Im laufenden Aufsichtsverfahren sind gewisse Formen tatsächlicher Verwaltungshandlungen besonders häufig anzutreffen. Dazu zählen etwa Warnungen und Empfehlungen, die gewissermassen zum Standard der Aufsichtsinstrumente gehören, die ausserhalb des formellen Verfahrens stattfinden³³⁸³ – wobei selbstverständlich im konkreten Einzelfall zu prüfen ist, ob nicht doch eine anfechtbare Verfügung i.S.v. Art. 5 VwVG vorliegt, wenn die «Verwaltungshandlung» sämtliche Strukturmerkmale einer Verfügung erfüllt.³³⁸⁴ 1156

³³⁷⁹ Vgl. THURNHERR, Verwaltungshandeln, N 118 f.

³³⁸⁰ *Ebd.*, N 118.

³³⁸¹ Vgl. *ebd.*, N 119 zur so generierten Matrix sowie N 120 ff. zur Erläuterung der einzelnen Matrix-Elemente.

³³⁸² *Ebd.*, N 117 sowie (differenzierend zu den einzelnen Typen von Realakten) N 740 ff., N 751 ff., N 863 ff., N 927 ff. und N 961 ff.

³³⁸³ Vgl. *ebd.*, N 822 ff., die behördliche Warnungen und Empfehlungen den Realakten als intendierten Verfahrensergebnissen zuweist und dabei der Unterkategorie der «verfügungsvermeidenden Realakten». Vgl. auch eingehend zu Warnungen und Empfehlungen als «Verhaltenskomponenten» der staatlichen Risikoinformation ALTWICKER/PLATTNER, 372 f. – Aus der Rechtsprechung vgl. etwa BGE 103 Ib 350, E. 2 (zur Androhung der damaligen Bankenkommission, die Anerkennung als bankengesetzliche Revisionsstelle bei Nichterfüllung gewisser Auflagen zu entziehen); 117 Ib 441, E. 2 (zu Beanstandungen der Lebensmittelpolizeibehörden); 113 Ib 90, E. 2d/aa sowie 117 Ib 481, E. 4 (zu Empfehlungen der früheren Schweizerischen Kartellkommission).

³³⁸⁴ Vgl. Urteil BGer, 2C_1184/2013, 17.7.2014, E. 3.3. Vgl. auch C. BECK, N 68 m.w.H.

Das Bundesgericht scheint den Aufsichtsbehörden jedenfalls einen weiten Ermessensspielraum hinsichtlich der durch sie verwendeten Handlungsformen zuzugestehen, sprach es doch etwa einer Empfehlung der FINMA an eine anerkannte Selbstregulierungsorganisation (SRO), in der es diese aufforderte, ihr Reglement anzupassen, die Rechtswirksamkeit und damit den Verfügungscharakter ab. Die FINMA habe die Anpassungen nicht autoritativ angeordnet, sondern die SRO lediglich, «wenn auch mit einer gewisser Eindringlichkeit»,³³⁸⁵ aufgefordert, die Anpassungen selbst vorzunehmen.³³⁸⁶

- 1157 Nicht selten werden auch allgemeine Informationen und Auskünfte vonseiten der Aufsichtsbehörden bekannt gegeben,³³⁸⁷ zudem erfolgen informelle Beratungen sowie Vorabsprachen zwischen den Behörden und den Beaufsichtigten. Die Behörden erachten es zuweilen sogar als ihre Aufgabe, die Beaufsichtigten mit den rechtlichen Vorgaben vertraut zu machen, sie z.B. über Praxisänderungen zu informieren und Auskünfte zu geben, bevor es im Einzelfall etwa zu einer Gesuchsablehnung, einer mündlichen oder schriftlichen Belehrung oder Mahnung kommt.³³⁸⁸ Bis zu einem gewissen Grad werden solche «Dienstleistungen» vonseiten der Behörden auch erwartet,³³⁸⁹ bspw. im Kontext der Klärung von Bewilligungsvoraussetzungen.

Swissmedic führt z.B. mit Gesuchstellerinnen unter gewissen Voraussetzungen Firmenmeetings zur Klärung von Inhalts- und Verfahrensfragen im Zulassungsverfahren durch³³⁹⁰ und die FINMA empfiehlt Gesuchstellerinnen und Gesuchstellern, ihre konkreten Bewilligungsprojekte anlässlich einer Sitzung mit FINMA-Vertretern vorzustellen, um erste Rückmeldungen noch vor Einreichung eines Gesuchs zu erhalten.³³⁹¹

³³⁸⁵ Urteil BGer, 2C_1184/2013, 17.7.2014, E. 3.4.

³³⁸⁶ *Ebd.*, E. 3.4 und 4.

³³⁸⁷ Vgl. etwa Urteil BVGer, B-7483/2010, 9.6.2011, wo es um ein Schreiben, eine Medienmitteilung, ein Tagesschau-Interview sowie eine Telefonnotiz ging, in denen sich zwei Mitglieder des WEKO-Sekretariats zu einem laufenden Verfahren äusserten. – Zu möglichen Rechtswirkungen solcher Kommunikationsformen vgl. vorne N 462 ff. und insb. N 474 ff.

³³⁸⁸ So auch BULLINGER, 300; vgl. aus der Rechtsprechung BGE 114 Ib 190, E. 1a (zu einer Absichtserklärung des Bundesamts für Polizeiwesen über die künftige Bewilligungspraxis).

³³⁸⁹ B. SCHINDLER, Befangenheit, 136 f. m.w.H.

³³⁹⁰ Unterschieden werden etwa «*Scientific Advice Meetings*» in der Entwicklungsphase eines Arzneimittels, «*Presubmission Meetings*» im Vorfeld der Einreichung eines Zulassungsantrages und «*Clarification Meetings*» im Hinblick auf die Beantwortung offener Fragen und die Klärung von Einzelaspekten (vgl. dazu Swissmedic, Wegleitung Firmenmeeting im Bereich Zulassung HMOV4, 1.1.2019).

³³⁹¹ Vgl. dazu etwa die Informationen auf der Website der FINMA: <<https://www.finma.ch>> → Bewilligung → Banken und Wertpapierhäuser → Neubewilligung> (besucht am 15.8.24).

Auch Inspektionen und Probeentnahmen gehören, wie gesehen, zur laufenden Überwachungstätigkeit der Aufsichtsbehörden zwecks Untersuchung, ob behördlicher Handlungsbedarf besteht oder nicht.³³⁹² Sie werden somit nicht zweckfrei vorgenommen, sondern stets im Hinblick auf ein bestimmtes Verfahrensziel, nämlich den behördlichen Entscheid über das Ergreifen oder Nichtergreifen von Massnahmen.³³⁹³ Kontrollhandlungen können mit anderen Worten zum Auslöser eines förmlichen Verfahrens werden.³³⁹⁴ 1158

Häufig sind in einem entsprechend gestaffelten Entscheidungsprozess die Funktionen zwischen den für die Beobachtungs- und Überwachungstätigkeit zuständigen Aufsichtsinstanzen einerseits und denjenigen, die andererseits für die Anordnung der Massnahmen zuständig sind, getrennt, und die Aufgaben werden zeitlich nacheinander wahrgenommen. Wie auch noch näher auszuführen sein wird, wird innerhalb der grösseren Aufsichtsbehörden regelmässig versucht, durch behördeninterne Gewaltenteilung ein Mehr an gegenseitigen Kontroll- und Machtausgleichsmechanismen zu etablieren.³³⁹⁵ Illustrativ sind etwa Vorabklärungen gemäss Art. 26 KG, die einem Antrag des Sekretariats zuhanden der WEKO bezüglich der zu treffenden Massnahmen sowie dem Verfahren der WEKO vorgehen.³³⁹⁶ 1159

Die fehlende Formalisierung wichtiger Etappen des Aufsichtsverfahrens ermöglicht wechselseitige Kontaktaufnahmen zwischen den Aufsichtsbehörden und den beaufsichtigten Privaten im Vorfeld einer Verfügung. Zwar ist vertragliches Handeln im Aufsichtsbereich nicht typisch;³³⁹⁷ das Schutzinteresse der Privaten sowie das hierarchische Rechtsverhältnis zwischen Aufsichtsbehörde und Beaufsichtigten verbietet es insb., die Aufsicht «als Verhältnis von gleich zu gleich zu verstehen» oder etwa «ganz in die Konferenzatmosphäre zu verlegen».³³⁹⁸ Dennoch 1160

³³⁹² Zu den Instrumenten der laufenden Aufsicht vgl. vorne N 1059 ff.

³³⁹³ Vgl. auch THURNHERR, Verwaltungshandeln, N 851, die solche Handlungen unter dem Begriff «Kontrollverfahren» zusammenfasst und sie als intendierte Verfahrensergebnisse der Subkategorie der «Realakte ohne funktionalen Verfügungskonnex» zuweist (vgl. *ebd.*, N 832 ff.).

³³⁹⁴ Zu den Realakten als Auslöser eines förmlichen Verfahrens vgl. *ebd.*, N 927 ff. und N 933 ff.; vgl. dazu auch vorne N 1087 ff.

³³⁹⁵ Vgl. etwa zur behördeninternen Struktur von Behördenkommissionen, die zwischen «Kommission» und «Sekretariat» unterscheiden, vorne N 836 ff.; vgl. ausserdem hinten N 1476 ff. sowie N 1738 ff.

³³⁹⁶ Dazu vorne N 1082 ff.; vgl. auch THURNHERR, Verwaltungshandeln, N 935.

³³⁹⁷ Vgl. auch BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.113.

³³⁹⁸ BULLINGER, 301.

tauschen sich die Aufsichtsbehörden regelmässig mit den durch sie Beaufsichtigten zu aufsichtsrelevanten Themen im Rahmen von informellen Gesprächen aus.

1161 Sowohl für die Aufsichtsbehörden als auch für die Beaufsichtigten sind solche Austausche v.a. aus verfahrensökonomischen und praktischen Gründen einfach und bequem. Sie ermöglichen hilfreiche, rasche und flexible Reaktionen im Einzelfall, bspw. wenn komplexe, technische Fragestellungen im Bereich einer Risikoabschätzung zu beantworten sind.³³⁹⁹ Unproblematisch sind solche Verwaltungshandlungen aber aus verschiedenen Gründen nicht. Die mit informellem Aufsichtshandeln oftmals einhergehenden Unsicherheiten betreffen vorwiegend drei Problemkreise:

- Die fehlende normative Regelung des Aufsichtshandelns bewirkt regelmässig, dass auch die mit dem Gesetzmässigkeitsprinzip in Verbindung gebrachten Grundsätze der Rechtssicherheit (und insb. der Aspekt der Voraussehbarkeit) sowie der Rechtsgleichheit tangiert werden. Diese Bedenken werden nachfolgend vertieft.³⁴⁰⁰
- Wie noch näher aufzuzeigen sein wird, lassen sich informelle Aufsichtshandlungen zudem nur einem eingeschränkten Rechtsschutz zuführen. Nicht formalisierte Handlungsformen der Aufsichtsbehörden, die nicht in einer (Zwischen-)Verfügung münden, können prinzipiell nicht Gegenstand der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege sein. Entsprechend schwierig ist es, die Rechtmässigkeit informeller Aufsichtshandlungen wie etwa eine Auskunftserteilung, eine Empfehlung, die Ausübung eines Augenscheins oder eine (nichtförmliche) Aufforderung zur Mitwirkung gerichtlich überprüfen zu lassen. Der Rechtsschutz betroffener Beaufsichtigter erfährt dadurch eine empfindliche Einschränkung. Im Abschnitt zum streitigen Aufsichtsverfahren in Kapitel IV wird diese Problematik näher beleuchtet.³⁴⁰¹
- Ebenfalls in Kapitel IV wird zudem den noch nicht hinreichend geklärten Fragestellungen nachgegangen, inwiefern das informelle Verwaltungshandeln vom Geltungsbereich der Verfahrensgesetze erfasst wird und insb. die verfahrensrechtlichen Mindestgarantien auf Realakte zur Anwendung gelangen.³⁴⁰²

³³⁹⁹ Vgl. etwa THURNHERR, Verwaltungshandeln, N 142.

³⁴⁰⁰ Dazu hinten N 1357 ff.

³⁴⁰¹ Dazu hinten N 1568 ff.

³⁴⁰² Dazu hinten N 1651 ff.

IV. Aufsichtsrechtliche Durchsetzungsmassnahmen

A. Überblick

Um sicherzustellen, dass die Beaufsichtigten die einschlägigen Vorgaben aus den anwendbaren Rechtsnormen, einer allfälligen Konzession oder Bewilligung sowie einer rechtskräftigen Verfügung einhalten, stehen den staatlichen Aufsichtsbehörden verschiedene Instrumente zur Verfügung, die entweder die Berichtigung einer bereits eingetretenen Pflichtverletzung zum Zwecke haben oder auf die Verhinderung einer solchen ausgerichtet sind.³⁴⁰³ Dem Grundgedanken der Rechtsaufsicht folgend,³⁴⁰⁴ sind es die drohende oder effektive Nichteinhaltung normativer Vorgaben sowie allenfalls weitere «Missstände»,³⁴⁰⁵ die damit regelmässig den Ausgangspunkt für die Anordnung aufsichtsrechtlicher Massnahmen darstellen. Sie dienen der Durchsetzung des anwendbaren materiellen Rechts und damit der Verwirklichung der dem Recht zugrunde liegenden öffentlichen Interessen.³⁴⁰⁶ Zusätzlich geht es bei der Durchsetzung letztlich auch um die Sicherung der Glaubwürdigkeit des aufsichtsausübenden Staates, der gegen Pflichtverletzungen und Missstände auch effektiv vorgeht.³⁴⁰⁷ 1162

Die anwendbaren Sachgesetze bzw. die auf ihnen beruhende Praxis legt jeweils ihrer Sachlogik entsprechend fest, wann die Schwelle erreicht ist, deren Überschreitung die Anordnung von aufsichtsrechtlichen Massnahmen oder Sanktionen rechtfertigt. In der Regel werden mögliche Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen zunächst behördlich untersucht und zu diesem Zweck auch ein Verwaltungsverfahren eröffnet und den Parteien gegenüber angezeigt.³⁴⁰⁸ Kommen die Behörden im Laufe eines solchen Verfahrens zum Schluss, dass tatsächlich eine Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen stattgefunden hat oder unmittelbar bevorsteht, sind die Behörden befugt, die «für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes» erforderlichen Massnahmen zu ergreifen.³⁴⁰⁹ 1163

³⁴⁰³ Zur Berichtigungsfunktion der Aufsicht vgl. etwa vorne N 111 ff. sowie N 975.

³⁴⁰⁴ Dazu vorne N 80 ff.

³⁴⁰⁵ Vgl. z.B. den Wortlaut von Art. 27 Abs. 2 FINMAG oder auch von Art. 98 lit. h BGS.

³⁴⁰⁶ DIEBOLD/RÜTSCHKE/KELLER, 49.

³⁴⁰⁷ MOOR/POLTIER, 114 m.w.H. u.a. auf BGE 111 Ib 213, E. 6b in diesem Sinne.

³⁴⁰⁸ Vgl. beispielhalber Art. 27 Abs. 1 KG oder auch Art. 30 FINMAG, die ein solches Vorgehen explizit vorsehen. Zur Verfahrenseröffnung vgl. hinten N 1470 ff.

³⁴⁰⁹ Vgl. z.B. den entsprechenden Wortlaut von Art. 31 Abs. 1 FINMAG.

- 1164 Dabei stehen den Aufsichtsbehörden regelmässig weitreichende Ermessensspielräume offen, um festzulegen, welche Massnahmen sie ergreifen wollen. Viele Aufsichtsgesetze führen ganze Kataloge mit unterschiedlichen Aufsichtsinstrumenten auf, die sich nach unterschiedlichen Kriterien systematisieren lassen. In anderen Aufsichtsbereichen fehlen entsprechende Enumerationen, gleichwohl umfassen die in der Praxis angewandten Aufsichtsmassnahmen oftmals eine ähnliche Palette von möglichen Instrumenten. Eine geläufige Auswahl an aufsichtsrechtlichen Durchsetzungsmassnahmen reicht von Beanstandungen, verbindlichen Weisungen über Möglichkeiten der Ersatzvornahme, Gewinneinziehungen, Geldbussen bis hin zu Berufsverboten und Bewilligungsentzügen.
- 1165 Grundsätzlich ist die Gesetzgebung frei in der Kreierung von Aufsichtsmassnahmen – eine abschliessende Liste von Aufsichtsinstrumenten gibt es nicht.³⁴¹⁰ Ein Blick auf unterschiedliche Aufsichtserlasse lässt jedoch den Eindruck entstehen, dass die Gesetzgebung nicht selten auf bewährte Massnahmen zurückgreift und sich zu diesem Zweck auch sachbereichsübergreifend inspirieren lässt. BIAGGINI begrüsst solche Tendenzen insb. mit Blick auf die Rechtssicherheit grundsätzlich zu Recht.³⁴¹¹ Gleichwohl müssen aber sachbereichsspezifische Besonderheiten auch bei der Wahl und dem Einsatz der anzuwendenden aufsichtsrechtlichen Massnahmen Berücksichtigung finden können.³⁴¹²
- 1166 Aufsichtsrechtliche Durchsetzungsmassnahmen lassen sich unterschiedlichen Kategorien zuführen:
- 1167 – Mit Blick auf den *Eingriffsgegenstand* der angeordneten Massnahmen lassen sich z.B. solche unterscheiden, die spezifisch ins Tagesgeschäft der Beaufsichtigten eingreifen (so z.B. vorgängige Genehmigungspflichten oder verbindliche Weisungen) bzw. gewissermassen an die Unternehmenssubstanz bzw. -existenz anknüpfen, wie z.B. Eingriffe in die Organisation der Unternehmen, die Sistierung oder der Entzug von Bewilligungen oder z.B. auch Gewinneinziehungen. Wieder andere Massnahmen beziehen sich nicht auf das beaufsichtigte Unternehmen, sondern auf die dahinterstehenden natürlichen Personen (so bspw. Berufs- und Tätigkeitsverbote).

³⁴¹⁰ BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.108.

³⁴¹¹ *Ebd.*

³⁴¹² Vor einem «zu viel» an Harmonisierungsbestrebungen wurde bereits im Hinblick auf die organisationsrechtliche Ausgestaltung von Aufsichtsbehörden gewarnt (dazu vorne N 935) – ähnliche Bedenken lassen sich auch für das anwendbare Aufsichtsinstrumentarium anführen.

- Ausgehend von der *Eingriffswirkung* der angeordneten Massnahmen lassen sich bspw. finanziell (direkt) wirksame Aufsichtsinstrumente (wie z.B. die Gewinneinziehung sowie Geldbussen) von finanziell nicht (direkt) wirksamen Aufsichtsinstrumenten unterscheiden und diese wiederum in Massnahmen unterteilen, die in erster Linie den Ruf der Beaufsichtigten tangieren (wie z.B. die Veröffentlichung aufsichtsrechtlicher Entscheide) oder sich u.U. existenzbedrohend für die Beaufsichtigten auswirken können (so z.B. der Bewilligungsentzug oder die Betriebsschliessung sowie allenfalls auch hohe Geldbussen). 1168
- Geläufig und auch für die Zwecke dieses Abschnitts Verwendung findet die Unterscheidung von Verwaltungsmassnahmen im Hinblick auf ihre *Durchsetzungswirkung* in zeitlicher Hinsicht, indem zwischen *präventiven* und *repressiven Massnahmen* differenziert wird: Während präventive Massnahmen dazu dienen, Pflichtverletzungen zu vermeiden, werden repressive Massnahmen angeordnet, nachdem verwaltungsrechtliche Pflichten verletzt worden sind.³⁴¹³ 1169
- Die repressiven Massnahmen lassen sich wiederum in *exekutorische* und *pönale Massnahmen* unterscheiden sowie in *administrative Rechtsnachteile*. Ausserdem wird versucht, zwischen *pönalen Massnahmen* und *Verwaltungsstrafen* zu differenzieren.³⁴¹⁴ Die folgende Abbildung dient der Veranschaulichung: 1170

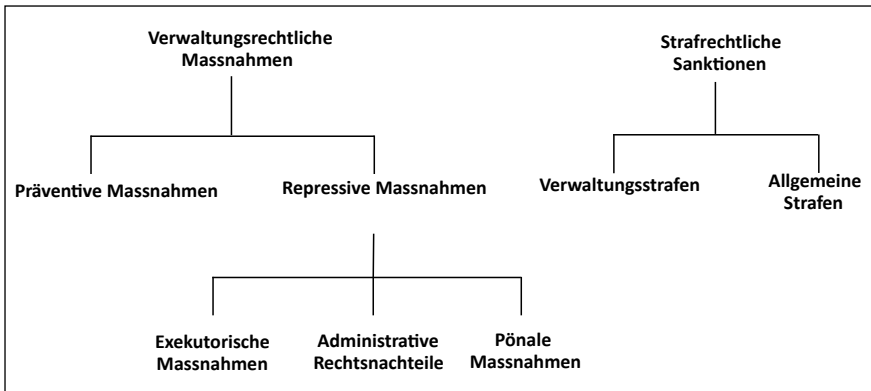


Abbildung 7: Aufsichtsrechtliche Durchsetzungsmassnahmen³⁴¹⁵

³⁴¹³ Eingehend JAAG, Sanktionen, N 23.3 ff.; JAAG, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, 2 f.; vgl. auch BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.91 und 19.108; EICKER/FRANK/ACHERMANN, 10; GRIFFEL, Verwaltungsrecht, N 56; vgl. auch MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, 377, allerdings zur Aufsichtsausübung über die dezentralisierten Verwaltungseinheiten.

³⁴¹⁴ Dazu hinten N 1288 ff.

³⁴¹⁵ Die Abbildung ist inspiriert von den Abbildungen bei JAAG, Sanktionen, N 23.3 (Abb. 23.1) und N 23.7 (Abb. 23.2). Hinzuweisen ist auch auf die Kategorisierung von LOCHER (Sanktionen, 39 ff.). Da – wie er selbst einräumt – sich aber auch mit der neu-

- 1171 Die Abgrenzungen zwischen diesen Kategorien bereiten Lehre und Praxis allerdings Schwierigkeiten. Problematisch erscheint vielfach eine «saubere» Zuordnung der administrativen Rechtsnachteile. Zudem ist die angesprochene Differenzierung zwischen pönalen Massnahmen und Verwaltungsstrafen oftmals alles andere als klar.³⁴¹⁶ Nicht hilfreich im Hinblick auf Kategorisierungsversuche sind die unterschiedlichen Begriffsverwendungen in Lehre und Praxis:
- 1172 – Häufig, aber nicht immer, werden die Begriffe der «Massnahmen» und «Sanktionen» synonym verwendet,³⁴¹⁷ obwohl dies sprachlich irritieren kann, wenn nicht verschuldetes Verhalten Auslöser ihrer Anordnung ist.³⁴¹⁸
- 1173 – Während die Unterscheidung zwischen präventiven und repressiven Massnahmen einigermaßen etabliert ist, wird für letztere häufig auch der Begriff der «verwaltungsrechtlichen Sanktionen» verwendet³⁴¹⁹ oder auch von «Verwaltungszwang» bzw. «Zwangsmassnahmen» (oder «*exécution forcée*») gesprochen.³⁴²⁰ Auch hier ist ab und zu die Rede von «verwaltungsrechtlichen Sanktionen», wenn repressive (aufsichtsrelevante) Verwaltungsmassnahmen gemeint sind.
- 1174 – Die «pönalen Massnahmen» werden in den Lehrbüchern auch als «repressive Sanktionen» bzw. «repressive (Zwangs-)Massnahmen» bezeichnet,³⁴²¹ was allerdings sprachlich ungenau wirkt und zu Verwirrungen führt, wenn die «Ausgangsunterscheidung» zwischen präventiven und repressiven Aufsichtsmass-

en Unterscheidung nicht alle Abgrenzungsschwierigkeiten beseitigen lassen und eine Zuordnung stets im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände erfolgen muss (*ebd.*, 41), wird nachfolgend, zum Zwecke einer Übersicht, an der «herkömmlichen Unterscheidung» festgehalten.

³⁴¹⁶ Dazu hinten N 1288 ff.

³⁴¹⁷ Vgl. etwa JAAG, Sanktionen, N 23.3 (Abb. 23.1) und insb. N 23.7 (auch Abb. 23.2); JAAG, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, 2 f.; LOCHER, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, N 19 m.w.H.; MOOR/POLTIER, 114 f. – A.A. hingegen DIEBOLD/RÜTSCHÉ/KELLER, 57 ff., die zwischen «Verwaltungsmassnahmen» und «Verwaltungsanktionen» unterscheiden.

³⁴¹⁸ MOOR/POLTIER, 115.

³⁴¹⁹ So z.B. JAAG, Sanktionen, N 23.6 ff.; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1440; LOCHER, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, N 12 ff.; MOOR/POLTIER, 133 f.

³⁴²⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1440; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 887 ff.; WALDMANN/WIEDERKEHR, 307 ff.; MOOR/POLTIER, 112 ff.; DUBÉY/ZUFFEREY, § 38 (N 2208 ff.).

³⁴²¹ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 889; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1444.

nahmen Verwendung finden soll. Auch aus diesem Grund wird nachfolgend am Begriff der «pönaln Massnahmen» festgehalten.³⁴²²

- Im Finanzmarktbereich hat sich ausserdem der breit gefasste Begriff «Finanzmarktenforcement» etabliert, der neben sämtlichen der angesprochenen Durchsetzungsmassnahmen insb. auch Vorabklärungen und Untersuchungen miterfasst und damit auch Tätigkeiten, die ausserhalb eines Verwaltungsverfahrens im Rechtssinne erfolgen.³⁴²³ 1175

Der nachfolgende Abschnitt schafft eine sachbereichsübergreifende Übersicht über ausgewählte aufsichtsrechtliche Durchsetzungsmassnahmen und führt diese der Dogmatik des Verwaltungsrechts zu. Angestrebt wird dabei keineswegs eine umfassende Darstellung, vielmehr geht es um die Vertiefung bestimmter materiell-rechtlicher Fragen anhand einer gewissermassen «stellvertretenden» Auswahl von unterschiedlichen aufsichtsrechtlichen Durchsetzungsmassnahmen. Wie aufzuzeigen sein wird, hat die Verwendung verschiedener Massnahmenkategorien insgesamt nicht nur einen illustrativen Wert und theoretische Aussagekraft, sondern durchaus auch praktische Auswirkungen v.a. im Hinblick auf das anwendbare Verfahrensrecht und die zu beachtenden Verfahrensgarantien.³⁴²⁴ 1176

B. Präventive Aufsichtsmaßnahmen

1. Vorbemerkungen

Präventive Aufsichtsmaßnahmen werden zwecks Vermeidung von Pflichtverletzungen oder Missständen angeordnet. Die Kompetenz, solche verfügen zu können, grenzt die Aufsichtsübung u.a. von der Ausübung allgemeinen Verwaltungszwangs ab, setzt sie doch mittels präventiver Massnahmen schon vor dem Verstoss gegen eine rechtliche Verhaltenspflicht ein³⁴²⁵ und umfasst eine «wesentlich feinere Skala elastisch einzusetzender Mittel», um auf solche reagieren 1177

³⁴²² Sprachlich umfasst der Begriff der Sanktion ausserdem bereits das repressive Element, sodass die Terminologie «repressive Sanktionen» als Pleonasmus erscheint. Vor allem aber stiftet die unterschiedliche Verwendung des Adjektivs «repressiv» Verwirrung oder vermag zumindest nicht zu einer klaren Abgrenzung der unterschiedlichen Sanktionskategorien beizutragen. Vgl. JAAG, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, 4, sowie JAAG, Sanktionen, N 23.50.

³⁴²³ Eingehend zum Begriff des Finanzmarktenforcements ZULAUF, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement 15 ff. m.w.H.; vgl. auch M. BLATTER, 12 ff.; C. BECK, N 22 ff.

³⁴²⁴ Dazu hinten N 1294 ff., N 1458 ff. sowie N 1659 ff.

³⁴²⁵ Vgl. etwa JAAG, Sanktionen, 23.4.

zu können.³⁴²⁶ Meist haben sich im Rahmen der laufenden Aufsichtsausübung allerdings Hinweise ergeben, wonach eine Rechtsverletzung droht, die mit den gewählten Massnahmen abgewendet werden soll. Zu Illustrationszwecken werden nachfolgend Massnahmen der Stiftungsaufsicht näher beleuchtet, obschon präventive Aufsichtsmassnahmen selbstverständlich auch in anderen Bereichen ergriffen werden.³⁴²⁷ Sie zeigen, wie die Behörden befugt sind, präventiv in die Geschäftsabläufe der Beaufsichtigten einzugreifen und allenfalls sogar ihre interne Organisation anzugehen.

- 1178 Nach einem weiten Verständnis von präventiven Aufsichtsmassnahmen können bspw. auch aufsichtsrechtliche Marktzutrittschürden wie Melde- oder Bewilligungspflichten darunter subsumiert werden.³⁴²⁸ Auch behördliche Erlass- und Kommunikationsformen wie Merkblätter, Checklisten oder Formulare, auf die in Kapitel II näher eingegangen wurde,³⁴²⁹ werden z.T. als präventive Instrumente zur Unterstützung der Erfüllung verwaltungsrechtlicher Pflichten aufgeführt, ebenso Mahnungen oder Androhungen von Sanktionen und damit informale Behördeninstrumente,³⁴³⁰ die ebenfalls bereits angesprochen worden sind.³⁴³¹

2. Verbindliche Weisungen der Stiftungsaufsicht

- 1179 Von Lehre und Rechtsprechung als präventives Aufsichtsmittel anerkannt ist etwa die grundsätzliche Kompetenz der Stiftungsaufsicht, dem Stiftungsrat, oder allenfalls auch der Revisionsstelle einer Stiftung, verbindliche Weisungen zu erteilen.³⁴³² Die Stiftung bleibt dabei im Grundsatz voll handlungsfähig – wie das Bundesgericht wiederholt betont, ist die Stiftungsaufsicht nach Art. 84 Abs. 2 ZGB keine Vormundschaft. Deshalb hat sich die Stiftungsaufsicht insb. in rei-

³⁴²⁶ So bereits BULLINGER, 299.

³⁴²⁷ Einschlägige Rechtsgrundlagen sind etwa Art. 26 Abs. 1 lit. a BankG, wonach die FINMA den Organen einer Bank Weisungen erteilen kann, oder auch Art. 16 Abs. 2 lit. d RAG, woraus sich ebenfalls Weisungsbefugnisse der RAB ableiten lassen (Art. 16 Abs. 4 kommt hingegen erst zur Anwendung, wenn eine Pflichtverletzung bereits erfolgt ist, weshalb die Zuordnung der darauffolgenden Kompetenzen der RAB zu den präventiven Massnahmen als fraglich erscheinen würde).

³⁴²⁸ Dazu vorne N 980 ff.

³⁴²⁹ Dazu vorne N 462 ff.

³⁴³⁰ Vgl. z.B. das Beispiel bei JAAG, Sanktionen, N 23.5; JAAG, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, 3; EICKER/FRANK/ACHERMANN, 10.

³⁴³¹ Dazu vorne N 1155 ff.

³⁴³² Vgl. dazu etwa BK-RIEMER, Art. 84 ZGB N 90 m.w.H.; TRAJKOVA, 221 f.

nen Ermessensfragen zurückzuhalten.³⁴³³ In der Regel werden die Weisungen mit einer Fristansetzung³⁴³⁴ und mit der Androhung von Nachteilen für den Fall ihrer Nichterfüllung verbunden.³⁴³⁵

Die Weisungen können unterschiedliche Inhalte zum Gegenstand haben: 1180

- So ist die Stiftungsaufsicht oftmals damit befasst, Stiftungsreglemente auf ihre 1181
Vereinbarkeit mit der Stiftungsurkunde und den anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zu überprüfen.³⁴³⁶ Ist die Aufsichtsbehörde nicht bereit oder in der Lage, ein Reglement vorbehaltlos zu genehmigen, so kann sie den Stiftungsorganen auch verbindliche Weisungen erteilen.³⁴³⁷
- Als zulässig anerkannt wurden zudem Weisungen, wichtige Rechtsgeschäfte 1182
nur mit Zustimmung der Aufsichtsbehörde abzuschliessen.³⁴³⁸ Es handelt sich dabei jeweils um spezialpräventive Aufsichtsmittel, die angesichts besonderer Verdachtsmomente oder Gefährdungsverhältnisse als angemessen erscheinen können.³⁴³⁹

Demgegenüber werden allgemeine Genehmigungspflichten im Sinne von generalpräventiven Aufsichtsmitteln, die bereits auf das Zustandekommen von Entscheiden und Handlungen Einfluss nehmen, als zu weitgehend und deshalb unverhältnismässige Massnahmen erachtet.³⁴⁴⁰ Das Bundesgericht hielt dazu in einem relativ kürzlich ergangenen Entscheid fest, ein Genehmigungsvorbehalt bestehe «von Gesetzes wegen nur dann, wenn die Gefahr einer Zweckentfremdung von Stiftungsvermögen offenkundig ist (...),

³⁴³³ Vgl. so etwa BGE 100 Ib 132, E. 3; Urteil BVGer, B-3867/2007, 29.4.2008, E. 3.

³⁴³⁴ Vgl. so ausdrücklich Art. 83d Abs. 1 Ziff. 1 ZGB.

³⁴³⁵ BK-RIEMER, Art. 84 ZGB N 90 m.w.H.

³⁴³⁶ Vgl. dazu *ebd.*, Art. 84 ZGB N 63 ff.; vgl. auch z.B. Urteil BVGer, B-3867/2007, 29.4.2008, E. 5, wo es um die Vereinbarkeit eines Wahlreglements mit der Stiftungsurkunde und den Bestimmungen des ZGB ging.

³⁴³⁷ RIEMER fasst den Begriff der «Weisungen» offenbar auch als Synonym für «Auflagen» auf (vgl. BK-RIEMER, Art. 84 ZGB Überschrift b) zu N 90).

³⁴³⁸ Vgl. etwa Urteil BVGer, B-6308/2009, 28.7.2010, Sachverhaltsabschnitt B. In diesem Fall hatte die Aufsichtsbehörde dem Stiftungsrat die Weisung erteilt, ohne Zustimmung der Aufsichtsbehörde keine Verfügungen über die Stiftungsliegenschaft zu treffen und keine Verpflichtungen hinsichtlich Miete und Kauf einer anderweitigen Liegenschaft einzugehen.

³⁴³⁹ BK-RIEMER, Art. 84 ZGB N 82.

³⁴⁴⁰ *Ebd.*; VEZ, Fondation, N 873 f.; VETTER-SCHREIBER, Haftung, 61 f. zu den Aufsichtsmitteln nach BVG; vgl. auch Urteil BVGer, C-1781/2011, 17.6.2013, E. 5.2.1, sowie C-4825/2007, 21.2.2008, E. 6.2, beide allerdings zur Aufsichtsausübung nach Art. 62 BVG.

und bildet eine Ausnahme (...)).³⁴⁴¹ Genehmigungsvorbehalte seien insb. mit der postulierten Autonomie der Stiftung nicht vereinbar. «Zudem ist die Stiftungsaufsicht im bestehenden Umfang wohl kaum in der Lage, alle bedeutsamen Rechtsgeschäfte sämtlicher Stiftungen vorgängig zu kontrollieren.»³⁴⁴²

- 1183 – Gerichtlich genehmigt wurde auch z.B. die Weisung der Stiftungsaufsichtsbehörde an die beaufsichtigte Stiftung, eine Liegenschaft im Stiftungsvermögen zu veräußern und den Erlös in einer bestimmten Art und Weise anzulegen,³⁴⁴³ oder die Weisung an Mitglieder des Stiftungsrates, einen bestimmten Vertrag rückgängig zu machen und bestimmte Unterlagen herauszugeben.³⁴⁴⁴ Ebenfalls anerkannt wurde das Verbot, sich mit spezifischen Informationen an Dritte zu wenden.³⁴⁴⁵
- 1184 Sämtliche dieser Weisungen bezwecken, allfällige Pflichtverletzungen frühzeitig zu verhindern und sicherzustellen, dass die gesetzlichen Vorschriften eingehalten werden und das Stiftungsvermögen i.S.v. Art. 84 Abs. 2 ZGB seinen Zwecken gemäss verwendet wird.

3. Eingriffe in die Organisation und Zusammensetzung der Stiftungsorgane

- 1185 Um frühzeitig darauf hinwirken zu können, dass die Beaufsichtigten ihren aufsichts- bzw. verwaltungsrechtlichen Pflichten nachkommen und Missstände vermieden werden, gelten in einigen Rechtsbereichen die Aufsichtsbehörden als befugt, in die Organisation oder in die organisatorische Zusammensetzung der Beaufsichtigten präventiv eingreifen zu können. In den Worten des Bundesgerichts muss etwa die Stiftungsaufsichtsbehörde «[b]ei aller Zurückhaltung gegenüber der Autonomie der Stiftung (...) Beschlüsse überprüfen können, welche die Zusammensetzung der Stiftungsorgane und damit die Funktionsfähigkeit der Stiftung zum Gegenstand haben».³⁴⁴⁶

³⁴⁴¹ Urteil BGer, 2C_1059/2014, 25.5.2016, E. 6.3.3, insb. mit Verweis auf BGE 71 I 454, E. 3, sowie VETTER-SCHREIBER, Haftung, 66.

³⁴⁴² Urteil BGer, 2C_1059/2014, 25.5.2016, E. 6.3.3.

³⁴⁴³ BGE 108 II 352, E. 5.

³⁴⁴⁴ Vgl. Urteil BGer, 5A.2/2002, 20.3.2002, Sachverhaltsabschnitt B (nicht abgedruckt in BGE 128 III 209).

³⁴⁴⁵ *Ebd.*

³⁴⁴⁶ BGE 112 II 471, E. 2; vgl. ebenso (wortwörtlich) Urteil BVGer, B-3867/2007, 29.4.2008, E. 3.

Nach Art. 83d ZGB «muss die Aufsichtsbehörde»³⁴⁴⁷ die erforderlichen Massnahmen (auf Kosten der Stiftung³⁴⁴⁸) ergreifen, wenn die vorgeschriebene Organisation nicht genügend ist, der Stiftung eines der vorgeschriebenen Organe fehlt oder eines dieser Organe nicht rechtmässig zusammengesetzt ist.³⁴⁴⁹ RIEMER unterscheidet drei mögliche Mängelarten, die damit angesprochen werden: (i) die Umschreibung der einzelnen Organe (im Sinne der Umschreibung ihrer Funktionen), (ii) die Zuweisung der verschiedenen Aufgaben an die einzelnen Organe sowie (iii) die Besetzung der Organe mit Personen. Dabei könne der Mangel konstitutionell (fehlendes oder fehlerhaftes Konzept) und/oder personell begründet sein (fehlende oder fehlerhafte Besetzung).³⁴⁵⁰ Die Stiftungsaufsicht kann in solchen Fällen der Stiftung eine Frist ansetzen, um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen, oder sie kann selber das fehlende Organ oder einen Sachwalter ernennen (Art. 83d Abs. 1 Ziff. 1 und 2 ZGB).³⁴⁵¹ Kann die Sicherstellung einer zweckdienlichen Stiftungsorganisation nicht gewährleistet werden, so hat die Aufsichtsbehörde gemäss Art. 83d Abs. 2 ZGB das Stiftungsvermögen einer anderen Stiftung mit möglichst gleichartigem Zweck zuzuwenden.³⁴⁵² 1186

Art. 83d ZGB zählt Massnahmen in nicht abschliessender Weise auf.³⁴⁵³ So sind 1187 die Stiftungsaufsichtsbehörden bspw. befugt, die einstweilige Einstellung oder Suspendierung von Stiftungsräten in ihrer Funktion unter Entzug der Zeichnungs-

³⁴⁴⁷ Vgl. Art. 83d Abs. 1 ZGB (eigene Hervorhebung).

³⁴⁴⁸ Art. 83d Abs. 3 ZGB.

³⁴⁴⁹ Art. 83d Abs. 1 ZGB. – Nach Art. 83b Abs. 2 ZGB kann die Aufsichtsbehörde allerdings eine Stiftung von der Pflicht befreien, eine Revisionsstelle zu bezeichnen. Der Bundesrat hat die Voraussetzungen der Befreiung in der Verordnung über die Revisionsstelle von Stiftungen vom 24.8.2005 (SR 211.121.3) festlegt.

³⁴⁵⁰ BK-RIEMER, Art. 83d ZGB N 15 f. m.w.H. sowie N 17 ff. m.w.H. auch zu «sonstigen Mängeln», bezüglich derer sich RIEMER für eine analoge Anwendung von Art. 83d zwecks Schliessung der Gesetzeslücke ausspricht.

³⁴⁵¹ Vgl. dazu aus der Rechtsprechung z.B. Urteil BVGer, B-4826/2010, 8.2.2011, E. 2.

³⁴⁵² RIEMER relativiert allerdings die Bedeutung dieser Bestimmung in ihrer direkten Anwendung mit dem Hinweis, dass eine «zweckdienliche Organisation» wohl meist möglich sei (BK-RIEMER, Art. 83d ZGB N 41). Weitaus häufiger sei der Fall, dass eine Stiftung im Verhältnis zu ihrem Zweck über nicht genügend Vermögen verfüge. RIEMER spricht sich in solchen Fällen für eine analoge Anwendung von Art. 83d Abs. 2 ZGB aus (*ebd.*, Art. 83d ZGB N 42 m.w.H.).

³⁴⁵³ Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 83d Abs. 1 ZGB, der den Begriff «insbesondere» zu Beginn der Aufzählung verwendet.

berechtigung zu verfügen³⁴⁵⁴ oder die Einsetzung eines provisorischen Stiftungsrates mit Kollektivunterschrift zu zweien³⁴⁵⁵ ebenso wie die Einsetzung eines zusätzlichen Stiftungsrates anzuordnen, z.B. um einem Interessenkonflikt zu begegnen.³⁴⁵⁶ Als zulässig erachtet wurde auch die Feststellung der Aufsichtsbehörde, dass Beschlüsse des Stiftungsrates betreffend die Wahl des Stiftungsratspräsidenten sowie eines neuen Mitglieds des Stiftungsrates und die darauffolgende Ermächtigung der verbleibenden Mitglieder des Stiftungsrates, eine Zuwahl in den Stiftungsrat vorzunehmen (unter Beachtung gewisser Leitlinien aus der letztwilligen Verfügung des Stifters), nichtig seien.³⁴⁵⁷

- 1188 Während sich Art. 83d ZGB primär auf ursprüngliche Mängel der Stiftungsurkunde bezieht, sieht Art. 85 ZGB eine Änderung der Organisation der Stiftung als zulässige Massnahme vor, wenn die Erhaltung des Vermögens oder die Wahrung des Stiftungszwecks die Änderung nachträglich «dringend erfordert».³⁴⁵⁸ Solche Organisationsanpassungen bzw. Stiftungsumwandlungen werden nach dem Gesetzeswortlaut auf Antrag der Aufsichtsbehörde und nach Anhörung des obersten Stiftungsorgans von der zuständigen Bundesbehörde oder den kantonalen Behörden vorgenommen, wobei auf Bundesebene die Umwandlungsbehörde mit der Aufsichtsbehörde praktisch identisch ist.³⁴⁵⁹
- 1189 Erfolgen Eingriffe in die Organisation der beaufsichtigten Stiftungen unabhängig von einer Pflichtverletzung, allenfalls sogar bereits im Errichtungsstadium der Stiftung, weil sich z.B. abzeichnet, dass die Stiftungsstatuten keine genügenden Bestimmungen über die Stiftungsorganisation enthalten, lassen sie sich als präventive Aufsichtsmassnahmen qualifizieren.³⁴⁶⁰ Denkbar ist aber auch, dass die Stiftungsaufsichtsbehörde mit einem Eingriff in die Stiftungsorganisation auf einen Verstoß gegen gesetzliche oder stiftungsstatutarische Vorschriften reagiert, um

³⁴⁵⁴ Vgl. BGE 129 III 641, Sachverhaltsabschnitt A; vgl. auch Urteil BVGer, C-5462/2008 und C-2795/2009, 11.4.2011, Sachverhaltsabschnitte A und C, E. 4.4 und E. 7; vgl. auch BK-RIEMER, Art. 84 ZGB N 109.

³⁴⁵⁵ Urteil BVGer, C-2365/2006, 19.2.2008, E. 6.1.

³⁴⁵⁶ *Ebd.*, E. 6.3.

³⁴⁵⁷ Urteil BGer, 5A.37/2004, 1.6.2005, Sachverhaltsabschnitt B sowie E. 5, wo das Bundesgericht allerdings präzierte, dass der im Testament geäußerte Wunsch des Stifters nur eine moralische, nicht aber eine rechtliche Verpflichtung begründe.

³⁴⁵⁸ Zur Abgrenzung zwischen Art. 83d und Art. 85 ZGB vgl. BK-RIEMER, Vorbemerkungen zu Art. 85–86b N 14.

³⁴⁵⁹ Vgl. BSK ZGB I-GRÜNINGER, Art. 85/86 N 10 mit dem Hinweis, dass auch die kantonalen Aufsichtsbehörden diesem Lösungsansatz folgten.

³⁴⁶⁰ Vgl. so z.B. auch BGE 112 II 97, E. 3 m.w.H.

den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen und zu verhindern, dass es zu erneuten Pflichtverletzungen kommt. In solchen Fällen vermischen sich die Kategorien von präventiven und repressiven Aufsichtsinstrumenten.

C. Repressive Aufsichtsmaßnahmen

1. Vorbemerkungen

Repressive Massnahmen setzen zeitlich später ein als präventive Massnahmen. Sie werden nämlich angeordnet, nachdem die Aufsicht im Rahmen ihrer Überwachungs- und Untersuchungstätigkeiten zum Schluss gekommen ist, dass Beaufsichtigte gegen die anwendbaren rechtlichen Normen verstossen haben und daher ein behördliches Einschreiten erforderlich ist. In der Regel wird in der Folge ein Verwaltungsverfahren eröffnet, in dessen Verlauf abzuklären ist, ob und, wenn ja, welche Massnahmen zu erlassen sind. Repressive Massnahmen stehen den Behörden mit anderen Worten zur Verfügung, um nachträglich auf eine Pflichtverletzung reagieren zu können, fehlerhaftes Verhalten zu korrigieren sowie den Pflichtverstoss zu ahnden. Damit wird auch ihre geläufige Bezeichnung als «verwaltungsrechtliche Sanktionen» erklärt.³⁴⁶¹ 1190

Repressive Verwaltungsmassnahmen lassen sich nach ihrer Durchsetzungswirkung in Unterkategorien unterscheiden. Die Verwaltungsrechtsdogmatik differenziert – wie gesehen – insb. zwischen exekutorischen und pönalen Massnahmen sowie administrativen Rechtsnachteilen.³⁴⁶² Solche Massnahmen sind auch im Aufsichtsrecht verbreitet und relevant, wie nachfolgend aufgezeigt wird. 1191

2. Exekutorische Massnahmen

2.1 Allgemeines

Das Hauptziel von Verwaltungsmassnahmen, die auf eine Pflichtverletzung reagieren, ist zunächst die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands.³⁴⁶³ Dazu dienen die *exekutorischen Massnahmen*, die die Realerfüllung, und damit die unmittelbare Durchsetzung verwaltungsrechtlicher Pflichten, mit unterschiedlichen 1192

³⁴⁶¹ Vgl. für eine Begriffserklärung JAAG, Sanktionen, N 23.6 f.; JAAG, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, 3; vgl. auch DUBEY/ZUFFEREY, N 227 f.; MOOR/POLTIER, 133 f.

³⁴⁶² Dazu vorne insb. N 1170 f.

³⁴⁶³ So etwa JAAG, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, 4.

Ansätzen zu erzwingen versuchen.³⁴⁶⁴ Im Aufsichtsrecht verbreitet ist etwa die Annullierung von Beschlüssen und Entscheiden der Beaufsichtigten,³⁴⁶⁵ aber auch die Ersatzvornahme³⁴⁶⁶ sowie z.B. die Beschlagnahme als unmittelbare Zwangsausübung.³⁴⁶⁷ Auch die sog. Gewährsprüfungen im Finanzmarktbereich sind auf die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands gerichtet und werden deshalb den exekutorischen Massnahmen zugeordnet.³⁴⁶⁸

2.2 Annullierung von Beschlüssen und Entscheiden der Beaufsichtigten

- 1193 Es gehört unbestrittenermassen in die Kompetenz der Aufsichtsinstanzen, bestimmte mit den rechtlichen Vorgaben in Widerspruch stehende Handlungen korrigieren zu können, und zwar nicht nur indirekt – über die Erteilung von entsprechenden Weisungen an die Organe der Beaufsichtigten³⁴⁶⁹ –, sondern auch durch die direkte Annullierung von Beschlüssen:
- 1194 – Im Anwendungsbereich des BVG enthält Art. 62a Abs. 2 lit. d BVG eine entsprechende Vorschrift. Danach sind die Aufsichtsbehörden befugt, die Entscheide des obersten Organs einer Vorsorgeeinrichtung aufzuheben, wenn sie im Rahmen ihrer Rechtskontrolle im Handeln der Vorsorgeeinrichtung einen Verstoß gegen gesetzliche oder statutarische Vorschriften erkennen.³⁴⁷⁰
- 1195 – Auch Art. 12 EBG sieht eine entsprechende Kompetenz des BAV vor. Nach dieser Bestimmung ist das BAV befugt, Beschlüsse und Anordnungen von Organen oder Dienststellen des Eisenbahnunternehmens aufzuheben oder ihre Durchführung zu verhindern, wenn sie gegen das EBG, die Konzession oder internationale Vereinbarungen verstossen oder wichtige Landesinteressen verletzen.

³⁴⁶⁴ Zu den exekutorischen Massnahmen vgl. JAAG, Sanktionen, N 23.8 und 23.12 ff.; JAAG, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, 4 sowie 6 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 888 und N 903 ff. mit Beispielen; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1442 und N 1465 ff.

³⁴⁶⁵ Dazu sogleich N 1193 ff.

³⁴⁶⁶ Dazu hinten N 1200 ff.

³⁴⁶⁷ Dazu hinten N 1209 ff.

³⁴⁶⁸ Dazu hinten N 1214 ff.

³⁴⁶⁹ Solche können – wie gesehen – präventiver Natur sein (vgl. etwa vorne N 1179 ff.) oder auch als Reaktion auf eine Pflichtverletzung ergehen (vgl. etwa Art. 16 Abs. 4 RAG).

³⁴⁷⁰ Vgl. dazu z.B. Urteil BVGer, C-2516/2012, 7.3.2014, Sachverhaltsabschnitt E und E. 2.3 m.w.H. insb. auf die Lehre. In diesem Fall verfügte die BVS als Aufsichtsbehörde u.a. die Aufhebung eines Stiftungsratsbeschlusses betreffend die Umbuchung von freien Mitteln in die Arbeitgeberbeitragsreserve.

Fraglich erscheint, inwiefern über solche Gesetzesbestimmungen hinaus entsprechende Kompetenzen der Aufsichtsbehörden auch aus ihrer generellen Aufgabe abgeleitet werden können, für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes zu sorgen (bpsw. i.S.v. Art. 31 Abs. 1 FINMAG oder auch Art. 98 lit. h BGS). Diese beiden Bestimmungen schreiben nicht konkret vor, wie die FINMA bzw. die ESBK dieser Pflicht nachkommen soll. Vielmehr ermöglichen sie den Behörden, im Einzelfall diejenige Massnahme anzuordnen, die als angemessen erscheint.³⁴⁷¹ Das kann eine gesetzlich vorgesehene Massnahme sein – im Finanzmarktbereich sind jeweils die spezifischen Finanzmarktgesetze zu konsultieren – oder auch eine Massnahme, die sich aus dem Spektrum des Verwaltungszwangs ergibt; den Behörden kommt bei der Wahl der geeigneten Mittel ein weiter Ermessensspielraum zu.³⁴⁷² 1196

In der Praxis verbot die FINMA z.B. schon einer Bank aufgrund festgestellter schwerer Mängel im Bereich der Geldwäscherei-Abwehrmechanismen, ihre Geschäftstätigkeit auf Privatkunden auszuweiten bzw. neue Geschäftsbeziehungen einzugehen.³⁴⁷³ Die Annullierung von einzelnen Beschlüssen – so könnte argumentiert werden – stellt einen vergleichsweise milden Eingriff dar, wenn in einer entsprechenden Verfügung nicht auch ein Tätigkeitsverbot enthalten ist. Ausserdem betrifft eine solche Verfügung zwar ebenfalls das Tagesgeschäft der Beaufsichtigten, greift aber nicht gleich in ihre «Unternehmenssubstanz» ein. 1197

Entsprechend wird bspw. auch eine allgemeine Kompetenz der Stiftungsaufsichtsbehörden anerkannt, Beschlüsse oder Entscheidungen der beaufsichtigten Stiftungen zu annullieren. Sie wird aus der generellen Aufsichtskompetenz Art. 84 Abs. 2 ZGB abgeleitet und gilt als mit ihr vereinbar.³⁴⁷⁴ 1198

³⁴⁷¹ Vgl. für den Finanzmarktbereich KUHN, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 359 ff.; BSK FINMAG-ROTH PELLANDA/KOPP, Art. 31 N 6 ff.

³⁴⁷² KUHN, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 360; vgl. auch Vgl. BSK FINMAG-PELLANDA, Art. 31 N 10. Aus der Rechtsprechung vgl. etwa BGE 139 II 279, E. 4.2 (zum Ermessen der FINMA); vgl. auch (zum Ermessen der allg. Stiftungsaufsicht) Urteil BGer, 5A_343/2010, 16.9.2010, E. 3.1.2; 5A_274/2008, 19.1.2009, E. 5.4; BGE 139 V 176, E. 13.2 (zum Ermessen der BVG-Aufsichtsbehörden).

³⁴⁷³ Vgl. dazu KUHN, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 360 m.w.H. – Gemäss Art. 26 Abs. 1 lit. e BankG darf die FINMA etwa auch die Geschäftstätigkeit einer Bank einschränken.

³⁴⁷⁴ BK-RIEMER, Art. 84 ZGB N 94 f.; RUGGLI, 112; vgl. aus der Rechtsprechung Urteil BGer, 5A_875/2018, 4.2.2019, E. 5.1; 5A_232/2010, 16.9.2010, E. 3.1.2; 5A_274/2008, 19.1.2009, E. 5.1; Urteil BVGer, B-3867/2007, 29.4.2008, E. 3.

- 1199 Dass die staatlichen Behörden sich somit in den Entscheidungsprozess Privater und damit auch in die grundsätzlich als privatwirtschaftlich aufgefasste Wirtschaftsordnung³⁴⁷⁵ einmischen können, ist allerdings nicht unproblematisch, umso mehr, wenn sich solche Kompetenzen nicht auf eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage stützen können – ein Aspekt, der nachfolgend noch zu vertiefen sein wird.³⁴⁷⁶ Insbesondere wird davor gewarnt, dass die staatliche Aufsicht über eine inhaltliche Kontrolle der unternehmerischen Entscheidungen auch Fragen zur unternehmerischen (Mit-)Verantwortung des Staates aufwerfen könne.³⁴⁷⁷

2.3 Ersatzvornahme

- 1200 Im Rahmen der *Ersatzvornahme* nehmen die zuständigen Behörden die verlangten, aber nicht vorgenommenen Handlungen auf Kosten der pflichtigen Personen selbst vor oder beauftragen damit eine Drittperson. Voraussetzung dafür ist, dass die fragliche verwaltungsrechtliche Pflicht nicht zwingend persönlich erfüllt werden muss.³⁴⁷⁸ Im Ergebnis wird durch die Ersatzvornahme die primäre Leistungspflicht somit (i) in eine Pflicht zur Duldung der Ersatzvornahme und (ii) eine Pflicht, die dadurch entstandenen Kosten zu tragen, umgewandelt.³⁴⁷⁹
- 1201 Sofern keine Gefahr im Verzug ist, ist den Pflichtigen die Ersatzvornahme vorher anzudrohen, unter Einräumung einer angemessenen Frist, innert derer sie die ihnen obliegenden Handlungen selber vornehmen können.³⁴⁸⁰ Die betroffenen Beaufsichtigten sollen grundsätzlich die Möglichkeit erhalten, selbst tätig zu werden, bevor die Aufsichtsbehörde auf ihre Kosten vorgeht.

³⁴⁷⁵ Vgl. dazu etwa BGE 138 I 378, E. 6.3.1 f. mit zahlreichen Hinweisen auf die Literatur; vgl. auch Botschaft BV, BBl 1997 I 290.

³⁴⁷⁶ Zum regelmässig tangierten Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit vgl. hinten N 1338 ff.; zu Fragen rund um die gesetzlichen Grundlagen im Stiftungsrecht vgl. hinten N 1421 ff.

³⁴⁷⁷ Vgl. so auch BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.129.

³⁴⁷⁸ Vgl. zur Ersatzvornahme Art. 41 Abs. 1 lit. a VwVG. Vgl. dazu auch generell JAAG, Sanktionen, N 23.15 ff.; JAAG, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, 7 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1467 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 903 ff.; MOOR/POLTIER, 123 ff.; DUBÉY/ZUFFEREY, N 2225 ff.

³⁴⁷⁹ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1468; Kommentar VwVG-GÄCHTER/EGLI, Art. 41 N 15.

³⁴⁸⁰ Vgl. auch Art. 41 Abs. 2 und 3 VwVG.

In unterschiedlichen Aufsichtsgesetzen ist die Ersatzvornahme explizit vorgesehen: 1202

- So bspw. in Art. 98 lit. j Ziff. 1 BGS. Nach dieser Bestimmung kann die ESBK 1203 bei Nichtbefolgung einer von ihr erlassenen, vollstreckbaren Verfügung, nach vorausgegangener Mahnung, die angeordnete Handlung auf Kosten der Spielbank selber vornehmen.
- Ferner kann die FINMA nach Art. 32 Abs. 2 FINMAG im Falle, dass eine von 1204 ihr erlassene vollstreckbare Verfügung nach vorgängiger Mahnung nicht innert der angesetzten Frist befolgt wird, auf Kosten der säumigen Partei die angeordnete Handlung selber vornehmen oder vornehmen lassen.
- Auch nach Art. 37 StSG kann die Aufsichtsbehörde die nötigen Schutzmass- 1205 nahmen auf Kosten der Verantwortlichen treffen.³⁴⁸¹
- Die Aufsichtsbehörden nach BVG können ebenfalls nach Art. 62a Abs. 2 lit. e 1206 BVG bei Bedarf Ersatzvornahmen anordnen.

Wie bereits ausgeführt, gilt allerdings die Befugnis der Aufsichtsbehörden, an- 1207 stelle der Beaufsichtigten zu handeln bzw. Entscheidungen an ihrer statt zu fällen, grundsätzlich als problematisch.³⁴⁸² Der staatlichen Aufsicht unterstellte private Wirtschaftsakteure bleiben ja grundsätzlich handlungsfähig, ohne dass ihre Beaufsichtigung daran etwas ändern würde. In ständiger Rechtsprechung betont etwa das Bundesgericht mit Blick auf die Stiftungsaufsicht, dass diese nicht einer Vormundschaft gleichkommen dürfe und die Aufsichtsbehörde deshalb im Grundsatz auch nicht anstelle des Stiftungsrates handeln dürfe.³⁴⁸³ Gleichwohl ist das Mittel der Ersatzvornahme auch als Instrument der Stiftungsaufsicht anerkannt.³⁴⁸⁴

³⁴⁸¹ Vgl. Botschaft StSG, BBl 1988 II 218, wo ausdrücklich von Ersatzvornahmen die Rede ist.

³⁴⁸² Dazu vorne N 1199. Für die Stiftungsaufsicht ausdrücklich abgelehnt wird dies z.B. von BRÜCKNER, N 1389; vgl. zum Ganzen auch Urteil BVGer, C-7479/2008, 18.2.2011, E. 4.5 ff.

³⁴⁸³ Vgl. z.B. BGE 108 II 497, E. 5; Urteil BGer, 5A.23/1999, 27.3.2000, E. 3a; Urteil BVGer, B-3867/2007, 29.4.2008, E. 3. – Eine entsprechende Befugnis darf der Aufsichtsbehörde auch nicht auf rechtsgeschäftlichem Weg eingeräumt werden (BK-RIEMER, Art. 84 ZGB N 118; VEZ, Fondation, N 907).

³⁴⁸⁴ TRAJKOVA, 222 f. m.w.H.; BK-RIEMER, Art. 84 ZGB N 105 m.w.H.; VEZ, Fondation, N 944 ff.; vgl. auch z.B. Urteil BVGer, B-3318/2007, 6.3.2008, E. 5.1; C-3698/2011, 4.9.2013, E. 5.3.

«Nötigenfalls» darf die Stiftungsaufsichtsbehörde anstelle des obersten Organs etwa Entscheide fällen oder vorsorgliche Massnahmen verfügen oder sogar die Stiftung nach aussen vertreten.³⁴⁸⁵ Nach der Rechtsprechung ist dies der Fall, wenn es z.B. bestimmter Massnahmen zum Schutz des Stiftungsvermögens bedarf, die durch die Stiftungsorgane nicht vorgenommen werden,³⁴⁸⁶ in Fällen zeitlicher Dringlichkeit, wenn die Stiftung gar keine Organe bzw. von ihr selbst ernannte Vertreter besitzt,³⁴⁸⁷ oder diese untätig bleiben bzw. nicht in der Lage sind zu handeln.³⁴⁸⁸ Zudem ist anerkannt, dass die Aufsichtsbehörde anstelle des Stiftungsrates nötigenfalls Massnahmen nach Art. 84a ZGB bei drohender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Stiftung beantragen kann.³⁴⁸⁹ Kontrovers diskutiert wird die Frage, ob Delegierte der Stiftungsaufsicht in der Stiftungsverwaltung Einsitz nehmen dürften und, wenn ja, ob ihnen auch ein Stimmrecht zukommen könne.³⁴⁹⁰

- 1208 Insgesamt kann wohl davon ausgegangen werden, dass dem Handeln der Aufsichtsbehörden anstelle der Beaufsichtigten i.d.R. mit Zurückhaltung begegnet wird. Es soll in Ausnahmefällen möglich sein, allerdings als subsidiäres Mittel,³⁴⁹¹ insb. wenn sich abzeichnet, dass bspw. eine Weisung an die Beaufsichtigten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nicht ausreichen wird.³⁴⁹²

2.4 Unmittelbare Zwangsausübung

- 1209 Als unmittelbarer Zwang werden direkte Einwirkungen auf Personen oder Sachen bezeichnet, die angeordnet werden zwecks Durchsetzung einer gesetzlichen Pflicht oder Verfügung.³⁴⁹³ Im aufsichtsrechtlichen Kontext liefern die Beschlagnahme oder Einziehung gesundheitsschädlicher Produkte illustrative Beispiele.

³⁴⁸⁵ Vgl. etwa bereits BGE 90 I 41, E. 1; vgl. auch BGE 103 III 79, E. 4. Zum Ganzen vgl. BK-RIEMER, Art. 84 ZGB N 116 ff., insb. N 117; VEZ, Fondation, N 904.

³⁴⁸⁶ So bereits BGE 83 III 147, E. 2.

³⁴⁸⁷ Vgl. BGE 90 I 41, E. 1.

³⁴⁸⁸ Vgl. etwa BGE 83 III 147, E. 2; 90 I 41, E. 1; 103 III 79, E. 4.

³⁴⁸⁹ Vgl. BSK ZGB I-GRÜNINGER, Art. 84a N 6.

³⁴⁹⁰ Vgl. den Überblick bei BK-RIEMER, Art. 84 ZGB N 79 m.w.H. zu den unterschiedlichen Lehrmeinungen, die die Delegation z.T. als zulässig erachten, sofern die delegierte Person kein Stimmrecht besitzt (ZK-EGGER, Art. 84 ZGB N 7), oder klar ablehnen (so z.B. HINDERMANN, 254 f., sowie VEZ, Fondation, N 871).

³⁴⁹¹ So zur Stiftungsaufsicht BK-RIEMER, Art. 84 ZGB N 117 und 127; vgl. auch im Ergebnis Praxiskommentar VwVG-JAAG/HÄGGI FURRER, Art. 41 N 18.

³⁴⁹² BK-RIEMER, Art. 84 ZGB N 117.

³⁴⁹³ Vgl. zum unmittelbaren Zwang generell JAAG, Sanktionen, N 23.20 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1478 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 912 ff.; Praxiskommentar VwVG-JAAG/HÄGGI FURRER, Art. 41 N 25 ff.; DUBEY/ZUFFEREY, N 2232 ff.

Art. 66 Abs. 2 lit. d HMG sieht etwa die Kompetenz von Swissmedic und den anderen mit dem Vollzug des HMG betrauten Behörden vor, gesundheitsgefährdende oder nicht den Vorschriften des HMG entsprechende Heilmittel zu beschlagnahmen, amtlich zu verwahren oder zu vernichten. Dabei geht es um die Durchsetzung der heilmittelrechtlichen Vorschriften, gleichzeitig aber auch um «polizeiliche» Zielsetzungen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands, wird doch mit solchen Massnahmen sichergestellt, dass nur qualitativ hochstehende, sichere und wirksame Heilmittel in Verkehr gebracht bzw. mangelhafte, potenziell gesundheitsschädigende Heilmittel nicht auf dem Markt vertrieben werden.³⁴⁹⁴ Ein pönales Element wird zusätzlich ebenfalls verfolgt, was sich u.a. dem Hinweis der Bestimmung entnehmen lässt, wonach die Beschlagnahme auch bei «nicht den Vorschriften dieses Gesetzes entsprechende[n] Heilmittel[n]» zulässig ist.³⁴⁹⁵ 1210

Namentlich wenn Arzneimittel ohne die erforderliche Zulassung in Verkehr gebracht werden, ist das Institut befugt, unmittelbaren Zwang i.S.v. Art. 66 Abs. 2 lit. d HMG zu ergreifen – dies hat die Rechtsprechung wiederholt bestätigt.³⁴⁹⁶ 1211 Ein behördliches Einschreiten setzt dabei nicht voraus, dass das fragliche Heilmittel eine konkrete Gesundheitsgefährdung hervorruft, sondern es genügt, dass sein Inverkehrsetzen die öffentliche Gesundheit gefährden könnte.³⁴⁹⁷ Die Zulassungspflicht als solche ist ja gerade deshalb vorgesehen, weil eine grundsätzliche Gefährdungsmöglichkeit entsprechender Präparate nicht ausgeschlossen werden kann.³⁴⁹⁸

³⁴⁹⁴ Die Botschaft spricht denn auch das besondere Risiko an, das die beanstandeten Heilmittel bilden können (Botschaft HMG, BBl 1999 III 3548). Vgl. dazu auch aus der Rechtsprechung etwa Urteil BVGer, C-5098/2013, 30.7.2014, E. 6; C-5189/2012, 24.6.2013, E. 5; C-3795/2008, 30.1.2009, E. 4.

³⁴⁹⁵ Vgl. so auch Urteil BGer, 2A.626/2006, 1.5.2007, E. 3.2.

³⁴⁹⁶ Vgl. Urteil BGer, 2A.626/2006, 1.5.2007, E. 3.2; Urteil BVGer, C-2652/2019, 22.12.2021, insb. E. 5.2; C-5098/2013, 30.7.2014, E. 6.2.3.1 f.; C-5189/2012, 24.6.2013, E. 5.

³⁴⁹⁷ Die Botschaft zum HMG sieht die Möglichkeit der unmittelbaren Zwangsausübung insb. vor, wenn die beanstandeten Heilmittel ein besonderes Risiko bilden oder befürchtet werden muss, die betroffene Person werde sich nicht an die Anordnungen der Behörden halten (vgl. Botschaft HMG, BBl 1999 III 3548).

³⁴⁹⁸ Urteil BGer, 2A.626/2006, 1.5.2007, E. 3.2, mit dem Hinweis, dass aus diesem Grund derjenige, der unbefugt zulassungspflichtige Arzneimittel in Verkehr bringe, sich grundsätzlich nicht unter Verweis auf eine fehlende Gesundheitsgefährdung gegen die Massnahme zur Wehr setzen könne.

Von der Beschlagnahme als exekutorischer Massnahme ist die Beschlagnahme als prozessuale Zwangsmassnahme zwecks Beschaffung und Sicherung von Beweismitteln zu unterscheiden, wie sie etwa in Art. 46 Abs. 1 lit. a VStrR vorgesehen ist. In den Aufsichtsgesetzen finden sich ebenfalls solche Kompetenzen, z.B. in Art. 42 Abs. 2 KG und Art. 73 Abs. 2 KEG.³⁴⁹⁹ – Namentlich Art. 72 Abs. 4 KEG ist aber wiederum als exekutorische Verwaltungsmassnahme konzipiert.³⁵⁰⁰

- 1212 Liegt eine unmittelbare und erhebliche Gesundheitsgefahr vor, so kann das Heilmittelinstitut auch einen Betrieb schliessen (Art. 66 Abs. 2 lit. c HMG) und den Vertrieb, die Abgabe, die Ein- und Ausfuhr sowie den Handel mit bestimmten Heilmitteln verbieten und sie zugleich unverzüglich vom Markt zurückrufen (Art. 66 Abs. 2 lit. e HMG).³⁵⁰¹ Auch solche Massnahmen ebenso wie die Verbreitung von schadensverhütenden Verhaltensempfehlungen nach Art. 66 Abs. 2 lit. e HMG bezwecken die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands und insb. die Sicherstellung des Gesundheitsschutzes.³⁵⁰²
- 1213 Dass mit ihnen erheblich in den Markt eingegriffen werden kann, liegt auf der Hand, etwa wenn die betroffenen Heilmittel einmal zugelassen und in der bewilligten Form hergestellt wurden, weshalb eine sorgfältige Abwägung aller Interessen vor ihrer Anordnung betont wird.³⁵⁰³ Hinsichtlich der Wahl der anzuordnenden Massnahmen wird Art. 66 HMG dahin gehend ausgelegt, dass diese Bestimmung bereits auf das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV) Bezug nimmt: Grundsätzlich gelten sämtliche in Art. 66 aufgeführten Massnahmen als geeignet, um das Ziel des HMG, nämlich den Schutz der Gesundheit von Mensch und Tier i.S.v. Art. 1 Abs. 1 HMG, zu gewährleisten. Welche Massnahme im konkreten Fall dann als erforderlich und zumutbar erscheint, ist jeweils aufgrund der Gesundheitsgefährdung zu entscheiden.³⁵⁰⁴

³⁴⁹⁹ Dazu vorne N 1113 f.

³⁵⁰⁰ Nach dieser Bestimmung haben die Aufsichtsbehörden die Kompetenz, wenn nötig, nukleare Güter oder radioaktive Abfälle zu beschlagnahmen und die Gefahrenquellen auf Kosten der Inhaberinnen und Inhaber zu beseitigen.

³⁵⁰¹ Vgl. auch Urteil BVGer, C-6365/2018, 17.2.2021, E. 4.1.

³⁵⁰² Vgl. so auch BURRI, 121 (Fn. 112); MEIER, 179.

³⁵⁰³ Urteil BGer, 2A.626/2006, 1.5.2007, E. 3.1; Botschaft HMG, BBl 1999 III 3548; BSK HMG-MEYER/PFENNINGER-HIRSCHI, Art. 66 N 14.

³⁵⁰⁴ So Urteil BGer, 2C_659/2010, 16.2.2011, E. 2.3.3; Urteil BVGer, C-6365/2018, 17.2.2021, E. 4.1.

2.5 Gewährungsprüfungen der FINMA

Wie gesehen, lässt sich das Gewährserfordernis als eine persönliche Bewilligungsvoraussetzung im Bank- und Finanzmarktrecht auffassen.³⁵⁰⁵ Verlangt wird, dass die obersten Organe eines Beaufsichtigten sowohl in fachlicher als auch in persönlicher Hinsicht «Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten»,³⁵⁰⁶ wobei das Gewährserfordernis jeweils mit Blick auf die konkrete Position und die zu erfüllenden Aufgaben gemessen wird.³⁵⁰⁷ Stellt die FINMA im Laufe der Zeit fest, dass ein «Gewährsträger» eines bewilligten und beaufsichtigten Instituts keine «Gewähr» mehr bietet, weist sie das Institut mittels Verfügung an, den Gewährsträger von seiner Gewährsfunktion zu entfernen, oftmals verbunden mit der Androhung des Bewilligungsentzugs im Falle fehlender Kooperation. Sie stützt sich dazu auf Art. 31 FINMAG in Verbindung mit dem Gewährserfordernis des anwendbaren Finanzgesetzes.³⁵⁰⁸ Dabei ordnet sie nicht an, das Institut müsse sich arbeitsrechtlich von der betreffenden Person trennen, sondern verlangt «nur», dass sie keine Gewährfunktion mehr ausübt, und zwar für eine bestimmte Dauer.³⁵⁰⁹ Für die Bestimmung der Dauer der «Gewährssperre» kommt dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit besondere Bedeutung zu.³⁵¹⁰

Denkbar ist ausserdem, dass sich die FINMA damit begnügt, eine Verfügung (gestützt auf Art. 32 FINMAG) zu erlassen, in der sie feststellt, dass ein bestimmtes Verhalten mit der erforderlichen Gewähr nicht in Einklang steht.³⁵¹¹

Bei der Abklärung der Gewährsfrage handelt es sich nicht um eine Sanktion, «sondern um eine prudenziell motivierte Massnahme gegenüber dem beaufsichtigten Institut zum Schutz der Anleger und des Finanzplatzes».³⁵¹² Betont wird auch in der Rechtsprechung, dass die FINMA mit der Gewährungsprüfung aufgrund vergangener Vorkommnisse keine pönalen, sondern präventive Zielsetzungen verfolge.

³⁵⁰⁵ Dazu vorne N 1008 f.

³⁵⁰⁶ Vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG.

³⁵⁰⁷ KUHN/WYSS, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 367; vgl. auch z.B. Urteil BVGer, B-1360/2009, 11.5.2010, E. 3.3.1.

³⁵⁰⁸ KUHN/WYSS, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 366; vgl. auch C. BECK, N 335 f.; REISER, Instrumente, 86.

³⁵⁰⁹ KUHN/WYSS, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 366 f.

³⁵¹⁰ BVGE 2008/23, E. 6.3; vgl. auch KUHN/WYSS, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 367.

³⁵¹¹ C. BECK, N 338 m.w.H.

³⁵¹² KUHN/WYSS, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 367.

Auch wenn ein früheres Fehlverhalten die Prüfung auslöse, habe diese jeweils zum Ziel, den verwaltungsrechtlich korrekten Zustand wiederherzustellen und Wiederholungen zu vermeiden.³⁵¹³ Insgesamt sei das Gewährsverfahren exekutorischer Natur.³⁵¹⁴

Mit dem vorbeugenden Sinn und Zweck der Gewährprüfungsverfahren vergleichbar ist die nach der Übernahme der CS durch die UBS diskutierte mögliche Einführung eines sog. Verantwortlichkeitsregimes, das insb. die FINMA inspiriert durch das sog. Senior Managers Regime in Grossbritannien vorgeschlagen hat, zwecks einer verbesserten Zuordnung der individuellen Verantwortlichkeiten innerhalb der von ihr beaufsichtigten Institute.³⁵¹⁵

- 1216 Die FINMA nimmt Daten von Personen, deren Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit nach den Finanzmarktgesetzen und dem FINMAG nicht gegeben ist oder deren Gewährsprüfung für den Fall einer künftigen Gewährsposition sicherzustellen ist, in die Datensammlung «Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit und Berufsausübung» – auch «Watchlist» genannt – auf.³⁵¹⁶ Art. 23 Abs. 1 FINMAG sowie die sog. Datenverordnung-FINMA liefern die dafür notwendigen rechtlichen Grundlagen.³⁵¹⁷

Die Datensammlung enthält u.a. Informationen zu den persönlichen Identifikationsmerkmalen (wie Name, Geburtsdatum, Heimatort, Nationalität, Adresse, Muttersprache), Angaben zur Ausbildung und zur beruflichen Tätigkeit, Vermögensverhältnisse und Versicherungen, Auszüge aus dem Handelsregister, dem Betreibungsregister, dem Konkursregister und dem Strafregister ebenso wie Berichte von Prüfgesellschaften und Beauftragten der FINMA, Strafanlagen und Strafanzeigen von Behörden sowie Urteile, Verfügungen und weitere amtliche Dokumente.³⁵¹⁸

³⁵¹³ BVGE 2008/23, E. 3.2, 4.2 und 6.2; 2010/39, E. 4.1.4; 2013/56, E. 3.2.2; vgl. dazu auch C. BECK, N 327; BSK FINMAG-HSU/BAHAR/FLÜHMANN, Art. 33 N 27.

³⁵¹⁴ So UHLMANN, Berufsverbot, 440 m.w.H.; GRAF, Berufsverbote, 1200 f. und 1204; C. BECK, N 327.

³⁵¹⁵ Vgl. dazu etwa BR, Bericht Bankenstabilität, BBl 2024 1023 ff., 48 sowie 252 f. und 256 ff. u.a. mit Verweis auf AMSTAD, Mediengespräch vom 5.4.2023, S. 5 f., abrufbar unter <<https://www.finma.ch> → Dokumentation → FINMA-Publikationen → Referate und Artikel> [besucht am 15.8.24]). Mit entsprechenden Überlegungen *de lege ferenda* vgl. eingehend REISER, Instrumente, 92 ff. m.w.H.

³⁵¹⁶ Art. 1a Abs. 1 Datenverordnung-FINMA.

³⁵¹⁷ Vgl. dazu C. BECK, N 340 ff.

³⁵¹⁸ Vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. a–m Datenverordnung-FINMA.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung deckt Art. 23 Abs. 1 FINMAG «lediglich erhärtete Angaben zur Person in Verbindung mit zuverlässigen Daten zur Geschäftstätigkeit. (...) Nicht gesetzeskonform und damit unzulässig sind andere Daten wie von Beteiligten oder Behörden ausgesprochene Vermutungen und Anschuldigungen oder unbelegte Verdächtigungen sowie sonstige, nicht in einem kontradiktorischen oder sonst wie glaubwürdigen Verfahren erhobene und geprüfte Äusserungen mündlicher oder schriftlicher Art.»³⁵¹⁹

Die betroffenen Personen werden von der FINMA über einen Eintrag in die Datensammlung informiert,³⁵²⁰ können den sie betreffenden Datensatz einsehen und ggf. die vollständige oder partielle Berichtigung oder Löschung der Daten verlangen.³⁵²¹ 1217

Seither wurde der sog. «Gewährsbrief» der FINMA an die Adresse der betroffenen Personen aufgegeben. In einem solchen hatte die Aufsichtsbehörde jeweils den wahrgenommenen Sachverhalt provisorisch dargelegt und den Empfängerinnen mitgeteilt, dass sie sich vorbehalte, die Gewähr konkret zu prüfen, sofern die betroffene Person in naher Zukunft beabsichtige, eine neue Gewährsposition einzunehmen.³⁵²² Die Praxis des Gewährsbriefs war denn auch auf zum Teil starke Kritik gestossen: Bemängelt wurde, dass sich diese Massnahme auf keine gesetzliche Grundlage zu stützen vermochte.³⁵²³ Zudem stellte ein Gewährsbrief keine Verfügung dar, weshalb er gerichtlich kaum überprüft werden konnte,³⁵²⁴ obwohl die Meinung vertreten wurde, dass er sich als «faktisches Berufsverbot» ausgewirkt habe.³⁵²⁵

³⁵¹⁹ BGE 143 I 253, E. 6.5.3.

³⁵²⁰ Vgl. Art. 5a Datenverordnung-FINMA; überwiegende Interessen (wie insb. die Gefahr, dass die Information der Betroffenen den Zweck einer Abklärung oder Untersuchung gefährden könnte) können jedoch einen Aufschub dieser Informationen erforderlich machen (vgl. Art. 18b DSGVO). Vgl. dazu TANNER, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 102.

³⁵²¹ Vgl. Art. 6 und 7 Datenverordnung-FINMA.

³⁵²² Vgl. zur früheren Praxis des Gewährsbriefs etwa C. BECK, 345 ff. m.w.H.; BSK FINMAG-HSU/BAHAR/FLÜHMANN, Art. 33 N 29 m.w.H.; NOBEL, Finanzmarktrecht, § 7 N 173 m.w.H.; BOVET/HÉRITIER LACHAT, N 436 ff.

³⁵²³ BSK FINMAG-HSU/BAHAR/FLÜHMANN, Art. 33 N 30.

³⁵²⁴ Vgl. etwa bereits Verfügung der EBK, 28.8.2003, N 10 (abgedruckt im EBK Bulletin 46/2004, 21 ff.); EBK, Jahresbericht 2003, 51; vgl. auch BSK FINMAG-HSU/BAHAR/FLÜHMANN, Art. 33 N 30; BSK BankG-WINZELER, Art. 3 N 20.

³⁵²⁵ BSK FINMAG-HSU/BAHAR/FLÜHMANN, Art. 33 N 30; BSK BankG-WINZELER, Art. 3 N 22.

- 1218 Ein Eintrag in die Datensammlung stellt kein Präjudiz dar; die FINMA ist frei, wie sie die Gewähr im Einzelfall überprüfen darf und muss und zu welchem Ergebnis sie im Rahmen einer Prüfung kommt.³⁵²⁶ Die Datensammlung enthält allerdings diejenigen Daten, die für die Beurteilung der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit erforderlich sind;³⁵²⁷ sie gelangen entsprechend in späteren Gewährsprüfungen zur Anwendung.
- 1219 Hat nämlich eine bestimmte Person eine konkrete Position bei einem beaufsichtigten und bereits bewilligten Institut in Aussicht und besteht ein genügendes Feststellungsinteresse, kann sich die FINMA zur Frage äussern, ob diese Person Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bei diesem Institut biete oder nicht.³⁵²⁸ Geprüft wird insb., ob aufgrund allenfalls in der Vergangenheit liegender Vorkommnisse die Voraussetzungen der Gewähr in der Gegenwart erfüllt sind und welche Prognosen gemacht werden können.³⁵²⁹ Muss befürchtet werden, dass der fehlbare Gewährsträger auch inskünftig für die Sicherheitsinteressen des Instituts und der Bankkunden eine Gefährdung darstellt, ist die Gewähr nicht gegeben.³⁵³⁰ Allerdings darf nur bei schweren Missachtungen der anwendbaren Sorgfaltspflichten und wahrscheinlichem weiterem Fehlverhalten in der Zukunft eine ungünstige Prognose in Bezug auf die künftige Geschäftstätigkeit der fraglichen Person gestellt werden.³⁵³¹

3. Administrative Rechtsnachteile

3.1 Allgemeines

- 1220 Erweist sich die Realerfüllung im Rahmen exekutorischer Massnahmen als nicht möglich, so soll mittels *administrativer Rechtsnachteile* auf den rechtmässigen Zustand hingewirkt werden, indem Konsequenzen aus der Nichterfüllung von verwaltungsrechtlichen Pflichten gezogen werden. Rechte oder Vorteile sollen den Pflichtigen nicht gewährt werden, wenn sie die dafür benötigten Voraussetzungen oder Auflagen nicht erfüllen, bzw. sie sollen entzogen oder zu ihrem Nachteil verändert werden für den Fall, dass sie den Pflichtigen bereits eingeräumt worden

³⁵²⁶ TANNER, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 103.

³⁵²⁷ Art. 3 Abs. 1 Datenverordnung-FINMA.

³⁵²⁸ KUHN/WYSS, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 367; vgl. auch Urteil BVGer, B-2343/2013, 4.6.2014, E. 2.5.1; B-1360/2009, 11.5.2010, E. 3.3.1.

³⁵²⁹ BSK FINMAG-HSU/BAHAR/FLÜHMANN, Art. 33 N 27; C. BECK, N 325 ff.

³⁵³⁰ Vgl. so etwa BVGE 2008/23, E. 6.2.

³⁵³¹ Vgl. *ebd.*

sind.³⁵³² Weil sich administrative Rechtsnachteile ähnlich wie pönale Sanktionen auswirken können, werden sie manchmal auch den pönalen Verwaltungssanktionen zugeordnet.³⁵³³ Im Gegensatz zu diesen fügen sie den Nachteil allerdings nicht «aktiv» zu, sondern entziehen aufgrund eines Fehlverhaltens «lediglich» einen Vorteil.³⁵³⁴ Die Rechtsnatur eines angeordneten administrativen Rechtsnachteils muss meistens im konkreten Einzelfall sorgfältig abgeklärt werden.³⁵³⁵ Vielfach werden sie auch als eigene Kategorie zwischen den exekutorischen und pönalen Massnahmen aufgefasst,³⁵³⁶ die je nach Ziel der konkret verfügbaren Massnahmen mehr restitutorische oder pönale Elemente beinhalten.³⁵³⁷

Als typische Beispiele für administrative Rechtsnachteile, die in Aufsichtserlassen vorgesehen sind, lassen sich die Gewinneinziehung nach Art. 35 FINMAG³⁵³⁸ sowie der sachbereichsübergreifend vorgesehene Entzug bzw. Widerruf von Bewilligungen und Konzessionen aufführen. Beide werden nachfolgend näher betrachtet.

3.2 (Aufsichtsrechtliche) Gewinneinziehung

Nach Art. 35 Abs. 1 FINMAG kann die FINMA «den Gewinn einziehen, den eine Beaufichtigte, ein Beaufchtigter oder eine verantwortliche Person in leitender Stellung durch schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen erzielt hat».

³⁵³² Zu den administrativen Rechtsnachteilen im Allgemeinen vgl. JAAG, Sanktionen, N 23.10; JAAG, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, 4 sowie 12 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1446 f. und N 1520 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 921 ff.; DUBEY/ZUFFEREY, N 2237 ff.

³⁵³³ JAAG, Sanktionen, N 23.10; vgl. demgegenüber LOCHER, Sanktionen, 39 ff., sowie LOCHER, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, N 246 f., der sich dafür ausspricht, die administrativen Rechtsnachteile nicht mehr als eigene Kategorie zu betrachten, sondern neu nach der Art ihrer Wirkung entweder den restitutorischen oder den pönalen Massnahmen zuzuordnen.

³⁵³⁴ LOCHER, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, N 68 m.w.H.

³⁵³⁵ *Ebd.*, N 69.

³⁵³⁶ Vgl. etwa vorne N 1170 ff.; vgl. auch HÄNER, Mindestgarantien, 34 f.; ebenso HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1446, die von einer «Mischform zwischen exekutorischen und repressiven Massnahmen» sprechen.

³⁵³⁷ Vgl. etwa JAAG, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, 12 ff. und 15 mit dem Hinweis, dass die Grenze zwischen beiden Arten von Rechtsnachteilen nicht scharf gezeichnet ist; vgl. auch LOCHER, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, N 72 ff. m.w.H.

³⁵³⁸ Die Gewinneinziehung ist auch in anderen aufsichtsrechtlichen Rechtsgrundlagen vorgesehen. So etwa in Art. 58 Abs. 2 lit. b FMG oder Art. 89 Abs. 1 lit. a Ziff. 3 RTVG. Nachfolgend ist beispielhalber näher auf Art. 35 FINMAG einzugehen.

- 1223 Die Regelung gilt nach Abs. 2 sinngemäss, wenn durch schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen ein Verlust vermieden wurde, wozu auf eine vermiedene Aufwand- oder Passivenverminderung abgestellt wird.³⁵³⁹ Darüber hinaus sehen die finanzmarktrechtlichen Aufsichtserlasse keine Bussenkompetenzen der FINMA vor, wie sie in anderen Bereichen üblich sind.³⁵⁴⁰

Eine Art. 35 FINMAG entsprechende Kompetenz war der EBK noch nicht zugekommen. Um dennoch auf ungerechtfertigterweise erzielte Gewinne und vermiedene Verluste reagieren zu können, forderte die EBK im berühmten sog. Biber-Fall eines der beaufsichtigten Institute mittels Verfügung auf, die EBK «über die Realisierung einer Lösung betreffend die Erstattung des aus den Verkäufen von 540'000 Aktien der Biber Holding AG erzielten Erlöses von CHF 4'265'000.– bzw. über ein allfälliges Scheitern umgehend zu orientieren». Ausgehend von einer «Orientierungspflicht» bezeichnete das Bundesgericht diese Aufforderungen als mit dem Bankengesetz vereinbar.³⁵⁴¹

- 1224 Weil die (aufsichtsrechtliche) Gewinneinzahlung primär auf die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes ausgerichtet ist, wird sie den administrativen Rechtsnachteilen zugeordnet.³⁵⁴² Nach dieser Auffassung ist ein darüberhinausgehender, strafender oder repressiver Zweck der Massnahme nicht erlaubt.³⁵⁴³

³⁵³⁹ Als Beispiel wird in der Literatur eine unter Verletzung aufsichtsrechtlicher Vorschriften getätigte Veräusserung von Aktien kurz vor dem Konkurs des Emittenten genannt, womit ein Totalverlust vermieden wird (vgl. etwa BSK FINMAG-Bösch, Art. 35 N 23 mit Verweis auf den sog. Biber-Fall [Urteil BGer, 2A.230/1999, 2.2.2000, insb. E. 9]).

³⁵⁴⁰ Dazu hinten N 1260.

³⁵⁴¹ Urteil BGer, 2A.230/1999, 2.2.2000, E. 9. – Zur Entstehungsgeschichte von Art. 35 FINMAG vgl. BSK FINMAG-Bösch, Art. 35 N 1 ff.; vgl. auch KUHN, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 389 ff.; ZUFFEREY/CONTRATTO, 148 ff.

³⁵⁴² Vgl. so generell auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 1520 ff. – Zur Gewinneinzahlung nach Art. 35 FINMAG im Besonderen: KUHN, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 391; BSK FINMAG-Bösch, Art. 35 N 5; C. BECK, N 447 und N 461. – Vgl. aus der Rechtsprechung etwa BVGE 2013/59, E. 9.3.5; vgl. auch etwa BGE 139 II 279, E. 4.3.3.

³⁵⁴³ Zu beachten ist aber, dass Art. 35 Abs. 5 FINMAG für den Fall, dass eine strafbare Handlung vorliegt und die Voraussetzungen für eine strafrechtliche Einziehung gemäss Art. 70 ff. StGB erfüllt sind, auf diese verweist. Sie geht einer aufsichtsrechtlichen Einziehung jeweils vor. Allerdings gibt KUHN zu bedenken, dass sich die beiden Einziehungen eher selten konkurrenzieren werden (KUHN, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 403).

Aus diesem Grund ist bei der Ermittlung des Umfangs der Einziehung ausschliesslich auf den kausal verursachten Gewinn als Messgrösse abzustellen³⁵⁴⁴ und ferner der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten.³⁵⁴⁵ 1225

Das Bundesgericht hat inzwischen die Frage nach der Gewinnbestimmung im Anwendungsbereich von Art. 35 FINMAG im Grundsatz geklärt. Der Gewinn besteht danach in der Differenz zwischen dem tatsächlichen Vermögen des Verletzers und dem Wert, den das Vermögen ohne die Verletzung aufweisen würde. Massgeblich ist der sog. Nettogewinn.³⁵⁴⁶ Die FINMA muss jeweils die zugrunde liegende Berechnungsweise hinreichend darlegen.³⁵⁴⁷

Die Einziehung nach Art. 35 FINMAG richtet sich primär – im Gegensatz zur Einziehung nach Art. 70 ff. StGB – gegen das geäußnete oder nicht reduzierte Vermögen der von der FINMA beaufsichtigten Personen und Institute sowie der verantwortlichen (natürlichen) Personen in leitender Stellung, die das Aufsichtsrecht schwer verletzt haben.³⁵⁴⁸ Während die Beaufsichtigten in Art. 3 FINMAG aufgelistet sind, enthält das FINMAG keine Definition für die «verantwortlichen Personen in leitender Stellung». Dieser Begriff wird jedoch dahin gehend ausgelegt, dass er sowohl die Gewährsträger als auch sämtliche weiteren Personen umfasst, die Leitungsfunktionen wahrnehmen und denen ein gewisser Grad an Verantwortung in der internen Organisation tatsächlich zukommt.³⁵⁴⁹ 1226

Im Nachgang zur CS-Notfusion mit der UBS wird diskutiert, den Anwendungsbereich von Art. 35 FINMAG auf alle natürlichen Personen zu erweitern, um z.B. auch Kundenberaterinnen und Händler zu erfassen.³⁵⁵⁰ Zudem wurde die Frage aufgeworfen, inwiefern die FINMA in die Vergütungssysteme von Banken eingreifen können soll.³⁵⁵¹

³⁵⁴⁴ BSK FINMAG-BöSCH, Art. 35 N 7 sowie N 20; vgl. auch KUHN, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 394 f.

³⁵⁴⁵ ZUFFEREY/CONTRATTO, 153 f.

³⁵⁴⁶ Vgl. Urteil BGer, 2C_422/2018, 10.3.2019, E. 2.3 ff., insb. E. 2.4 und E. 3.2.

³⁵⁴⁷ Vgl. dazu auch KUHN, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 396. – An der fehlenden Berechenbarkeit des Betrags soll es aber nicht scheitern; Art. 35 Abs. 3 FINMAG sieht deshalb die Möglichkeit einer Schätzung durch die FINMA vor (vgl. dazu BSK FINMAG-BöSCH, Art. 35 N 25 ff.; vgl. auch Botschaft FINMAG, BBl 2006 2883).

³⁵⁴⁸ BSK FINMAG-BöSCH, Art. 35 N 9 ff.; KUHN, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 397 ff.

³⁵⁴⁹ BSK FINMAG-BöSCH, Art. 35 N 11; KUHN, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 397 f. sowie insb. 400 zur Frage, inwiefern variable Lohnkomponenten wie Boni eingezogen werden können.

³⁵⁵⁰ BR, Bericht Bankenstabilität, BBl 2024 1023 ff., 290 f.

³⁵⁵¹ *Ebd.*, 259 ff.

- 1227 Voraussetzung für jede Einziehung nach Art. 35 FINMAG ist eine «schwere Verletzung» aufsichtsrechtlicher Bestimmungen. Bei der Beurteilung der Schwere kommt der FINMA ein fachtechnischer Beurteilungsspielraum zu.³⁵⁵² Sie ergibt sich insb. mit Blick auf den Massstab, den die verletzte oder missachtete Norm fordert, d.h. den Grad und die Intensität der Abweichung vom verlangten Normverhalten. Dabei wird auch berücksichtigt, wie diese Abweichung motiviert war. Die Höhe des Gewinns ist nicht ausschlaggebend.³⁵⁵³
- 1228 Zwischen der schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Vorschriften und dem erzielten Gewinn bzw. vermiedenen Verlust muss ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang gegeben sein; der Gewinn bzw. vermiedene Verlust muss ausserdem dem beaufsichtigten Unternehmen oder einer verantwortlichen Person in leitender Stellung direkt zugeschrieben werden können.³⁵⁵⁴
- Dabei sind sämtliche Erträge zu berücksichtigen, die direkt oder indirekt mit dem betreffenden Sachverhalt in Verbindung stehen bzw. sich typischerweise erzielen lassen,³⁵⁵⁵ wozu z.B. auch im Ausland getätigte Handlungen und daraus entstandene Gewinne bei global tätigen Beaufsichtigten mit Sitz in der Schweiz zu zählen sind.³⁵⁵⁶
- 1229 Schwierige Abgrenzungsfragen lassen sich dabei kaum vermeiden, wenn es z.B. darum geht, zu klären, ob ein bestimmter Vermögensvorteil auf die Verletzung einer aufsichtsrechtlichen Bestimmung zurückzuführen ist oder auf anderen Ursachen basiert, wie z.B. auf Marktschwankungen.³⁵⁵⁷

³⁵⁵² KUHN, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 391 mit Verweis auf BVGE 2013/59, E. 9.3.6.

³⁵⁵³ KUHN, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 391 f.; REISER, Instrumente, 88; BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 16 ff. und insb. 18; C. BECK, N 454; vgl. ausserdem auch die gerichtlichen Erwägungen dazu in BVGE 2013/59, E. 9.4.5. Zur «schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen» vgl. auch hinten N 1272 sowie N 1408.

³⁵⁵⁴ SIDLER, 29; BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 24; ZUFFEREY/CONTRATTO, 152 f.; vgl. auch KUHN, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 392.

³⁵⁵⁵ BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 24; zum Begriff der «Erträge» allerdings im Zusammenhang mit der Einziehung nach Art. 70 ff. StGB vgl. NADELHOFER DO CANTO, 113 ff.

³⁵⁵⁶ Vgl. dazu etwa FINMA, Medienmitteilung vom 19.12.2012, «LIBOR: FINMA schliesst Verfahren gegen UBS und zieht unrechtmässige Gewinne ein»; vgl. auch KUHN, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 401.

³⁵⁵⁷ Vgl. ebenso BSK FINMAG-BÖSCH, Art. 35 N 24.

Gemäss Art. 35 Abs. 6 FINMAG gehen die eingezogenen Vermögenswerte schliesslich an den Bund – nicht jedoch an die FINMA –, soweit sie nicht den Geschädigten als Entschädigung für den Schaden, der aus der Verletzung finanzmarktrechtlicher Vorschriften entstanden ist, ausbezahlt werden.³⁵⁵⁸ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dient diese Bestimmung einzig der Durchsetzung liquider Forderungen, die unbestritten sind oder bereits gerichtlich festgestellt wurden.³⁵⁵⁹ Sie begründet keine neue öffentlich-rechtliche Forderung und soll der FINMA auch nicht als Grundlage dazu dienen, sich in das zivilrechtliche Verhältnis zwischen dem betroffenen Institut und seinen Kunden «einzumischen».³⁵⁶⁰ 1230

3.3 Bewilligungs- und Konzessionsentzug

Als klassisches Beispiel für administrative Rechtsnachteile im Aufsichtsrecht gilt der Widerruf oder Entzug³⁵⁶¹ des Marktzugangsrechts, also der Widerruf einer vorgängig gewährten Bewilligung oder Konzession zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit.³⁵⁶² Je nachdem stehen entweder restitutorische oder pönale Elemente dieser Aufsichtsmassnahme im Vordergrund: Erfolgt der Widerruf, weil die Voraussetzungen für die Bewilligungs- oder Konzessionserteilung nicht mehr erfüllt sind, geht es in erster Linie um die (Wieder-)Herstellung des rechtmässigen Zustands. Sind die Voraussetzungen insgesamt nicht mehr erfüllt, wäre die Gewährung und Aufrechterhaltung einer Bewilligung oder Konzession sonst ja 1231

³⁵⁵⁸ Vgl. *ebd.*, Art. 35 N 33 ff.; KUHN, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 401 f.

³⁵⁵⁹ BGE 139 II 279, E. 4.3.3 f.; vgl. so auch ZUFFEREY/CONTRATTO, 155, insb. mit dem Hinweis, dass der FINMA auch nicht die Kompetenz zukomme, über zivilrechtliche Schadenersatzansprüche zu entscheiden.

³⁵⁶⁰ BGE 139 II 279, E. 4.3.3 f.; vgl. dazu auch KUHN, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 402.

³⁵⁶¹ Die Begriffe «Widerruf» und «Entzug» werden im Folgenden synonym verwendet. Die aufsichtsrechtlichen Spezialnormen verwenden meist den einen oder den anderen Begriff (so sprechen das FINMAG, RAG oder KEG bspw. vom «Entzug», während das HMG den Begriff «Widerruf» verwendet). Vgl. allerdings DIEBOLD/RÜTSCHÉ/KELLER, 62, die den *Bewilligungsentzug*, im Gegensatz zum *Bewilligungswiderruf*, als repressive Massnahme bzw. Sanktion qualifizieren.

³⁵⁶² Eingehend zu Bewilligungen und Konzessionen als aufsichtsrechtliche Marktzutritts-hürden vgl. vorne N 980 ff., N 995 ff. sowie N 1030 ff. – Obwohl es sich dabei um unterschiedliche verwaltungsrechtliche Instrumente handelt, wird ihr Entzug im Sinne administrativer Rechtsnachteile hier zusammen besprochen. Im Einzelfall sind aber selbstredend Unterschiede zwischen den Wirkungsweisen und Mechanismen beider Instrumente zu beachten.

rechtswidrig.³⁵⁶³ Entsprechend muss in solchen Fällen oftmals auch der Widerruf erfolgen; den Aufsichtsbehörden wird diesbezüglich kein grosser Ermessensspielraum eingeräumt.³⁵⁶⁴ Demgegenüber dient der pönale Entzug des Marktzugangsrechts der Sanktionierung einer Pflichtverletzung.³⁵⁶⁵

- 1232 Kompetenzen zum Entzug von Bewilligungen sind in verschiedenen Aufsichts-erlassen enthalten und haben unterschiedliche Ausrichtungen:
- 1233 – Die FINMA ist nach Art. 37 Abs. 1 FINMAG befugt, einer oder einem Beaufsichtigten die Bewilligung, die Anerkennung oder die Zulassung zu entziehen, sowohl wenn sie bzw. er die Voraussetzungen für die Tätigkeit nicht mehr erfüllt als auch wenn aufsichtsrechtliche Bestimmungen «schwer verletzt»³⁵⁶⁶ wurden. Art. 37 FINMAG sieht eine einheitliche Bestimmung für sämtliche beaufsichtigten Bereiche vor.³⁵⁶⁷ Die Finanzmarktgesetze regeln nunmehr die Folgen des Entzugs.³⁵⁶⁸

³⁵⁶³ JAAG, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, 13; vgl. auch MOOR/POLTIER, 137; DIEBOLD/RÜTSCHKE/KELLER, 58 und 67, wo argumentiert wird, genau besehen, lasse sich der Widerruf wegen Wegfalls von Zulassungsvoraussetzungen auch nicht als «administrative[r] Rechtsnachteil» bezeichnen, da das fragliche Recht aufgrund fehlender gesetzlicher Voraussetzungen eigentlich gar nicht mehr existiere.

³⁵⁶⁴ DIEBOLD/RÜTSCHKE/KELLER, 58 m.w.H.

³⁵⁶⁵ Vgl. dazu insb. JAAG, Sanktionen, N 23.10 und N 23.71 ff. m.w.H., der die administrativen Rechtsnachteile aufgrund ihrer pönalen Wirkung auch den pönalen Verwaltungs-sanktionen zuordnet; vgl. dazu auch LOCHER, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, N 70 und 72 ff. sowie N 207 ff.; MOOR/POLTIER, 138.

³⁵⁶⁶ Die Schwere der Verletzung ergibt sich jeweils im Zusammenhang mit der Bedeutung der verletzten Pflicht oder Vorschrift: Eine leichte Verletzung einer wesentlichen Pflicht genügt für eine Massnahme nach Art. 37 FINMAG ebenso wenig wie die grobe Verletzung einer untergeordneten Pflicht (vgl. BSK FINMAG-ROTH PELLANDA/KOPP, Art. 37 N 19 mit Verweis insb. auf POLEDNA, N 131). Dafür kann die Summe von – im Einzelnen wenig gravierenden – Einzelfällen u.U. zum Entzug einer Zulassung führen, wie dies noch die EBK im Jahre 2008 im Zusammenhang mit einer Bank entschieden hatte, deren früherer Verwaltungsratspräsident und bedeutender Aktionär während Jahren zweifelhafte Geschäftsbeziehungen unterhielt (EBK, Jahresbericht 2008, 38 f.; vgl. dazu auch BSK FINMAG-ROTH PELLANDA/KOPP, Art. 37 N 19).

³⁵⁶⁷ Botschaft FINMAG, BBl 2006 2884; BSK FINMAG-ROTH PELLANDA/KOPP, Art. 37 N 2.

³⁵⁶⁸ BSK FINMAG-ROTH PELLANDA/KOPP, Art. 37 N 2.

- Swissmedic ist ebenfalls befugt, Bewilligungen und Zulassungen zu sistieren oder zu widerrufen, wobei sich Art. 66 Abs. 2 lit. b HMG nicht näher zum Zweck solcher Massnahmen äussert.³⁵⁶⁹ 1234
- Art. 38 Abs. 1 MedBG regelt den Entzug einer Bewilligung zur Ausübung eines universitären Medizinalberufs in eigener fachlicher Verantwortung, wenn die dafür benötigten Voraussetzungen nicht mehr erfüllt sind oder nachträglich Tatsachen festgestellt werden, auf Grund derer sie hätte verweigert werden müssen. 1235
- Bei Art. 9 BGFA steht das restitutorische Element im Vordergrund, werden nach dieser Bestimmung doch Anwältinnen und Anwälte, die eine der Voraussetzungen für den Registereintrag nicht mehr erfüllen, im Register gelöscht. 1236

Auch Kompetenzen zum Konzessionsentzug sind in den sachspezifischen Gesetzen vorgesehen, oftmals verbunden mit einer Regelung, wonach der Konzessionsentzug zu entschädigen ist, insb. wenn mit der Konzessionierung wohlerworbene Rechte begründet wurden.³⁵⁷⁰ 1237

- Die ESBK z.B. kann die Konzession aus unterschiedlichen Gründen gestützt auf Art. 15 BGS entziehen: nach Abs. 1 lit. a, wenn wesentliche Voraussetzungen zu ihrer Erteilung nicht mehr erfüllt sind, sowie nach lit. b, wenn die Konzessionärin bspw. den Betrieb nicht innerhalb der mit der Konzession gesetzten Frist aufnimmt (Ziff. 2) oder während längerer Zeit einstellt (Ziff. 3). Die Konzession kann nach Abs. 2 zudem entzogen werden, wenn Verstösse gegen die anwendbaren Bestimmungen und die Konzession geahndet werden sollen (lit. a) bzw. die Konzession zu rechtswidrigen Zwecken benutzt wird (lit. b).³⁵⁷¹ 1238
- Eine Kompetenz zur Einschränkung, Suspendierung oder zum Widerruf bzw. Entzug der Konzession stehen bspw. auch dem BAKOM bzw. der ComCom³⁵⁷² 1239

³⁵⁶⁹ Art. 16a Abs. 1 HMG führt weitere Widerrufsgründe einer erteilten Zulassung auf. Danach kann das Institut eine Zulassung widerrufen, wenn das betreffende Arzneimittel innerhalb von drei Jahren nach Erteilung der Zulassung nicht tatsächlich in Verkehr gebracht worden ist (lit. a) oder sich nach Inverkehrbringen während drei aufeinanderfolgenden Jahren nicht mehr tatsächlich auf dem Markt befindet (lit. b).

³⁵⁷⁰ Zu wohlerworbenen Rechten als mögliche Folge einer Konzessionserteilung vgl. vorne N 1043 ff.

³⁵⁷¹ Auch der Bewilligungsentzug nach Art. 15 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 BGS, der gegenüber der Konzessionärin erfolgt, die die Konzession durch unvollständige oder unrichtige Angaben erwirkt hat, verfolgt mitunter pönale Ziele.

³⁵⁷² Vgl. Art. 58 Abs. 4 FMG. Die ComCom ist jeweils zuständig, wenn sie auch die Konzession erteilt hat. Sie trifft die entsprechenden Massnahmen auf Antrag des Bundesamtes. Dazu vorne N 593 f.

zu, wenn eine Rechtsverletzung festgestellt wird oder wenn wesentliche Voraussetzungen zur Konzessionserteilung nicht mehr erfüllt sind.³⁵⁷³

- 1240 – Das UVEK kann die Rundfunkkonzessionen ebenfalls einschränken, suspendieren oder entziehen, u.a. wenn (i) der Konzessionär sie durch unvollständige oder unrichtige Angaben erwirkt hat; (ii) der Konzessionär in schwerwiegender Weise gegen das RTVG und die Ausführungsbestimmungen verstösst; (iii) der Konzessionär die Konzession in schwerwiegender Weise zu rechtswidrigen Zwecken benützt oder (iv) wesentliche Voraussetzungen zu ihrer Erteilung dahingefallen sind.³⁵⁷⁴

- 1241 Der Bewilligungs- oder Konzessionsverlust bewirkt regelmässig einen äusserst schwerwiegenden Eingriff in die Rechtsposition der Betroffenen. Nicht nur verlieren sie das Recht, die bewilligungs- bzw. konzessionspflichtige Tätigkeit auszuüben, u.U. führt der Bewilligungs- oder Konzessionsentzug auch zu ihrer Liquidation – BIAGGINI spricht dabei vom möglichen Verlust ihrer «*raison d'être*».³⁵⁷⁵ Massgeblich sind die jeweils einschlägigen Aufsichtsgesetze.

Nach Art. 15 Abs. 4 BGS kann etwa die ESBK zusätzlich zum Konzessionsentzug auch die Auflösung der Aktiengesellschaft anordnen und zu diesem Zweck die Liquidatorin oder den Liquidator bezeichnen und ihre oder seine Tätigkeit überwachen.

Art. 37 Abs. 2 FINMAG verweist für die «übrigen Folgen» eines Entzugs auf die anwendbaren Finanzmarktgesetze: Entzieht die FINMA einer Bank, einem Finanzinstitut i.S.v. Art. 2 Abs. 1 FINIG oder einem Versicherungsunternehmen die Bewilligung, so bewirkt dies bei juristischen Personen und Kollektiv- und Kommanditgesellschaften die Auflösung und bei Einzelunternehmen die Löschung im Handelsregister (Art. 23^{quinquies} Abs. 1 Satz 1 BankG, Art. 66 Abs. 1 FINIG sowie Art. 52 VAG). Die FINMA bezeichnet in der Folge die Liquidatorin oder den Liquidator und überwacht ihre oder seine Tätigkeiten (Art. 23^{quinquies} Abs. 1 Satz 2 BankG, Art. 66 Abs. 2 FINIG, Art. 52 VAG). Gemäss BankG und FINIG vorbehalten bleiben die insolvenzrechtlichen Vorschriften (Art. 23^{quinquies} Abs. 2 i.V.m. Art. 25 ff.

³⁵⁷³ Vgl. Art. 58 Abs. 2 lit. d sowie Art. 58 Abs. 3 FMG. Nach Art. 58 Abs. 2 lit. d FMG kann darüber hinaus auch «die Tätigkeit der für die Verletzung verantwortlichen juristischen oder natürlichen Person» eingeschränkt, suspendiert oder ganz verboten werden.

³⁵⁷⁴ Vgl. Art. 50 Abs. 1 und 2 RTVG. Der Konzessionär hat in bestimmten Fällen Anspruch auf Entschädigung gemäss Art. 50 Abs. 3 RTVG (insb. wenn die Konzession deshalb entzogen wird, weil wesentliche Voraussetzungen zu ihrer Erteilung dahingefallen sind und der Bund dafür einstehen muss).

³⁵⁷⁵ BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.79.

BankG sowie Art. 66 Abs. 3 FINIG).³⁵⁷⁶ Art. 61 Abs. 2 VAG hält zudem fest, dass die FINMA bei einem Bewilligungsentzug alle Massnahmen zu treffen hat, die erforderlich sind, um die Interessen der Versicherten zu wahren. Gemäss Art. 61 Abs. 3 VAG darf ein Versicherungsunternehmen nach Entzug der Bewilligung ausserdem keine neuen Versicherungsverträge abschliessen und bestehende Versicherungsverträge weder verlängern noch in Bezug auf den Deckungsumfang erweitern.

Von entsprechend grosser Bedeutung ist die verhältnismässige Anwendung des 1242
Widerrufs als aufsichtsrechtliches Instrument. Ein Bewilligungs- oder Konzessionsentzug muss geeignet sein, eine festgestellte Rechtsverletzung zu beheben, und er muss erforderlich sowie zumutbar sein angesichts der öffentlichen Interessen, die in Frage stehen.³⁵⁷⁷ Zur aufsichtsrechtlichen Liquidation soll es nur kommen, wenn eine solche Folge unbedingt erforderlich ist und als angemessen erscheint. Der Entzug soll *ultima ratio* bilden für den Fall, dass zum Schutz der öffentlichen Interessen einzig diese Möglichkeit verbleibt und keine mildereren Mittel denkbar sind.³⁵⁷⁸ Vielfach obliegt es den Behörden, abzuwägen, ob sie eine Konzession einschränken, durch Bedingungen und Auflagen ergänzen, suspendieren, widerrufen oder effektiv entziehen wollen.³⁵⁷⁹ Eine Zulassung kann auch befristet entzogen³⁵⁸⁰ oder eine Bewilligung sistiert werden.³⁵⁸¹

³⁵⁷⁶ Dabei sind im Übrigen die Kompetenzen der FINMA zu beachten, wie ein Konkursgericht bzw. ein Konkursliquidator tätig zu werden (dazu vorne N 533).

³⁵⁷⁷ Vgl. beispielhalber dazu die Prüfung, die vom Bundesgericht in BGE 132 II 485, E. 8.4 f. vorgenommen wurde.

³⁵⁷⁸ Vgl. Urteil BGer, 2C_602/2018, 16.9.2019, E. 5.5.1; 2C_125/2015, 1.6.2015, E. 5.1; Urteil BVGer, B-2332/2018, 11.3.2020, E. 2.3.1.

³⁵⁷⁹ Vgl. den Wortlaut von Art. 58 Abs. 2 lit. d FMG, Art. 89 Abs. 1 lit. b RTVG sowie Art. 15 Abs. 3 BGS. – Gemäss der Botschaft zum Geldspielgesetz ist es insb. denkbar, «dass bloss das Recht, Spielbankenspiele online durchzuführen, entzogen, ganz oder teilweise suspendiert oder sonst wie eingeschränkt wird» (vgl. Botschaft BGS, BBl 2015 8443).

³⁵⁸⁰ Art. 17 Abs. 1 Satz 1 RAG. – Nach Art. 17 Abs. 1 Satz 3 RAG ist sogar lediglich ein schriftlicher Verweis zu erteilen, wenn der Entzug der Zulassung unverhältnismässig wäre.

³⁵⁸¹ Eine Sistierung kann gestützt auf Art. 66 HMG verfügt werden, wenn mit der Behebung der Mängel innert nützlicher Frist zu rechnen ist und schwere Gesundheitsschädigungen im konkreten Einzelfall ausgeschlossen werden könne. Vgl. dazu etwa Urteil BGer, 2C_659/2010, 16.2.2010, E. 2.3.3; Urteil BVGer, C-5720/2019, 24.9.2021, E. 3.9.1; C-5710/2019, 24.9.2021, E. 3.9.1; C-6365/2018, 17.2.2021, E. 4.1 ff. (nicht abgedruckt in BVGE 2021 V/5); C-2645/2014, 11.1.2017, E. 5.1; BSK HMG-MEYER/PFENNINGER-HIRSCHI, Art. 66 N 11 m.w.H.

- 1243 Regelmässig wird gefordert, dass ein Entzug zuerst anzudrohen ist.³⁵⁸² Im Grundsatz ist den Bewilligungsinhabern wenn möglich Gelegenheit zu gegeben, die Bewilligungsvoraussetzungen wiederherzustellen.³⁵⁸³ Geht es um die Erfüllung sachlicher Bewilligungsvoraussetzungen erfolgt dies bspw. über die Vornahme sicherheitstechnischer Anpassungen einer Anlage.³⁵⁸⁴ Bei persönlichen Bewilligungsvoraussetzungen kann z.B. die Beendigung eines die Unabhängigkeit gefährdenden Mandats angezeigt sein.³⁵⁸⁵ Das Bundesgericht hat sich in einzelnen Fällen allerdings auf den Standpunkt gestellt, dass ein fehlender unbescholtener Leumund nicht ohne Weiteres kurzfristig wiederhergestellt werden könne, weshalb der Entzug einer Zulassung auch ohne vorangehende Androhung rechtmässig sei.³⁵⁸⁶ Das dafür benötigte Vertrauen müsse im Laufe der Zeit erst wieder aufgebaut werden.³⁵⁸⁷
- 1244 Sodann sind im Falle eines Bewilligungs- oder Konzessionsentzugs zusätzlich die Grundsätze des Vertrauensschutzes zu beachten.³⁵⁸⁸ Das Interesse an der Verwirklichung des objektiven Rechts und dasjenige an der Wahrung der Rechtssicherheit sind jeweils gegeneinander abzuwägen, fanden doch im Rahmen der Erteilung von Bewilligung oder Konzession regelmässig eingehende Abklärungen im Vorfeld statt.³⁵⁸⁹ Allerdings wiegen die mit den Aufsichtsmassnahmen zu schützenden Polizeigüter oft schwer, insb. wenn mögliche Gesundheitsgefährdungen oder der Schutz der Marktteilnehmenden vor Täuschung auf dem Spiel stehen, weshalb nicht selten das öffentliche Interesse das private Interesse am Vertrauensschutz überwiegt.³⁵⁹⁰

³⁵⁸² Art. 17 Abs. 1 Satz 2 RAG sieht dies bspw. ausdrücklich vor; vgl. auch Art. 67 Abs. 1 lit. b KEG, wonach die Bewilligung entzogen werden kann, wenn «der Bewilligungsinhaber eine Auflage oder eine verfügte Massnahme *trotz Mahnung* nicht erfüllt» (eigene Hervorhebung).

³⁵⁸³ Dies ergibt sich bspw. auch aus Art. 17 Abs. 1 Satz 2 RAG.

³⁵⁸⁴ Vgl. BGE 139 II 185, E. 10.2.3.

³⁵⁸⁵ Vgl. Urteil BGer, 2C_602/2018, 16.9.2019, E. 5.5.3.

³⁵⁸⁶ Vgl. *ebd.*, E. 5.5.3 f. (wo das Bundesgericht schlussendlich allerdings eine vorgängige Androhung verlangte); 2C_927/2011, 8.5.2012, E. 3.5.3; 2C_121/2016, 14.11.2016, E. 3.2.4.

³⁵⁸⁷ Urteil BGer, 2C_121/2016, 14.11.2016, E. 3.2.4 m.w.H.

³⁵⁸⁸ Mittlerweile scheint sich etabliert zu haben, dass der Schutz «wohlerworbener» Konzessionsrechte v.a. an den Vertrauensschutz anknüpft und weniger an die Eigentums-garantie gemäss Art. 26 BV. Vgl. dazu BGE 145 II 140, E. 4.3; vgl. auch TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1282 ff.; vgl. dazu auch hinten N 1343.

³⁵⁸⁹ Vgl. dazu etwa BGE 137 I 69, E. 2.3; Urteil BGer, 2A_626/2006, 1.5.2007, E. 3.1 m.w.H.; vgl. aus der Lehre HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2682; MOOR/POLTIER, 387 ff.

³⁵⁹⁰ So auch UHLMANN, Risikobegriff, 527; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2682.

4. Pönale Massnahmen

4.1 Allgemeines

Im Gegensatz zu den exekutorischen Massnahmen dienen die pönalen verwaltungsrechtlichen Sanktionen nicht der unmittelbaren oder direkten Durchsetzung verwaltungsrechtlicher Pflichten und damit der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands, sondern der mittelbaren oder indirekten Durchsetzung, indem sie begangene Rechtsverletzungen zu ahnden suchen. Den Verursachern von Pflichtverletzungen werden Nachteile auferlegt. Die Rechtswidrigkeit einer fehlerhaften Handlung oder Unterlassung der Beaufsichtigten kann durch solche repressiven Massnahmen nicht behoben werden. Mit ihrer Anordnung kann jedoch präventiv darauf hingewirkt werden, dass die Beaufsichtigten in Zukunft ihren Pflichten nachkommen und die anwendbaren Rechtsvorschriften einhalten.³⁵⁹¹ Mithin erfüllen pönale Verwaltungssanktionen dieselben Funktionen wie (verwaltungs-) strafrechtliche Strafen³⁵⁹² und werfen entsprechend Abgrenzungsfragen auf.³⁵⁹³ Bevor auf solche näher eingegangen wird,³⁵⁹⁴ zeigt der nachfolgende Überblick ausgewählte Sanktionen, die als pönale Massnahmen aufgefasst werden.

Neben der Verwaltungsbusse, die als klassisch pekuniär sanktionierende Massnahme in unterschiedlichen Aufsichtsgesetzen vorgesehen ist und entsprechend nachfolgend näher beleuchtet wird,³⁵⁹⁵ sind auch disziplinarisch wirkende Sanktionen verbreitet, die sich an bestimmte natürliche Personen richten. Dazu gehören etwa Verwarnungen und Verweise, spezifische Disziplinarbussen, die Abberufung oder Absetzung von Organen der Beaufsichtigten ebenso wie (befristete und definitive) Berufs- sowie Tätigkeitsverbote von einzelnen Personen. Solche Sanktionen treffen klassischerweise Angehörige freier Berufe, wie Rechtsanwälte und

³⁵⁹¹ Zu den pönalen bzw. repressiven Sanktionen im Allgemeinen vgl. JAAG, Sanktionen, N 23.9 und 23.50 ff.; JAAG, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, 4 sowie 10 ff.; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1444 f. sowie 1484 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 889; LOCHER, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, insb. N 62 ff.

³⁵⁹² Vgl. JAAG, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, 10; vgl. auch MOOR/POLTIER, 133 f.; LOCHER, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, N 63.

³⁵⁹³ Gemäss NIGGLI/MAEDER z.B. handelt es sich bei pönalen Massnahmen («also immer dann, wenn nicht mittels exekutorischer Massnahme oder administrativem Rechtsnachteil reagiert wird») notwendig um Strafrecht (*ebd.*, 29 – sie sprechen dabei allerdings nicht von «pönalen», sondern von «repressiven Massnahmen»).

³⁵⁹⁴ Dazu hinten N 1288 ff.

³⁵⁹⁵ Dazu sogleich N 1249 ff.

Medizinalpersonen³⁵⁹⁶ oder Mitarbeitende der beaufsichtigten Unternehmen, und finden ihre rechtliche Grundlage in aufsichtsrechtlichen Erlassen. Eingegangen wird nachfolgend exemplarisch insb. auf die Abberufung und Neueinsetzung von Stiftungsorganen³⁵⁹⁷ sowie die Berufs- und Tätigkeitsverbote nach Art. 33 und Art. 33a FINMAG.³⁵⁹⁸ Wie aufzuzeigen sein wird, sieht das FINMAG ausserdem die Veröffentlichung der Massnahmenverfügungen, allenfalls sogar unter Namensnennung der sanktionierten Personen, vor.³⁵⁹⁹ Das Bundesverwaltungsgericht sprach (auch) in diesem Zusammenhang ausdrücklich von einer «Art Disziplinarsanktion».³⁶⁰⁰

- 1247 Inwiefern solche aufsichtsrechtlichen Massnahmen effektiv zum Disziplinarrecht zu zählen sind, ist allerdings strittig.³⁶⁰¹ Disziplinar-massnahmen dienen jeweils der Durchsetzung von Vorschriften über die Berufsausübung und damit der Sicherstellung einer ordnungsgemässen Aufgabenerfüllung innerhalb einer bestimmten Personengruppe, die nach aussen das Bild einer Institution oder Berufsgruppe prägt. Im Vordergrund steht damit die Aufrechterhaltung des Vertrauens der Bevölkerung in den jeweiligen Berufsstand.³⁶⁰² Zusätzlich dienen sie der Sicherstellung der ordnungsgemässen Tätigkeitsausübung zum Schutze der Klienten, Patienten etc.³⁶⁰³ Dabei kommt den Disziplinar-massnahmen primär eine präventive Funktion zu: Spezialpräventiv sollen die pflichtigen Personen zu einem ordnungsgemässen Verhalten in Zukunft veranlasst werden, generalpräventiv sollen die Sanktionen zusätzlich eine abschreckende Wirkung auf die übrigen Angehörigen der Berufsgruppe entfalten.³⁶⁰⁴ Gleichwohl werden disziplinarisch wirkende Aufsichtsmassnahmen hiernach als repressive Aufsichtsmassnahmen aufgeführt,

³⁵⁹⁶ Vgl. etwa den Katalog von Massnahmen nach Art. 17 Abs. 1 BGFA oder Art. 43 Abs. 1 MedBG.

³⁵⁹⁷ Dazu hinten N 1264 ff.

³⁵⁹⁸ Dazu hinten N 1267 ff.

³⁵⁹⁹ Dazu hinten N 1275 ff.

³⁶⁰⁰ Vgl. etwa Urteil BVGer, B-5274/2015, 22.5.2018, E. 10.3.2.

³⁶⁰¹ Vgl. JAAG, Sanktionen, N 23.70 mit Verweis auf RIEDO, 1530; vgl. auch die Frage ablehnend C. BECK, N 306 ff. zu finanzmarktrechtlichen Massnahmen.

³⁶⁰² WALDMANN, Disziplinarwesen, 97 f. m.w.H. – Zu den Disziplinar-massnahmen generell vgl. JAAG, Sanktionen, N 23.65 ff.; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1505 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 929 ff.; GRIFFEL, Verwaltungsrecht, N 585 ff.; DUBEY/ZUFFEREY, N 2244 ff.

³⁶⁰³ JAAG, Sanktionen, N 23.68.

³⁶⁰⁴ WALDMANN, Disziplinarwesen, 104 f.

weil sie regelmässig als Reaktion auf eine Pflichtverletzung verfügt werden.³⁶⁰⁵ Inwiefern sie auch eine pönale Funktion haben, ist bislang umstritten.³⁶⁰⁶

Auch die nachfolgend aufgeführten, disziplinarisch wirkenden Aufsichtsmaßnahmen richten sich an einen bestimmten Personenkreis. Allerdings sind sie i.d.R. nicht spezifisch auf die disziplinarrechtliche Aufrechterhaltung der Ordnung innerhalb einer bestimmten Personengruppe zwecks Wahrung ihres Ansehens und ihrer Vertrauenswürdigkeit gerichtet, sondern verfolgen v.a. aufsichtsrechtliche Zielsetzungen. Die Instrumente der FINMA bezwecken z.B. den Schutz der Marktteilnehmer sowie die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit und des Vertrauens in die Finanzmärkte (Funktions- und Vertrauensschutz),³⁶⁰⁷ die Stiftungsaufsicht ist auf den Schutz des Stiftungszwecks ausgerichtet³⁶⁰⁸ – Aspekte also, die nicht primär zu den Zwecken des Disziplinarrechts gezählt werden.³⁶⁰⁹ Im Übrigen kann aus dem Aufsichtsrechtsverhältnis alleine auch nicht auf das Vorliegen eines Sonderstatusverhältnisses oder die Anwendbarkeit von Disziplinarrecht geschlossen werden;³⁶¹⁰ in einem besonderen Verhältnis zum Staat stehen denn auch nicht primär die bei den Beaufsichtigten beschäftigten natürlichen Personen, sondern die staatlich beaufsichtigten Institute.³⁶¹¹ Vor diesem Hintergrund wird in den folgenden Abschnitten bewusst nicht von «Disziplinarmaßnahmen» die Rede

³⁶⁰⁵ Vgl. so auch JAAG, Sanktionen, N 23.65; DIEBOLD/RÜTSCHKE/KELLER, 64 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 933 f.; GRIFFEL, Verwaltungsrecht, N 585.

³⁶⁰⁶ Bejahend etwa Urteil BGer, 2C_1149/2015, 29.3.2016, E. 4.4.4; verneinend hingegen Urteil BGer, 2C_897/2015, 25.5.2016, E. 5.2; BGE 128 I 346, E. 2.2; WALDMANN, Disziplinarwesen, 105; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, 930.

³⁶⁰⁷ Vgl. Art. 4 FINMAG; Botschaft FINMAG, BBl 2006 2849 und 2882; vgl. auch BSK FINMAG-HSU/BAHAR/FLÜHMANN, Art. 33 N 5.

³⁶⁰⁸ Vgl. Art. 84 Abs. 2 ZGB; vgl. in diesem Sinne auch BK-RIEMER, Art. 83d ZGB N 20.

³⁶⁰⁹ Als entsprechend problematisch erscheinen die Ausführungen im Urteil BVGer, B-4830/2011, 26.6.2013, E. 4.2, wonach Art. 51 SBG «denn auch als eine spezielle Art von Disziplinarsanktion aufgefasst werden [kann], dient die Massnahme doch primär der Aufrechterhaltung der Ordnung innerhalb der Schweizer Glücksspielindustrie sowie der Sicherung der Vertrauenswürdigkeit, des Rufs und des Ansehens der gesamten Branche». Vgl. dazu auch die Kritik von RIEDO, 1530.

³⁶¹⁰ So führt bspw. auch die Erteilung einer Konzession oder Bewilligung nicht dazu, dass die Konzessionärinnen und Konzessionäre bzw. Bewilligungsinhaberinnen und -inhaber bereits einem besonderen Disziplinarrecht unterliegen würden (vgl. RIEDO, 1530). Vgl. in diesem Sinne auch C. BECK, N 308 f. sowie N 410 ff. m.w.H. zur anhaltenden Diskussion insb. zur Qualifikation von Berufsverboten.

³⁶¹¹ Dazu vorne N 39.

sein. Für die Zwecke dieser Untersuchung kann die Frage nach der Abgrenzung zwischen Aufsichts- und Disziplinarrecht allerdings letztlich offenbleiben.

4.2 Pekuniäre Verwaltungssanktionen

- 1249 Die klassische finanzielle Sanktion bei der Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten ist die sog. Verwaltungsbusse. Es handelt sich dabei um eine pekuniäre pönale Massnahme, die inhaltlich verschiedene Ausgestaltungen kennt und in der Lehre z.T. unterschiedlich bezeichnet wird.³⁶¹² Dennoch lässt sich im sachbereichsübergreifenden Vergleich ein gewisses Muster erkennen, wie ein Bericht des Bundesrates aus dem Jahr 2022 festhielt.³⁶¹³
- 1250 In diesem Bericht wurde das Instrument der «pekuniären Verwaltungssanktionen» sachbereichsübergreifend näher untersucht und vereinfachend «als eine finanzielle Belastung der Verfahrenspartei mit einem Betrag» beschrieben, «die als behördliche Reaktion auf eine in der Vergangenheit liegende Verletzung einer verwaltungsrechtlichen Vorschrift erfolgt und in einem Verwaltungsverfahren durchgesetzt wird».³⁶¹⁴
- 1251 Der Bericht unterscheidet zahlreiche Wesensmerkmale der pekuniären Verwaltungssanktionen:³⁶¹⁵
- 1252 – *Adressaten*: Das Instrument richtet sich typischerweise an Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, wobei in der Mehrzahl der Fälle juristische Personen betroffen sind, nicht aber ihre Organe oder Mitarbeitenden. Dabei können die Unternehmen direkt ins Recht gefasst werden. Nicht erforderlich ist, dass die Behörde den Rechtsverstoß einer natürlichen Person innerhalb des Unternehmens nachweisen kann.³⁶¹⁶
- 1253 – *Zwecke*: Pekuniäre Verwaltungssanktionen dienen der Erreichung übergeordneter Regelungszwecke und der Durchsetzung verwaltungsrechtlicher Pflichten. «Indem kommerziell erfolgreichen, aber rechtswidrigen Praktiken nachträglich der wirtschaftliche Erfolg entzogen wird, wird ein Anreiz zu zielkonformem Verhalten geschaffen.»³⁶¹⁷

³⁶¹² Vgl. LOCHER, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, insb. N 161 m.w.H. sowie N 163 ff. zu Abgrenzungsfragen; vgl. dazu auch BR, Pekuniäre Verwaltungssanktionen, BBl 2022 776, 11 f.

³⁶¹³ BR, Pekuniäre Verwaltungssanktionen, BBl 2022 776, 12.

³⁶¹⁴ *Ebd.*

³⁶¹⁵ *Ebd.*, 15 ff.

³⁶¹⁶ *Ebd.*, 17 f.

³⁶¹⁷ *Ebd.*, 16 f.

- *Wirkungen:* Da an vergangene pflichtwidrige Verhaltensweisen angeknüpft wird, handelt es sich um repressive Instrumente. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kommt ihnen aber auch ein präventiver sowie gleichzeitig ein pöner/repressiver Charakter zu.³⁶¹⁸ Hingegen fügte der bundesrätliche Bericht an, dass ihnen keine unmittelbare restitutorische oder exekutorische Wirkung zukomme, da mit ihnen alleine die Missstände nicht beseitigt werden könnten.³⁶¹⁹ 1254
 - *Rechtsfolge:* Die Unternehmen werden mit einem «Betrag» belastet, der sich meistens am Umsatz der Unternehmen orientiert. 1255
- Beispiele für pekuniäre Verwaltungssanktionen findet man in unterschiedlichen Aufsichtserlassen aus verschiedenen Rechtsbereichen.³⁶²⁰ 1256
- So sieht bspw. Art. 49a Abs. 1 KG vor, dass ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet wird.³⁶²¹ Der effektive Betrag bemisst sich nach der Dauer und Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, «angemessen zu berücksichtigen» ist.³⁶²² Weil der so erhobene Betrag weder auf einen unrechtmässig erlangten Vermögensvorteil abstellt noch sich auf einen solchen beschränkt, geht es somit auch nicht um eine (restitutorische) Vorteilsabschöpfung. Vielmehr bezweckt die Höhe des gestützt auf Art. 49a KG eingeforderten Betrags regelmässig eine abschreckende Wirkung, die nur erreicht werden kann, wenn mehr eingefordert wird als lediglich der Betrag zur Restitution.³⁶²³ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung handelt es sich bei den Sanktionen nach Art. 49a KG aufgrund ihrer 1257

³⁶¹⁸ *Ebd.*, 17 mit Verweis auf BGE 140 II 384, E. 3.2.2, sowie BGE 139 I 72, E. 2.

³⁶¹⁹ BR, Pekuniäre Verwaltungssanktionen, BBl 2022 776, 17.

³⁶²⁰ Der Bericht des Bundesrates nennt insgesamt 13 Erlasse des Bundesrechts, in denen dieses Instrument vorgesehen ist, und gibt dazu einen Überblick (vgl. BR, Pekuniäre Verwaltungssanktionen, BBl 2022 776, 12 ff.).

³⁶²¹ Vgl. auch Art. 50 KG bei Verstössen gegen einvernehmliche Regelungen und behördliche Anordnungen, Art. 51 KG bei Verstössen im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen sowie Art. 52 KG für Verstösse der Unternehmen gegen die Auskunftspflicht oder die Pflichten zur Vorlage von Urkunden.

³⁶²² Art. 49a Abs. 1 Sätze 3 und 4 KG.

³⁶²³ Aus diesem Grund wird Art. 49a KG auch den Verwaltungsbussen und nicht den administrativen Rechtsnachteilen zugeordnet. Vgl. dazu etwa RIEDO/NIGGLI, 48 f.

Natur, ihrer Art und Schwere sowie der Höhe der möglichen Bussen um strafrechtliche bzw. strafrechtsähnliche Sanktionen.³⁶²⁴

- 1258 – Eine Bussenhöhe von bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes scheint sich auch in weiteren Aufsichtserlassen als massgeblicher Richtwert etabliert zu haben. Entsprechend können Unternehmen, die gegen anwendbares Recht, die Konzession oder eine rechtskräftige Verfügung verstossen haben, bspw. gemäss Art. 60 Abs. 1 FMG und Art. 90 Abs. 1 RTVG³⁶²⁵ gebüsst werden.
- 1259 – Art. 100 Abs. 1 sowie Art. 109 Abs. 1 BGS sehen einen Betrag von bis zu 15 % des im letzten Geschäftsjahr erzielten Bruttospielertrages vor.
- 1260 Keine Bussenkompetenz kommt demgegenüber der FINMA zu. Zwar wurde die Thematik immer wieder aufgegriffen und diskutiert, nicht zuletzt angesichts der Tatsache, dass viele ausländische Aufsichtsbehörden Bussen anordnen oder bei einem Gericht beantragen können.³⁶²⁶ Bislang konnte eine solche aber nicht eingeführt werden. Es überwiegten insgesamt die Skepsis gegenüber der Wirksamkeit des Instruments an sich, aber auch Fragen dazu, inwiefern potenziell hohe Bussen eine Umorganisation der FINMA erforderlich machen würden, um sowohl verwaltungsrechtliche als auch verwaltungsstrafrechtliche Massnahmen anordnen zu können.³⁶²⁷ Mit einem im Nationalrat am 17. Dezember 2021 eingereichten Postulat wurde das Thema erneut auf die politische Agenda gesetzt³⁶²⁸ und es zeichnete sich rasch ab, dass die Diskussionen im Nachgang zur Übernahme der Credit

³⁶²⁴ Dazu insb. hinten N 1321 m.w.H.

³⁶²⁵ Art. 90 Abs. 1 RTVG führt einen Katalog von möglichen Tatbeständen auf, die die Missachtung bestimmter Vorschriften des RTVG sanktionieren (lit. c bis lit. g), neben Verstössen gegen eine rechtskräftige Verfügung der Aufsichtsbehörde, gegen einen rechtskräftigen Entscheid der Rechtsmittelbehörde (lit. a) oder gegen Bestimmungen der Konzession (lit. b).

³⁶²⁶ Vgl. dazu etwa BENNINGER/ZULAUF, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 466 ff. und 472 m.w.H. und insb. mit Verweis auf die gegen die UBS verhängten Sanktionen im Zusammenhang mit manipulierten Eingaben zur Festsetzung des LIBOR in verschiedenen Währungen.

³⁶²⁷ Vgl. so eingehend und m.w.H. BENNINGER/ZULAUF, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, insb. 469 ff.; zur möglichen strafrechtsähnlichen Qualifikation pekuniärer Verwaltungssanktionen vgl. auch hinten N 1319 ff.

³⁶²⁸ Postulat Birrer-Heimo (21.4628). Vgl. zum Ganzen auch BENNINGER/ZULAUF, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, insb. 473 ff., auch mit Hinweis auf den Bericht des Bundesrates zu Pekuniären Verwaltungssanktionen (BB1 2022 776 ff.), der nach ihrer Auffassung «das Terrain» für die Einführung zusätzlicher Sanktionen vorbereite.

Suisse durch die UBS an Fahrt aufnehmen werden.³⁶²⁹ Insbesondere die FINMA hat sich bereits für die Schaffung einer Bussenkompetenz ausgesprochen.³⁶³⁰ Im Bericht des Bundesrates zur Bankenstabilität vom 10. April 2024 wird den pekuniären Verwaltungssanktionen nun ein eigener Abschnitt gewidmet.³⁶³¹

Bereichsübergreifend haben die Aufsichtsbehörden gestützt auf entsprechende gesetzliche Grundlagen bereits Bussen in Millionenhöhe verfügt: Die ESBK belegte etwa eine Casinobetreiberin im Juni 2011 mit einer Busse von knapp CHF 5 Mio.,³⁶³² allerdings noch auf der Grundlage von Art. 51 aSBG, der Vorgängernorm von Art. 100 BGS.³⁶³³ Eine der bisher höchsten rechtskräftigen Verwaltungsbussen, die von der WEKO verfügt wurde, betrug CHF 186 Mio. und betraf die Swisscom.³⁶³⁴ 2019 büsste die WEKO Bauunternehmen für unzulässige Submissionsabreden im Kanton Graubünden mit rund CHF 11 Mio.³⁶³⁵ 1261

Das Bundesgericht qualifiziert eine Sanktion nach Art. 49a KG grundsätzlich dann als «zumutbar», «wenn die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens bewahrt wird; logischerweise ist dabei auch dessen Existenz miteingeschlossen (...).»³⁶³⁶ Eine verhältnismässig angeordnete Sanktion gemäss Art. 49a KG bedarf somit einer Analyse der wirtschaftlichen Lage der zu sanktionieren-

³⁶²⁹ Vgl. etwa die Motion Atici (23.3492).

³⁶³⁰ Vgl. dazu etwa SCHÖCHLI; AMSTAD sowie AMSTAD (Verwaltungsratspräsidentin der FINMA), Mediengespräch vom 5.4.2023, S. 5 f. (abrufbar unter <<https://www.finma.ch> → Dokumentation → FINMA-Publikationen → Referate und Artikel> [besucht am 15.8.24]).

³⁶³¹ Vgl. BR, Bericht Bankenstabilität, BBl 2024 1023 ff., 278 ff.

³⁶³² Vgl. dazu BGE 140 II 384, Zusammenfassung des Sachverhalts; vgl. die Entscheidungsbekämpfung hinten N 1323 f. sowie N 1827 ff. (da allerdings spezifisch zum Nemo-tenetur-Grundsatz).

³⁶³³ Nach Art. 51 aSBG durfte eine Konzessionärin, die zu ihrem Vorteil gegen ihre Konzession oder gegen eine rechtskräftige Verfügung verstossen hatte, mit einem Betrag bis zur dreifachen Höhe des durch den Verstoss erzielten Gewinns belastet werden. Lag kein Gewinn vor bzw. konnte er nicht ermittelt oder geschätzt werden, so betrug die Belastung bis zu 20 % des Bruttospielertrages im letzten Geschäftsjahr.

³⁶³⁴ BGE 146 II 217; der Betrag war vom Bundesverwaltungsgericht noch etwas nach unten korrigiert worden. – Bereits im Jahr 2007 wurde die Swisscom von der WEKO mit einer Busse von über CHF 333 Mio. sanktioniert (WEKO, Verfügung vom 5.2.2007 [publiziert in: RPW 2007/2, 241 ff., Dispositiv: S. 304]). Diese Busse wurde allerdings vom Bundesverwaltungsgericht aufgehoben (BVG 2011/32) und dieser Entscheidung wurde vom Bundesgericht bestätigt (BGE 137 II 199).

³⁶³⁵ Vgl. WEKO, Verfügung vom 19.8.2019 (publiziert in: RPW 2020/4a, 1721 ff.). Die dagegen erhobene Beschwerde wurde vom Bundesverwaltungsgericht abgewiesen (Urteil BVGer, B-5130/2019, 9.8.2021).

³⁶³⁶ BGE 143 II 297, E. 9.7.2 m.w.H.

den Unternehmen. Folgt man den Ausführungen des Bundesgerichts, sollen Sanktionen «schmerzen, aber ein Unternehmen nicht in den Konkurs treiben, denn damit wäre dem Wettbewerb letztlich nicht gedient (...). Insofern soll der Bussenbetrag in einem zumutbaren Verhältnis zur Leistungsfähigkeit des Unternehmens stehen. Allerdings muss der finanzielle Nachteil so gross sein, dass sich eine Beteiligung an einer Zuwiderhandlung nicht lohnt (...).»³⁶³⁷ Im Interesse einer Präventivwirkung und der Durchsetzbarkeit des KG sei somit zumindest die unzulässige Kartellrente abzuschöpfen.³⁶³⁸

- 1262 Viele Aufsichtserlasse nennen solche Sanktionen pekuniärer Art jedoch nicht «Bussen». Vielmehr werden die verwaltungsrechtlich sanktionierten Unternehmen formell mit «Beträgen» belastet, während «(Disziplinar- oder Ordnungs-)Bussen» bzw. «Geldstrafen» zu den (verwaltungs-)strafrechtlichen Sanktionen gezählt werden und in den Aufsichtsgesetzen systematisch in anderen Gesetzesabschnitten geregelt sind.

So werden z.B. Verwaltungssanktionen im KG im 6. Abschnitt des 4. Kapitels in Art. 49a ff. KG geregelt, während die sog. «Strafsanktionen» im 5. Kapitel in den Art. 54 ff. KG verankert sind. Im FMG finden sich die unterschiedlichen Vorgaben in Art. 49 ff. (im 9. Kapitel «Strafbestimmungen») bzw. Art. 60 (im 11. Kapitel und unter der Überschrift «Verwaltungssanktionen»), im RTVG in Art. 90 («Verwaltungssanktionen») und Art. 101 f. (als «Strafbestimmungen») und im BGS stehen sich Art. 100 («Verwaltungssanktionen») und Art. 130 ff. (im 10. Kapitel «Strafbestimmungen») gegenüber.

- 1263 Abgrenzungsfragen liegen damit auf der Hand, sind aber oftmals nur schwer lösbar, wie sogleich näher aufgezeigt wird.³⁶³⁹ Problematisch ist dies v.a. aus verfahrensrechtlicher Sicht, da für (Verwaltungs-)Strafverfahren die strafprozessualen Mindestgarantien zu beachten sind.³⁶⁴⁰

4.3 Abberufung und Neueinsetzung von Stiftungsorganen

- 1264 Wie bereits aufgezeigt wurde, sind Stiftungsaufsichtsbehörden im Grundsatz befugt, präventiv in die Organisation und die personelle Zusammensetzung der beaufsichtigten Stiftungen einzugreifen. Ihre Kompetenzen werden aus Art. 83d und Art. 84 Abs. 2 ZGB abgeleitet.³⁶⁴¹ Zusätzlich ist inzwischen etabliert, dass die

³⁶³⁷ *Ebd.*; vgl. so auch BGE 146 II 217, E. 9.1; Urteil BGer, 2C_484/2010, 29.6.2012, E. 12.3.2 (nicht publiziert in BGE 139 I 72); Urteil BVGer, B-823/2016, 2.4.2020, E. 6.5.5 m.w.H.

³⁶³⁸ Urteil BVGer, B-823/2016, 2.4.2020, E. 6.5.5.

³⁶³⁹ Dazu hinten N 1288 ff.

³⁶⁴⁰ Dazu hinten N 1294 ff. sowie N 1666 ff.

³⁶⁴¹ Dazu vorne N 1185 ff.

Stiftungsaufsicht auch im Falle festgestellter Unregelmässigkeiten Mitglieder der Stiftungsorgane abberufen bzw. absetzen kann und sich dabei repressiver Massnahmen bedient.³⁶⁴² Das Vorliegen eines eigentlichen Verschuldens des betreffenden Stiftungsorgans wird zwar nicht verlangt. Vielmehr ist massgeblich, ob eine objektive Beeinträchtigung oder Gefährdung des Stiftungszwecks vorliegt.³⁶⁴³

Als zulässig wurde bspw. die Abberufung eines Stiftungsrats angesehen, der durch wiederholtes Selbstkontrahieren und zahlreiche zweckfremde Anlagen des Stiftungsvermögens die Angelegenheiten der Stiftung mit seinen privaten Angelegenheiten vermengte und diesbezüglich keinerlei Unrechtsbewusstsein zeigte.³⁶⁴⁴ Ebenfalls als zulässig erachtete die Bundesaufsichtsbehörde die Abberufung eines Mitglieds des Stiftungsrats, dessen auf Opposition gerichtetes Verhalten eine konstruktive Zusammenarbeit wiederholt verhindert hatte. Zusätzlich bestand der Verdacht, dass der betroffene Stiftungsrat wiederholt Interna und vertrauliche Informationen aus den Stiftungsratssitzungen nach aussen getragen hatte.³⁶⁴⁵

Die Rechtsprechung verlangt als Voraussetzung für die Abberufung allerdings, dass das Verhalten eines Stiftungsorgans «im Hinblick auf eine gesetzes- und stiftungsgemässe Tätigkeit der Stiftung» als «nicht mehr tragbar» erscheint.³⁶⁴⁶ Als besonders schwerwiegender Eingriff in die Stiftungsfreiheit soll die Abberufung nur «*ultima ratio*» erfolgen.³⁶⁴⁷ Mit diesem Erfordernis wird letztlich u.a. auf den

³⁶⁴² Vgl. dazu etwa BK-RIEMER, Art. 84 ZGB N 97 ff. m.w.H. – Dass die Abberufung eines Stiftungsorgans auch und insb. auf eine gesetzes- und stiftungsgemässe Tätigkeit der Stiftung für die Zukunft hinwirkt und damit auch Züge präventiver Massnahmen annimmt (vgl. so etwa Urteil BVGer, B-3773/2011, 11.9.2012, E. 3.1), ändert aus der hier vertretenen Sicht nichts an der Kategorisierung solcher Massnahmen als grundsätzlich repressiv (vgl. dazu auch vorne N 1190 f.).

³⁶⁴³ Ausdrücklich dazu BGE 105 II 321, E. 5a; vgl. auch Urteil BVGer, B-3867/2007, 29.4.2008, E. 3.

³⁶⁴⁴ Vgl. Urteil BGer, 5A_274/2008, 19.1.2009, E. 2 und 5.4 ff.

³⁶⁴⁵ Vgl. dazu Urteil BVGer, B-3867/2007, 29.4.2008, E. 6.2 sowie E. 6.11, wo das Bundesverwaltungsgericht allerdings insgesamt zum Schluss kam, dass die von der Aufsichtsbehörde als Vorinstanz verfügte Abberufung in diesem Fall nicht eine geeignete Massnahme dargestellt habe.

³⁶⁴⁶ Urteil BGer, 5A_274/2008, 19.1.2009, E. 5; BGE 112 II 471, E. 2; 105 II 321, E. 5; Urteil BVGer, B-3773/2011, 11.9.2012, E. 3.1.

³⁶⁴⁷ Urteil BVGer, B-4118/2018, 5.10.2018, E. 8.2 m.w.H.; vgl. auch in diesem Sinne etwa BGE 105 II 321, E. 5a; Urteil BGer, 5A_232/2010, 16.9.2010, E. 3.1.2; 5A_875/2018, 4.2.2019, E. 5.1. So auch KUKO ZGB-JAKOB, Art. 84 N 8; BAUMANN LORANT, Stiftungsrat, 128.

Grundsatz der Verhältnismässigkeit verwiesen.³⁶⁴⁸ Ein Eingreifen vonseiten der Aufsichtsbehörde ist damit nur geboten, falls die Mängel gegen zwingendes Recht oder die Stiftungsbestimmungen selbst verstossen oder derart unzweckmässig sind, dass sie die Erfüllung des Stiftungszwecks wesentlich behindern.³⁶⁴⁹

- 1266 Das Bundesgericht räumte der Aufsichtsbehörde in BGE 129 III 641 nicht nur das Abberufungs- oder Absetzungsrecht ein, sondern auch das Recht, die Ernennung anderer Organe an deren Stelle zu verfügen.³⁶⁵⁰ Die Lehre anerkennt dieses Recht zur Neueinsetzung von Stiftungsorganen im Grundsatz, spricht sich aber für eine zurückhaltende Anwendung solcher Kompetenzen aus.³⁶⁵¹ Selbstverständlich habe die Stiftungsaufsicht dabei zu beachten, dass etwa die von ihr bestellten Stiftungsratsmitglieder das notwendige Fachwissen und die erforderlichen charakterlichen Eigenschaften und Kompetenzen für die Mandatsausübung mitbringen. Darüber hinaus gilt aber neben dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz insb. der Grundsatz der Stifter- bzw. Stiftungsfreiheit. Die Aufsichtsbehörde darf nicht ihr Ermessen an die Stelle des Ermessens des Stifters oder der Stiftungsorgane bzw. der Stiftung setzen. Entsprechend sind die Vorschriften in Stiftungsreglement und -urkunde besonders zu beachten.

Wird z.B. vorgesehen, dass sich der Stiftungsrat jeweils durch Kooptation ergänzt, so kann die Aufsichtsbehörde nur dann die Mitglieder des Stiftungsrates selbst ernennen, wenn vorher alle abgesetzt werden mussten³⁶⁵² bzw. die bestehenden Stiftungsräte in ihrer Handlungsfähigkeit blockiert sind (z.B. aufgrund einer Einstellung im Amt der Mehrheit der verbleibenden Stiftungsräte)³⁶⁵³.

4.4 Berufs- und Tätigkeitsverbote nach Art. 33 und Art. 33a FINMAG

- 1267 Mit dem *Berufsverbot* nach Art. 33 FINMAG kann die FINMA Personen die Tätigkeit in leitender Stellung bei einem beaufsichtigten Institut während maximal fünf Jahren untersagen, wenn sie für schwere Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen verantwortlich sind. Adressaten der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen sind zwar i.d.R. die beaufsichtigten Institute sowie diejenigen Unterneh-

³⁶⁴⁸ Vgl. in diesem Sinne auch etwa Urteil BGer, 5A_827/2020, 26.2.2021, E. 3.2.1; BGE 105 II 321, E. 5a; Urteil BVGer, B-883/2011, 24.10.2011, E. 4.1.

³⁶⁴⁹ BK-RIEMER, Art. 83d ZGB N 20 m.w.H.

³⁶⁵⁰ BGE 129 III 641, E. 3.5.

³⁶⁵¹ Vgl. BK-RIEMER, Art. 84 ZGB N 101 m.w.H.; TRAJKOVA, 223 f. m.w.H.

³⁶⁵² BK-RIEMER, Art. 84 ZGB N 101 m.w.H.

³⁶⁵³ BGE 129 III 641, E. 3.5.

men, die ohne eine entsprechende Bewilligung eine bewilligungspflichtige Tätigkeit ausüben.³⁶⁵⁴ Das Berufsverbot richtet sich jedoch gegen die für eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen verantwortlichen Personen. Dieser (tatsächlich) zunehmende Fokus der FINMA auf verantwortliche natürliche Einzelpersonen ist im sonst auf die Finanzinstitute ausgerichteten Finanzmarktrecht³⁶⁵⁵ bemerkenswert.³⁶⁵⁶ Häufig sind Berufsverbotsverfahren denn auch die Folge eines Enforcementverfahrens gegen ein beaufsichtigtes Institut, anlässlich dessen schwere Missstände festgestellt wurden.³⁶⁵⁷ Die FINMA kann ein Berufsverbot aber nur aussprechen, wenn es ihr gelingt, die schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen einer bestimmten Person individuell zuzurechnen.³⁶⁵⁸

Der Wortlaut von Art. 33 FINMAG lässt offen, auf welche Personen die Bestimmung genau anwendbar ist.³⁶⁵⁹ Die wohl herrschende Lehre spricht sich dafür aus, dass Art. 33 FINMAG grundsätzlich nicht nur «Gewährsträger» erfasse, sondern auch die hierarchisch tiefer tätigen Mitarbeitenden eines beaufsichtigten Instituts.³⁶⁶⁰ Die gewählte Formulierung in Art. 33 Abs. 1 FINMAG kann jedoch auch dahin gehend ausgelegt werden, dass nur Personen in leitender Stellung vom Anwendungsbereich des Berufsverbots erfasst werden³⁶⁶¹ bzw. allenfalls auch Personen, die an der Schwelle zur Übernahme einer leitenden Funktion stehen.³⁶⁶² 1268

³⁶⁵⁴ KUHN, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 375 m.w.H.

³⁶⁵⁵ Vgl. so etwa auch BGE 142 II 243, E. 2.2.

³⁶⁵⁶ Vgl. auch BSK FINMAG-HSU/BAHAR/FLÜHMANN, Art. 33 N 13; vgl. dazu auch C. BECK, N 281 ff. m.w.H.

³⁶⁵⁷ KUHN, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 375; vgl. auch REISER, Instrumente, 87.

³⁶⁵⁸ Vgl. dazu KUHN, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 377 f.; vgl. auch REISER, Instrumente, 87.

³⁶⁵⁹ Vgl. den Überblick bei BSK FINMAG-HSU/BAHAR/FLÜHMANN, Art. 33 N 13 m.w.H.; eingehend C. BECK, N 385 ff.

³⁶⁶⁰ KUHN, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 370 m.w.H. auch zur Abgrenzung zwischen Berufsverbot und Gewähr; vgl. auch BSK FINMAG-HSU/BAHAR/FLÜHMANN, Art. 33 N 7; GRAF, Gesellschaftsorgane, 1202; C. BECK, N 394; ZUFFEREY/CONTRATTO, 142; WEBER ET AL., 164.

³⁶⁶¹ ZUFFEREY/CONTRATTO, 142; vgl. auch KUHN, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 379.

³⁶⁶² UHLMANN, Berufsverbot, 439. – Die Botschaft zum FINMAG führte etwa aus, dass die FINMA bei schwerer Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen «den verantwortlichen Personen die Tätigkeit in leitender Stellung bei Beaufsichtigten» untersagen könne (Botschaft FINMAG, BBl 2006 2881 f.).

- 1269 Fehlbare natürliche Personen können gestützt auf Art. 33 FINMAG direkt sanktioniert und ihr individuelles Fehlverhalten geahndet werden. Zudem besitzt Art. 33 FINMAG eine generalpräventive Funktion mit dem Ziel, den Individual-, Funktions- und Vertrauensschutz der Finanzmarktaufsicht zu gewährleisten.³⁶⁶³ Das Bundesgericht erachtet Berufsverbote jedoch nicht als strafrechtliche Anklagen i.S.v. Art. 6 EMRK, sondern betont ihre administrative Ausrichtung auf einen bestimmten Berufsstand.³⁶⁶⁴ Nicht bestritten ist aber, dass Verwaltungsverfahren zum Erlass eines Berufsverbots in den zivilrechtlichen Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK fallen.³⁶⁶⁵
- 1270 Unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips muss das Berufsverbot regelmässig auf einen bestimmten Tätigkeitsbereich beschränkt werden. Das Gesetz spricht von einer «Tätigkeit in leitender Stellung». Darunter fallen nach herrschender Lehre die Geschäftsführung sowie Funktionen unterhalb dieser Position, die mit wesentlicher Verantwortung verbunden sind.³⁶⁶⁶ Somit kann eine betroffene Person trotz eines Berufsverbots nach Art. 33 FINMAG eine Beschäftigung in einer anderen Position (wieder-)aufnehmen oder in einem anderen Bereich der Finanzbranche allenfalls sogar in leitender Position einsteigen.³⁶⁶⁷
- 1271 Das Berufsverbot ist abzugrenzen vom sog. *Tätigkeitsverbot*, das in Art. 33a FINMAG vorgesehen ist.³⁶⁶⁸ Es sanktioniert schwere Verletzungen der Bestimmungen der Finanzmarktgesetze, der Ausführungsbestimmungen oder der betriebsinternen Vorschriften (vgl. Art. 33a Abs. 1 FINMAG) und erfasst (i) die für den Handel mit Finanzinstrumenten verantwortlichen Mitarbeitenden einer oder eines Beaufsichtigten (Abs. 1 lit. a) sowie (ii) die als Kundenberaterinnen und Kundenberater tätigen Mitarbeitenden einer oder eines Beaufsichtigten (Abs. 1

³⁶⁶³ Botschaft FINMAG, BBl 2006 2882; vgl. auch BSK FINMAG-HSU/BAHAR/FLÜHMANN, Art. 33 N 6; zur Diskussion eingehender KUHN, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 374 m.w.H.; C. BECK, N 382 ff. m.w.H. – Aus der Rechtsprechung vgl. etwa Urteil BVGer, B-3626/2017, 27.11.2019, E. 6.1; B-4672/2017, 27.2.2020, E. 3.6; BVGE 2013/59, E. 9.4.1; BGE 142 II 243, E. 3.4.

³⁶⁶⁴ BGE 142 II 243, E. 3.4 m.w.H. Kritisch dazu äusserten sich etwa BSK FINMAG-HSU/BAHAR/FLÜHMANN, Art. 33 N 10d m.w.H.; vgl. auch eingehend C. BECK, N 410 ff.

³⁶⁶⁵ BSK FINMAG-HSU/BAHAR/FLÜHMANN, Art. 33 N 10e.

³⁶⁶⁶ *Ebd.*, Art. 33 N 20; GRAF, Gesellschaftsorgane, 1204; KUHN, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 379.

³⁶⁶⁷ BSK FINMAG-HSU/BAHAR/FLÜHMANN, Art. 33 N 21 m.w.H.

³⁶⁶⁸ Eingefügt wurde diese Bestimmung durch Anhang Ziff. II 16 FINIG (AS 2018 5247, 2019 4631). Davor war ein Tätigkeitsverbot im Börsenbereich vorgesehen (Art. 35 aBEHG). Vgl. dazu etwa KUHN, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 381 m.w.H.

lit. b); die Rede ist von einem «Händlerverbot» sowie einem «Kundenberaterverbot».³⁶⁶⁹ Die verantwortlichen und von einer solchen Massnahme erfassten Personen müssen keine leitende Stellung innehaben, wie dies Art. 33 FINMAG für ein Berufsverbot voraussetzt.³⁶⁷⁰ Ausgesprochen werden kann das Verbot für jegliche Tätigkeiten im Handel mit Finanzinstrumenten oder in der Kundenberatung.³⁶⁷¹

Sowohl das Berufs- als auch das Tätigkeitsverbot setzen eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen voraus. Diese Formulierung wirft Fragen auf, definiert das Gesetz doch nicht genau, was damit gemeint ist. Der FINMA kommt ein entsprechend weiter Ermessensspielraum zu, um diesen unbestimmten Rechtsbegriff zu konkretisieren. Insgesamt muss die Schwere der Verletzung jeweils im Zusammenhang mit der Intensität der Pflichtwidrigkeit und der Bedeutung der verletzten Vorschrift betrachtet werden.³⁶⁷² Somit genügt u.U. eine leichte Verletzung einer wesentlichen Pflicht für ein Verbot ebenso wie die grobe Verletzung einer untergeordneten Pflicht.³⁶⁷³ Eine einmalige, punktuelle und untergeordnete Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten genügt hingegen nicht, um als schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen qualifiziert zu werden.³⁶⁷⁴ 1272

Im Bericht des Bundesrates zur Bankenstabilität wird eine Angleichung des Berufs- und Tätigkeitsverbots diskutiert, sodass die FINMA auch bei schweren Verletzungen betriebsinterner Vorschriften das Instrument des Berufsverbots anwenden könnte.³⁶⁷⁵

In der Regel wird ein Tätigkeitsverbot wie auch ein Berufsverbot befristet ausgesprochen. Ein dauerndes Tätigkeitsverbot ist jedoch im Wiederholungsfall denk- 1273

³⁶⁶⁹ KUHN, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 381 f. auch zu den von Art. 33a FINMAG erfassten Personen.

³⁶⁷⁰ *Ebd.*

³⁶⁷¹ Erfasst ein auszusprechendes Tätigkeitsverbot gleichzeitig auch eine Tätigkeit, die in den Aufsichtsbereich einer anderen Aufsichtsbehörde fällt, so ist diese gemäss Art. 33a Abs. 2 FINMAG zu konsultieren und der Erlass des Tätigkeitsverbots ist ihr mitzuteilen (vgl. auch Botschaft FIDLEG/FINIG, BBl 2015 9073).

³⁶⁷² GRAF, Gesellschaftsorgane, 1202 f.; BSK FINMAG-HSU/BAHAR/FLÜHMANN, Art. 33 N 17; vgl. zum Ganzen auch eingehend KUHN, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 375 f. m.w.H.; REISER, Instrumente, 83.

³⁶⁷³ GRAF, Berufsverbote, 387 m.w.H.

³⁶⁷⁴ Urteil BGer, 2C_30/2011, 12.1.2012, E. 5.2.1.

³⁶⁷⁵ BR, Bericht Bankenstabilität, BBl 2024 1023 ff., 289 f.

bar.³⁶⁷⁶ Möglich ist auch eine Kombination beider Massnahmen.³⁶⁷⁷ Gewährsmassnahmen dürfen zudem neben einem Berufsverbot verfügt werden, sofern die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind.³⁶⁷⁸

- 1274 Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit hat die FINMA bei der Bemessung der Dauer des auszusprechenden Berufs- und/oder Tätigkeitsverbots neben der Schwere und dem Ausmass der Verletzung aufsichtsrechtlicher Vorschriften auch das Schädigungs- und Gefährdungspotenzial für Anleger und Versicherte sowie den Finanzplatz zu berücksichtigen, ebenso Aspekte wie das Motiv oder eine allfällige Wiederholungsgefahr.³⁶⁷⁹ Nach Ablauf der Befristung kann die betroffene Person grundsätzlich wieder bei einem beaufsichtigten Institut tätig werden.³⁶⁸⁰

4.5 Veröffentlichung von Verfügungen

- 1275 Im Falle schwerer Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen³⁶⁸¹ ist die FINMA nach Art. 34 Abs. 1 FINMAG befugt, ihre rechtskräftige Endverfügung nach Eintritt der Rechtskraft in elektronischer oder gedruckter Form zu veröffentlichen. Entscheidet sich die FINMA für eine Veröffentlichung in elektronischer Form, publiziert sie diese i.d.R. auf der Internetseite der FINMA.³⁶⁸²
- 1276 Veröffentlichungen erfolgen häufig im Zusammenhang mit rechtskräftig verfükten Unterlassungsanweisungen gegen Personen, die ohne Bewilligung eine bewilligungspflichtige Tätigkeit ausgeübt haben. Die FINMA bezweckt damit, Anleger vor solchen Tätigkeiten zu warnen.³⁶⁸³ Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung gehe es bei diesem Instrument primär um die Herstellung von Markttransparenz und damit um ein wesentliches Element der Funktionsfähigkeit

³⁶⁷⁶ Vgl. den Wortlaut von Art. 33a Abs. 1 FINMAG; vgl. dazu KUHN, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 382 f.

³⁶⁷⁷ KUHN, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 383 f. m.w.H.

³⁶⁷⁸ BSK FINMAG-HSU/BAHAR/FLÜHMANN, Art. 33 N 28; vgl. auch Botschaft FINMAG, BBl 2006 2882; ZUFFEREY/CONTRATTO, 144 f.; KUHN, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 370; a.A. BAUMGARTEN/BURCKHARDT/ROESCH, 180; NOBEL, Sanktionen, 62.

³⁶⁷⁹ KUHN, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 380; BSK FINMAG-HSU/BAHAR/FLÜHMANN, Art. 33 N 19 m.w.H.; vgl. auch Botschaft FINMAG, BBl 2006 2882; ZUFFEREY/CONTRATTO, 143 f.

³⁶⁸⁰ BSK FINMAG-HSU/BAHAR/FLÜHMANN, Art. 33 N 18 für Berufsverbote.

³⁶⁸¹ Vgl. dazu insb. vorne N 1272.

³⁶⁸² Vgl. dazu BSK FINMAG-HSU/BAHAR/FLÜHMANN, Art. 34 N 22.

³⁶⁸³ *Ebd.*

der Finanzmärkte.³⁶⁸⁴ Eine Publikation lässt sich nach dieser Auffassung v.a. als (general-)präventive Massnahmen zum Schutz des Publikums klassifizieren, mit welcher ausserdem die Beaufsichtigten von der Begehung schwerer Verletzungen des Aufsichtsrechts abgeschreckt werden sollen.³⁶⁸⁵ Zusätzlich steckt hinter dieser Massnahme aber auch die Idee des «*naming and shaming*», die international und insb. in der EU-Finanzmarktregulierung als anerkanntes Instrument zur Durchsetzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen gilt.³⁶⁸⁶ Entsprechend wirken sich solche Veröffentlichungen mithin als «Reputationsstrafen» mit Prangereffekt und Sanktionswirkung zur Ahndung begangenen Unrechts aus und damit durchaus auch als repressiv wirkende, pönale verwaltungsrechtliche Sanktionen.³⁶⁸⁷ Nach aktueller bundesgerichtlicher Rechtsprechung steht «nach einem zeitgemässen Gesetzesverständnis» dieser Aspekt aber weniger im Vordergrund.³⁶⁸⁸

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung richten sich Veröffentlichungen 1277 nach Art. 34 FINMAG allerdings nicht an die Allgemeinheit wie etwa eine Strafnorm, sondern an einen bestimmten Berufsstand «im Sinne von Personen, die sich in einem besonderen bewilligungs-, anerkennungs-, zulassungs- oder registrierungspflichtigen Rechts- oder Aufsichtsverhältnis befinden oder befinden sollten und zum Schutze der Gläubigerinnen und Gläubiger, der Anlegerinnen und Anleger, der Versicherten und der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte (...) zur Einhaltung mit diesem besonderen Rechts- oder Aufsichtsverhältnis in Zusammenhang stehenden aufsichtsrechtlichen Pflichten angehalten werden».³⁶⁸⁹

Entsprechend verlange eine Publikationsanordnung i.S.v. Art. 34 FINMAG auch 1278 nicht ein individuelles Verschulden «im Sinne des Schuldstrafrechts», sondern eine solche werde «von der Voraussetzung einer individuell zurechenbaren schwe-

³⁶⁸⁴ Vgl. BGE 147 I 57, E. 3 und E. 5.4.3.3 m.w.H.; vgl. ebenso Urteil BGer, 2C_318/2020, 7.10.2020, E. 4.1.2.

³⁶⁸⁵ Vgl. BSK FINMAG-HSU/BAHAR/RENNINGER, Art. 34 N 9; KUHN, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 385; vgl. auch aus der Rechtsprechung BGE 147 I 57, E. 3 und E. 5.4.3.3 m.w.H.

³⁶⁸⁶ Vgl. dazu etwa BSK FINMAG-HSU/BAHAR/RENNINGER, Art. 34 N 9 und N 46; ZUFFEREY/CONTRATTO, 51 und 129; KUHN, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 385. Eingehend dargestellt wurden die Hintergründe von Art. 34 FINMAG in Urteil BGE 147 I 57, E. 2.2 ff.

³⁶⁸⁷ NOBEL, Sanktionen, 62; BSK FINMAG-HSU/BAHAR/RENNINGER, Art. 34 N 9; KUHN, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 385. – Vgl. dazu aus der Rechtsprechung BGE 147 I 57, E. 3 und E. 4.2.

³⁶⁸⁸ BGE 147 I 57, E. 5.4.3.3; vgl. ebenso Urteil BGer, 2C_318/2020, 7.10.2020, E. 4.1.2.

³⁶⁸⁹ BGE 147 I 57, E. 5.4.3.2.

ren Verletzung aufsichtsrechtlicher Pflichten abhängig gemacht». ³⁶⁹⁰ Aus diesen Gründen qualifizierte sie das Bundesgericht als verwaltungsrechtliche Disziplinarmassnahmen, nicht aber als eine Form der strafrechtlichen Anklage i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK. ³⁶⁹¹

- 1279 Das Bundesgericht hat in mehreren Urteilen festgestellt, dass die Veröffentlichung nach Art. 34 FINMAG einen wesentlichen Eingriff in die allgemeinen wie die wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechte der Betroffenen darstelle. Sie setzt somit eine Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen von einer gewissen Schwere voraus und muss im Einzelfall verhältnismässig sein. ³⁶⁹² Insbesondere müssen die Regelungszwecke des FINMAG die Sanktion rechtfertigen und die dem Betroffenen daraus entstehenden Nachteile in seinem wirtschaftlichen Fortkommen überwiegen. ³⁶⁹³
- 1280 Zu bedenken ist ausserdem, dass mit einer ungerechtfertigten Bekanntgabe von Personendaten eine Verletzung des Amtsgeheimnisses gemäss Art. 14 FINMAG einhergehen kann, die nach Art. 320 StGB grundsätzlich strafbar ist. Von entscheidender Bedeutung ist deshalb die Einhaltung der Vorgaben nach Art. 34 FINMAG. ³⁶⁹⁴
- 1281 Weil es sich bei einer Veröffentlichung i.d.R. um einen Realakt handelt, schafft Art. 34 Abs. 2 FINMAG die nötige Abhilfe für einen genügenden Rechtsschutz. ³⁶⁹⁵ Nach dieser Bestimmung muss die Veröffentlichung in der Verfügung selbst angeordnet werden und diese Verfügung kann wiederum angefochten werden. ³⁶⁹⁶

³⁶⁹⁰ *Ebd.*, E. 5.4.3.3; vgl. auch Urteil BGer, 2C_318/2020, 7.10.2020, E. 4.1.2.

³⁶⁹¹ BGE 147 I 57, E. 5 m.w.H. Bestätigt wurde damit Urteil BVGer, B-5737/2017, 28.11.2018, E. 6.2.1; vgl. auch Urteil BVGer, B-5274/2015, 22.5.2018, E. 10.3.2 m.w.H., wo das Gericht von einer «Art Disziplinarsanktion» sprach. Vgl. dazu auch KUHN, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 385; JAAG, Sanktionen, N 23.69; vgl. auch hinten N 1308 ff. und insb. N 1311.

³⁶⁹² KUHN, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 386 m.w.H. insb. auf die einschlägige Rechtsprechung.

³⁶⁹³ Urteil BGer, 2C_220/2020, 15.6.2020, E. 4.2.2; 2C_146/2019, 14.1.2020, E. 4.2; vgl. auch KUHN, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 386 m.w.H.

³⁶⁹⁴ BSK FINMAG-HSU/BAHAR/FLÜHMANN, Art. 34 N 19 f.

³⁶⁹⁵ *Ebd.*, Art. 34 N 37 und N 41.

³⁶⁹⁶ *Ebd.*, Art. 34 N 39.

Der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kommt dabei grundsätzlich Suspensivwirkung nach Art. 55 Abs. 1 VwVG zu. Somit können sofortige Veröffentlichungen zumindest verzögert werden, es sei denn, es werde der Beschwerde die Suspensivwirkung nach Art. 55 Abs. 2 VwVG entzogen.³⁶⁹⁷

Fraglich erscheint, ob zusätzlich auch der Rechtsschutz nach DSG zur Anwendung gelange oder nicht.³⁶⁹⁸

Abschliessend ist der Hinweis angebracht, dass die Massnahme nach Art. 34 1282 FINMAG nicht mit der Verfügungseröffnung gemäss Art. 34 ff. VwVG zu verwechseln ist.³⁶⁹⁹ Ebenfalls abzugrenzen ist die Veröffentlichungsmassnahme von der Information der Öffentlichkeit über laufende oder abgeschlossene Verfahren nach Art. 22 FINMAG³⁷⁰⁰ – eine Kompetenz, deren Ausweitung im Nachgang der Übernahme der CS durch die UBS diskutiert wird³⁷⁰¹ – oder von der Publikation von Verfügungen auf der Website der FINMA.³⁷⁰² Die sog. Negativ- oder Warnliste der FINMA, gemeint ist damit die Liste der Gesellschaften und Personen, die ohne die erforderliche Bewilligung in der Schweiz oder von der Schweiz aus eine bewilligungspflichtige Tätigkeit ausüben bzw. deren Zweck sich gemäss Handelsregistereintrag auf eine bewilligungspflichtige Tätigkeit erstreckt, wird von der FINMA auf der Grundlage von Art. 22 Abs. 2 FINMAG auf ihrer Internetseite veröffentlicht.³⁷⁰³ Abzugrenzen ist Art. 34 FINMAG zudem gegenüber der Veröffentlichung von Strafurteilen nach Art. 68 Abs. 1 StGB³⁷⁰⁴ sowie gegenüber der Veröffentlichungspraxis der SIX Exchange Regulation.³⁷⁰⁵

³⁶⁹⁷ *Ebd.*, Art. 34 N 38.

³⁶⁹⁸ BSK FINMAG-HSU/BAHAR/FLÜHMANN, Art. 34 N 43, die davon ausgehen, dass der Rechtsschutz nach FINMAG den Rechtsschutz nach DSG ersetzt.

³⁶⁹⁹ Dazu hinten N 1536 ff.

³⁷⁰⁰ Vgl. dazu ZUFFEREY/CONTRATTO, 130 f.; BSK FINMAG-HSU/BAHAR/FLÜHMANN, Art. 34 N 27 ff.; KUHN, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 389.

³⁷⁰¹ Vgl. dazu etwa BR, Bericht Bankenstabilität, BBl 2024 1023 ff., 272 ff.; vgl. aus der Lehre bspw. den Beitrag von AMEZ-DROZ. – Die Möglichkeit, aktiver über die eigene Arbeit zu informieren fordert insb. die FINMA (vgl. AMSTAD sowie AMSTAD, Mediengespräch vom 5.4.2023, S. 5 f., abrufbar unter <<https://www.finma.ch> → Dokumentation → FINMA-Publikationen → Referate und Artikel> [besucht am 15.8.24]).

³⁷⁰² Dazu hinten N 1541 m.w.H.

³⁷⁰³ BSK FINMAG-HSU/BAHAR/FLÜHMANN, Art. 34 N 32.

³⁷⁰⁴ ZUFFEREY/CONTRATTO, 132 f.; BSK FINMAG-HSU/BAHAR/FLÜHMANN, Art. 34 N 33 f.

³⁷⁰⁵ BSK FINMAG-HSU/BAHAR/FLÜHMANN, Art. 34 N 35 ff.

D. Verwaltungsstrafen

1. Allgemeines

1283 Neben pönalen (verwaltungsrechtlichen) Aufsichtsmaßnahmen enthalten einige Aufsetzungsgesetze – meist in eigenen Gesetzesabschnitten – Verwaltungsstrafen. Sie dienen der Sanktionierung von Widerhandlungen gegen die einschlägigen Gesetzesbestimmungen oder gegen die Anordnungen der Aufsichtsbehörden und bezwecken damit (ebenfalls) die Durchsetzung des Verwaltungsrechts.³⁷⁰⁶ Zugleich sind sie wie «echte Strafen» auf Vergeltung ausgerichtet.³⁷⁰⁷ Im Unterschied zu diesen visieren Verwaltungsstrafen meist den Schutz kollektiver Rechtsgüter an, die den Aufsetzungsgesetzen zugrunde liegen,³⁷⁰⁸ dies ist aber nicht zwingend der Fall.³⁷⁰⁹

1284 Als Verwaltungsstrafen aufgeführt werden primär Freiheitsstrafen, Geldstrafen sowie Bussen: Wer bspw. vorsätzlich gegenüber der FINMA falsche Auskünfte erteilt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.³⁷¹⁰ Ebenfalls mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe wird geahndet, wer vorsätzlich «ohne die dafür nötigen Konzessionen oder Bewilligungen Spielbankenspiele oder Grossspiele durchführt, organisiert oder zur Verfügung stellt»³⁷¹¹ oder «Arzneimittel ohne die erforderliche Zulassung oder Bewilligung, entgegen den mit einer Zulassung oder Bewilligung verknüpften Auflagen und Bedingungen (...) herstellt, in Verkehr bringt, anwendet, verschreibt, einführt, ausführt oder damit im Ausland handelt».³⁷¹² Mit Gefängnis oder mit Busse (bis zu CHF 500'000) wird ferner bestraft, wer vorsätzlich «beim Umgang mit Kernmaterialien oder radioaktiven Abfällen Schutzmassnahmen, die für die nukleare Sicherheit oder Sicherung wesentlich sind, ausser Acht lässt».³⁷¹³ Mit Busse bis zu CHF 100'000

³⁷⁰⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1484; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 940; vgl. auch Urteil BGer, 2C_941/2014, 20.8.2015, E. 3.4.

³⁷⁰⁷ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 939.

³⁷⁰⁸ *Ebd.*, N 940; vgl. auch LOCHER, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, N 302 ff. eingehend zur Abgrenzung des Verwaltungsstrafrechts vom Strafrecht.

³⁷⁰⁹ So bezweckt bspw. Art. 86 Abs. 1 lit. a HMG auch den Gesundheitsschutz Einzelner. Vgl. so auch BSK VStrR-EICKER, Art. 1 N 15; CAPUS/BERETTA, N 40, die das Verwaltungsstrafrecht als Teil des Strafrechts auffassen (*ebd.*, N 37 ff. und insb. 41).

³⁷¹⁰ Art. 45 Abs. 1 FINMAG; wer fahrlässig handelt wird gemäss Abs. 2 mit Busse bis zu CHF 250'000 belangt.

³⁷¹¹ Art. 130 Abs. 1 lit. a BGS.

³⁷¹² Art. 86 Abs. 1 lit. a HMG.

³⁷¹³ Art. 88 Abs. 1 lit. c KEG.

werden ausserdem vorsätzliche Zuwiderhandlungen gegen rechtskräftige Verfügungen der zuständigen Aufsichtsbehörden sowie gegen rechtskräftige Entscheide der Rechtsmittelinstanzen gemäss Art. 101 Abs. 2 RTVG sowie gemäss Art. 54 KG³⁷¹⁴ bestraft.

Die Regel, wonach verwaltungsstrafrechtliche Bussen – ausser bei Ordnungswidrigkeiten, die mit Ordnungsbussen bestraft werden – grundsätzlich in Haft umgewandelt werden können,³⁷¹⁵ kommt bei (verwaltungsrechtlichen) Verwaltungsbussen generell nicht zur Anwendung und gegenüber Unternehmen als juristische Personen sowieso nicht.³⁷¹⁶ Ebenso wenig werden ausserhalb des Strafrechts ergangene Urteile gegen juristische Personen gemäss der geltenden Regelung³⁷¹⁷ in das Strafregister eingetragen.³⁷¹⁸ 1285

Die Aufsichtsgesetze stellen auch die fahrlässige Begehung von Straftatbeständen unter Strafe, jeweils mit einer etwas reduzierten Strafandrohung.³⁷¹⁹ Ferner bewirkt banden- und/oder gewerbsmässiges Handeln eine qualifizierte Strafandrohung.³⁷²⁰ Ausnahmsweise³⁷²¹ sind sowohl Versuch als auch Gehilfenschaft bei Übertretungen strafbar.³⁷²²

Für die Anordnung sowohl von verwaltungsrechtlichen Massnahmen als auch von verwaltungsstrafrechtlichen Sanktionen im Aufsichtskontext sind nach Massgabe der einschlägigen Aufsichtsbestimmungen grundsätzlich die Aufsichtsbehörden zuständig.³⁷²³ Während allerdings verwaltungsrechtliche Aufsichtsmassnahmen 1286

³⁷¹⁴ Art. 54 KG stellt auch die Widerhandlungen gegen einvernehmliche Regelungen unter Strafe.

³⁷¹⁵ Vgl. Art. 10 und Art. 91 VStrR.

³⁷¹⁶ So auch JAAG, Sanktionen, N 23.76; LOCHER, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, N 349.

³⁷¹⁷ Vgl. die Eintragungsvoraussetzungen nach Art. 18 und Art. 19 StReG.

³⁷¹⁸ Vgl. LOCHER, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, N 349; vgl. auch JAAG, Sanktionen, N 23.76.

³⁷¹⁹ Vgl. dazu etwa Art. 86 Abs. 4 und Art. 87 Abs. 3 HMG, ebenso Abs. 2 von Art. 44 sowie Art. 45 FINMAG und Abs. 3 von Art. 88 und Art. 89 KEG.

³⁷²⁰ So etwa gestützt auf Art. 86 Abs. 3 und Art. 87 Abs. 2 HMG oder Art. 130 Abs. 2 BGS.

³⁷²¹ Vgl. Art. 105 Abs. 2 StGB.

³⁷²² So etwa gemäss Art. 87 Abs. 4 HMG oder Art. 93 Abs. 2 KEG.

³⁷²³ Dies ist aber nicht immer der Fall. Art. 135 Abs. 1 BGS z.B. sieht die Zuständigkeit der kantonalen Strafbehörden vor. – Denkbar ist auch, dass behördenintern zwischen verfolgender und urteilender Behörde unterschieden wird (vgl. etwa Art. 134 Abs. 2 BGS sowie Art. 57 Abs. 2 KG).

im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens angeordnet werden,³⁷²⁴ richtet sich das erstinstanzliche Verwaltungsstrafverfahren nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR);³⁷²⁵ das VwVG findet keine Anwendung.³⁷²⁶ Das bedeutet, dass die Strafuntersuchung, die der Anordnung einer Verwaltungsstrafe vorausgeht, jeweils der zuständigen Verwaltungs- bzw. Aufsichtsbehörde obliegt.³⁷²⁷ Sie ist es auch, die das Fehlverhalten zu beurteilen und grundsätzlich über die Anordnung einer Verwaltungsstrafe zu entscheiden hat,³⁷²⁸ u.U. auch unter Anwendung des allgemeinen Strafrechts.³⁷²⁹ Sind allerdings die Voraussetzungen für eine Freiheitsstrafe oder eine freiheitsentziehende Massnahme gegeben, ist i.d.R. ein kantonales Strafgericht zuständig.³⁷³⁰ Zudem können die von der Strafverfügung Betroffenen in jedem Fall die Beurteilung durch ein Gericht verlangen.³⁷³¹

- 1287 Im Übrigen gelangen die für ein ordentliches Strafverfahren geltenden Verfahrensgarantien auch im Verwaltungsstrafverfahren zur Anwendung.³⁷³² Dazu gehören die Bestimmungen nach Art. 29 und Art. 32 BV ebenso wie Art. 6 und 7 EMRK bzw. Art. 14 UNO-Pakt II.³⁷³³ In Kapitel IV wird insb. die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit im Aufsichtskontext diskutiert.³⁷³⁴

³⁷²⁴ Dazu hinten N 1455 ff. sowie N 1458 ff. zum anwendbaren Verfahrensrecht.

³⁷²⁵ Nach Art. 1 VStrR findet dieses Gesetz Anwendung, wenn «die Verfolgung und Beurteilung von Widerhandlungen einer Verwaltungsbehörde des Bundes übertragen ist». Einige Aufsichtsgesetze verweisen explizit auf das VStrR, so etwa Art. 50 Abs. 1 FINMAG, Art. 90 HMG, Art. 54 FMG, Art. 102 RTVG oder auch Art. 57 Abs. 1 KG. Vgl. zum Geltungsbereich des VStrR etwa BSK VStrR-EICKER, Art. 1 N 50 ff.; vgl. ebenso CAPUS/BERETTA, N 52 ff. m.w.H. sowie N 87 ff. mit einem Überblick über unterschiedliche Spezialgesetze, die in unterschiedlichem Umfang auf das VStrR verweisen.

³⁷²⁶ Art. 3 lit. c VwVG.

³⁷²⁷ Art. 20 Abs. 1 VStrR.

³⁷²⁸ Vgl. dazu CAPUS/BERETTA, N 63 ff.

³⁷²⁹ Vgl. *ebd.*, N 63 sowie N 93 ff. und N 244 ff. m.w.H.

³⁷³⁰ Art. 21 Abs. 1 VStrR.

³⁷³¹ Art. 21 Abs. 2 VStrR.

³⁷³² Das Verwaltungsstrafverfahren stellt nach einhellig vertretener Ansicht ein Strafverfahren dar, das auch auf die Verhängung kriminalrechtlicher Strafen ausgerichtet ist (vgl. etwa EICKER/GOLDENBERGER, Normensystem, insb. 25 ff.).

³⁷³³ EICKER/FRANK/ACHERMANN, 144; vgl. aus der Rechtsprechung BGE 120 IV 226, E. 4b (S. 237 f.). – Zum Geltungsbereich von Art. 6 EMRK im Besonderen vgl. sogleich N 1294 ff.

³⁷³⁴ Dazu hinten N 1757 ff.

2. **Abgrenzung pöner verwaltungsrechtlicher Aufsichtsmassnahmen von aufsichtsrechtlichen Verwaltungsstrafen**

Wenn es um die Zuordnung einer bestimmten Sanktion zu den Verwaltungs- oder Strafsanktionen geht, wird regelmässig auf die systematische Stellung ihrer rechtlichen Grundlage innerhalb des massgeblichen verwaltungsrechtlichen Erlasses als entscheidendes Unterscheidungskriterium abgestellt.³⁷³⁵ Wie gesehen, sind die unterschiedlichen Sanktionskategorien nämlich i.d.R. in jeweils anderen Gesetzesabschnitten aufgeführt.³⁷³⁶ Allerdings liegt einer (manchmal über die Jahre beibehaltenen) Gesetzssystematik nicht immer eine bewusste Reflexion zugrunde³⁷³⁷ und klammert der Verweis auf die Gesetzssystematik auch häufig die Diskussion materieller Unterscheidungskriterien aus.

Diese werfen denn auch regelmässig Fragen auf. Die abstrakte Unterscheidung zwischen verwaltungsrechtlichen und verwaltungsstrafrechtlichen Massnahmen bzw. dem ihnen zugrunde gelegten Sanktionssystem bereitet oftmals Schwierigkeiten. Nicht nur *verwaltungsstrafrechtliche*, sondern auch *verwaltungsrechtliche* Sanktionen können als Reaktion auf vergangenes Fehlverhalten konzipiert sein. Zugleich wirken sie auf die künftige Einhaltung des Rechts hin bzw. versuchen, sowohl die Betroffenen als auch die Allgemeinheit vor künftigen Rechtsverletzungen abzuhalten. Es ist die Rede von einer sowohl spezial- als auch generalpräventiven Funktion solcher Sanktionen, die mittelbar zur Verwirklichung des

³⁷³⁵ JAAG, Sanktionen, N 23.60.

³⁷³⁶ Dazu vorne N 1283 f.

³⁷³⁷ RIEDO/NIGGLI zeigen etwa auf, dass Ziel und Grund der Unterscheidung zwischen Verwaltungs- und Strafsanktionen im KG (Art. 49a–Art. 52 KG bzw. Art. 54 und Art. 55 KG) sich darauf zurückführen lassen, dass der damalige Gesetzgeber von einer fehlenden Schuld- und Deliktsfähigkeit von Unternehmen ausging, weshalb sich die bereits bestehenden Strafen nur gegen natürliche Personen richten konnten. Um auch Unternehmen bestrafen zu können, musste eine zusätzliche (Verwaltungs-)Strafmöglichkeit konzipiert werden, die kein Verschulden voraussetzte (RIEDO/NIGGLI, 45 ff. und insb. 47 f.). Mit der Einführung der Strafbarkeit von Unternehmen änderte sich die Ausgangslage, die Zweiteilung der Sanktionen wurde jedoch beibehalten. Dies, obwohl es sich nach der Auffassung von RIEDO/NIGGLI bei den kartellrechtlichen Verwaltungssanktionen um echte, gewöhnliche Strafen handelt und eine verschuldensunabhängige Sanktion verfassungsrechtlich nicht haltbar ist (*ebd.*, 50, und NIGGLI/RIEDO, 53 f.); vgl. zu den Hintergründen «umsatzbezogener Verwaltungsbussen» auch eingehend und m.w.H. LOCHER, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, N 331 ff.

materiellen Rechts beitragen.³⁷³⁸ DIEBOLD/RÜTSCHKE/KELLER betonen allerdings, dass, während bei den Aufsichtsmassnahmen die Zukunftsorientierung im Vordergrund stehe, die Vergeltung begangenen Unrechts im Sinne eines Ausgleichs einer Schuld generell nicht Zweck von verwaltungsrechtlichen Sanktionen, sondern Sache des (Verwaltungs-)Strafrechts sei.³⁷³⁹ Eine solche Differenzierung leuchtet mit Blick auf exekutorische Massnahmen und administrative Rechtsnachteile aufseiten der verwaltungsrechtlichen Sanktionen ein.³⁷⁴⁰ Wenn es um pönale Massnahmen zur Sanktionierung von Pflichtverletzungen geht, lässt sich eine Abgrenzung auf dieser Grundlage aber nur schwer stringent vornehmen.³⁷⁴¹

- 1290 Auch die Sanktionsart reicht als Unterscheidungskriterium nicht aus. Die pönalen verwaltungsrechtlichen Massnahmen decken sich nur teilweise mit den Sanktionen des Strafrechts – verwaltungsrechtliche Sanktionen sind vielfältiger ausgestaltet als verwaltungsstrafrechtliche Sanktionen, die auf Freiheits- und Geldstrafen sowie Bussen beschränkt sind.³⁷⁴² Überschneidungen sind jedoch möglich, wie etwa pekuniäre Verwaltungssanktionen und Bussen zeigen ebenso wie die Einziehung von Vorteilen und die Entscheidveröffentlichung, die als administrative Rechtsnachteile bzw. repressive Aufsichtsmassnahmen verfügt³⁷⁴³ oder auch als

³⁷³⁸ Vgl. DIEBOLD/RÜTSCHKE/KELLER, 66 mit solchen Differenzierungen, wenn auch «nur» in Bezug auf den Entzug eines Marktzugangsrechts im Sinne einer Verwaltungssanktion. Vgl. auch BGE 140 II 384, E. 3.2.2, wo das Bundesgericht Parallelen zwischen Sanktionen nach Art. 51 aSBG und Art. 49a KG erkannte und ausführte, «[w]ie diesen kommt ihnen ein präventiver, gleichzeitig aber auch ein pönaler und repressiver Charakter zu, soweit damit nicht nur der durch den Verstoß erzielte Gewinn, sondern bis zum Dreifachen von diesem sanktionsweise eingezogen wird, was einen nach oben offenen Betrag in mehrfacher Millionenhöhe bedeuten kann».

³⁷³⁹ DIEBOLD/RÜTSCHKE/KELLER, 66; vgl. auch BSK SVG-RÜTSCHKE, Vor Art. 16–17a N 49.

³⁷⁴⁰ Generell zur Abgrenzung von restitutorischen verwaltungsrechtlichen Sanktionen von Verwaltungsstrafen vgl. LOCHER, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, N 317 ff.

³⁷⁴¹ Vgl. in diesem Sinne auch TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 939; LOCHER, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, N 321 ff.; TANQUEREL, Manuel, N 1203 ff.; vgl. dazu auch CAPUS/BERETTA, N 39 f., die auch die sog. Trennungstheorie, wonach das Verwaltungsstrafrecht vom allgemeinen Strafrecht getrennt und eigenständig sei, dabei ausschliesslich auf die Durchsetzung und Sicherstellung des Verwaltungsrechts ausgerichtet sei und sich nicht moralisch über Recht und Unrecht äussere, als nicht mehr aktuell ablehnen. – Zur Trennungstheorie (ebenso wie zur Einheitstheorie und zur Auffassung des Verwaltungsstrafrechts als Strafrecht *sui generis*) vgl. etwa BSK VStrR-EICKER, Art. 1 N 9 ff., 17 ff. und 21 ff.

³⁷⁴² So etwa LOCHER, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, 361.

³⁷⁴³ Dazu vorne N 1222 ff. bzw. N 1275 ff.

Nebenstrafen angeordnet werden können.³⁷⁴⁴ Auch mit Blick auf die Höhe und Schwere der Sanktion halten sich die Unterschiede in Grenzen. Die geläufige Annahme, dass (verwaltungsrechtliche) Aufsichtsmaßnahmen i.d.R. milder ausfallen als Verwaltungsstrafen, kann mit Blick auf sehr hohe pekuniäre Verwaltungssanktionen widerlegt werden.³⁷⁴⁵ Dies hat denn auch insb. mit Blick auf die im Kartellrecht vorgesehenen umsatzbezogenen Verwaltungsbussen dazu geführt, dass v.a. die neuere Lehre sich wiederholt dafür ausgesprochen hat, diese als strafrechtliche Sanktionen zu behandeln.³⁷⁴⁶ Es leuchtet nicht ein, weshalb an unterschiedlichen Sanktionskategorien festgehalten wird, die unterschiedlichen Verfahrensvorgaben unterliegen, wenn verwaltungsrechtliche Sanktionen sich gleich einschneidend auswirken wie strafrechtliche.³⁷⁴⁷

Das aktuell geltende Sanktionssystem wirkt angesichts sich überschneidender Kategorien etwas «zufällig» gewählt.³⁷⁴⁸ Insgesamt sind die Unterschiede oft nicht qualitativer und grundsätzlicher, sondern eher gradueller Natur.³⁷⁴⁹ Eine stringente und sinnvolle Systematisierung erachtet JAAG vor diesem Hintergrund als praktisch unmöglich, nicht zuletzt auch, weil die gesetzlichen Regelungen in unterschiedlichen Rechtsbereichen nicht kohärent und mit Blick auf eine Systematik des geltenden «Sanktionssystems» aufeinander abgestimmt sind.³⁷⁵⁰ 1291

Gleichwohl hält die Gesetzgebung an der Unterscheidung zwischen pönalen verwaltungsrechtlichen Massnahmen und Verwaltungsstrafen fest. Insbesondere auch die Unterscheidung zwischen pekuniären Verwaltungssanktionen und (peku- 1292

³⁷⁴⁴ Vgl. etwa Art. 68 bzw. Art. 70 StGB.

³⁷⁴⁵ Vgl. zum Ganzen JAAG, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, 17; LOCHER, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, N 322 f., N 329, N 360 und N 523; vgl. auch vorne N 1249 ff. und insb. N 1256 ff.

³⁷⁴⁶ Für einen eingehenden Überblick über die Diskussion und die vertretenen Lehrmeinungen vgl. etwa LOCHER, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, N 339 ff. m.w.H. sowie N 342 ff., wo er allerdings zum Schluss gelangt, dass an der vom Gesetzgeber gewählten Konzeption insgesamt festzuhalten sei.

³⁷⁴⁷ So auch JAAG, Sanktionen, N 23.96; vgl. dazu auch DIEBOLD/RÜTSCHKE/KELLER, 73 m.w.H. v.a. auf die Strafrechtslehre.

³⁷⁴⁸ Vgl. JAAG, Sanktionen N 23.96; DIEBOLD/RÜTSCHKE/KELLER, 72; vgl. im Ergebnis auch LOCHER, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, N 312, N 359 ff. und N 523; vgl. auch NIGGLI/MAEDER, 29 ff., die die Unterscheidung zwischen repressiven pekuniären Verwaltungssanktionen und «eigentlichem» Strafrecht ganz ablehnen.

³⁷⁴⁹ JAAG, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, 17 f.; vgl. in diesem Sinne auch MOOR/POLTIER, 115.

³⁷⁵⁰ JAAG, Sanktionen, N 23.95 f.

niären) Verwaltungsstrafen wurde beibehalten, trotz der zum Teil heftigen Kritik vonseiten der Lehre und trotz unterschiedlicher Gelegenheiten, die einschlägigen Gesetzesbestimmungen anzupassen.³⁷⁵¹

- 1293 Abhilfe schafft vor diesem Hintergrund die Praxis, bei strafähnlichen verwaltungsrechtlichen Sanktionen im Einzelfall die aus Art. 6 und Art. 7 EMRK sowie Art. 32 BV abgeleiteten strafprozessualen Garantien anzuwenden, wie sogleich näher ausgeführt wird.

E. Aufsichtsmassnahmen als «Strafen» i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK?

1. Vorbemerkungen und die Engel-Rechtsprechung des EGMR

- 1294 Bewirken die aufsichtsrechtlichen Massnahmen einen empfindlichen Eingriff in die Rechtsstellung der Betroffenen, stellt sich die Frage, ob in solchen Fällen die erhöhten Anforderungen zu beachten sind, die gemäss EMRK und Bundesverfassung für Strafen und Strafverfahren Geltung beanspruchen. Dazu gehören die materiellen strafrechtlichen Grundprinzipien wie z.B. das Schuldprinzip oder der Grundsatz «*nulla poena sine lege*», aus dem auch das Bestimmtheitsgebot abgeleitet wird.³⁷⁵² Zudem sind insb. die strafprozessualen Mindestgarantien nach Art. 6 Ziff. 1, 2 und 3 EMRK sowie Art. 32 BV einzuhalten, womit neben dem Grundsatz der Unschuldsvermutung, der auch im Verwaltungsverfahren gilt,³⁷⁵³ insb. der Grundsatz «*nemo tenetur se ipsum accusare*»³⁷⁵⁴ sowie das Verbot der Doppelbestrafung zur Anwendung gelangen.
- 1295 Der Geltungsbereich von Art. 6 EMRK und damit insb. des Begriffs der «strafrechtlichen Anklage» kann nicht der Disposition der nationalen Gesetzgebung überlassen werden, sondern wird vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) autonom ausgelegt.³⁷⁵⁵ Dessen Rechtsprechung hat bereits einige Konstellationen klären können, die in der Folge auch die Praxis der staatlichen Gerichte beeinflusst haben. Allerdings betreffen die Urteile des EGMR jeweils

³⁷⁵¹ LOCHER, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, N 350 f. und N 531 ff., der sich denn auch dafür ausspricht, am Dualismus von verwaltungsrechtlichen und verwaltungsstrafrechtlichen Sanktionen festzuhalten.

³⁷⁵² Dazu hinten N 1388, N 1407 und N 1426.

³⁷⁵³ Vgl. BGE 105 Ib 114, E. 1a; Urteil BVGer, B-581/2012, 16.9.2016, E. 5.5.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1464b; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 486.

³⁷⁵⁴ Der Nemo-tenetur-Grundsatz wird im Rahmen dieser Untersuchung vertieft behandelt. Vgl. dazu hinten N 1757 ff.

³⁷⁵⁵ Statt vieler etwa HÄNER, Mindestgarantien, 32.

Einzelfälle in unterschiedlichen Rechtsordnungen, weshalb ihre Übertragung auf einen konkreten Fall mit Rechtsunsicherheiten behaftet ist, abgesehen davon, dass wesentliche Fragen bislang noch nicht geklärt sind.³⁷⁵⁶

Die Prüfung, ob eine Massnahme eine strafrechtliche Anklage i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK ist, nimmt der EGMR anhand von drei Kriterien vor, die er im Urteil *Engel gegen die Niederlande*³⁷⁵⁷ im Jahr 1976 entwickelt hat (die sog. Engel-Kriterien):

- Danach gelten als strafrechtliche Anklagen grundsätzlich Angelegenheiten, die im innerstaatlichen Recht dem Strafrecht zugeordnet sind.³⁷⁵⁸ 1297
- Zudem kann aber auch die *Natur der Zuwiderhandlung* («*nature of the offence*») gemäss der anzuwendenden Rechtsnorm für ihre Charakterisierung als strafrechtliche Anklage sprechen. Deshalb sind Art und Zweck der angeblich verletzten Rechtsnorm zu prüfen. Hat die angedrohte Sanktion sowohl abschreckenden (präventiven) als auch repressiven Charakter, spricht dies i.d.R. für eine strafrechtliche Qualifikation. Regelmässig spielt dabei auch der Adressatenkreis einer Regelung eine Rolle. Richtet sie sich an die Allgemeinheit und nicht nur an einen beschränkten Personenkreis, kann von einer generalpräventiven Ausrichtung ausgegangen werden.³⁷⁵⁹ 1298
- Schliesslich kann auf die *Art und Schwere der angedrohten Sanktion* abgestellt werden. Die Androhung einer Freiheits- oder Geldstrafe gilt als typische strafrechtliche Sanktion. Für die Schwere der Sanktion sind die drohenden negativen Auswirkungen auf die konkret betroffenen Personen zu berücksichtigen.³⁷⁶⁰ Entsprechend stellt der EGMR in ständiger Rechtsprechung nicht auf die konkret verhängte Sanktion, sondern auf den abstrakten Straffahmen ab.³⁷⁶¹ 1299

³⁷⁵⁶ Ebd., 32.

³⁷⁵⁷ EGMR, *Engel und andere gegen die Niederlande*, Nr. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 und 5370/72, Urteil vom 8.6.1976, Serie A22, vgl. insb. § 82. – Ausdrücklich bestätigt wurde der Entscheid in EGMR, *Jussila gegen Finnland*, Nr. 73053/01, Urteil (Grosse Kammer) vom 23.11.2006, Reports 2006-XIV, §§ 30 ff.

³⁷⁵⁸ GRABENWARTER/PABEL, § 24 N 20; HARRENDORF/KÖNIG/VOIGT, Handkommentar EMRK, Art. 6 N 24; vgl. auch etwa ROTH, Zum Zweiten, N 14. m.w.H.

³⁷⁵⁹ GRABENWARTER/PABEL, § 24 N 21; HARRENDORF/KÖNIG/VOIGT, Handkommentar EMRK, Art. 6 N 25; FROWEIN/PEUKERT, Art. 6 N 26; HÄNER, Mindestgarantien, 32; ROTH, Zum Zweiten, N 15 ff. m.w.H.

³⁷⁶⁰ GRABENWARTER/PABEL, § 24 N 22; HARRENDORF/KÖNIG/VOIGT, Handkommentar EMRK, Art. 6 N 26 f.; FROWEIN/PEUKERT, Art. 6 N 26; HÄNER, Mindestgarantien, 32; ROTH, Zum Zweiten, N 18 m.w.H.

³⁷⁶¹ GRABENWARTER/PABEL, § 24 N 22; HARRENDORF/KÖNIG/VOIGT, Handkommentar EMRK, Art. 6 N 26 m.w.H.; ROTH, Zum Zweiten, N 18 m.w.H. auf die Rechtsprechung des EGMR.

- 1300 Die drei Kriterien werden grundsätzlich getrennt voneinander geprüft; ist eines erfüllt, kann von einer «strafrechtlichen Anklage» ausgegangen werden.³⁷⁶² Allerdings werden das zweite und das dritte Kriterium kumulativ angewendet, wenn eine eindeutige Zuordnung aufgrund der getrennten Prüfung eines Kriteriums nicht möglich ist.³⁷⁶³
- 1301 Schliesslich unterliegt auch der Begriff der «Anklage» («*criminal charge*») einer autonomen Interpretation durch den EGMR. Dabei wird ein materieller Anklagebegriff verwendet; eine formelle Anklageerhebung ist für die Geltung von Art. 6 EMRK zwar ausreichend, aber nicht erforderlich. Es wird vielmehr ab dem Zeitpunkt, in dem einer Person offiziell von der zuständigen Behörde mitgeteilt wird, dass ihr die Begehung einer Straftat vorgeworfen wird, von einer Anklage ausgegangen. Allerdings ist es nach der Rechtsprechung des EGMR ausreichend, dass Massnahmen ergriffen wurden, aus denen sich eine Beschuldigung ergibt und die die Betroffenen nachhaltig in ihrer Rechtsposition beeinträchtigen können.³⁷⁶⁴ Dazu können etwa auch Durchsuchungen oder die Eröffnung einer Voruntersuchung gehören.³⁷⁶⁵ – Vom Anklage-Zeitpunkt an erfasst Art. 6 EMRK das gesamte Strafverfahren, einschliesslich Rechtsmittelverfahren und vollständiger Strafzumessung.³⁷⁶⁶
- 1302 Insgesamt führt die Anwendung der Engel-Kriterien zu einer Ausdehnung des Schutzbereichs von Art. 6 EMRK auch auf Angelegenheiten, die aus Sicht des Landesrechts nicht dem Strafrecht zuzuordnen sind. Allerdings ist die Qualifikation einer Massnahme zusammen mit dem Entscheid darüber, welche verfahrensrechtlichen Garantien zur Anwendung gelangen sollen, jeweils massgeblich von den konkreten Umständen des Einzelfalls abhängig.³⁷⁶⁷ Sie werden im Rahmen der

³⁷⁶² HARRENDORF/KÖNIG/VOIGT, Handkommentar EMRK, Art. 6 N 23; GRABENWARTER/PABEL, § 24 N 25.

³⁷⁶³ HARRENDORF/KÖNIG/VOIGT, Handkommentar EMRK, Art. 6 N 23; GRABENWARTER/PABEL, § 24 N 25. – Vgl. aus der Rechtsprechung insb. EGMR, *Jussila gegen Finnland*, Nr. 73053/01, Urteil (Grosse Kammer) vom 23.11.2006, Reports 2006-XIV, § 31.

³⁷⁶⁴ GRABENWARTER/PABEL, § 24 N 26 m.w.H. auf die Rechtsprechung; HARRENDORF/KÖNIG/VOIGT, Handkommentar EMRK, Art. 6 N 28 m.w.H.

³⁷⁶⁵ HARRENDORF/KÖNIG/VOIGT, Handkommentar EMRK, Art. 6 N 28 sowie N 179 m.w.H. auf die Rechtsprechung.

³⁷⁶⁶ *Ebd.*, Art. 6 N 31.

³⁷⁶⁷ So etwa auch LOCHER, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, N 521 f.

regulären Prüfung der Engel-Kriterien berücksichtigt.³⁷⁶⁸ Unter Umständen können auf gewisse Sanktionsarten unterschiedliche Garantien zur Anwendung gelangen, je nach Würdigung insb. ihrer Eingriffsintensität (und damit ihrer Schwere) im spezifischen Fall.³⁷⁶⁹ Entsprechend gelingt eine eindeutige Einordnung nicht immer und bleiben gewisse Konstellationen auch umstritten. Eine abstrakte und formale Bestimmung der Rechtsnatur unterschiedlicher Kategorien von Aufsichts-instrumenten und ihre klare Zuordnung zum «Verwaltungs-» oder «Strafrecht» ist jedenfalls nicht möglich³⁷⁷⁰ und im Folgenden auch nicht angestrebt. Gleichwohl lassen sich Argumentationsmuster erkennen, gewisse Aufsichtsmassnahmen eher als «Strafen» anzuerkennen als andere, wie der nachfolgende exemplarische Überblick zeigt.

2. Qualifikation unterschiedlicher Kategorien aufsichtsrechtlicher Massnahmen

2.1 Keine «Strafen» i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK

2.1.1 Exekutorische Aufsichtsmassnahmen

Generell nicht als «Strafen» aufgefasst werden *exekutorische Aufsichtsmassnahmen*. Nicht nur sind sie innerstaatlich dem Verwaltungs- und nicht dem Strafrecht zugeordnet,³⁷⁷¹ ein strafrechtlicher Charakter lässt sich i.d.R. weder aus der Natur der Zuwiderhandlung noch aus der Art der Sanktion ableiten.³⁷⁷² Die exekutorischen Massnahmen sind nämlich jeweils auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands gerichtet und werden damit zur Vollstreckung und Durchsetzung verwaltungsrechtlicher Pflichten eingesetzt.³⁷⁷³ 1303

³⁷⁶⁸ Sachbereichsspezifische Prüfungen dieser Kriterien werden demgegenüber entschieden abgelehnt und haben in der Vergangenheit auch zu Irritationen geführt. So z.B. die Ausführungen der WEKO in ihrer Verfügung vom 5.12.2005 (publiziert in: RPW 1/2006, 141 ff., insb. N 43). Vgl. dazu etwa NIGGLI/RIEDO, 61.

³⁷⁶⁹ Vgl. so z.B. HÄNER, Mindestgarantien, 40, zu den Disziplinar-massnahmen, bei welchen die Schwere der Strafe entscheidend für ihre Zuordnung ist.

³⁷⁷⁰ Vgl. so im Ergebnis auch WALDMANN, Disziplinarwesen, 106 f.; HÄNER, Mindestgarantien, 39 f.; MOOR/POLTIER, 134.

³⁷⁷¹ Ersatzvornahmen und der unmittelbare Zwang finden nebst ihrer Regelung in den Auf-sichtsgesetzen auch eine Verankerung in Art. 41 Abs. 1 lit. a und b VwVG.

³⁷⁷² So auch HÄNER, Mindestgarantien, 33 f.; vgl. auch im Ergebnis JAAG, Sanktionen, N 23.97.

³⁷⁷³ Dazu vorne N 1192.

2.1.2 Administrative Rechtsnachteile

- 1304 Aus ähnlichen Überlegungen werden regelmässig auch *administrative Rechtsnachteile* nicht als strafrechtliche Anklagen aufgefasst, sofern ihr restitutorischer Zweck im Vordergrund steht.³⁷⁷⁴
- 1305 *Gewinneinziehungen* werden so lange als verwaltungsrechtliche restitutorische Massnahmen aufgefasst, wie sie nur diejenigen Beträge abschöpfen, die (kausal) als Gewinn erzielt worden sind.³⁷⁷⁵ – Damit ist aber auch gesagt, dass ein pöner Charakter einer Einziehung nicht ausgeschlossen ist, wenn die Abschöpfung des unrechtmässig erzielten Vermögensvorteils auch abschrecken und die Rechtsverletzung ahnden soll, indem z.B. mehr eingezogen wird, als Gewinn erzielt worden ist.³⁷⁷⁶ Einige solcher Fälle lassen sich als pekuniäre Verwaltungssanktionen qualifizieren³⁷⁷⁷ und werden nachfolgend mit Blick auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK näher diskutiert.³⁷⁷⁸
- 1306 Der im FINMAG geregelten Einziehung sollte ein in erster Linie ausgleichender Charakter zukommen.³⁷⁷⁹ Zwar sollte das Instrument der Einziehung entsprechend den Ausführungen dazu in der Botschaft «die Beaufsichtigten oder Personen in leitender Stellung davon abhalten, aufsichtsrechtliche Bestimmungen zu verletzen»,³⁷⁸⁰ denn die Einziehung verhindere, dass sich eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen lohne.³⁷⁸¹ Zusätzlich schaffe die Einziehung aber auch die nötige Abhilfe gegen Wettbewerbsverzerrungen, die auf die Nichteinziehung von Gewinnen zurückzuführen seien, von der diejenigen profitieren würden, die die Regelverletzung zu verantworten hätten. In diesem Sinne stelle die Einziehung «lediglich eine Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands dar» und trage zur «Fairness unter den Finanzinstituten bei».³⁷⁸² Das Bundesgericht hat ent-

³⁷⁷⁴ Dazu vorne N 1220 ff. Vgl. dazu auch JAAG, Sanktionen, N 23.97; HÄNER, Mindestgarantien, 34 ff. mit einigen Beispielen; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1521, welche sich zurückhaltend zur Einordnung äussern, sei die Rechtslage doch vielfach unklar.

³⁷⁷⁵ HÄNER, Mindestgarantien, 35; vgl. auch SCHMID, Einziehung, 88 f.; zur Berechnung des entsprechend einziehbaren Gewinns vgl. vorne N 1224 f. m.w.H.

³⁷⁷⁶ HÄNER, Mindestgarantien, 35.

³⁷⁷⁷ Dazu vorne N 1249 ff.

³⁷⁷⁸ Dazu hinten N 1319 ff.

³⁷⁷⁹ Botschaft FINMAG, BBl 2006 2883; vgl. auch BSK FINMAG-Bösch, Art. 35 N 4 f. m.w.H. zu den Hintergründen von Art. 35 FINMAG.

³⁷⁸⁰ Botschaft FINMAG, BBl 2006 2849.

³⁷⁸¹ *Ebd.*

³⁷⁸² *Ebd.*

sprechend wiederholt festgestellt, dass die Einziehung nach Art. 35 FINMAG, im Gegensatz zur strafrechtlichen Einziehung, die gemäss Art. 35 Abs. 5 FINMAG vorbehalten bleibt, «rein verwaltungsrechtlichen Charakter» habe.³⁷⁸³ Zudem verneinte es die Frage nach einer strafrechtlichen Qualifikation, als es etwa im Urteil 2C_315/2020 vom 7. Oktober 2020 zum Schluss kam, dass diesbezüglich «keines der sog. «Engel»-Kriterien» erfüllt sei.³⁷⁸⁴

Auch der *Bewilligungs- oder Konzessionsentzug*, der als administrativer Rechtsnachteil verfügt wird, wird grundsätzlich als restitutorische Massnahme aufgefasst, selbst wenn ihm durchaus auch ein pönaler Charakter zukommen kann – weil mit ihm etwa ein Fehlverhalten sanktioniert werden soll – und die Massnahme besonders schwer in die Rechtspositionen der Beaufsichtigten eingreift.³⁷⁸⁵ Voraussetzung einer solchen Einordnung ist allerdings gemäss der neueren Rechtsprechung des EGMR, dass den Betroffenen durch den Bewilligungsentzug nicht vollständig verunmöglicht wird, einen anderen Beruf im Rahmen ihrer Ausbildung und Kenntnisse auszuüben. In einem jüngeren Entscheid führte selbst ein dauernder Entzug einer in einem besonderen Rechts- oder Aufsichtsverhältnis erteilten Bewilligung für die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit noch nicht zu einer Qualifikation der Sanktion als «strafrechtlich».³⁷⁸⁶ Noch weniger vermag vor diesem Hintergrund eine bloss vorübergehende Einschränkung einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit eine Qualifikation als strafrechtliche Anklage nach Art. 6 EMRK zu begründen.³⁷⁸⁷ – Wiederholt wurden Streitigkeiten über Bewilligungs- oder Konzessionsentzüge hingegen als zivilrechtlich i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK ausgelegt.³⁷⁸⁸

³⁷⁸³ BGE 139 II 279, E. 4.3.3; vgl. so auch Urteil BGer, 2C_530/2020, 19.8.2021, E. 3.2; 2C_317/2020, 7.10.2020, E. 4.2; 2C_315/2020, 7.10.2020, E. 4.3; 2C_422/2018, 20.3.2019, E. 2.3; vgl. auch BVGE 2013/59, E. 9.3.5.

³⁷⁸⁴ Urteil BGer, 2C_315/2020, 7.10.2020, E. 4.3 (womit Urteil BVGer, B-4757/2017, 27.2.2020, E. 8 und insb. E. 8.3 bestätigt wurde); 2C_317/2020, 7.10.2020, E. 4.2 (womit Urteil BVGer, B-4762/2017, 27.2.2020, E. 9.2 [letzter Abschnitt] bestätigt wurde).

³⁷⁸⁵ HÄNER, Mindestgarantien, 34 f. m.w.H.; dazu auch vorne N 1231 ff.

³⁷⁸⁶ EGMR, *Rola gegen Slowenien*, Nr. 12096/14 und 39335/16, Urteil vom 4.6.2019, § 66; vgl. dazu auch BGE 147 I 57, E. 5.4.3.3; Urteil BGer, 2C_318/2020, 7.10.2020, E. 4.1.3.

³⁷⁸⁷ BGE 147 I 57, E. 5.4.3.3 mit Verweis auf EGMR, *Müller-Hartburg gegen Österreich*, Nr. 47195/06, Urteil vom 19.2.2013; vgl. auch *Becker gegen Österreich*, Nr. 19844/08, Urteil vom 11.6.2015, §§ 25 ff.

³⁷⁸⁸ Vgl. etwa EGMR, *Korporativna Targovska Banka AD gegen Bulgarien*, Nr. 46564/15 und 68140/16, Urteil vom 30.8.2022, §§ 128 ff.; *Becker gegen Österreich*, Nr. 19844/08, Urteil vom 11.6.2015, §§ 30 ff.; vgl. auch bereits *Tre Traktörer Aktiebolag gegen Schweden*, Nr. 10873/84, Urteil vom 7.7.1989, Serie A159, §§ 45 f.

2.1.3 Disziplinarisch wirkende Massnahmen?

- 1308 *Disziplinarisch wirkende Massnahmen* werden im Hinblick auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK unterschiedlich diskutiert. Von den Betroffenen werden sie oftmals als Strafe empfunden, erfolgt ihre Anordnung doch als Antwort auf ein Fehlverhalten und richtet sich regelmässig nach dem Verschulden der fehlbaren Personen.³⁷⁸⁹ Nichtsdestotrotz hat sich die Rechtsprechung wiederholt gegen die Anwendbarkeit von Art. 6 Ziff. 1 EMRK ausgesprochen, wenn es um disziplinarisch wirkende Massnahmen ging.
- 1309 Unter Anwendung der Engel-Kriterien wird jeweils zunächst rein formal argumentiert, dass die fragliche Massnahme nicht in Erlassen des Strafrechts einer Regelung zugeführt werde, sondern in verwaltungsrechtlichen Rechtsgrundlagen (erstes Kriterium). Auch die strafrechtliche Natur der geahndeten Widerhandlung (zweites Kriterium) wird i.d.R. verneint, weil disziplinarisch wirkende Massnahmen nicht an die Allgemeinheit gerichtet sind, sondern an spezifische Personen in einem besonderen Rechts- oder Aufsichtsverhältnis bzw., in Durchbrechung der grundsätzlichen Aufsichtswahrnehmung gegenüber juristischen Personen,³⁷⁹⁰ an deren Angestellte und damit an einen spezifischen Berufsstand. Dieser Umstand spricht gegen ihren generalpräventiven Charakter,³⁷⁹¹ ebenso die Tatsache, dass es bei disziplinarisch wirkenden Massnahmen weniger um die Vergeltung begangenen Unrechts geht, sondern mehr um die (Wieder-)Herstellung des öffentlichen Vertrauens in einen bestimmten Berufsstand.³⁷⁹² Es ist somit schliesslich das dritte Kriterium der Art und Schwere der in Frage stehenden Sanktion, welches sich entscheidend auf die Zuordnung einer Massnahme zum Verwaltungs- oder Strafrecht auswirkt.³⁷⁹³

³⁷⁸⁹ HÄNER, Mindestgarantien, 38; vgl. auch WALDMANN, Disziplinarwesen, 98 f. und 105 sowie 107 ff. zur Diskussion der «Natur des Disziplinarrechts».

³⁷⁹⁰ Im Finanzmarktrecht ist die Rede von der «Durchbrechung des Grundsatzes der Institutsaufsicht» (vgl. etwa BGE 147 I 57, E. 5.4.1 sowie E. 5.4.3.2; 142 II 243, E. 2.2).

³⁷⁹¹ Vgl. so etwa BGE 147 I 57, E. 5.4.1 sowie E. 5.4.3.2; vgl. auch BGE 128 I 346, E. 2.2; vgl. so auch EGMR, *Rola gegen Slowenien*, Nr. 12096/14 und 39335/16, Urteil vom 4.6.2019, § 56; *Müller-Hartburg gegen Österreich*, Nr. 47195/06, Urteil vom 19.2.2013, § 44.

³⁷⁹² BGE 147 I 57, E. 5.4.2; vgl. so auch EGMR, *Rola gegen Slowenien*, Nr. 12096/14 und 39335/16, Urteil vom 4.6.2019, §§ 56 f. und 64; *Müller-Hartburg gegen Österreich*, Nr. 47195/06, Urteil vom 19.2.2013, § 44.

³⁷⁹³ Vgl. in diesem Sinne etwa BGE 128 I 346, E. 2.2 f. m.w.H.; Urteil BVGer, B-5274/2015, 22.5.2018, E. 10.3.5. Vgl. dazu aus der Lehre: HÄNER, Mindestgarantien, 38; C. BECK, N 307; vgl. auch WALDMANN, Disziplinarwesen, 106 f., der jedoch davor warnt, das

Während einfache *disziplinarrechtliche Bussen* (auch in erheblicher Höhe) nach geltender Rechtsprechung nicht als Strafen im Sinne der Konvention gelten,³⁷⁹⁴ führen Disziplinarbussen, die bei Uneinbringlichkeit in eine Ersatzfreiheitsstrafe umgewandelt werden, u.U. zur Anwendung von Art. 6 EMRK,³⁷⁹⁵ ebenso wie ein disziplinarrechtlicher Freiheitsentzug.³⁷⁹⁶

Veröffentlichungen rechtskräftiger Endverfügungen gemäss Art. 34 FINMAG – selbst unter Angabe von Personendaten – wurden in der Gerichtspraxis wiederholt «als verwaltungsrechtliche Disziplinarregelung[en]»³⁷⁹⁷ bzw. «verwaltungsrechtliche Disziplinarfolge in einem besonderen Rechts- oder Aufsichtsverhältnis»³⁷⁹⁸ und «wirtschaftspolizeirechtlich motivierte Aufsichtsinstrumente unter Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit»³⁷⁹⁹ klassifiziert, nicht aber als strafrechtliche Anklagen nach Art. 6 EMRK.³⁸⁰⁰ Wie bereits ausgeführt wurde, klassifizierte das Bundesgericht Publikationsanordnungen nach Art. 34 FINMAG als präventive Massnahmen zum Schutz des Publikums, gleichzeitig aber auch als repressive verwaltungsrechtliche Sanktionen, die deswegen jedoch nicht zwingend als strafrechtliche Sanktionen qualifiziert werden müssten.³⁸⁰¹ In seiner neusten Rechtsprechung lehnt es eine strafrechtliche Charakterisierung insb. aufgrund des beschränkten Adressatenkreises von Massnahmen nach Art. 34 FINMAG ab, ebenso im Hinblick auf das mit solchen Massnahmen verfolgte Ziel der Markttransparenz, das Vergeltungselemente in den Hintergrund rücken lasse.³⁸⁰² Ausserdem wiege der mit einer Veröffentlichung möglicherweise einhergehende (wirtschaft-

Disziplinarrecht «auf der Basis einer abstrakt bestimmten Rechtsnatur» einem bestimmten Rechtsgebiet zuordnen zu wollen; wichtiger sei die jeweilige Prüfung der Kriterien, die für die Bestimmung der Rechtsnatur herangezogen würden.

³⁷⁹⁴ BGE 128 I 346, E. 2.3; 126 I 228, E. 2a/aa; 125 I 417, E. 2b.

³⁷⁹⁵ BGE 128 I 346, E. 2.3.

³⁷⁹⁶ *Ebd.*, E. 2.3; BGE 121 I 379, E. 3c/aa; vgl. auch EGMR, *Engel und andere gegen die Niederlande*, Nr. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 und 5370/72, Urteil vom 8.6.1976, Serie A22, § 82.

³⁷⁹⁷ Vgl. BGE 147 I 57, E. 5.4.3.3.

³⁷⁹⁸ Urteil BGer, 2C_318/2020, 7.10.2020, E. 4.1.3.

³⁷⁹⁹ Urteil BVGer, B-5737/2017, 28.11.2018, E. 6.2.1.

³⁸⁰⁰ Eingehend dazu insb. BGE 147 I 57, E. 5.2–5.5 m.w.H.; vgl. auch Urteil BVGer, B-5494/2021, 27.10.2023, E. 6.6.9; B-5503/2021, 27.10.2023, E. 6.6.9.

³⁸⁰¹ Dazu vorne N 1276 ff.; vgl. auch insb. BGE 147 I 57, E. 4.2 f. m.w.H.

³⁸⁰² BGE 147 I 57, E. 5.4.3.2 sowie E. 3, 5.4.2 und 5.4.3.3; vgl. auch Urteil BGer, 2C_318/2020, 7.10.2020, E. 4.1.2.

liche) Nachteil nicht schwer genug, um eine Qualifikation der Sanktion als strafrechtlich zu rechtfertigen.³⁸⁰³

- 1312 Insgesamt zeigte sich die Rechtsprechung bislang eher zurückhaltend, «indirekte Folgen» einer angeordneten Massnahme, wie insb. das erschwerte berufliche Fortkommen infolge einer Veröffentlichung – mit welchem regelmässig argumentiert wird –, zu berücksichtigen.³⁸⁰⁴ Wiederholt wurde in diesem Zusammenhang auf die Schwierigkeit hingewiesen, im Einzelfall nachvollziehen zu können, inwiefern der Leumund und das berufliche Fortkommen der betroffenen Personen (kausal) aufgrund der fraglichen Publikation beeinträchtigt worden seien, v.a. wenn bereits Informationen zum Nachteil dieser Personen aus dem Internet und anderen Medien sowie bspw. aus einschlägigen Handelsregistereinträgen erhältlich waren.³⁸⁰⁵
- 1313 Inwiefern disziplinarrechtliche *Berufs- und Tätigkeitsverbote* die Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK aufgrund ihres strafrechtlichen Charakters begründen, beschäftigte die Gerichte wiederholt. Die Lehre fordert schon seit Jahren deren Qualifikation als strafrechtliche Anklage i.S.v. Art. 6 EMRK.³⁸⁰⁶ Unter Anwendung der sog. Engel-Kriterien prüfte und verneinte jedoch das Bundesgericht erstmals im Jahr 2016 die Qualifikation eines Berufsverbots nach Art. 33 FINMAG als «strafrechtliche Anklage» i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK.³⁸⁰⁷ Das Bundesgericht betonte, dass sich die Massnahme nicht an die Allgemeinheit richte, sondern an einen spezifischen Berufsstand, und führte aus, obwohl selbst ein zeitlich befristetes Berufsausübungsverbot die freie Berufswahl des vom Verbot Betroffenen empfindlich zu tangieren vermöge, sei «diese Verringerung der Berufswahlmöglichkeiten (...) hinsichtlich ihrer Art und Schwere vorab als eine *polizeirechtlich motivierte und zeitlich limitierte Einschränkung der verfassungsrechtlich garantieren Wirtschaftsfreiheit* (Art. 27 in Verbindung mit Art. 36 BV [...]) und nicht als eine Vergeltung begangenen Unrechts» zu qualifizieren.³⁸⁰⁸

³⁸⁰³ BGE 147 I 57, E. 5.4.3.3; vgl. auch Urteil BGer, 2C_318/2020, 7.10.2020, E. 4.1.3.

³⁸⁰⁴ Vgl. etwa Urteil BVGer, B-5274/2015, 22.5.2018, E. 10.3.5 mit Verweis auf Urteil BGer, 8C_417/2020, 6.9.2010, E. 4.2.2, sowie Urteil BVGer, B-4066/2010, 19.5.2011, E. 8.2.1.3.

³⁸⁰⁵ Urteil BVGer, B-5274/2015, 22.5.2018, E. 10.3.5; vgl. auch Urteil BVGer, B-4066/2010, 19.5.2011, E. 8.2.1.3.

³⁸⁰⁶ Vgl. u.a. BSK FINMAG-HSU/BAHAR/FLÜHMANN, Art. 33 N 10d m.w.H.; GRAF, Gesellschaftsorgane, 1201 f. m.w.H.; BRAIDI, Interdiction, 215 ff.; a.A. UHLMANN, Berufsverbot, 441 ff. und 446 mit einer ausführlichen Darstellung der unterschiedlichen Argumente.

³⁸⁰⁷ BGE 142 II 243, insb. E. 3.4.

³⁸⁰⁸ *Ebd.*, E. 3.4 (Hervorhebungen im Original).

Das Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG erweise sich «als identisch mit einem zeitlich beschränkten Berufsausübungsverbot, welches die Aufsichtskommission aus Gründen des Publikumsschutzes und zur Wahrung von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr (...) als Disziplinar massnahme gegen eine Rechtsanwältin oder einen Rechtsanwalt aussprechen kann (Art. 17 Abs. 1 lit. d BGFA [SR 935.61]), und unterscheidet sich substantiell von Sanktionen, welche unter Einschränkung der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) die Sicherstellung eines Anstaltsbetriebs bzw. die Aufrechterhaltung einer Hausordnung bezwecken (jedoch ebenfalls als Disziplinar massnahmen qualifizieren [...])». ³⁸⁰⁹ Weil Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Ziff. 3 lit. g UNO-Pakt II somit nicht zur Anwendung gelangten, verneinte das Bundesgericht in diesem Fall auch die Anwendbarkeit der aus diesen Bestimmungen abgeleiteten Garantien und insb. die Geltung des Selbstbelastungsverbots. ³⁸¹⁰

In der Lehre stiess dieser Entscheid auf zum Teil starke Kritik. ³⁸¹¹ Fragen aufgeworfen hat insb. der höchstrichterliche Vergleich des Berufsverbots nach Art. 33 FINMAG mit Berufsausübungsverboten gemäss Art. 17 BGFA. Art. 33 FINMAG erfasst einen grösseren Kreis potenziell betroffener Personen, zumal bereits die Tätigkeit in untergeordneter Hierarchie in einem beaufsichtigten Unternehmen genügt und ausserdem weder ein Sonderstatus dieser Personen noch (im Grundsatz ³⁸¹²) eine vorgängige Bewilligung für ihre Tätigkeitsausübung vorausgesetzt wird. ³⁸¹³ Betont wurde ausserdem, dass ein Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG

³⁸⁰⁹ BGE 142 II 243, E. 3.4.

³⁸¹⁰ *Ebd.*, E. 3.4. Zum Nemo-tenetur-Grundsatz im Aufsichtskontext vgl. hinten N 1757 ff.

³⁸¹¹ Vgl. etwa NIGGLI, Höchstrichterlicher Schabernack 1 und 2, der bemängelte, dass sich das Bundesgericht in diesem Urteil auf Lehrmeinungen und Praxis berief, die – genauer betrachtet – die Argumentation des Gerichts gar nicht deckten; vgl. auch BSK FINMAG-HSU/BAHAR/FLÜHMANN, Art. 33 N 10d m.w.H.; GRAF, Verfehlungen, 46; GOTTINI/VON DER CRONE, 640 ff. und insb. 646 ff.; C. BECK, N 410 ff.; vgl. auch BENNINGER, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 460 f. m.w.H. auf Lehrmeinungen, die sich auf den Standpunkt stellen, dass auch weitere Massnahmen der FINMA strafrechtlicher Natur seien, weshalb die strafprozessualen Garantien zur Anwendung gelangen müssten.

³⁸¹² Mit Blick auf die spezifisch anwendbaren Finanzmarktgesetze sind diesbezüglich allerdings Differenzierungen angezeigt. Vgl. etwa Art. 3 Abs. 1 VAG, wonach jedes Versicherungsunternehmen, das der Aufsicht untersteht, zur Aufnahme der Versicherungstätigkeit einer Bewilligung der FINMA bedarf.

³⁸¹³ Vgl. etwa dazu GOTTINI/VON DER CRONE, 646 f.; MEIER, 131 f.; C. BECK, N 412 f.; vgl. dazu auch bereits UHLMANN, Berufsverbot, 442.

sich u.U. viel einschneidender auswirken könne als eine reguläre Strafe wie z.B. eine strafrechtliche Busse oder Geldstrafe.³⁸¹⁴

- 1316 Das Bundesgericht bestätigte seine Rechtsprechung zum Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG gleichwohl in der Folge in mehreren Urteilen.³⁸¹⁵ Ausserdem übertrug es seine Überlegungen auf Tätigkeitsverbote.³⁸¹⁶
- 1317 Der Vollständigkeit halber ist anzufügen, dass der EGMR die Frage nach der Qualifikation von Berufsverboten als strafrechtliche Anklagen i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK bislang soweit ersichtlich offenliess. Er bejahte allerdings wiederholt die Anwendbarkeit von Art. 6 Ziff. 1 EMRK, weil er in der Verhängung einer disziplinarischen Sanktion, die die Berufsausübung verbietet, jeweils eine Entscheidung über sog. «*civil rights*» sieht.³⁸¹⁷ Das Bundesgericht ist dieser Rechtsprechung gefolgt, zunächst wenn es um einen Widerruf oder einen disziplinarischen Entzug einer Bewilligung zur Ausübung eines freien Berufes ging.³⁸¹⁸ In seinem Urteil 2C_315/2020 vom 7. Oktober 2020 hielt es nun ausdrücklich fest, dass die in diesem Fall umstrittenen finanzmarktrechtlichen Anordnungen (ein Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, ein Tätigkeitsverbot nach Art. 35a aBEHG bzw. Art. 33a FINMAG sowie eine Einziehung nach Art. 35 FINMAG) ebenfalls «*civil rights*» i.S.v. Art. 6 EMRK beschlagen würden, weshalb die diesbezüglichen Garantien zur Anwendung gelangen.³⁸¹⁹

³⁸¹⁴ Vgl. z.B. GRAF, Gesellschaftsorgane, 1201 f.; GOTTINI/VON DER CRONE, 647 f.; MEIER, 133 f.; C. BECK, N 416 ff. m.w.H.; vgl. so bereits auch UHLMANN, Berufsverbot, 442 f., der das Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG zwar nicht als strafrechtliche Anklage qualifizierte, es jedoch ebenfalls als schwere Sanktion klassifizierte, das für die Betroffenen in wirtschaftlicher und beruflicher Hinsicht möglicherweise lebensprägend sei.

³⁸¹⁵ BGE 147 I 57, E. 5.4–5.5; vgl. auch Urteil BGer, 2C_315/2020, 7.10.2020, E. 4.1; 2C_771/2019, 14.9.2020, E. 5; 2C_177/2019, 22.7.2019, E. 5.1.

³⁸¹⁶ Vgl. Urteil BGer, 2C_315/2020, 7.10.2020, E. 4.2, wo sich das Bundesgericht noch zu einem Tätigkeitsverbot nach Börsengesetz äusserte, jedoch auch darauf hinwies, dass ein solches heute in Art. 33a FINMAG geregelt sei (*ebd.*, E. 4.2.1).

³⁸¹⁷ Vgl. etwa EGMR, *Marušić gegen Kroatien*, Nr. 79821/12, Urteil vom 23.5.2017, §§ 71 ff.; *Foglia gegen die Schweiz*, Nr. 35865/04, Urteil vom 13.12.2007, § 62; *Landolt gegen die Schweiz*, Nr. 17263/02, 31.8.2006; vgl. auch GRABENWARTER/PABEL, § 24 N 24 (Fn. 79).

³⁸¹⁸ BGE 147 I 219, E. 2.2.1; 131 I 467, E. 2.5; 126 I 228, E. 2a/aa; 123 I 87, E. 2a; 122 II 464, E. 3a.

³⁸¹⁹ Urteil BGer, 2C_315/2020, 7.10.2020, E. 4.4; vgl. in diesem Sinne auch BSK FINMAG-HSU/BAHAR/FLÜHMANN, Art. 33 N 10e.

2.2 Strafen i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK

2.2.1 Verwaltungsstrafen

Generell und unbestrittenermassen als «Strafen» i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK anerkannt sind Verwaltungsstrafen, d.h. Freiheitsstrafen, Bussen und Geldstrafen, die auch als «Strafsanktionen» in den Erlassen vorgesehen und ausgesprochen werden: Das Verwaltungsstrafrecht wird grundsätzlich bereits nach dem innerstaatlichen Recht dem Strafrecht zugeordnet.³⁸²⁰ Damit ist das erste Engel-Kriterium erfüllt.³⁸²¹ 1318

2.2.2 Pekuniäre Verwaltungssanktionen?

Pekuniäre Verwaltungssanktionen und verwaltungsstrafrechtliche Bussen lassen sich materiell nur schwer voneinander abgrenzen.³⁸²² Massgeblich ist jeweils der Erlass, in welchem eine Busse vorgesehen ist bzw. die systematisch-formelle Zuordnung dieser Sanktionen innerhalb der ihnen zugrunde liegenden Rechtsgrundlagen. Ordnet diese die fraglichen Sanktionen nicht dem (Verwaltungs-)Strafrecht zu, womit das erste Engel-Kriterium bereits erfüllt und die Frage nach der Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK gelöst wäre, muss (wiederum) auf die Natur des Vergehens sowie die Natur und Schwere der Sanktion und damit auf das zweite und das dritte Engel-Kriterium abgestellt werden.³⁸²³ 1319

Soweit die pönalen Verwaltungssanktionen nicht schwerwiegend sind und in einem vereinfachten Verfahren auferlegt werden können, leuchtet ihre verwaltungsrechtliche Qualifikation ein. Wenn die angedrohte repressive Verwaltungssanktion jedoch so einschneidende Wirkungen entfaltet wie eine strafrechtliche Sanktion, erscheint eine Unterscheidung zwischen pönalen verwaltungsrechtlichen und verwaltungsstrafrechtlichen Sanktionen als wenig überzeugend.³⁸²⁴ Die Rechtsprechung stellt dazu insb. auf die Höhe der Verwaltungsbussen ab; sehr hohe Ver- 1320

³⁸²⁰ CAPUS/BERETTA, N 41; HÄNER, Mindestgarantien, 38; vgl. auch TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 939; LOCHER, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, N 312 und N 507; zurückhaltender äussern sich dazu HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1484.

³⁸²¹ Dazu vorne N 1297.

³⁸²² So auch JAAG, Sanktionen, N 23.60; LOCHER, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, N 329 f.

³⁸²³ Zu den sog. Engel-Kriterien vgl. vorne N 1296 ff.

³⁸²⁴ JAAG, Sanktionen, N 23.96; vgl. in diesem Sinne auch etwa NIGGLI/MAEDER, 29 f.; LOCHER, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, N 360.

waltungssanktionen haben mehrfach zu einer Ausdehnung des Schutzbereichs von Art. 6 EMRK geführt.

- 1321 So ordnete bspw. das Bundesgericht die kartellrechtlichen Verwaltungssanktionen nach Art. 49a KG wiederholt dem Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK zu.³⁸²⁵ Es argumentierte in BGE 139 I 72 v.a. mit dem den Massnahmen nach Art. 49a KG zugeschriebenen abschreckenden und vergeltenden Charakter sowie mit der erheblichen Sanktionsdrohung, «die zur Auferlegung einer finanziellen Belastung in der Höhe von etlichen Millionen Franken führen kann» (in diesem Fall ging es um eine Busse in der Höhe von CHF 2'500'000).³⁸²⁶ In der Konsequenz erklärte das Bundesgericht Art. 30 BV, Art. 32 BV sowie Art. 6 und Art. 7 EMRK für direkt anwendbar.³⁸²⁷
- 1322 Auch der EGMR hat sich für eine grundsätzliche Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK auf Kartellverfahren mit hohen Bussgeldern ausgesprochen, so z.B. als es im Leitentscheid *Menarini Diagnostics S.R.L. gegen Italien* um eine von den italienischen Kartellbehörden verhängte Kartellrechtsbusse im Umfang von EUR 6 Mio. ging.³⁸²⁸
- 1323 Unter Bezugnahme auf diese Entscheide (sowohl des Bundesgerichts als auch des EGMR)³⁸²⁹ äusserte sich das Bundesgericht auch zu den im mittlerweile aufgehobenen Spielbankengesetz (aSBG) vorgesehenen pekuniären Verwaltungssanktionen. In BGE 140 II 384 erkannte es Parallelen zwischen Sanktionen nach Art. 51 aSBG und Art. 49a KG und führte aus:

«Wie diesen kommt ihnen ein präventiver, gleichzeitig aber auch ein pö纳aler und repressiver Charakter zu, soweit damit nicht nur der durch den Verstoß erzielte Gewinn, sondern bis zum Dreifachen von diesem sanktionsweise eingezogen wird, was einen nach oben offenen Betrag in mehrfacher Millionenhöhe bedeuten kann.»³⁸³⁰

³⁸²⁵ Vgl. so BGE 139 I 72, E. 2; vgl. auch BGE 147 II 72, E. 8.2 und E. 8.3.2; 144 II 14, E. 5.1; 143 II 297, E. 9.1; vgl. auch Urteil BGer, B-369/2021, 21.11.2023, E. 8.5; B-372/2021, 21.11.2023, E. 8.5; 2C_145/2018, 7.10.2021, E. 8.1 sowie E. 8.2.2.1; 2C_147/2018, 7.10.2021, E. 8.1 und E. 8.2.2.

³⁸²⁶ BGE 139 I 72, E. 2.2.2 mit zahlreichen Hinweisen auf die Literatur und Rechtsprechung (auch des EGMR).

³⁸²⁷ BGE 139 I 72, E. 2.2.2 und E. 4.2.

³⁸²⁸ EGMR, *Menarini Diagnostics S.R.L. gegen Italien*, Nr. 43509/08, Urteil vom 27.9.2011, § 44.

³⁸²⁹ Vgl. BGE 140 II 384, E. 3.2.1.

³⁸³⁰ *Ebd.*, E. 3.2.2.

Dem vom Bundesverwaltungsgericht betonten Umstand, dass nur eine kleine Zahl von Konzessionären dieser Sanktionsdrohung unterworfen sei, entgegnete das Bundesgericht, dass es zahlreiche Strafdrohungen gebe, «die sich nur an einen bestimmten, unter Umständen auch sehr beschränkten Adressatenkreis richten (Sonderdelikte)». ³⁸³¹ In der Folge qualifizierte es die angefochtene Sanktion als «strafähnliche Massnahme» i.S.v. Art. 6 EMRK. ³⁸³² Sanktionen nach Art. 100 BGS hat das Bundesverwaltungsgericht inzwischen auch so eingestuft. ³⁸³³ 1324

Für die pekuniären Verwaltungssanktionen nach Art. 60 FMG oder Art. 90 RTVG liegt keine entsprechend etablierte Gerichtspraxis vor. ³⁸³⁴ Allerdings führt der Bericht des Bundesrates zu den pekuniären Verwaltungssanktionen aus, dass eine Behördenpraxis bestehe. ³⁸³⁵ 1325

Gesamthaft betrachtet kann davon ausgegangen werden, dass für die Mehrheit der im geltenden Recht vorhandenen pekuniären Verwaltungssanktionsbestimmungen von der Anwendbarkeit der strafprozessualen Verfahrensgarantien auszugehen ist ³⁸³⁶ – obwohl die Rechtslage v.a. zu jenen Erlassen, zu denen keine höchstrichterliche Praxis besteht, nicht abschliessend geklärt ist. ³⁸³⁷ Gleichwohl ist differenzierend nochmals darauf hinzuweisen, dass die Anwendbarkeit der strafprozessualen Mindestgarantien jeweils im Einzelfall bestimmt werden muss, unter Anwendung der Engel-Kriterien in Bezug auf die spezifisch in Frage stehende Sanktion. 1326

Abschliessend ist der Hinweis angebracht, dass mit der Qualifikation einer Verwaltungssanktion als «strafrechtliche Anklage» i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK «nur» etwas über die Anwendbarkeit der strafprozessualen Mindestgarantien ausgesagt wird. Das aufsichtsrechtliche Verfahren zur Anordnung einer entsprechenden Sanktion wird dadurch aber nicht automatisch zu einem Strafverfahren, sondern bleibt nach wie vor ein Verwaltungsverfahren, das sich grundsätzlich nach dem VwVG richtet. Dies wurde vom Bundesgericht im kartellrechtlichen Zusammen- 1327

³⁸³¹ *Ebd.*

³⁸³² *Ebd.*, E. 3.3.

³⁸³³ Vgl. Urteil BVGer, B-369/2021, 21.11.2023, E. 8.9.

³⁸³⁴ In Urteil BVGer, B-369/2021, 21.11.2023 (insb. E. 12.3.3) sowie B-372/2021, 21.11.2023 (E. 12.3.2 f.) wurde Art. 60 FMG allerdings mit Art. 49a f. KG und Art. 100 Abs. 1 BGS verglichen, was den Schluss nahelegt, dass Art. 60 FMG ähnlich ausgelegt werden könnte.

³⁸³⁵ Vgl. BR, Pekuniäre Verwaltungssanktionen, BBl 2022 776, 28.

³⁸³⁶ Vgl. so etwa auch LOCHER, Sanktionen, 47 f.

³⁸³⁷ Vgl. BR, Pekuniäre Verwaltungssanktionen, BBl 2022 776, 28.

hang ausdrücklich festgehalten³⁸³⁸ und lässt sich auch dem Bericht des Bundesrates zu pekuniären Verwaltungssanktionen entnehmen, wenn ausgeführt wird, dass sich diese «in das System des allgemeinen Verwaltungsrechts einbetten lassen».³⁸³⁹ Der Bericht führte weiter aus, dass «die geltende Verwaltungsrechtsordnung (...), unter Beizug der strafrechtlichen Garantien des übergeordneten Rechts, eine tragfähige Grundlage für das Instrument der pekuniären Verwaltungssanktion [bietet]».³⁸⁴⁰ Damit konnten sich diejenigen Stimmen in der Lehre, die sich für eine strafrechtliche Qualifikation der Verwaltungsbussen im Kartellrecht ausgesprochen hatten und daraus die Anwendbarkeit des Allgemeinen Teils des StGB sowie des VStrR ableiteten,³⁸⁴¹ nicht durchsetzen.

- 1328 Insbesondere lehnte der Bericht die ebenfalls in der Lehre wiederholt vorgeschlagene Umwandlung gewisser Verwaltungssanktionen in Strafbestimmungen³⁸⁴² ab mit der Begründung, dass für einen «derartig weitreichenden Systemwechsel keine stichhaltigen Gründe bestehen. Zudem würde dies zu einer starken Ausdehnung der Kriminalisierung von Tatbeständen führen, was nach Ansicht des Bundesrates rechtspolitisch nicht wünschbar erscheint.»³⁸⁴³
- 1329 Folgt man dem Bericht, scheinen sich Gesetzgebung und Praxis mit der bestehenden dualen Lösung und der damit einhergehenden parallelen Existenz zweier Sanktionssysteme weitgehend arrangiert zu haben. Die Engel-Rechtsprechung des EGMR führt zu einer Ausdehnung der strafprozessualen Verfahrensgarantien auf aufsichtsrechtliche Massnahmen, die materiell dem Strafrecht zugeordnet werden, und entschärft dadurch allfällige stossende verfahrensrechtliche Ergebnisse, die aus einer strikten Unterscheidung der Sanktionsarten herrühren könnten.

³⁸³⁸ Vgl. etwa BGE 145 II 259, E. 2.6.2; vgl. auch Urteil BGer, 2C_145/2018, 7.10.2021 (E. 8.1 und E. 8.2.2.1) sowie 2C_147/2018, 7.10.2021 (E. 8.1 und E. 8.2.2), wo es klarstellte, dass das Verfahren nach Art. 49a Abs. 1 KG nicht ein Strafrechtsverfahren darstelle, sondern als kartellrechtliches Verfahren nach wie vor ein Verwaltungsverfahren sei.

³⁸³⁹ BR, Pekuniäre Verwaltungssanktionen, BBl 2022 776, 120; vgl. dazu insb. im Hinblick auf die Diskussion über die mögliche Einführung einer Bussenkompetenz der FINMA auch BENNINGER/ZULAUF, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 474 f.

³⁸⁴⁰ BR, Pekuniäre Verwaltungssanktionen, BBl 2022 776, 120.

³⁸⁴¹ So etwa NIGGLI/RIEDO, 52; vgl. auch LOCHER, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, N 345 m.w.H. auf entsprechende Lehrmeinungen.

³⁸⁴² Vgl. den Überblick über solche Stimmen in der neueren Lehre bei LOCHER, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, insb. N 339 ff.

³⁸⁴³ BR, Pekuniäre Verwaltungssanktionen, BBl 2022 776, 120.

V. Zusammenführung der Erkenntnisse und Überleitung

A. Breite Palette etablierter Aufsichtsinstrumente

Der Überblick über die zahlreichen Aufsichtsinstrumente, die den Aufsichtsbehörden in ihren Fachbereichen zur Verfügung stehen, offenbart eine breite Palette möglicher Instrumente, mit denen auf unterschiedliche Aspekte und Phasen der beaufsichtigten Tätigkeiten in vielfältiger Form und Intensität eingewirkt werden kann. Den Aufsichtsbehörden kommt bei der Wahl der anwendbaren Massnahmen regelmässig ein grosser Ermessensspielraum zu.³⁸⁴⁴ Massgeblich sind jeweils die anwendbaren Regelungen des spezifisch einschlägigen Aufsichts-Spezialregimes.³⁸⁴⁵ 1330

Nicht selten sind beaufsichtigte Tätigkeiten und Waren weitestgehend «durchreguliert» und unterstehen bereits vor ihrem Markteintritt (und mit ihm als Ziel) gewissen aufsichtsrechtlichen Vorgaben. Insbesondere müssen sie Bewilligungs- bzw. Konzessionserfordernisse oder zumindest Meldepflichten erfüllen. Wurde eine Tätigkeit zum Markt zugelassen, wird ihre Ausübung i.d.R. von einem engmaschigen Netz von Überwachungs- und Prüfungskompetenzen der Aufsichtsbehörden begleitet mit dem Ziel, die Einhaltung der rechtlichen Vorgaben sicherzustellen und laufend überprüfen zu können. Gleiches trifft auf die Bewegung beaufsichtigter Waren zu, die zum Markt zugelassen worden sind (bspw. Heilmittel). Treten aufsichtsrechtlich relevante Fragestellungen zutage, meist ausgehend von einem bestimmten Anfangsverdacht über mögliche Missstände, werden nähere Untersuchungen vonseiten der Behörden eingeleitet. Die behördlichen Informations-, Einsichts- und Untersuchungsrechte sind weitreichend, die Mitwirkungspflichten der Beaufsichtigten werden ebenfalls weit ausgelegt. Stellt sich in der Folge der Abklärungen heraus, dass es tatsächlich zu einem Regelverstoss vonseiten der Beaufsichtigten gekommen ist, steht den Aufsichtsbehörden regelmässig ein ganzer Fächer von möglichen verwaltungsrechtlichen Durchsetzungsmassnahmen zur Verfügung, der von präventiven Weisungen und Eingriffen in die Organisation und Zusammensetzung der Organe der Beaufsichtigten über repressive Massnahmen zur direkten und indirekten Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes auch pönale Massnahmen zur Ahndung schwerer Rechtsverletzungen umfasst. 1331

³⁸⁴⁴ Illustrativ dazu etwa BVGE 2009/366, 12.2009, insb. E. 7.2 und E. 9, im Hinblick auf die in Art. 89 Abs. 1 RTVG zur Auswahl stehenden Massnahmen; vgl. auch BGE 139 V 176, E. 13.2 zu Massnahmen nach Art. 62 Abs. 1 BVG. Vgl. auch etwa REISER, Instrumente, 82 f. zu den Massnahmen der FINMA.

³⁸⁴⁵ Vgl. auch MOOR/POLTIER, 133 f.

Massgeblich sind die einschlägigen Sachgesetze. Hinzu kommen oftmals verwaltungsstrafrechtliche Kompetenzen der Behörden, sofern sie gesetzlich vorgesehen sind.

- 1332 Allerdings nehmen die Regelungen in den unterschiedlichen Sachbereichen keinen Bezug aufeinander, und es besteht keine eigentliche Systematik der parallel nebeneinander existierenden aufsichtsrechtlichen Durchsetzungsmechanismen der unterschiedlichen Aufsichtsbereiche.³⁸⁴⁶ Die Gesetzgebung legt vielmehr die Aufsichtsinstrumente für den jeweiligen Sachbereich spezifisch fest. Eine eigene Dogmatik «der Aufsichtsinstrumente» hat sich bislang nicht etabliert. Eine sachbereichsübergreifende Gesamtsicht der aufsichtsrechtlichen Durchsetzungsmassnahmen umfasst vielmehr die meisten Formen des Verwaltungshandelns und der verwaltungsrechtlichen Zwangsmassnahmen.
- 1333 Abgrenzungsfragen zwischen den unterschiedlichen Kategorien aufsichtsrechtlicher Durchsetzungsmassnahmen liegen auf der Hand. Insbesondere die Abgrenzung pöner (verwaltungsrechtlicher) Massnahmen von Verwaltungsstrafen wirft vielfach Fragen auf und hat Lehre und Rechtsprechung wiederholt beschäftigt. Trotz der zum Teil pointiert geäusserten Bedenken scheint sich in unterschiedlichen Rechtsbereichen ein Sanktionssystem etabliert zu haben, das, soweit ersichtlich, an der Dualität verwaltungsrechtlicher Aufsichtsmassnahmen und aufsichtsrechtlicher Verwaltungsstrafen festhält.
- 1334 Zur Akzeptanz dieses «Systems» trägt auch und ganz besonders die Anwendbarkeit der strafprozessualen Verfahrensgarantien auf Massnahmen bei, die nach der Engel-Rechtsprechung des EGMR als «strafrechtliche Anklagen» qualifiziert werden. Dazu zählen unbestrittenermassen die Verwaltungsstrafen sowie wohl auch die Mehrheit der pekuniären Verwaltungssanktionen.³⁸⁴⁷ Exekutorische Aufsichtsmassnahmen und administrative Rechtsnachteile hingegen gehören nicht dazu,³⁸⁴⁸ und auch sog. disziplinarisch wirkende Massnahmen werden vom Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK i.d.R. ausgenommen, allerdings stösst die Behörden- und Gerichtspraxis in solchen Fällen immer wieder auf Widerstand.³⁸⁴⁹
- 1335 Dieser Ansatz – im Grundsatz an der verwaltungsrechtlichen Natur der Aufsichtsmassnahmen und dem entsprechend anwendbaren Verfahrensrecht festzuhalten, bei Bedarf jedoch, in bestimmten Einzelfällen, spezifische strafverfahrensrechtli-

³⁸⁴⁶ Vgl. in diesem Sinne auch GRIFFEL, Verwaltungsrecht, N 564.

³⁸⁴⁷ Dazu vorne N 1318 ff.

³⁸⁴⁸ Dazu vorne N 1303 ff.

³⁸⁴⁹ Dazu vorne N 1308 ff.

che Vorgaben zur Anwendung zuzulassen, ohne die Aufsichtsmaßnahmen dadurch in strafrechtliche umzuwandeln – bedingt ein «fall- und praxisbasiertes Austarieren» der geltenden Verfahrensgarantien. Was dies konkret bedeuten kann, wird in Kapitel IV insb. mit Blick auf den Nemo-tenetur-Grundsatz vertiefter beleuchtet.³⁸⁵⁰

Die kasuistisch geprägte Praxis vermag die Problematik von Fall zu Fall zu entschärfen. Dem Bericht des Bundesrates zu pekuniären Verwaltungsstrafen lässt sich entnehmen, dass sich die Verwaltung mit dieser Lösung aktuell zufriedengibt. Der Bericht führt u.a. aus: «Das Verwaltungsverfahrensgesetz und die jeweiligen Sacherlasse bieten unter Beizug der strafrechtlichen Garantien des übergeordneten Rechts eine tragfähige Grundlage für das Instrument der pekuniären Verwaltungssanktion.»³⁸⁵¹ Dazu trage die Rechtsprechung insb. für kartellrechtliche Sanktionsverfahren gegen juristische Person massgeblich bei. Mit ihr bestehe «eine richterrechtliche Grundlage, die auch für andere Rechtsbereiche begleitend sein dürfte».³⁸⁵² Einen gewissen gesetzlichen Anpassungsbedarf von Einzelfragen wurde vom Bericht zwar erkannt,³⁸⁵³ «[n]ach Ansicht des Bundesrates erscheint es jedoch derzeit nicht erforderlich, eine sektorübergreifende Harmonisierung der bestehenden Rechtsgrundlagen an die Hand zu nehmen».³⁸⁵⁴ Letztlich sei «kein dringender gesetzgeberischer Handlungsbedarf zur Einführung eines allgemeinen Systems der pekuniären Verwaltungssanktionen im schweizerischen Recht mit einem einheitlichen Rechtsetzungsprojekt festzustellen».³⁸⁵⁵ 1336

Bedenken zur Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit sowie zur rechtsgleichen Anwendung der Massnahmen werden durch dieses, auf Präjudizien beruhende, aktuell geltende Sanktionssystem allerdings nicht ausgeräumt. Auch stellt sich die Frage, ob die strafprozessualen Garantien *tel quel* auf ein Aufsichtsverfahren übertragen werden können oder ob den Besonderheiten des Aufsichtsrechts spezifisch Rechnung zu tragen ist.³⁸⁵⁶ Eine gesetzliche Festlegung einzelner Aspekte erscheint jedenfalls mit Blick auf das nachfolgend näher zu beleuchtende verfassungsrechtliche Legalitätsprinzip als angebracht. 1337

³⁸⁵⁰ Dazu hinten N 1758 ff.

³⁸⁵¹ BR, Pekuniäre Verwaltungssanktionen, BBl 2022 776, 120.

³⁸⁵² *Ebd.*, 61.

³⁸⁵³ *Ebd.*, 118 ff.

³⁸⁵⁴ *Ebd.*, 120.

³⁸⁵⁵ *Ebd.*

³⁸⁵⁶ Für einen differenzierten Ansatz sprach sich etwa das Bundesgericht in BGE 140 II 384, E. 3.3.2 aus, als es sich zur Geltung des Nemo-tenetur-Grundsatzes im Verwaltungsverfahren zu äussern hatte. Vgl. dazu hinten N 1828 ff.

B. Tangierte Grundrechte

- 1338 Die Instrumente der Aufsichtsbehörden greifen unterschiedlich in die Rechtsstellung der Beaufsichtigten ein. Insbesondere die *Wirtschaftsfreiheit* gemäss Art. 27 BV wird in ihrer individualrechtlichen Funktion regelmässig von den aufsichtsrechtlichen Massnahmen tangiert. Die aufgezeigten typischen zwei Ansatzpunkte der staatlichen Aufsicht, nämlich der Marktzugang der beaufsichtigten Unternehmen bzw. ihrer Produkte einerseits sowie das Marktverhalten der Beaufsichtigten andererseits,³⁸⁵⁷ korrespondieren mit dem zweiten und dem dritten Teilgehalt der Wirtschaftsfreiheit, d.h. mit der Wirtschaftsfreiheit als Recht auf einen freien Zugang und auf eine freie Ausübung einer Geschäftstätigkeit (die sog. «Zugangs-» sowie «Ausübungsfreiheit»),³⁸⁵⁸ Danach richtet sich Art. 27 BV im Grundsatz als Abwehrrecht gegen staatliche Marktzutrittschranken ebenso wie staatliche Vorschriften, die sich auf die freie Wahl der sachlichen Mittel und des Orts der Ausübung einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit, die freie Gestaltung der Geschäftsbeziehungen und die Freiheit der betrieblichen Organisation in sachlicher und zeitlicher Hinsicht auszuwirken vermögen.³⁸⁵⁹
- 1339 Auch andere Grundrechte können durch aufsichtsrechtliche Eingriffe vonseiten der Behörden tangiert sein: Denkbar ist bspw. eine Einschränkung des *Rechts auf persönliche Freiheit* i.S.v. Art. 10 Abs. 2 BV in der eher seltenen Konstellation, dass eine Aufsichtsbehörde z.B. eine Freiheitsstrafe anordnet oder eine Person (im Rahmen von Kontrolltätigkeiten) anhält und kontrolliert.³⁸⁶⁰ Im Falle von Freiheitsstrafen sind auch die Verfahrensgarantien gemäss Art. 31 BV (sowie Art. 5 Ziff. 1 EMRK und Art. 9 Ziff. 1 UNO-Pakt II) zu beachten.
- 1340 Zusätzlich kann das *Recht auf Schutz der Privatsphäre* i.S.v. Art. 13 BV (sowie Art. 8 EMRK) von behördlichen Anordnungen betroffen sein, so etwa im Zusammenhang mit behördlichen Zutritts-, Durchsuchungs- und weiteren Unter-

³⁸⁵⁷ Dazu vorne N 972 f.

³⁸⁵⁸ Vgl. den Wortlaut von Art. 27 Abs. 2 BV; vgl. dazu BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.48 f.; vgl. auch REICH, Wirtschaftsfreiheit, N 124.

³⁸⁵⁹ Vgl. etwa REICH, Wirtschaftsfreiheit, N 126 f.

³⁸⁶⁰ Vgl. zu solchen Einschränkungen der Bewegungsfreiheit etwa KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 10 N 563 ff.; MÜLLER/SCHEFER, 82 ff.; vgl. auch BJ, Gutachten vom 31.1.2005, VPB 70.46, Ziff. 3.4.1.

suchungsrechten,³⁸⁶¹ die bspw. auch den Brief-, Post- und E-Mail-Verkehr der Beaufsichtigten betreffen können.³⁸⁶² Nach der Praxis des EGMR reicht die Schutzintensität von Art. 8 EMRK für Berufs- und Geschäftsräume allerdings weniger weit als bei Räumen, die für das private Leben bestimmt sind.³⁸⁶³

Ebenfalls von Art. 13 BV erfasst ist der sog. *Anspruch auf informationelle Selbstbestimmung*, der aus Art. 13 Abs. 2 BV abgeleitet wird. Nach Lehre und Rechtsprechung stellt jede Bearbeitung von personenbezogenen Daten (wozu das Erheben, Sammeln, Verarbeiten, Aufbewahren und Weitergeben gehört) bereits eine Einschränkung des Schutzbereichs von Art. 13 BV dar.³⁸⁶⁴ Die Aufsichtsbehörden sind entsprechend verpflichtet, sich an die Vorgaben des Datenschutzrechts zu halten.³⁸⁶⁵ 1341

In BGE 143 I 253 hielt das Bundesgericht etwa fest, dass die Aufnahme in die sog. Watchlist der FINMA³⁸⁶⁶ einen schweren Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung bewirke, weshalb sie einer formell-gesetzlichen Grundlage bedürfe.³⁸⁶⁷

Als Einschränkung der Eigentumsgarantie nach Art. 26 BV kann sich u.U. beispielsweise die Verfügung erweisen, gesundheitsgefährdende Heilmittel zu be- 1342

³⁸⁶¹ Dazu vorne N 1101 ff.

³⁸⁶² Vgl. insb. zum Schutz des Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs etwa HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 384 ff.; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 13 N 746 ff.; MÜLLER/SCHEFER, 201 ff.; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Vol. II, N 433 ff.; vgl. auch BJ, Gutachten vom 31.1.2005, VPB 70.46, Ziff. 3.4.1.

³⁸⁶³ Vgl. etwa EGMR, *Niemitz gegen Deutschland*, Nr. 13710/88, Urteil vom 5.4.1990, Serie A251-B, § 31; *Société Colas et al. gegen Frankreich*, Nr. 37971/07, Urteil vom 16.4.2002, Reports 2002-III, § 49; vgl. auch BJ, Gutachten vom 31.1.2005, VPB 70.46, Ziff. 3.4.1 m.w.H.; BANGERTER, 25.

³⁸⁶⁴ Vgl. etwa BGE 122 I 360, E. 5a. – Generell zum Anspruch auf informationelle Selbstbestimmung vgl. MÜLLER/SCHEFER, 164 ff.; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 13 N 758 ff.

³⁸⁶⁵ Vgl. auch Art. 2 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 3 lit. h DSGVO sowie aus der Rechtsprechung etwa BGE 141 I 201, E. 4.5.1; vgl. auch BGE 137 II 431, E. 2.3. – Zu beachten sind ferner die Sonderbestimmungen mit Datenschutzcharakter aus den einschlägigen Aufsetzungsgesetzen (vgl. etwa Art. 13a und Art. 23 FINMAG i.V.m. den Vorgaben aus der sog. Datenverordnung-FINMA; vgl. auch Art. 101 BGS i.V.m. Art. 97 ff. VGS).

³⁸⁶⁶ Dazu vorne N 1216 ff.

³⁸⁶⁷ BGE 143 I 253, E. 3 und 4.

schlagnahmen, amtlich zu verwahren, zu vernichten³⁸⁶⁸ oder u.U. auch eine Konzession zu entziehen.³⁸⁶⁹

- 1343 Selbstverständlich können behördliche Anordnungen des Weiteren auch im Hinblick auf die Rechtsgleichheit (Art. 8 BV), das Willkürverbot (Art. 9 BV) oder den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 BV) Fragen aufwerfen. Bemerkenswert erscheint etwa, dass das Bundesgericht sowie die Mehrheit der Lehre inzwischen dazu tendieren, bei wohlerworbenen Rechten Treu und Glauben als relevante Grundrechtsposition und damit den Vertrauensschutz der Eigentumsgarantie vorzuziehen.³⁸⁷⁰ Unabhängig von der gewählten verfassungsrechtlichen Grundlage erscheint aber klar, dass der «qualifizierte Bestandesschutz (...) nicht *absolute* Gesetzesbeständigkeit»³⁸⁷¹ bedeutet. Wohlerworbene Rechte können unter gewissen Voraussetzungen und (bei Eingriffen in ihre Substanz) gegen Entschädigung eingeschränkt und modifiziert werden.³⁸⁷²
- 1344 Handelt es sich bei den beaufsichtigten privaten Akteuren der Wirtschaft um Unternehmen und damit juristische Personen, sind diese als Träger von Grundrechten anerkannt, sofern das betreffende Recht seiner Natur nach überhaupt einer juristischen Person zustehen kann.³⁸⁷³ Das trifft im Grundsatz zu für die Wirtschafts-

³⁸⁶⁸ Dazu vorne N 1210 ff. – In der Rechtsprechung wurde etwa eine, auf die Zollverordnung gestützt angeordnete Einziehung sowie Vernichtung von beschlagnahmten Gegenständen als verwaltungsrechtliche Massnahme qualifiziert, die gegen die Eigentumsgarantie versties (BVGE 2015/34, E. 4.3 und E. 5.1, sowie Urteil BVGer, A-5258/2014, 24.7.2015, E. 4.3 und E. 5.1; vgl. auch Urteil BVGer, A-4351/2016, 26.1.2017, E. 6.2 und E. 8. In E. 8.4 nahm das Gericht sogar Bezug auf Art. 66 Abs. 2 lit. d und f HMG, hielt jedoch klärend fest, dass die Zollverwaltung, gestützt auf diese Bestimmungen, nicht über die Kompetenz verfügt habe, die fraglichen Gegenstände einzuziehen und zu vernichten).

³⁸⁶⁹ Dazu vorne N 1231 ff. – Zum Schutz wohlerworbener Rechte im Besonderen vgl. eingehend etwa RIVA, insb. 69 ff.; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 6 N 11 ff.; VALLENDER/HETTICH, SG-Kommentar BV, Art. 26 N 21 ff.; vgl. auch TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1282 ff.

³⁸⁷⁰ Vgl. insb. BGE 145 II 140, E. 4.3; 128 II 112, E. 10a. – Aus der Lehre: TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1282 ff.; MÜLLER/SCHEFER, 1015; eingehend auch RIVA, 80 ff. und 84 ff. m.w.H.

³⁸⁷¹ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1283 (Hervorhebung im Original).

³⁸⁷² *Ebd.*; VALLENDER/HETTICH, SG-Kommentar BV, Art. 26 N 25 m.w.H.; vgl. dazu auch vorne N 1044.

³⁸⁷³ KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 4 N 209 f. m.w.H.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 284; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Vol. II, N 433.

und Eigentumsfreiheit, ebenso für die Rechtsgleichheit – dies trotz des Wortlauts von Art. 8 Abs. 1 BV, der sich auf «alle Menschen» bezieht –, das Willkürverbot sowie den Grundsatz von Treu und Glauben,³⁸⁷⁴ nicht aber für die persönliche Freiheit und insb. die Garantie der Bewegungsfreiheit.³⁸⁷⁵ Hinsichtlich des Rechts auf Privatsphäre können sich juristische Personen auf Teilgehalte der Garantie berufen, etwa auf die Achtung des Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs, ebenso auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 13 Abs. 2 BV.³⁸⁷⁶

In der Rechtsprechung wurde für die Wirtschaftsfreiheit präzisiert, dass diese 1345 nicht nur für Schweizer Bürgerinnen und inländische juristische Personen gilt, sondern grundsätzlich auch für ausländische natürliche und juristische Personen, soweit sie uneingeschränkt auf dem schweizerischen Markt zugelassen sind bzw. einen staatsvertraglichen Anspruch auf wirtschaftliche Betätigung in der Schweiz haben, etwa im Umfang der durch das Freizügigkeitsabkommen (FZA) eingeräumten Rechte.³⁸⁷⁷

Wie bereits in Kapitel I angesprochen, werden allerdings Fragen zur Grundrechts- 1346 trägerschaft von Unternehmen aufgeworfen, die trotz ihrer privatrechtlichen Form «öffentliche Aufgaben» oder «Staatsaufgaben»³⁸⁷⁸ zu erfüllen haben. Dasselbe

³⁸⁷⁴ KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 4 N 209; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 284; vgl. auch REICH, Wirtschaftsfreiheit, N 138 ff. insb. zur Grundrechtsträgerschaft von Art. 27 BV.

³⁸⁷⁵ KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 4 N 209 sowie § 10 N 534; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 284; MÜLLER/SCHEFER, 84.

³⁸⁷⁶ Vgl. etwa BGE 141 I 201, E. 4.1, wo das Bundesgericht in einem Fall, der eine von der FINMA verfügte Informationssperre betraf, u.a. das informationelle Selbstbestimmungsrecht der betroffenen Bank bejahte. – Vgl. generell dazu KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 13 N 693; MÜLLER/SCHEFER, 209 f. sowie 166 f., wo sie sich dafür aussprechen, den Schutz von Geschäftsgeheimnissen von juristischen Personen eher im Rahmen der Wirtschaftsfreiheit zu beurteilen.

³⁸⁷⁷ Vgl. BGE 125 I 182, E. 5a, sowie etwa BGE 131 I 223, E. 1.1. Vgl. für einen eingehenden Überblick VALLENDER/HETTICH, SG-Kommentar BV, Art. 27 N 47 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 655 f. m.w.H.; MÜLLER/SCHEFER, 1065 m.w.H.; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 30 N 1509 m.w.H.; vgl. eingehend zur Entwicklung dieser Rechtsprechung MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Vol. II, N 1009 ff.; vgl. auch die präzisierenden Hinweise von REICH, Wirtschaftsfreiheit, N 139 ff.

³⁸⁷⁸ Die Lehre und die bundesgerichtliche Rechtsprechung verwenden diese Begriffe i.d.R. synonym (vgl. so etwa ELSER, 11 f. m.w.H.; vgl. auch DÉFAGO GAUDIN, Autonomie, 260 ff.). Vgl. allerdings RICHLI, Rechtsetzung, 281 f., der «Staatsaufgaben» als diejenigen öffentlichen Aufgaben auffasst, die der Staat selber ausführe, während «öf-

trifft auf Private zu, die Verwaltungsaufgaben nachgehen.³⁸⁷⁹ Die Lehre zeigte sich gespalten,³⁸⁸⁰ und die bundesgerichtliche Rechtsprechung klärte die Frage lange Zeit nicht.

- 1347 Das Bundesgericht verneinte etwa die Grundrechts**berechtigung** von Notarinnen und Notaren³⁸⁸¹ und eines amtlichen (unentgeltlichen) Verteidigers,³⁸⁸² liess die Frage für die Swisscom als Fernmeldedienstanbieterin offen,³⁸⁸³ bejahte sie hingegen für Switch für eine in Konkurrenz zu Privaten erbrachte Tätigkeit.³⁸⁸⁴ Auch das Bundesverwaltungsgericht ging von einer Grundrechtsträgerschaft des KKW Mühleberg aus, einer hundertprozentigen Tochtergesellschaft eines staatlich beherrschten gemischtwirtschaftlichen Unternehmens.³⁸⁸⁵ Bezüglich der Aargauischen Pensionskasse APK wurde die Frage offengelassen, allerdings angefügt, ihre Grundrechtsträgerschaft könnte nur anerkannt werden, falls das öffentlich-rechtliche Unternehmen Leistungen unter Wettbewerbsbedingungen anbiete, was aber nicht der Fall war.³⁸⁸⁶ Bezug nehmend auf diesen Entscheid wählte das Bundesgericht in der Folge deutlichere Worte, als es in BGE 143 V 208 festhielt: «Eine Betätigung, die eine Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen, aber an Private über-

fentliche Aufgaben» auch von ausserstaatlichen Stellen erfüllt werden könnten; vgl. in diesem Sinne bereits EICHENBERGER, Aufgabenverteilung, 390 m.w.H.; vgl. auch HÄNER, Grundrechtsgeltung, 1150; UEBERSAX, Privatisierung, 395; PETERS, Globalisierung, 121.

³⁸⁷⁹ Dazu vorne N 44 f.

³⁸⁸⁰ Vgl. BGE 142 II 369, E. 6 mit Hinweisen auf die unterschiedlichen Meinungen in der Literatur; vgl. auch VALLENDER/HETTICH, SG-Kommentar BV, Art. 27 N 54 mit einem Überblick über den Meinungsstand. Statt vieler vgl. ferner VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 5 N 19 ff., die sich eher zurückhaltend zur Grundrechtsträgerschaft äussern; ebenso REICH, Wirtschaftsfreiheit, N 133; KLEY, Entbündelung, 880 ff., der sich für eine Grundrechtsträgerschaft der Swisscom ausspricht; vgl. die Replik dazu bei POLEDNA/MARAZZOTTA, insb. 928 f.; vgl. auch BIAGGINI, Öffentliche Unternehmen, 623 ff. m.w.H., der sich gegen schematische Lösungen und für Differenzierung ausspricht.

³⁸⁸¹ BGE 133 I 259, E. 2.2; 124 I 297, E. 3a.

³⁸⁸² BGE 141 I 124, E. 4.1; 138 I 217, E. 3.4.4.

³⁸⁸³ BGE 131 II 13, E. 6.4.1; 127 II 8, E. 4c.

³⁸⁸⁴ BGE 138 I 289, E. 2.4 und E. 2.8.

³⁸⁸⁵ Urteil BVGer, A-667/2010, 1.3.2012, E. 5.1.2; das Bundesgericht vertiefte die Fragestellung in der Folge nicht, bejahte die Grundrechtsträgerschaft aber implizit im Laufe seiner Ausführungen (vgl. Urteil BGer, 2C_347/2012 und 2C_357/2012, 28.3.2013, E. 13.5 [nicht abgedruckt in BGE 139 II 185]).

³⁸⁸⁶ BGE 142 II 369, E. 6.

tragenen Aufgabe darstellt, bildet nicht Schutzobjekt von Art. 27 BV.»³⁸⁸⁷ Entsprechend definierte das Gericht in BGE 145 I 183 den materiellen Schutzbereich von Art. 27 BV als jede privatwirtschaftliche Tätigkeit umfassend, die berufsmässig ausgeübt werde und auf die Erzielung eines Gewinns oder Einkommens gerichtet sei, und kam zum Schluss, die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben falle nicht darunter.³⁸⁸⁸

Private, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen, sind somit – zumindest in diesem Tätigkeitsbereich³⁸⁸⁹ – im Grundsatz nicht grundrechtsberechtigt, wohl aber an die Grundrechte gebunden (Art. 35 Abs. 2 BV).³⁸⁹⁰ Private Akteure der Wirtschaft, die nicht in Erfüllung von Staatsaufgaben tätig werden, sind demgegenüber insb. Träger der Wirtschaftsfreiheit und der Eigentumsgarantie. Diese sowie die weiteren Grundrechte der Beaufsichtigten sind für die Aufsichtsbehörden verbindlich und stecken zusammen mit den übrigen verfassungsrechtlichen Grundsätzen des rechtsstaatlichen Verwaltungshandelns den Rahmen der zulässigen Aufsichtsausübung ab. Auf diesen ist nachfolgend vertiefter einzugehen. 1348

³⁸⁸⁷ BGE 143 V 208, E. 6.1.2.

³⁸⁸⁸ BGE 145 I 183, E. 4.1.2, u.a. mit Verweis auf BGE 142 II 369, E. 6.

³⁸⁸⁹ Im Tätigkeitsbereich, der nicht der Erfüllung von Staatsaufgaben dient, kann aber wohl von einer Grundrechtsberechtigung ausgegangen werden (BGE 138 I 289, E. 2.8.1; vgl. so auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1865a; differenzierend TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 260; vgl. auch TSCHANNEN, Staatsrecht, N 310, der sich dafür ausspricht, die Frage nach den Grenzen einer Verwaltungsaufgabe jeweils nur für den spezifischen, ins Auge gefassten Handlungsbeitrag innerhalb einer Handlungskette zu beantworten und nicht etwa für ganze Sachbereiche).

³⁸⁹⁰ Vgl. so bereits BGE 138 I 289, E. 2.8.1. Eingehend zur Geltung der Grundrechte, gestützt auf Art. 35 Abs. 2 BV, vgl. TSCHANNEN, Staatsrecht, N 290 ff., N 306 ff. sowie insb. N 318 ff.

§ 2 Verfassungsrechtliche Grundsätze rechtsstaatlicher Aufsichtsausübung

I. Überblick

- 1349 Die rechtmässige Anordnung und Anwendung aufsichtsrechtlicher Instrumente durch die zuständigen Behörden bedingt die Einhaltung spezifischer Voraussetzungen. Diese lassen sich den anwendbaren sachbereichsspezifischen Rechtsgrundlagen entnehmen. Darüber hinaus sind verfassungsrechtliche Vorgaben zu beachten.³⁸⁹¹ Dazu gehört die Einhaltung der Grundrechte (vgl. Art. 35 Abs. 1 und Abs. 2 BV) bzw. die Beachtung der Voraussetzungen nach Art. 36 BV, die kumulativ erfüllt sein müssen, damit ein Freiheitsrecht eingeschränkt werden darf. Zudem sind die Aufsichtsbehörden prinzipiell an die Grundsätze des rechtsstaatlichen Verwaltungshandelns, die in der Bundesverfassung verankert sind, gebunden. Die Rede ist vom Grundsatz der Gesetzmässigkeit (Art. 5 Abs. 1 BV), dem Grundsatz des öffentlichen Interesses (Art. 5 Abs. 2 BV) und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV). Zu beachten sind selbstverständlich auch die Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) sowie der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV und Art. 9 BV).
- 1350 Nachfolgend wird vertieft auf das Legalitätsprinzip und das Verhältnismässigkeitsprinzip im Aufsichtskontext eingegangen.³⁸⁹² Mit Blick auf den Grundsatz des öffentlichen Interesses lässt sich auf die Ausführungen zu den Aufsichtszwecken in Kapitel I verweisen. Die massgeblichen öffentlichen Interessen finden ihre jeweilige Grundlage in den anwendbaren Rechtsnormen. Es handelt sich dabei i.d.R. um Zielsetzungen (wirtschafts-)polizeilicher, aber auch aussen(-wirtschafts-)politischer, systemischer und/oder qualitätssichernder Natur, zu denen das Aufsichtsrecht beitragen soll, um Interessen also, die regelmässig über einen polizeilichen «Schutzauftrag» hinausgehen und etwa auch auf die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit bestimmter Strukturen gerichtet sind.³⁸⁹³
- 1351 Verfahrensrechtlich sei vorab der Hinweis angebracht, dass die Verletzung sowohl des Legalitäts- als auch des Verhältnismässigkeitsprinzips mit *Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht* gerügt werden kann. Auch die *Beschwerde in öffent-*

³⁸⁹¹ Vgl. so etwa auch BJ, Gutachten vom 31.1.2005, VPB 70.46, Ziff. 3.1.1; vgl. auch TANQUEREL, Manuel, N 1155 ff.

³⁸⁹² Dazu hinten N 1353 ff. sowie N 1431 ff.

³⁸⁹³ Dazu vorne N 95 ff.

lich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht ist zulässig, allerdings darf das Bundesgericht das anwendbare kantonale Recht aus Rücksicht auf die föderale Staatsstruktur nicht frei prüfen. Das Bundesgericht hat konkretisierend festgehalten, insb. das Verhältnismässigkeitsgebot könne bei der Anwendung kantonalen Rechts deshalb nur angerufen werden, sofern eine offensichtliche Unverhältnismässigkeit und damit ein Verstoss gegen das Willkürverbot geltend gemacht werde.³⁸⁹⁴ Und auch das Legalitätsprinzip darf nicht alleine, sondern v.a. neben der Rüge der Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips angerufen werden.³⁸⁹⁵ – Weil es sich bei beiden Prinzipien nicht um verfassungsmässige Rechte handelt, kann ausserdem ihre Verletzung nicht selbstständig mit *subsidiärer Verfassungsbeschwerde* geltend gemacht werden, sondern nur zusammen mit einem verfassungsmässigen Recht.³⁸⁹⁶

II. Aufsicht und Legalitätsprinzip

A. Allgemeines

Jedes staatliche Handeln ist gemäss dem Legalitätsprinzip an das Gesetz gebunden. Das Gesetz ist Grundlage, Massstab und Schranke der Verwaltungstätigkeit³⁸⁹⁷ und damit auch der staatlichen Aufsichtsausübung.³⁸⁹⁸ Dabei erfüllt das Legalitätsprinzip verschiedene Funktionen: Zur rechtsstaatlichen Funktion gehört die inhaltliche Bindung der Verwaltung (und damit auch der Aufsichtsbehörden) und so der Schutz der beaufsichtigten Privaten vor (übermässigen) staatlichen Eingriffen in ihre Grundrechte. Zudem tragen präzise Rechtssätze zur Voraussehbarkeit des Verwaltungshandelns bei und schaffen damit Rechtssicherheit. 1352

³⁸⁹⁴ Vgl. BGE 134 I 153, E. 4.2.1 f.; vgl. dazu auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 321 ff. sowie N 519 m.w.H.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 472 ff. Kritisch dazu äusserten sich etwa M. MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 118 ff.; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 813 f.

³⁸⁹⁵ BGE 140 I 381, E. 4.4; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 321; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 430 ff.; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Vol. I, 1857 ff.

³⁸⁹⁶ Vgl. etwa BGE 137 II 305, E. 2 (zum Verhältnismässigkeitsprinzip); vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 322 f. und N 518 m.w.H.

³⁸⁹⁷ Vgl. Art. 5 Abs. 1 BV: «Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht.»

³⁸⁹⁸ Zum Grundsatz der Gesetzmässigkeit generell: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 325 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, § 19 (N 386 ff.); UHLMANN, Legalitätsprinzip, insb. N 6 ff.; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 621 ff.; DUBEY/ZUFFEREY, § 7 (N 465 ff.); TANQUEREL, Manuel, N 448 ff.

Gleichzeitig bezweckt die Bindung der Aufsichtsinstanzen an generell-abstrakte Regelungen die rechtsgleiche Behandlung und Entscheidung ähnlich gelagerter Fälle.³⁸⁹⁹ Darüber hinaus dient das Legalitätsprinzip der demokratischen Legitimation der Aufsichtsausübung. Wird ein Gesetz im formellen Sinne verlangt, setzt dies ein Tätigwerden der Legislative im gewöhnlichen Gesetzgebungsverfahren voraus. Dadurch soll sichergestellt werden, dass die Normierung der Aufsicht, ihrer Instrumente und Verfahren in einem offenen politischen Meinungsbildungs- und Entscheidungsprozess zustande kommt.³⁹⁰⁰

- 1353 Verschiedene Aspekte des Legalitätsprinzips lassen sich unterscheiden: Nach dem sog. Erfordernis des Rechtssatzes wird als Grundlage staatlichen Handelns eine generell-abstrakte Norm des öffentlichen Rechts verlangt.³⁹⁰¹ Regelmässig müssen wichtige Rechtsnormen zusätzlich eine genügende Normstufe aufweisen, d.h. in einem vom Parlament und allenfalls unter Mitwirkung des Volkes erlassenen Gesetz im formellen Sinne enthalten sein.³⁹⁰² Darüber hinaus verlangt das Erfordernis der genügenden Normdichte, dass die Verwaltungstätigkeit nur gestützt auf und nach Massgabe einer generell-abstrakten Rechtsnorm ausgeübt werden darf, die genügend bestimmt ist.³⁹⁰³ Nachfolgend werden die Vorgaben des Legalitäts-

³⁸⁹⁹ Vgl. zur rechtsstaatlichen Funktion des Legalitätsprinzips HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 329 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 397; UHLMANN, Legalitätsprinzip, N 6 ff. und insb. 12; DUBEY/ZUFFEREY, N 479; vgl. auch SCHULTHESS/WIEDERKEHR, 182. – Aus der Rechtsprechung vgl. etwa BGE 146 I 11, E. 3.1.2; 144 I 126, E. 6.1.

³⁹⁰⁰ Vgl. SCHULTHESS/WIEDERKEHR, 182. Zur demokratischen Funktion des Legalitätsprinzips vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 333; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 396; DUBEY/ZUFFEREY, N 478; vgl. aus der Rechtsprechung z.B. BGE 131 II 13, E. 6.3 m.w.H.; 133 II 331, E. 7.2.1; 146 II 56, E. 6.2.1.

³⁹⁰¹ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 399; vgl. auch GRIFFEL, Verwaltungsrecht, N 99 ff.; WALDMANN/WIEDERKEHR, 247 ff.; KARLEN, Verwaltungsrecht, 46 f.; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Vol. I, N 1846 ff.; DUBEY/ZUFFEREY, N 512 ff.; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 654 ff.

³⁹⁰² Zum Erfordernis der Gesetzesform vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 350 ff.; UHLMANN, Legalitätsprinzip, N 13 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 400 ff.; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Vol. I, N 1870 ff.; DUBEY/ZUFFEREY, N 527 ff.; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 656 ff.

³⁹⁰³ Zum Erfordernis der genügenden Normdichte: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 338 ff., die dieses Erfordernis als Teilaspekt des Erfordernisses des Rechtssatzes fassen; vgl. so auch UHLMANN, Legalitätsprinzip, N 16 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 403 f.; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Vol. I, N 1866 ff.; DUBEY/ZUFFEREY, N 518 ff.; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 674 ff.

prinzips vertieft, indem der Frage nachgegangen wird, welche Anforderungen an die Ausgestaltung der aufsichtsrechtlichen Rechtsgrundlagen zu stellen sind, und zwar besonders im Hinblick auf die Regelung der Aufsichtsinstrumente.

B. Erfordernis des Rechtssatzes

1. Vorbemerkungen

Die Bindung aller staatlichen Organe an das Recht setzt die Existenz einschlägiger Rechtssätze im materiellen Sinne voraus. Als solche gelten generell-abstrakte Normen, die natürlichen oder juristischen Personen Rechte einräumen oder Pflichten auferlegen, die Organisation, die Aufgaben und Zuständigkeiten der Behörden regeln oder das Verfahren ordnen.³⁹⁰⁴ Gleichwohl gibt es Handlungsformen der Behörden, die rechtlich nicht geregelt sind. 1354

Im Aufsichtsrecht geht es dabei v.a. um unverbindliche, meist auch informell geäußerte Mitteilungen vonseiten der Behörden bspw. zur Information der Beaufsichtigten, zur Abgabe einer unverbindlichen Empfehlung oder zwecks Ausübung von Kritik. In den unterschiedlichen Aufsichtsbereichen verlangen Lehre und Praxis für solches Behördenhandeln keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage. Wie sogleich auszuführen sein wird, ist die fehlende Regelung der entsprechenden Behördenkompetenzen aber nicht unproblematisch. 1355

Als weitere «Durchbrechung» des Legalitätsprinzips³⁹⁰⁵ sind staatliche Anordnungen auch ohne gesetzliche Grundlage auf der Basis der *polizeilichen Generalklausel* möglich. Nachfolgend wird diskutiert, inwiefern sich die Tätigkeiten von Aufsichtsbehörden auf diese Grundlage stützen können. 1356

³⁹⁰⁴ So etwa TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 289; vgl. auch KARLEN, Verwaltungsrecht, 46; MALINVERNI/HOTTELLIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Vol. I, N 1814 ff.

³⁹⁰⁵ Zu Recht wird von Teilen der Lehre allerdings betont, dass in solchen Fällen (sofern die Voraussetzungen dazu erfüllt sind) die polizeiliche Generalklausel als Grundlage für grundrechtsbeeinträchtigende Massnahmen verwendet werde, und zwar als Ersatz für die sonst geforderte geschriebene gesetzliche Grundlage. Gewissermassen handelt es sich bei der polizeilichen Generalklausel somit nicht um eine Ausnahme vom Legalitätsprinzip, sondern um deren Bestätigung (so etwa BIAGGINI, polizeiliche Generalklausel, 40; BSK BV-EPINEY, Art. 5 N 50).

2. Keine Regelung des informellen Aufsichtshandelns

- 1357 Auch das «informelle Verwaltungshandeln» hat sich im Rahmen der Gesetzmässigkeit und unter Berücksichtigung des öffentlichen Interesses zu bewegen und muss verhältnismässig sein. Nicht formelle Überwachungs- und Kontrollhandlungen der Aufsichtsbehörden vermögen sich nämlich durchaus massgeblich auf den Verlauf eines Aufsichtsverfahrens auszuwirken. Oft liegen sie den (mittels Verfügung) angeordneten Aufsichtsmassnahmen zugrunde und prägen damit auch die Wahl der staatlichen Eingriffe, ihre Stossrichtung und Ausgestaltung. Abgesehen davon können die Überwachungshandlungen konstituierenden Realakte an sich (wie etwa Inspektionen oder Probeentnahmen) mit weitgehenden Eingriffen in die Rechtsstellung der betroffenen Privaten verbunden sein. Hinzu kommt, dass sich auch staatliches Informationshandeln, wie z.B. Warnungen oder Empfehlungen, durchaus auf die Rechtssphäre der Beaufsichtigten auswirken können.³⁹⁰⁶
- 1358 Darüber hinaus sind praxisrelevante Aspekte des Aufsichtshandelns mit Unsicherheiten verbunden, wenn sie keiner normativen Regelung zugeführt sind. Fehlen Vorgaben zum Beginn, Ende und Ablauf einer Aufsichtshandlung, ist diese kaum vorhersehbar, was für die Beaufsichtigten eine erhebliche Einschränkung ihrer Rechtssicherheit bedeuten kann.

Zur Illustration kann etwa auf den Bundesgerichtsentscheid BGer 2C_109/2020, 2C_115/2020 vom 7. Oktober 2020 verwiesen werden, mit welchem das Bundesgericht die Praxis der ElCom guthiess, Tarife nachträglich bis zu vier Jahren später zu prüfen und in der Folge auch ein Aufsichtsverfahren einzuleiten. Das Bundesgericht ging davon aus, dass die Meldung der Tarife für das Folgejahr nicht zu einer Tarifgenehmigung führe, weshalb die eigentliche Tarifprüfung auch erst im Nachhinein erfolgen könne. Aufgrund der bisweilen gänzlich fehlenden Regelung des aufsichtsrechtlichen Verfahrens im Anwendungsbereich des StromVG ist die ElCom gesetzlich nämlich nicht verpflichtet, ihre Tarifprüfung (bis) zu einem bestimmten Zeitpunkt vorzunehmen. Ist eine Aufsichtsbehörde jedoch befugt, praktisch jederzeit ein Aufsichtsverfahren einzuleiten, bedeutet dies für die betroffenen beaufsichtigten Akteure einen erheblichen Mangel an Rechtssicherheit, der sie in ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit einschränkt.³⁹⁰⁷

- 1359 Dies ist insb. dann der Fall, wenn sie mit Mitwirkungsanordnungen rechnen müssen, bezüglich derer die Aufsichtsbehörden ebenfalls weitestgehend frei sind, wie sie vorgehen möchten. Nicht nur stehen ihnen sowohl formelle als auch informelle Instrumente zur Verfügung; die Sachgesetze überlassen ihnen auch weitgehende

³⁹⁰⁶ Vgl. eingehend dazu etwa ALTWICKER/PLATTNER, 375 ff.

³⁹⁰⁷ Vgl. HÄNER, Aufsichtsbehörden.

Ermessensspielräume hinsichtlich der Entscheidung, welche Mitwirkungspflichten sie als verhältnismässig erachten und gegenüber welchen Beaufsichtigten sie solche anordnen bzw. wie und gestützt auf welche Kriterien im Einzelfall sie eine risikobasierte Selektion von Fällen tätigen.³⁹⁰⁸

Nicht überraschend ist daher der Ruf nach einer Schrankensetzung durch den Gesetzgeber.³⁹⁰⁹ Bereits die Klärung der Frage, ab welchem Zeitpunkt von einem formellen Verfahren – im Geltungsbereich der Verwaltungsprozessgesetze – auszugehen sei und ob eine (Zwischen-) Verfügung über eine aufsichtsrechtliche Anordnung verlangt werden könne, würde klarstellen, ob und inwiefern Verfahrensvorgaben und verfahrensrechtliche Mindestgarantien (wie bspw. diejenigen auf Verfassungsstufe sowie aus dem VwVG) auch auf die informellen Verwaltungshandlungen zur Anwendung gelangen. 1360

HÄNER schlägt im Hinblick auf Mitwirkungspflichten zusätzlich vor, in den Gesetzen eine Begründungspflicht der Behörden zu statuieren, wenn sie die Mitwirkung informell einfordern. Sie sollen angeben, welche Tatsachen bzw. welche Risiko- oder Gefahreinschätzung zu dieser Aufforderung führt und weshalb z.B. eine weitere Überprüfung verlangt wird sowie auf welche Rechtsnormen sich die Behörden dabei abstützen würden. Die Nachvollziehbarkeit angeordneter Mitwirkungspflichten würde dadurch sicherlich erhöht werden.³⁹¹⁰ 1361

Ebenfalls im Hinblick auf die Bedürfnisse nach Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns und entsprechender Rechtssicherheit nicht unproblematisch sind Formen unterstützender Aufsicht (wie z.B. Beratungen, Empfehlungen, Auskunft- und Informationserteilungen seitens der Behörden oder auch die Ausstellung von Unbedenklichkeitserklärungen, sog. «*comfort letters*»³⁹¹¹), wenn durch sie 1362

³⁹⁰⁸ HÄNER, Verfahrensrechtliche Aspekte, 91 und 95, die auch deshalb dafür plädiert, den Verfügungscharakter einer Anordnung zur Mitwirkung zu anerkennen. Vgl. dazu auch vorne N 1149 ff.

³⁹⁰⁹ Vgl. so HÄNER, Aufsichtsbehörden; HÄNER, Verfahrensrechtliche Aspekte, 99 insb. mit Blick auf die verfahrensrechtlichen Unsicherheiten in Bezug auf die Anordnung von Mitwirkungspflichten.

³⁹¹⁰ Vgl. HÄNER, Verfahrensrechtliche Aspekte, 96 und 99; vgl. auch THURNHERR, N 142 sowie N 803, wonach der Umstand, dass Rechte und Pflichten ohne Durchführung eines förmlichen Verfahrens statuiert werden, generell begründungspflichtig sei.

³⁹¹¹ Mit der Ausstellung sog. «*comfort letters*» wird die Vereinbarkeit des Verhaltens der Beaufsichtigten mit dem einschlägigen Sachgesetz bestätigt, so etwa vonseiten des Sekretariats der WEKO in Analogie zu Art. 16 Abs. 1 VKU. Vgl. dazu RITSCHARD/SPÜHLER, DIKE-KG, Art. 33 N 47 f. m.w.H.; DUCREY, 303 und 314; CR Concurrence-BOVET/MERKT, Art. 33 N 38.

«aussergesetzliche Verhaltensanforderungen» kreiert werden, die von den Beaufsichtigten «um des guten Verhältnisses zur Aufsichtsbehörde willen auch befolgt werden».³⁹¹² Statt auf klaren Vorschriften, Geboten und Verboten beruht solcher «Überredungsdirigismus»³⁹¹³ auf der Erwartung, dass die Beaufsichtigten subtilen Formen der Verhaltenslenkung «freiwillig» Folge leisten, nicht zuletzt weil es in ihrem eigenen Interesse liegt, sich regelkonform zu verhalten und sich mit der beaufsichtigenden Stelle «gut zu stellen». Oftmals können es sich die Beaufsichtigten aber gar nicht erlauben, Empfehlungen und Aufforderungen der Aufsichtsbehörden nicht zu befolgen.³⁹¹⁴ Obwohl es scheinbar ihrer Freiwilligkeit überlassen bleibt, sich nach den Vorgaben der Aufsichtsbehörden zu richten oder nicht, muss im Einzelfall differenziert werden, ab wann diese in den Schutzbereich der Grundrechte Privater eingreifen und auch die Verfahrensgrundrechte tangieren,³⁹¹⁵ stehen sie doch regelmässig «unter dem Damoklesschwert einer ansonsten drohenden einseitig-hoheitlichen Alternativmassnahme».³⁹¹⁶

- 1363 Kooperationsbereitschaft vonseiten der Beaufsichtigten, eine angenehme Zusammenarbeit und ein gutes Einvernehmen zwischen Aufsichtsbehörde und Beaufsichtigten werden sich i.d.R. positiv auf ihre auf Dauer angelegte Rechtsbeziehung auswirken. Es wird sich auch nicht vermeiden lassen, dass einzelne Beaufsichtigte in einem besseren Verhältnis zur Aufsichtsbehörde stehen als andere. Fragen können

³⁹¹² BULLINGER, 300.

³⁹¹³ Vgl. *ebd.*, 300 m.w.H.

³⁹¹⁴ Vgl. etwa P. KUNZ, Rechtsprechung, 58 zum Urteil BGer, 2C_1184/2013, 17.7.2014, das er als «rechtsstaatlich bedenklich» beurteilt; vgl. auch C. BECK, N 69; vgl. auch HETTICH/FREYER, 124, die sich auf den Standpunkt stellen, dass die Aufrechterhaltung einer produktiven Aufsichtsbeziehung zur Aufsichtsbehörde i.d.R. wichtiger sei als etwa die Erringung eines punktuellen Erfolges gegen eine ihrer Verfügungen vor Gericht, weshalb die Gerichtspraxis spezifisch im Finanzmarktbereich auch mehr durch die «schwarzen Schafe» als durch die «seriösen Finanzinstitute» geprägt werde.

³⁹¹⁵ TSCHANNEN, Warnungen, N 95, wo er argumentiert, dass die beeinflussende Behörden-tätigkeit so lange nicht in den Schutzbereich von Grundrechten eingreife, als sie deren Zweck nicht zuwiderlaufe. Vgl. so auch ALTWICKER/PLATTNER, 375 ff. mit Beispielen; THURNHERR, Verwaltungshandeln, N 823 ff., wo sie differenzierend anfügt, dass ein ungleich intensiverer Betroffenheitsgrad derjenigen Personen bestehe, die einen engen Bezug zum Gegenstand behördlicher Warnungen und Empfehlungen aufweisen. So tangiert etwa eine öffentliche Warnung über bestimmte gesundheitsgefährdende Lebensmittel die Hersteller, Importeurinnen, Verteiler und Verkäuferinnen ebenso wie die Konsumentenorganisationen in anderer Weise als die Bevölkerung, die Adressatin der Warnung ist. Art. 54 Abs. 4 LMG trägt diesem Umstand Rechnung, indem Erstere im Falle einer öffentlichen Warnung, wenn möglich, vorgängig angehört werden.

³⁹¹⁶ THURNHERR, Verwaltungshandeln, N 864.

jedoch aufgeworfen werden, wenn eine objektive, sorgfältige und unvoreingenommene Aufsichtsausübung vonseiten der Behörden gegenüber sämtlichen Beaufsichtigten beeinträchtigt zu werden droht.³⁹¹⁷ Insbesondere dürfen unterschiedliche Beziehungen zwischen der Aufsicht und den Beaufsichtigten nicht in einer ungleichen Behandlung der Beaufsichtigten resultieren, ohne gegen den Grundsatz der Rechtsgleichheit zu verstossen und überdies auch Fragen zur Fairness des Verfahrens, insb. im Hinblick auf die Unbefangenheit der Aufsichtsbehörden, aufzuwerfen. Das auf Dauer angelegte «aufsichtsrechtliche Rechtsverhältnis»³⁹¹⁸ führt jedoch dazu, dass auch in solchen Situationen die Gerichte nur zurückhaltend angerufen werden.³⁹¹⁹

In Gerichtsverfahren gilt ein striktes Verbot des sog. «Berichtens».³⁹²⁰ Die Gerichte sind danach nicht befugt, auf Eingaben von Verfahrensbeteiligten ausserhalb des prozessrechtlich abgesteckten Rahmens und zusätzlich zu den gemäss den anwendbaren Verfahrensbestimmungen zur Verfügung stehenden prozessualen Mitteln einzugehen oder generell mit den Parteien in Kontakt zu treten.³⁹²¹ Auch das Bundesgericht betrachtet entsprechend Petitionen von Verfahrensbeteiligten in konkreten Gerichtsverfahren mit Blick auf die Verfahrensordnung, die Verfahrensfairness «sowie wegen der Gefahr der unzulässigen Beeinflussung des Richters» als unzulässig. Es führte aus, dass Richter, die auf Petitionen von Verfahrensbeteiligten eingingen, sich dem Vorwurf der Voreingenommenheit und Parteilichkeit aussetzen würden. Es solle verhindert werden, dass Personen als Richter tätig seien, die unter solchen Einflüssen stünden und deshalb keine «rechten Mittler» mehr sein könnten.³⁹²² 1364

³⁹¹⁷ So auch M. MÜLLER, Aufsicht, 405 f., der sich kritisch zum «*Coaching*» durch Aufsichtsbehörden äussert.

³⁹¹⁸ Vgl. dazu vorne N 31 ff.

³⁹¹⁹ HETTICH, Kooperative Risikovorsorge, N 474.

³⁹²⁰ Illustrativ dazu: Art. 48 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG) des Kantons Bern; vgl. auch B. SCHINDLER, Befangenheit, 73 und 136 (Fn. 678).

³⁹²¹ Den Verfahrensbeteiligten in einem Gerichtsverfahren stehen diverse prozessuale Mittel zur Verfügung, um formell Anträge zu stellen und sich zum Sachverhalt ebenso wie zur rechtlichen Beurteilung des Falles zu äussern. Im Vorfeld eines Verfahrens bestehen Möglichkeiten des vorsorglichen Rechtsschutzes, nach Abschluss des Verfahrens stehen Rechtsbehelfe und Rechtsmittel zur Verfügung. Die anwendbaren Verfahrensbestimmungen formalisieren die Gerichtsverfahren und ordnen die Verfahrensabläufe. Sie geben auch den Rahmen vor, innerhalb dessen die Verfahrensbeteiligten ihre Eingaben ausschliesslich vorbringen können.

³⁹²² BGE 119 Ia 53, E. 4 u.a. auch mit Verweis auf BGE 114 Ia 153, E. 3b (S. 158 ff.), wo das Bundesgericht einen Richter als befangen bezeichnete, der einen informellen Augenschein durchgeführt und dazu eine Aktennotiz verfasst hatte, «obwohl die Parteien dazu haben Stellung nehmen können».

- 1365 Im Kontext von Aufsichtsverfahren ist dieser Hinweis berechtigt, muss jedoch mit Blick auf die Rolle und Funktion der Aufsichtsbehörden im Gegensatz zu den Gerichten relativiert werden.³⁹²³ Zum einen finden sich die Aufsichtsbehörden nur ausnahmsweise in einer gerichtsähnlichen Rolle wieder. Zum anderen geht es bei der Gleichbehandlung der Beaufsichtigten durch die Aufsichtsbehörden um eine jederzeit (d.h. auch in Zukunft) generell zu gewährleistende Gleichbehandlung sämtlicher Beaufsichtigten, unabhängig von einzelnen Aufsichtsverfahren, während es insb. in einem kontradiktorischen Gerichtsverfahren jeweils um die Gleichbehandlung der konkreten Parteien (im spezifischen Verfahren) geht. Die Ausgangslage für die Beurteilung von Befangenheit ist vor diesem Hintergrund eine andere vor Gericht als vor den Aufsichtsbehörden.³⁹²⁴
- 1366 Der Fokus auf das Aufsichtsrecht als Spezialbereich des Verwaltungsrechts fördert eine mannigfaltige Vielfalt von informellen Verwaltungshandlungen zutage und macht damit auch die mit ihr verbundenen Schwierigkeiten besonders sichtbar. Der gesetzgeberische Handlungsbedarf wird dadurch deutlich. Es sprechen gewichtige Argumente für eine eingehendere normative Regelung des Aufsichtsverfahrens, die das tatsächliche Handeln (sowie das Dulden bzw. Unterlassen) der Behörden mitumfasst. Es kann nicht sein, dass ein inzwischen so gewichtiger Zweig des Verwaltungsrechts, der zum Teil mit weitgehenden Eingriffen in die Rechtspositionen der Beaufsichtigten verbunden ist, keiner Regelung zugeführt ist und dadurch mit teils unzumutbaren Unsicherheiten verbunden ist. Eine solche Ausgangslage widerspricht ganz grundsätzlich der Hauptforderung des Legalitätsprinzips, wonach jegliche staatliche Tätigkeit auf einer gesetzlichen Grundlage basieren muss.
- 1367 Insgesamt würde die Legitimation des staatlichen Aufsichtshandelns durch eine Zuführung in gesetzliche Regelungen gestärkt. Ausserdem spricht einiges dafür, im aufsichtsrechtlichen Kontext nicht nur den nachträglichen Rechtsschutz gegenüber aufsichtsrechtlichen Realakten im Einzelfall grosszügiger zu gewähren, sondern auch die Verfahrensrechte der Betroffenen im laufenden Verfahren zu sichern. Auf diese Aspekte wird in Kapitel IV näher eingegangen.³⁹²⁵

³⁹²³ Zu den Unterschieden zwischen Aufsichtsbehörden und Gerichten vgl. vorne N 547 ff.

³⁹²⁴ Zum Anspruch auf unabhängige und unbefangene Beurteilung im Aufsichtsverfahren vgl. hinten N 1670 ff.

³⁹²⁵ Dazu hinten N 1549 ff. sowie N 1652 ff.

3. Aufsichtsmassnahmen auf Basis der polizeilichen Generalklausel?

Staatliche Anordnungen sind auch auf der Basis der *polizeilichen Generalklausel* 1368 möglich, und zwar in Fällen ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr. Liegt eine solche Gefahr vor, können gemäss Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV sogar schwerwiegende Grundrechtseingriffe auf die polizeiliche Generalklausel abgestützt werden, die dann an die Stelle einer genügenden gesetzlichen Grundlage tritt. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung müssen dazu aber bestimmte, kumulativ zu erfüllende Voraussetzungen erfüllt sein: Es müssen fundamentale Rechtsgüter des Staates oder der Privaten betroffen sein, die gegen schwere und zeitlich unmittelbar drohende Gefahren zu schützen sind. Ausserdem muss zeitliche Dringlichkeit gegeben sein und die bestehenden Massnahmen dürfen nicht oder nicht rechtzeitig zur Gefahrenabwehr ergriffen werden können. Schliesslich ist der Rückgriff auf die polizeiliche Generalklausel nur subsidiär möglich, wenn keine geeigneten gesetzlichen Massnahmen zur Verfügung stehen.³⁹²⁶

Fraglich erscheint, ob auch Aufsichtsbehörden auf einer solchen Basis tätig werden dürften, vorausgesetzt, es bestehe eine echte Not- oder Krisensituation (und die übrigen Anwendungsvoraussetzungen wären erfüllt). Diese Frage wurde in einem aufsichtsrechtlich relevanten Fall diskutiert, und zwar im Zusammenhang mit der umstrittenen Verfügung der FINMA, mit welcher sie die UBS AG verpflichtet hatte, ihr Daten von 255 Kunden zwecks Weiterleitung dieser Daten an das *US-Department of Justice* zu übergeben. Obwohl das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss gekommen war, dass die FINMA zum selbstständigen Erlass einer solchen Verfügung (selbst mit Erlaubnis des Bundesrats) nicht kompetent gewesen sei,³⁹²⁷ konnte sich die FINMA nach Auffassung des Bundesgerichts auf die polizeiliche Generalklausel stützen. Massgeblich für den Entscheid des Bundesgerichts war der Beschluss des Bundesrates vom 19. Dezember 2008, mit welchem er die FINMA dazu aufgefordert hatte, «alle notwendigen Massnahmen zu treffen», um eine Anklageerhebung gegen die UBS «im Sinne der Stabilität sowohl des schweizerischen als auch des globalen Finanzsystems» zu verhindern.³⁹²⁸ Zwar wäre,

³⁹²⁶ Vgl. BGE 137 II 431, E. 3.3.1; 126 I 112, E. 4b; 121 I 22, E. 4b/aa; vgl. auch den Überblick bei P. EGLI, Grundrechte, 198; zur polizeilichen Generalklausel vgl. auch MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Vol. I, N 1897 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1543 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2580 ff.; DUBEY/ZUFFEREY, N 1290 ff.; TANQUEREL, Manuel, N 460 ff.

³⁹²⁷ Urteil BVGer, B-1092/2009, 5.1.2010, E. 8.3.

³⁹²⁸ BGE 137 II 431, E. 3.2.2.

nach Auffassung des Bundesgerichts, die FINMA als Verwaltungsbehörde «mit Blick auf die mit der Durchbrechung des Bankkündengeheimnisses verbundenen Auswirkungen *nicht* befugt gewesen, gestützt auf die polizeiliche Generalklausel in ihrem Fachbereich die Dokumentenherausgabe *in eigener Verantwortung* zu verfügen».³⁹²⁹ Im konkreten Fall konnte sie sich aber auf die polizeiliche Generalklausel berufen, «weil sie den Bundesrat laufend über die Situation informiert hatte und inhaltlich letztlich gemeinsam mit ihm handelte. (...) Die FINMA hat mit Wissen bzw. auf Anweisung und Drängen des Bundesrats hin verfügt, wobei dieser die konkret vorgesehene Massnahme – die umstrittene Datenherausgabe – gebilligt hatte.»³⁹³⁰ Das Gericht betonte abschliessend (und unter Heranziehung der Lehre) den notrechtlichen Charakter dieses Falles sowie dass eine solche Konstellation rechtsstaatlich eine Ausnahme bleiben müsse, «begründet durch den Sonderfall der existenziellen Bedrohung einer für die schweizerische Massstäbe systemrelevanten Bank».³⁹³¹

- 1370 Wie an anderen Stellen ausgeführt, wurde dem Bundesgerichtsentscheid in der Lehre aus unterschiedlichen Gründen Kritik entgegengebracht.³⁹³² Mit Blick auf die polizeiliche Generalklausel im Besonderen wurde die Bereitschaft des Gerichts, in diesem Fall «den finanzmarktrechtlichen Funktionsschutz, wie er von der FINMA mit Zustimmung des Bundesrats wegen der Systemrelevanz der UBS hier wahrgenommen wurde», nicht als «wirtschaftspolitische», sondern als «wirtschaftspolizeiliche Massnahme» aufzufassen und «darin eine gestützt auf die bestehenden, traditionell anerkannten Polizeigüter (in Abgrenzung zu diesen) erweiterte Polizeiaufgabe» zu sehen,³⁹³³ als äusserst weitgehende Ausdehnung der Schutzobjekte und damit der Notverordnungskompetenz qualifiziert.³⁹³⁴ EGLI zeigte zudem auf, dass die auch in diesem Fall bestätigte Rechtsprechung, das Erfordernis der Unvorhersehbarkeit bei der Prüfung der Anwendungsvoraussetzungen der polizeilichen Generalklausel mit generellem Hinweis auf die Schutzpflichten des Staates in den Hintergrund treten zu lassen,³⁹³⁵ nicht zu überzeugen vermag.³⁹³⁶ Hinzu kommt, dass die Darstellung einer direkten, unmittelbaren und sofort zu behebenden Gefährdung von höher-

³⁹²⁹ *Ebd.*, E. 3.2.3 (Hervorhebung im Original).

³⁹³⁰ *Ebd.*, E. 3.2.3.

³⁹³¹ *Ebd.*, E. 4.4 m.w.H.

³⁹³² Dazu vorne insb. N 807 ff. sowie hinten N 1442.

³⁹³³ BGE 137 II 431, E. 4.1.

³⁹³⁴ MÄRKLI, Notrecht, 61.

³⁹³⁵ Vgl. BGE 137 II 431, E. 3.3.1 f.

³⁹³⁶ P. EGLI, Grundrechte, 198 ff.

rangigen Interessen auch angesichts der Sachlage nicht schlüssig gelingen konnte. Wie schon das Bundesverwaltungsgericht festgehalten hatte, waren die Drohungen vonseiten der US-Behörden bereits einige Zeit bekannt gewesen. Ausserdem stellte das Gericht in Frage, ob die möglichen gravierenden Probleme der UBS aufgrund einer Strafklage in den USA Polizeigüter wie die öffentliche Ordnung und Sicherheit tatsächlich unmittelbar gefährdet hätten.³⁹³⁷ In der gegebenen Situation kam die Berufung auf die polizeiliche Generalklausel aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichts «faktisch einer Kompetenzattraktion durch die Vorinstanz gleich», die es als unzulässig einstufte.³⁹³⁸

An diesen für die vorliegende Untersuchung besonders interessanten Hinweis knüpfte BIAGGINI an, als er zu bedenken gab, dass das Bundesgericht auf die grundsätzliche Frage, ob eine Aufsichtsbehörde wie die FINMA – mit den ihr (nach dem Grundsatz der Spezialität³⁹³⁹) gesetzlich übertragenen Verwaltungsaufgaben – überhaupt in der Lage sei, «in einem derart ungewöhnlichen und auch politisch brisanten Fall Verantwortung für die Anrufung der polizeilichen Generalklausel und für das damit einhergehende Handeln ohne gesetzliche Grundlage (gegebenenfalls sogar *contra legem*?) zu übernehmen», nicht eingegangen sei.³⁹⁴⁰ Das diesbezügliche Schweigen des Bundesgerichts erstaunte, wäre doch nach der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung zu erwarten gewesen, dass der Bundesrat als politisch verantwortliche Behörde auch zuständig gewesen wäre, um die in diesem Fall notwendigen Entscheide nicht nur inhaltlich,³⁹⁴¹ sondern auch formell zu treffen und zu vertreten. Indessen überspannte das Gericht gewissermassen den Bogen in der Art und Weise, wie es die Wichtigkeit der «Rückendeckung» der FINMA durch den Bundesrat in diesem Fall betonte. Indem es insb. festhielt, dass der Bundesrat die FINMA «beauftragt» hatte, «mit allen ihr zur Verfügung stehenden aufsichtsrechtlichen Mitteln, einschliesslich einer allfälligen Datenherausgabe gestützt auf Art. 25 f. BankG bzw. die polizeiliche Generalklausel (Art. 36 BV), zu intervenieren»,³⁹⁴² warf es automatisch Fragen zur Unabhängigkeit der FINMA auf – wiederum, ohne sich näher damit auseinanderzusetzen.³⁹⁴³

³⁹³⁷ Urteil BVGer, B-1092/2009, 5.1.2010, E. 12.2.

³⁹³⁸ *Ebd.*

³⁹³⁹ Vgl. dazu BIAGGINI, polizeiliche Generalklausel, 38 f. m.w.H.

³⁹⁴⁰ *Ebd.*, 38 f. (Hervorhebung im Original); dazu auch vorne N 647.

³⁹⁴¹ Vgl. dazu BGE 137 II 431, E. 3.2.3.

³⁹⁴² *Ebd.*, E. 3.2.2.

³⁹⁴³ Vgl. dazu BIAGGINI, polizeiliche Generalklausel, 38; dazu auch vorne N 589 und N 810.

- 1372 Interessant war vor diesem Hintergrund der «unorthodoxe» Vorschlag von BIAGGINI, zur «Rettung» der FINMA-Verfügung «den vom Bundesrat am 19. Dezember 2008 getroffenen Entscheid, die FINMA (bzw. die damalige EBK) einzuladen, «alle notwendigen Massnahmen zu treffen» (E. 3.2.2), *nachträglich umzu-deuten* und darin eine Ausübung der bundesrätlichen Befugnisse gemäss Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV zu erblicken».³⁹⁴⁴
- 1373 Damit wäre immerhin die organisationsrechtliche Brisanz des Entscheids etwas relativiert worden. Ausserdem wäre Klarheit darüber geschaffen worden, dass, angesichts der ausserordentlichen Umstände dieses Falles, die Exekutive sich in der Pflicht sah, polizeiliche Massnahmen zum Schutz der ökonomischen Stabilität und des Finanzmarkts anzuordnen, um eine schwere und unmittelbare Gefahr nicht nur für die UBS AG, sondern aufgrund ihrer Systemrelevanz auch für den nationalen und internationalen Finanzmarkt abzuwenden.³⁹⁴⁵
- 1374 Insgesamt muss die eingangs gestellte Frage, ob Aufsichtsbehörden auf der Grundlage von polizeilichen Generalklauseln Aufsichtsanordnungen verfügen dürfen, differenziert beantwortet werden. Auf der Basis von Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV, der im geschilderten Fall herangezogen worden war,³⁹⁴⁶ ist eine solche Kompetenz wohl zu verneinen.³⁹⁴⁷ Besteht allerdings eine (spezial-)gesetzliche Grundlage, die gewissen Aufsichtsbehörden für spezifische Fälle solche (Not-)Kompetenzen zukommen lässt, sind diese befugt, u.U. sogar beauftragt, in Fällen unmittelbarer Gefahr ihre entsprechenden Aufgaben auch wahrzunehmen und (Not-)Massnahmen anzuordnen.³⁹⁴⁸

Eine solche Grundlage findet sich bspw. in Art. 72 Abs. 3 KEG, wonach die Aufsichtsbehörden im Falle einer drohenden unmittelbaren Gefahr für die nukleare Sicherheit umgehend Massnahmen anordnen können, auch solche die von der erteilten Bewilligung oder Verfügung abweichen.

³⁹⁴⁴ BIAGGINI, polizeiliche Generalklausel, 44.

³⁹⁴⁵ *Ebd.*

³⁹⁴⁶ Vgl. etwa BGE 137 II 431, E. 3.2.2.

³⁹⁴⁷ Vgl. auch BIAGGINI, polizeiliche Generalklausel, 39 f., der sich dezidiert gegen die Auffassung ausspricht, Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV sei «die» polizeiliche Generalklausel.

³⁹⁴⁸ Vgl. so auch BIAGGINI, polizeiliche Generalklausel, 39 f.; vgl. in diesem Sinne wohl auch MÄRKLI, Notrecht, 61 f. m.w.H.

C. Erfordernis der genügenden Normstufe

1. Kriterien zur Bestimmung der erforderlichen Normstufe

Gemäss Art. 164 Abs. 1 BV sind «[a]lle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen» in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen. Eine Regelung wichtiger Bestimmungen auf Verordnungsstufe würde dem Erfordernis der Gesetzesform mit anderen Worten nicht genügen, weil sie nicht Ergebnis eines ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens ist. Die Wahl der Normstufe hängt vom Bedürfnis nach demokratischer Legitimation ab bzw. vom Bedürfnis der raschen Revidierbarkeit der fraglichen Bestimmungen.³⁹⁴⁹ Fixe Regeln zur Bestimmung der erforderlichen Normstufe gibt es kaum.³⁹⁵⁰ 1375

Ausgehend vom Wortlaut von Art. 164 Abs. 1 BV wird jeweils an die Wichtigkeit einer Bestimmung angeknüpft, was allerdings i.d.R. eine politische Wertung voraussetzt.³⁹⁵¹ Die Aufzählung «wichtigkeitssensibler» Bereiche³⁹⁵² in Art. 164 Abs. 1 Satz 2 BV dient der Veranschaulichung und ist nicht abschliessend, wie das Wort «insbesondere» verdeutlicht.³⁹⁵³ Dazu gehören «grundlegende Bestimmungen»³⁹⁵⁴ über die Einschränkungen verfassungsmässiger Rechte (lit. b) und die Rechte und Pflichten von Personen (lit. c). Ebenso werden dazu «grundlegende Bestimmungen» über die Organisation und das Verfahren der Bundesbehörden gezählt (lit. g). Auch Art. 36 Abs. 1 BV sieht vor, dass Einschränkungen von Grundrechten einer gesetzlichen Grundlage bedürfen; schwerwiegende Grundrechtseinschränkungen müssen sogar im Gesetz selbst vorgesehen sein.³⁹⁵⁵ 1376

Lehre und Praxis haben verschiedene Kriterien entwickelt, um die «Gesetzesbedürftigkeit»³⁹⁵⁶ einer Rechtsnorm zu ermitteln. Dazu gehören (u.a.) 1377

³⁹⁴⁹ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 400.

³⁹⁵⁰ *Ebd.*, N 401.

³⁹⁵¹ TSCHANNEN, Staatsrecht, N 1595.

³⁹⁵² UHLMANN, Legalitätsprinzip, N 13.

³⁹⁵³ *Ebd.*; BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 164 N 5; TSCHANNEN, Staatsrecht, N 1596.

³⁹⁵⁴ Die Unterscheidung zwischen den in Art. 164 Abs. 1 BV genannten «wichtigen rechtsetzenden» und «grundlegenden Bestimmungen» ist unklar und bislang kaum überzeugend auszumachen, weshalb die Begriffe oftmals synonym verwendet werden. Diese Meinung ist jedoch nicht unbestritten (vgl. dazu UHLMANN, Legalitätsprinzip, N 13 m.w.H.).

³⁹⁵⁵ Vgl. Art. 36 Abs. 1 BV, Satz 1 und 2.

³⁹⁵⁶ Vgl. so BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 164 N 6.

- die Grösse des Adressatenkreises der Norm und der Zahl der geregelten Sachverhalte,
- die Intensität der Regelung für die Betroffenen (insb. mit Blick auf deren Grundrechte),
- die Bedeutung der Norm für die Ausgestaltung des politischen Systems (bspw. für die Aufgabenteilung zwischen den Gemeinwesen, die Zuständigkeit von Staatsorganen, das Verfahren etc.),
- die finanziellen Auswirkungen der Regelung und
- die Umstrittenheit bzw. Akzeptanz der Regelung in der Rechtsgemeinschaft.³⁹⁵⁷

1378 Lassen sich diese Kriterien, auch nur einzelne,³⁹⁵⁸ im Hinblick auf eine fragliche Regelung im Aufsichtsrecht bejahen, sind die Anforderungen an die gewählte Normstufe erhöht und wird ein höheres Mass an demokratischer Legitimation verlangt.

1379 Spezifisch für die Aufsicht – allerdings mit Blick auf die «staats-» bzw. «verwaltungsinternen» Aufsichtsverhältnisse – wurden von SCHULTHESS/WIEDERKEHR Fallgruppen entwickelt, die ebenfalls zur Bestimmung sowohl von Normstufe als auch von Normdichte herangezogen werden können.³⁹⁵⁹ Auch sie stellen (i) auf die *Eingriffsintensität* einer Norm ab³⁹⁶⁰ und berücksichtigen (ii) den *Verbindlichkeitsgrad* der angeordneten Massnahmen³⁹⁶¹. Je verbindlicher und verpflichtender ein Aufsichtsmittel ist, desto eher ist eine besondere gesetzliche Grundlage verlangt. Mit Blick auf die staatlicherseits ausgeübte (staatsinterne) Aufsicht über Verwaltungsträger nennen SCHULTHESS/WIEDERKEHR (iii) zudem das Kriterium des *Autonomiegrads der Beaufsichtigten* (bzw. das Kriterium des Vollzugsverhältnisses)³⁹⁶² und führen (iv) die *Art der Aufsicht* (insb. Dienst- und Verbandsaufsicht) als weiteren zu beachtenden Gesichtspunkt auf³⁹⁶³.

³⁹⁵⁷ Grundlegend dazu G. MÜLLER, *Rechtsetzung*, 110 ff.; MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, N 232 ff. und insb. N 235; BIAGGINI, *Kommentar BV*, Art. 164 N 6; TSCHANNEN, *Staatsrecht*, N 1595; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 354; UHLMANN, *Legalitätsprinzip*, N 14; WALDMANN/WIEDERKEHR, 5/26; vgl. auch die Erwägungen von MOOR/POLTIER, 135 f. – Aus der (aufsichtsrechtlich relevanten) Rechtsprechung vgl. etwa BGE 131 II 13, E. 6.4.2; vgl. auch BGE 143 I 253, E. 6.1.

³⁹⁵⁸ BGE 130 I 1, E. 3.4.2.

³⁹⁵⁹ SCHULTHESS/WIEDERKEHR, 195 ff.

³⁹⁶⁰ *Ebd.*, 198 f.

³⁹⁶¹ *Ebd.*, 195 ff.

³⁹⁶² *Ebd.*, 199 ff.

³⁹⁶³ *Ebd.*, 202 f.

Wie sogleich aufzuzeigen sein wird, sprechen diese Kriterien für grundsätzlich erhöhte Anforderungen an die Regelung des Aufsichtsverhältnisses im Allgemeinen und die Normierung von Aufsichtsinstrumenten im Besonderen, und zwar mit Blick auf sowohl die genügende Normstufe als auch die erforderliche Normdichte. Die erhöhten Anforderungen gelten allerdings nicht ausnahmslos. 1380

2. Anforderungen an die Normstufe im Aufsichtsrecht

2.1 Grundsätzlich erhöhte Anforderungen

Angewendet auf den vorliegenden Untersuchungsgegenstand lässt sich Art. 164 Abs. 1 BV grundsätzlich entnehmen, dass zunächst einmal die Einführung einer staatlichen Aufsicht über Private einer gesetzlichen Grundlage im Sinne eines formellen Gesetzes bedarf. Die Aufsichtsausübung wird zwar als Funktion der Exekutive aufgefasst, beinhaltet jedoch – wie gesehen – einige Überschneidungen mit Aufgaben, die im Staat grundsätzlich der Legislative oder Judikative zugedacht sind,³⁹⁶⁴ und wirkt sich damit auf die Ausgestaltung des politischen Staatssystems bzw. die staatlichen Funktionen und die ihnen zugeordneten Organe aus.³⁹⁶⁵ Hinzu kommt, dass die Einführung eines Aufsichtssystems auch organisationsrechtliche Auswirkungen i.S.v. Art. 164 Abs. 1 lit. g BV zeitigt. Zu beachten ist ausserdem, dass kontroverse Fragestellungen – etwa danach, ob und welcher Behörde welche Aufsichtsaufgaben und -kompetenzen zukommen sollten – i.d.R. von politischen Wertvorstellungen und Staatsauffassungen beeinflusst sind. Auch deshalb erscheint es als besonders wichtig, dass solche Themen im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren eingehend diskutiert und auf eine solide und damit politisch mehrheitsfähige Basis gestellt werden, nicht zuletzt um ihre Akzeptanz vonseiten der Betroffenen, aber auch der Gesamtgesellschaft zu fördern.³⁹⁶⁶ 1381

Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang, dass das Aufsichtsrechtsverhältnis zwischen staatlichen Aufsichtsbehörden und privaten Akteuren u.a. nach dem Verständnis der freiheitlichen (defensiven) Grundrechtsdogmatik *per se* mit staatlichen Eingriffen in die Rechtsstellung der Privaten einhergeht. «Staat» und «Private» stehen einander nach diesem Verständnis als zwei unterschiedliche, voneinander getrennte und autonome Sphären gegenüber.³⁹⁶⁷ Die Autonomie indiziert 1382

³⁹⁶⁴ Dazu vorne N 411 ff. und N 529 ff.

³⁹⁶⁵ Vgl. so auch SCHULTHESS/WIEDERKEHR, 189, wenn auch zur staatsinternen Aufsicht.

³⁹⁶⁶ *Ebd.*; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 354 ff. mit Beispielen zum Kriterium der Akzeptierbarkeit.

³⁹⁶⁷ Dazu auch vorne N 46 ff.

einen grundsätzlichen Entscheid gegen Einwirkungen vonseiten des Staates in diese Sphäre. Will die Gesetzgebung diesen Entscheid zugunsten von staatlichen Eingriffsbefugnissen aufweichen, muss sie eine ausdrückliche Regelung treffen;³⁹⁶⁸ es werden prinzipiell erhöhte Anforderungen an die Normstufe der dafür benötigten gesetzlichen Grundlagen gestellt³⁹⁶⁹ und – wie noch näher zu beleuchten sein wird – ebenso an die Normdichte³⁹⁷⁰.

- 1383 Mit Blick auf die einzelnen Aufsichtsinstrumente, die von staatlichen Behörden gegenüber privaten Akteuren angeordnet werden und diesem Kapitel zugrunde liegen, sind einige Differenzierungen angebracht: Unverbindliche Aufsichtsmittel, die die Rechtsstellung der Beaufsichtigten nicht besonders tangieren, wie bspw. vonseiten der Behörden geäußerte Empfehlungen, Informationen, allenfalls Warnungen sowie Beanstandungen, haben prinzipiell keinen hohen Anforderungen an die Normstufe zu genügen.³⁹⁷¹ Demgegenüber sind verbindliche behördliche Verpflichtungen zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen, allenfalls gar verbunden mit einer Sanktion oder Sanktionsandrohung, im Grundsatz auf Gesetzesebene zu regeln.³⁹⁷²
- 1384 Zu den verbindlichen Aufsichtsinstrumenten von einer gewissen Eingriffsintensität gehören sowohl Aufsichtsmittel, die den Marktzugang betreffen, als auch solche, die sich auf das Marktverhalten der Beaufsichtigten beziehen und dabei der laufenden Aufsicht oder auch den Durchsetzungsmassnahmen zugeordnet werden:
- 1385 – Bewilligungs- und Konzessionserfordernisse³⁹⁷³ sowie Vorgaben zum entsprechenden Verfahren bedürfen einer Grundlage im Gesetz. Zudem benötigen Monopolkonzessionen jeweils einer spezifischen verfassungsrechtlichen Abstützung und Rechtfertigung.³⁹⁷⁴

³⁹⁶⁸ HÄNNI/Stöckli, N 1802 f.

³⁹⁶⁹ Vgl. dazu etwa auch SCHULTHESS/WIEDERKEHR, 199 ff., wonach Eingriffe des Staates in den autonomiegeschützten Handlungsbereich des zu beaufsichtigenden Verwaltungsträgers für eine klare gesetzliche Grundlage sprechen.

³⁹⁷⁰ Dazu hinten N 1407 ff.

³⁹⁷¹ Vgl. insb. SCHULTHESS/WIEDERKEHR, 195 f.

³⁹⁷² *Ebd.*, 195, die in diesem Zusammenhang die repressive Aufsicht der präventiven Aufsicht gegenüberstellen. Mit Blick auf die Tatsache, dass auch präventive Aufsichtsmassnahmen verbindlicher Natur sein können, wird diese Unterscheidung für die Zwecke der Bestimmung von Normstufe und -dichte hier aber nicht verwendet. – Zu den präventiven Aufsichtsmassnahmen vgl. vorne N 1177 ff.

³⁹⁷³ Dazu vorne N 995 ff.

³⁹⁷⁴ Dazu vorne N 1032.

- Auch behördliche Informations-, Einsichts- und Untersuchungsrechte sowie die Mitwirkungspflichten der Beaufsichtigten im Rahmen der laufenden Aufsicht benötigen eine Grundlage im Gesetz im formellen Sinne. Auch sie beinhalten u.U. empfindliche, rechtlich verbindliche Eingriffe in die Rechtsposition der Beaufsichtigten (insb. werden regelmässig auch ihre Privatsphäre oder ihre Eigentumsrechte durch aufsichtsrechtliche Untersuchungen tangiert³⁹⁷⁵). Sollen aufsichtsrechtliche Untersuchungen allenfalls sogar zwangsweise gegenüber unkooperativen Beaufsichtigten durchgesetzt werden können – regelmässig sehen die aufsichtsrechtlichen Vorgaben etwa pönale Massnahmen oder gar Verwaltungsstrafen zwecks Durchsetzung solcher Mitwirkungspflichten vor³⁹⁷⁶ –, wird ein Gesetz im formellen Sinne verlangt.³⁹⁷⁷ 1386
- Das Gleiche gilt im Grundsatz für aufsichtsrechtliche Durchsetzungsmassnahmen: Wie gesehen, wirken sich auch *präventiv* wirkende verbindliche Weisungen an die Adresse der Beaufsichtigten sowie Eingriffe in die Organisation und Zusammensetzung ihrer Organe sowohl auf das Tagesgeschäft der Beaufsichtigten als auch auf ihre «(Unternehmens-)Substanz» aus.³⁹⁷⁸ *Repressive* Aufsichtsmassnahmen, die nach einer bereits erfolgten Verletzung einer verwaltungsrechtlichen Pflicht angeordnet werden, zeichnen sich oftmals ebenfalls durch ihre Eingriffsintensität aus und müssen sich somit auf eine gesetzliche Grundlage zurückführen lassen.³⁹⁷⁹ – Wie allerdings aufzuzeigen sein wird, sind die Anforderungen an die Rechtsetzungsstufe für restitutorisch wirkende Massnahmen regelmässig niedriger angesetzt.³⁹⁸⁰ 1387
- Stehen *pönale Aufsichtsmassnahmen* zur Debatte, wie bspw. pekuniäre Verwaltungsanktionen oder disziplinarisch wirkende Massnahmen wie Berufs- und Tätigkeitsverbote, sind die Anforderungen an die Gesetzesform im Grundsatz erhöht. Vor allem für schwerere Sanktionen wird ein Gesetz im formellen Sinne verlangt. Fallen sie in den Anwendungsbereich der strafprozessualen Garantien der EMRK, kommt insb. der in Art. 7 EMRK verankerte Grundsatz «*nulla poena sine lege*» zum Tragen, woraus ein Gesetzesvorbehalt abgeleitet wird.³⁹⁸¹ 1388

³⁹⁷⁵ Dazu vorne N 1339 ff.

³⁹⁷⁶ Dazu vorne N 1152.

³⁹⁷⁷ Vgl. etwa auch DIEBOLD/RÜTSCHKE/KELLER, 52 m.w.H.

³⁹⁷⁸ Dazu vorne N 1177 ff.

³⁹⁷⁹ Vgl. den Überblick über die repressiven Massnahmen vorne N 1190 ff.

³⁹⁸⁰ Dazu sogleich N 1390 ff.

³⁹⁸¹ Vgl. JAAG, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, 16; JAAG, Sanktionen, N 23.77; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 894; WALDMANN, Disziplinarwesen, 101; vgl. auch BR, Pekuniäre Verwaltungsanktionen, BB1 2022 776, 34 ff. – Aus der Rechtsprechung vgl. etwa Urteil BGER, 2C_180/2014, 28.6.2016, E. 9.3.

- 1389 – Für Verwaltungsstrafen wird prinzipiell eine ausdrückliche Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinne verlangt. Dies gilt für Freiheitsstrafen und freiheitsentziehende Massnahmen und im Grundsatz auch für Bussen. Letztere können nach etablierter Rechtsprechung allerdings in einer Verordnung eine genügende gesetzliche Grundlage finden, wenn sie eine gewisse Höhe nicht überschreiten.³⁹⁸²

2.2 Tiefere Anforderungen für restitutorisch wirkende Aufsichtsmassnahmen?

- 1390 In Lehre und Rechtsprechung ist die Argumentation verbreitet, dass restitutorische Verwaltungs- und damit auch Aufsichtsmassnahmen in der Grundpflicht enthalten seien, deren Verletzung die Anordnung einer Massnahme überhaupt ausgelöst habe: Soweit eine verfügte *exekutorische Massnahme* keine zusätzlichen Pflichten begründe, sei für sie grundsätzlich keine spezifische gesetzliche Grundlage erforderlich; die festgelegte Grundregel enthalte nämlich auch die Befugnis (und die Pflicht) der Behörden, diese, wenn nötig, in geeigneter Weise durchzusetzen.³⁹⁸³ Argumentiert wird so insb. mit Blick auf *Ersatzvornahmen*,³⁹⁸⁴ die nach herrschender Lehre und Rechtsprechung im Grundsatz keiner eigenen gesetzlichen Grundlage bedürfen.³⁹⁸⁵ In allgemeiner Weise sind sie auch in Art. 41 Abs. 1 lit. a VwVG vorgesehen.
- 1391 Bei weitreichenden Massnahmen mit erheblicher Eingriffsintensität lässt sich jedoch auch bei Ersatzvornahmen die Frage aufwerfen, ob nicht höhere Anforderungen an die gesetzlichen Grundlagen zu stellen sind.³⁹⁸⁶ Ausgehend von den vorne genannten Kriterien zur Bestimmung der erforderlichen Normstufe (und Normdichte) einer Regelung³⁹⁸⁷ spricht insb. die mögliche Grundrechtsrelevanz von restitutorisch ausgerichteten Massnahmen grundsätzlich für das Erfordernis einer

³⁹⁸² Vgl. dazu etwa BGE 124 IV 23, E. 1; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1492 m.w.H.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 941.

³⁹⁸³ Vgl. JAAG, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, 16; JAAG, Sanktionen, N 23.27; MOOR/POLTIER, 116 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1453 und 1472; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 893.

³⁹⁸⁴ Dazu vorne N 1200 ff.

³⁹⁸⁵ Vgl. JAAG, Sanktionen, N 23.27; MOOR/POLTIER, 124; TANQUEREL, Manuel, N 1156 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1472; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 905. – Aus der Rechtsprechung vgl. etwa BGE 105 Ib 343, E. 4b.

³⁹⁸⁶ So etwa auch BIAGGINI, Aufsichtsrecht, 19.122.

³⁹⁸⁷ Dazu vorne N 1375 ff.; vgl. auch hinten N 1403 ff. zu den Kriterien zur Bestimmung der erforderlichen Normdichte.

genügenden Regelung im Gesetz. Auch die Verbindlichkeit solcher Aufsichtsmittel gilt es zu beachten, besteht doch nach ihrer Anordnung jeweils kein Raum für eigenverantwortliches Handeln der Betroffenen mehr.

Für *unmittelbare Zwangsmassnahmen* z.B. wird dann eine eigene Rechtsgrundlage gefordert, wenn damit mehr und anderes angeordnet wird, als die zu vollstreckende Rechtsnorm oder Verfügung vorsieht. Wirken sich die Massnahmen zusätzlich besonders grundrechtsbeeinträchtigend aus, wird eine Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinne verlangt.³⁹⁸⁸ 1392

Mit Blick auf *administrative Rechtsnachteile* wird argumentiert, dass eine besondere gesetzliche Ermächtigung nicht zwingend vorliegen muss, um die fragliche staatliche Leistung zu verweigern, sofern ein sachlicher Zusammenhang zwischen der Pflichtverletzung der Privaten und einer verweigerten Leistung besteht.³⁹⁸⁹ 1393
Geht es demgegenüber um den Widerruf von begünstigenden Verfügungen, wie etwa den Entzug einer Bewilligung oder Konzession,³⁹⁹⁰ wird argumentiert, dass ein solcher grundsätzlich angeordnet werden dürfe, selbst wenn er gesetzlich nicht vorgesehen sei;³⁹⁹¹ dazu sind insb. auch die Grundsätze des Vertrauensschutzes zu beachten.³⁹⁹² Beim Bewilligungsentzug wird insb. davon ausgegangen, dass er als aufsichtsrechtliche Massnahme vom Grundentscheid des Gesetzgebers für eine Bewilligungspflicht implizit mitabgedeckt wird.³⁹⁹³

Nicht ausgeschlossen ist allerdings, dass administrative Rechtsnachteile als pönale Massnahmen ausgestaltet sind, die zur Ahndung von Pflichtverletzungen eingesetzt werden;³⁹⁹⁴ die Grenze zwischen restitutorischen und pönalen Rechts- 1394

³⁹⁸⁸ JAAG, Sanktionen, N 23.27; LOCHER, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, N 110 f., der sich allerdings kritisch zu dieser Forderung äussert; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 893; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 1480; KNAPP, Bd. II, N 1648; vgl. auch OGG, 152 ff.; MOOR/POLTIER, 132 f.

³⁹⁸⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1527; vgl. auch TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 923; JAAG, Sanktionen, N 23.78; vgl. auch etwa BGE 137 II 366, E. 3.2.

³⁹⁹⁰ Dazu vorne N 1231 ff.

³⁹⁹¹ A.A. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, die für eine zulässige Rücknahme unrechtmässig erlangter Vorteile entweder eine gesetzliche Grundlage verlangen oder dass die Grundlosigkeit der erbrachten Leistung offensichtlich sei (N 922).

³⁹⁹² Dazu vorne N 1244 m.w.H.

³⁹⁹³ Vgl. auch JAAG, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, 13 f.; BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.120.

³⁹⁹⁴ Dazu vorne N 1220 sowie etwa N 1224 f. zur aufsichtsrechtlichen Gewinneinziehung.

nachteilen lässt sich oftmals nicht scharf ziehen.³⁹⁹⁵ In solchen Fällen gelten die Anforderungen an pönale Verwaltungssanktionen als anwendbar, was grundsätzlich für eine formellgesetzliche Grundlage spricht.³⁹⁹⁶

- 1395 Vor dem Hintergrund solcher Erwägungen vermag eine allzu starre Forderung nach tieferen Anforderungen für restitutorisch wirkende Aufsichtsmassnahmen nicht zu überzeugen. Aus Gründen der Vorhersehbarkeit, der Rechtssicherheit, aber insb. auch der demokratischen Legitimation solcher Eingriffskompetenzen aufseiten der Behörden – die ja weitreichende Folgen bis zur Liquidation der betroffenen Unternehmen haben können³⁹⁹⁷ – sind Bestrebungen zu begrüssen, sie (im Grundsatz vermehrt) einer gesetzlichen Regelung zuzuführen.

2.3 Aufsichtsinstrumente auf Verordnungsstufe?

- 1396 Gegen die Notwendigkeit einer Regelung auf Gesetzesstufe wird zuweilen vorgebracht, das Gesetzgebungsverfahren eigne sich nicht, um rasch und flexibel auf die sich verändernden zu regelnden Verhältnisse zu reagieren. Die Verordnungsform verspricht demgegenüber eine raschere Revidierbarkeit der Rechtsgrundlagen und damit u.U. eine wirksamere Form der Regulierung. Oft besteht v.a. in technischen Bereichen ein erhöhtes Bedürfnis nach Flexibilität und fachspezifischen Normierungen, sodass das Parlament als einzig geeignetes Regelungsorgan in Frage gestellt werden kann.³⁹⁹⁸
- 1397 Wie gesehen, kommen den Aufsichtsbehörden nicht zuletzt auch aufgrund solcher Diskussionen Rechtsetzungskompetenzen zu.³⁹⁹⁹ Als Verordnungsgeber wird neben dem Bundesrat auch ihnen die Aufgabe überlassen, die Details und insb. diejenigen Bereiche zu regeln, die besondere Fachkenntnisse erfordern.⁴⁰⁰⁰
- 1398 Problematisch werden diese Entwicklungen, wenn die so erlassenen (gesetzesvertretenden) Verordnungen Fragen einer Normierung zuführen, die eigentlich im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren diskutiert und beantwortet werden müss-

³⁹⁹⁵ Vgl. auch JAAG, Verwaltungssanktionen, 15.

³⁹⁹⁶ *Ebd.*; vgl. auch zum Widerruf einer Polizeierlaubnis HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2679. – Vgl. aus der Rechtsprechung etwa Urteil BGer, 2A.705/2006, 24.4.2007, E. 3.7.

³⁹⁹⁷ Dazu vorne N 1241 f.

³⁹⁹⁸ Vgl. so TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 401 m.w.H.; vgl. auch UHLMANN, Legalitätsprinzip, N 14; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 359 f.

³⁹⁹⁹ Dazu vorne N 411 ff.

⁴⁰⁰⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 360.

ten. Die Tendenz, die Rechtsetzung (oder zumindest Teile davon) an den Bundesrat oder an Fachbehörden auszulagern, läuft Gefahr, wichtige Fragen der politischen Debatte zu entziehen.⁴⁰⁰¹ Vor allem wenn die Regelung die Rechtsstellung der Bürgerinnen und Bürger tangiert oder sogar verletzt, wird verlangt, dass die Grundzüge der Normen im delegierenden Gesetz selbst umschrieben sind. Die «wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen» i.S.v. Art. 164 Abs. 1 BV dürfen nicht der Verordnungsstufe überlassen werden, sondern erfordern auch im Falle einer Gesetzesdelegation einer Grundlage im Gesetz im formellen Sinne.⁴⁰⁰²

Die zum Ausdruck gebrachten Bedenken über die verminderte Legitimationsbasis von Normen auf tieferer Stufe werden im Falle von Rechtsverordnungen, die von Aufsichtsbehörden erlassen werden, zusätzlich dadurch verstärkt, dass die Aufsichtsbehörden institutionell weniger stark demokratisch legitimiert sind als etwa die Regierung, was sich – so die herrschende Ansicht – auch auf ihre Erlasse auswirke.⁴⁰⁰³ 1399

In BGE 143 I 253 führte das Bundesgericht etwa aus, der Verwaltungsrat der FINMA, der die Datenverordnung-FINMA erlassen habe, sei vom Bundesrat und nicht von der Bundesversammlung gewählt worden. «Damit erweist sich die demokratische Legitimation der Datenverordnung-FINMA als schwächer als dies bei einer bundesrätlichen Verordnung zutrifft.» Daraus folgerte das Gericht, dass die Einzelheiten der Datenbearbeitung umso bestimmter im formellen Gesetz verankert sein müssten, und verwies, zwecks Bestätigung der demokratischen Funktion des Legalitätsprinzips, auf Art. 17 Abs. 2 DSG.⁴⁰⁰⁴

Die Delegation von Regelungskompetenzen an die Exekutive im Allgemeinen, aber auch an Aufsichtsbehörden im Besonderen hat sich allerdings etabliert. Unter der Bedingung, dass die Voraussetzungen der Gesetzesdelegation eingehalten werden, ist es akzeptiert, dass sie (auch gesetzesvertretende) Rechtsverordnungen erlassen können.⁴⁰⁰⁵ 1400

Wie ein Blick auf die geltenden Aufsichtsgesetze zeigt, erfolgt die Normierung von Aufsichtsinstrumenten im Sinne der behördlichen Kompetenzen als «wichtige rechtsetzende Bestimmungen» jeweils auf Gesetzesstufe. Einzelheiten zu den 1401

⁴⁰⁰¹ Dazu vorne N 502 ff.

⁴⁰⁰² So etwa TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 402; vgl. dazu auch vorne N 422 ff. zu den Voraussetzungen der zulässigen Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen an die Aufsichtsbehörden.

⁴⁰⁰³ Dazu vorne N 507 ff.

⁴⁰⁰⁴ BGE 143 I 253, E. 6.2.

⁴⁰⁰⁵ Dazu vorne insb. N 420 f.

Befugnissen der Behörden, auch keineswegs unwesentliche Vervollständigungen der Gesetzesbestimmungen, können demgegenüber auf Verordnungsstufe einer Regelung zugeführt werden. Vielfach werden entsprechende Kompetenzen an den Bundesrat delegiert. Wie gesehen, sind aber auch Rechtsverordnungen der Aufsichtsbehörden verbreitet⁴⁰⁰⁶ und ohnehin Verwaltungsverordnungen.⁴⁰⁰⁷ Solche Konstellationen führen deutlich vor Augen, dass den Aufsichtsbehörden Kompetenzen zur Regelung ihrer eigenen Werkzeuge und Handlungsbefugnisse zukommen können.

Dass die Herstellung von Arzneimitteln bewilligungspflichtig ist, ergibt sich etwa aus Art. 5 Abs. 1 lit. a HMG. Die (grobten) Grundzüge der Voraussetzungen für die Erteilung der Herstellungsbewilligung werden in Art. 6 HMG genannt, in Art. 3 AMBV haben sie jedoch eine eingehende Regelung erfahren.

Gemäss Art. 14 Abs. 1 HMG sieht Swissmedic für bestimmte Kategorien von Arzneimitteln vereinfachte Zulassungsverfahren vor.⁴⁰⁰⁸ U.a. auf dieser Grundlage erliess Swissmedic die Verordnung des Schweizerischen Heilmittelinstituts über die vereinfachte Zulassung von Arzneimitteln und die Zulassung von Arzneimitteln im Meldeverfahren (VAZV) vom 22. Juni 2006.

Art. 24 FINMAG sieht die Prüfung der Beaufsichtigten vor und hält in Abs. 1 lit. a und b insb. fest, dass diese von der FINMA selbst ausgeführt werden kann oder von gewissen Prüfgesellschaften bzw. Prüfbeauftragten, unter bestimmten Voraussetzungen. Gemäss Abs. 4 Satz 1 dieser Bestimmung regelt der Bundesrat die Grundzüge für den Inhalt und die Durchführung der Prüfung durch Prüfgesellschaften (nach Abs. 1 lit. a) sowie die Form der Berichterstattung. Dies hat er mit dem Erlass der Finanzmarktprüfverordnung (FINMA-PV) getan. Ausserdem hat er die FINMA ermächtigt, Ausführungsbestimmungen zu technischen Angelegenheiten aufzustellen (Art. 24 Abs. 4 Satz 2). Die FINMA hat auf dieser Grundlage das Rundschreiben 2013/3 «Prüfwesen» erlassen.

- 1402 Abschliessend sei nochmals zu betonen, dass eine gesetzliche Verankerung der Rechtsetzungsbefugnisse der Aufsichtsbehörden verfassungsrechtlich erforderlich ist. Die Behördenkompetenzen würden (auch) aus rechtsstaatlicher und demokratischer Sicht effektiv an Legitimation gewinnen, wenn sie sich auf eine gesetzliche Grundlage stützen könnten.

⁴⁰⁰⁶ Dazu vorne N 419 ff.

⁴⁰⁰⁷ Dazu vorne N 441 ff.

⁴⁰⁰⁸ Vorausgesetzt wird, dass das vereinfachte Zulassungsverfahren mit den Anforderungen an Qualität, Sicherheit und Wirksamkeit vereinbar ist und weder Interessen der Schweiz noch internationale Verpflichtungen entgegenstehen.

D. Erfordernis der genügenden Normdichte

1. Kriterien zur Bestimmung der erforderlichen Normdichte

Nach dem Erfordernis der genügenden Normdichte darf die Verwaltungstätigkeit und damit auch die Tätigkeit der Aufsichtsbehörden nur gestützt auf und nach Massgabe einer generell-abstrakten Rechtsnorm ausgeübt werden, die genügend bestimmt ist. In ständiger Rechtsprechung führt das Bundesgericht dazu aus, dass die Rechtsgrundlagen jeweils so präzise formuliert sein müssen, dass die Beaufsichtigten ihr Verhalten danach richten können und auch die Folgen ihres Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen können.⁴⁰⁰⁹ 1403

Das Bundesgericht wiederholt allerdings, dass sich der Grad der erforderlichen Bestimmtheit nicht abstrakt festlegen lasse, sondern nur unter Berücksichtigung der Eigenheiten der zu regelnden Materie.⁴⁰¹⁰ Dabei sind sich Lehre und Praxis einig, dass für schwere Eingriffe, besonders in Grundrechte, strenge Anforderungen an die Bestimmtheit eines Rechtssatzes gestellt werden müssen.⁴⁰¹¹ Insbesondere die von SCHULTHESS und WIEDERKEHR vorne aufgeführten Fallgruppen eignen sich, um die erforderliche Dichte von Aufsichtsnormen zu präzisieren. So spricht nebst der Intensität eines behördlichen Eingriffs auch der Verbindlichkeitsgrad einer Massnahme tendenziell für einen höheren Bestimmtheitsgrad. Zudem verlangen Eingriffe in die Rechtsstellung «autonomer» Beaufsichtigter – namentlich Privater – grundsätzlich eine genügend bestimmte und entsprechend mit Blick auf die Einzelheiten demokratisch legitimierte normative Grundlage.⁴⁰¹² Zwecks Konkretisierung des Grads der erforderlichen Bestimmtheit nennt das Bundesgericht zudem Kriterien wie die Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, die Komplexität und Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidungen, die Normadressaten sowie die «erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglich[e] sachgerecht[e] Entscheidung».⁴⁰¹³ Die Umstände des Einzelfalls sind damit besonders entscheidend. 1404

⁴⁰⁰⁹ Vgl. statt vieler BGE 147 I 478, E. 3.1.2; ebenso bereits BGE 109 Ia 273, E. 4d; vgl. auch aus der jüngeren aufsichtsrechtsrelevanten Rechtsprechung BGE 141 I 201, E. 4.6.

⁴⁰¹⁰ BGE 147 I 450, E. 3.2.1; vgl. auch insb. BGE 143 II 162, E. 3.2.1; 143 I 253, E. 6.1.

⁴⁰¹¹ Vgl. BGE 141 I 201, E. 4.6; 141 I 211, E. 3.2; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 343 f.

⁴⁰¹² SCHULTHESS/WIEDERKEHR, 195 ff.; vgl. so auch HÄNNI/STÖCKLI, N 1802 f.

⁴⁰¹³ BGE 147 I 450, E. 3.2.1; 143 I 253, E. 6.1; 141 I 201, E. 4.1; 139 I 72, E. 8.2.1.

- 1405 Eine gewisse Unbestimmtheit lässt sich jedenfalls kaum vermeiden, wenn die Gesetzgebung vielfältige und komplexe, kaum voraussehbare künftige Verhältnisse unter eine generell-abstrakte Regelung fassen soll.⁴⁰¹⁴ Und die Verwendung von allgemeinen, nicht eindeutig festgelegten Begriffen führt wiederum zu Interpretations- und Auslegungsspielräumen bei der Rechtsanwendung.⁴⁰¹⁵ Diese sind denn auch gefragt, um unterschiedliche Verhältnisse unter einer Norm fassen zu können, um einzelfallgerechte Lösungen zu finden und auf sich wandelnde Sachverhalte und Erkenntnisse angemessen reagieren zu können. Die Wahl der Normdichte steht somit jeweils im Spannungsfeld zwischen dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit einerseits und dem Bedürfnis nach Einzelfallgerechtigkeit andererseits,⁴⁰¹⁶ ein Spektrum, das auch das Aufsichtsrecht prägt.

2. Anforderungen an die Normdichte im Aufsichtsrecht

2.1 Gegenläufige Bedürfnisse prägen das Aufsichtsrecht

- 1406 Wendet man die allgemeinen Kriterien zur Bestimmung der erforderlichen Normdichte auf die den Aufsichtsinstrumenten zugrunde liegenden normativen Grundlagen an, lässt sich zunächst einmal festhalten, dass die Anforderungen im Grundsatz regelmässig erhöht sind. Wie aufgezeigt, greifen die Aufsichtsinstrumente vielfach in die Rechtspositionen der Beaufsichtigten ein, beeinträchtigen auch ihre Grundrechte und betreffen damit die grundsätzlich von Staatseingriffen geschützte «freie Sphäre» der Privaten.⁴⁰¹⁷
- 1407 Insbesondere wenn sich eine pönale Aufsichtsmassnahme als «Strafe» qualifizieren lässt, ist der Bestimmtheits- und Klarheitsgrundsatz auch im Sinne des strafrechtlichen Gebots «*nulla poena sine lege*» nach Art. 7 EMRK zu beachten.⁴⁰¹⁸ Betragsmässig unbestimmte Bussen bzw. fehlende betragsmässige Bussenober-

⁴⁰¹⁴ Vgl. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 404, die von «beschränkten Ausdrucksmöglichkeiten des generell-abstrakten Rechtssatzes» sprechen; vgl. auch BGE 143 I 70, E. 6.2.2; 143 II 162, E. 3.2.1.

⁴⁰¹⁵ Vgl. so etwa BGE 125 I 369, E. 6; 123 I 112, E. 7a.

⁴⁰¹⁶ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 403; SCHULTHESS/WIEDERKEHR, 190 f.; interessant sind in diesem Zusammenhang auch die Ausführungen von MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, N 252 ff.

⁴⁰¹⁷ Dazu vorne N 1338 ff.; vgl. ausserdem zur Gegenüberstellung «Staat»–«Private» vorne N 46 ff.

⁴⁰¹⁸ Vgl. dazu etwa BR, Pekuniäre Verwaltungssanktionen, BBl 2022 776 ff., 34 ff.; vgl. auch aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts BGE 139 I 72, E. 8.2.1.

grenzen haben vor diesem Hintergrund wiederholt zu Diskussionen geführt.⁴⁰¹⁹ Inzwischen gilt als etabliert, dass namentlich der Höchstbetrag einer pekuniären Verwaltungssanktion im jeweiligen Sacherlass festgelegt sein muss,⁴⁰²⁰ und zwar entweder mit einem bestimmten Betrag in Franken⁴⁰²¹ oder als maximaler Prozentsatz des Umsatzes des sanktionierten Unternehmens.⁴⁰²² Die entsprechend formulierten aufsichtsrechtlichen Bestimmungen gelten damit grundsätzlich als genügend bestimmt.

Weil aufsichtsrechtliche Normen häufig eine Vielzahl komplexer Materien zu regeln haben, kommt die Gesetzgebung nicht darum herum, vielfach eher offene Normen zu verwenden. Begriffe wie «gesundheitsgefährdend», «unzulässig», «diskriminierend», «schwere Verletzung», aber auch fachspezifische Formulierungen wie etwa «nukleare Sicherheit» oder «Gewähr» müssen in der Folge von den rechtsanwendenden Behörden ausgelegt werden. Dass die Norminterpretation im Einzelfall strittig sein kann, liegt auf der Hand. 1408

In BVGE 2012/10 z.B. hatte das Bundesverwaltungsgericht zu prüfen, ob die FINMA im Rahmen ihres Ermessens die festgestellten Verstösse gegen Unabhängigkeitsvorschriften gerechtfertigterweise als «schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmung» i.S.v. Art. 33 FINMAG qualifiziert hatte. Dazu wurde ihr ein gewisser fachtechnischer Beurteilungsspielraum zugestanden.⁴⁰²³

In BGE 139 I 72 machten die Beschwerdeführer geltend, Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 lit. b KG sei nicht genügend bestimmt für die Anordnung einer Sanktion nach Art. 49a KG. Das Bundesgericht lehnte diese Auffassung jedoch ab. Es führte insb. aus, dass es dem Erfordernis der Vor-

⁴⁰¹⁹ Vgl. etwa NIGGL/RIEDO, 55 ff. m.w.H. – Auch Fragen zur subjektiven Zurechenbarkeit (Verschulden bzw. Vorwerfbarkeit) haben wiederholt zu Diskussionen geführt ebenso wie z.B. Fragen zur Verfolgungs- und Vollstreckungsverjährung (vgl. dazu etwa BR, Pekuniäre Verwaltungssanktionen, BBl 2022 776 ff., 37 ff. und 47 f.). Aus Gründen der Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit empfiehlt der Bericht des Bundesrates insb. eine gesetzliche Festlegung der Verfolgungsverjährung für den Bereich der pekuniären Verwaltungssanktionen, und zwar in den jeweiligen Sacherlassen (*ebd.*, 47 f.).

⁴⁰²⁰ *Ebd.*, BBl 2022 776 ff., 34 und 44 m.w.H.; vgl. dazu aus der Rechtsprechung zu Art. 49a Abs. 1 KG: Urteil BVGer, B-2977/2007, 27.4.2010, E. 8.1.7.1 f.; BVGE 2011/32, E. 4.3 ff.

⁴⁰²¹ Vgl. etwa Art. 51 Abs. 1 und Art. 52 KG; vgl. auch Art. 90 Abs. 2 RTVG.

⁴⁰²² Vgl. Art. 49a Abs. 1 KG; Art. 100 Abs. 1 und Art. 109 Abs. 1 BGS; Art. 60 Abs. 1 FMG; Art. 90 Abs. 1 RTVG.

⁴⁰²³ BVGE 2012/10, E. 8; vgl. zur oftmals zurückhaltenden Kognitionsausübung der Gerichte angesichts von sog. Sachverständigenermessen hinten N 1587 ff.

hersehbarkeit nicht entgegenstehe, «wenn das betroffene Unternehmen in einem vernünftigen, den Umständen entsprechenden Masse rechtlichen Rat einholen muss, um die möglichen Folgen eines bestimmten Handelns zu ermitteln (...)».⁴⁰²⁴ Mit Art. 49a Abs. 3 lit. a KG sei ein solches Vorgehen zudem institutionalisiert: «Besteht bei einem Unternehmen Unsicherheit darüber, ob ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten unter Art. 7 KG fällt, soll ihm die Möglichkeit offenstehen, dieses der Wettbewerbskommission zu melden, bevor es Wirkung entfaltet (...). Mit diesem Instrument hat es jede Unternehmung in der Hand, die materielle Rechtslage im Zweifelsfall abklären zu lassen und damit der Gefahr einer Sanktion zu entgehen (...). Insoweit stellt die Vorabmeldung ein notwendiges Korrektiv der Unbestimmtheit des Normtextes dar und insoweit ist auch Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 lit. b KG hinreichend bestimmt, um als gesetzliche Grundlage für eine Sanktionierung zu dienen (...)».⁴⁰²⁵

- 1409 Für polizeiliche Vorschriften wird generell anerkannt, dass keine allzu hohen Anforderungen an deren Bestimmtheitsgrad gestellt werden sollten, müssen diese doch jeweils im Einzelnen kaum bestimmbare Gefährdungsarten und sich ändernde Verhältnisse erfassen und situativ an die konkreten Gegebenheiten angepasst werden können.⁴⁰²⁶ Hinzu kommt, dass bei besonders technischen Materien der Bestimmtheitsgrad der Normen ebenfalls herabgesetzt werden kann, wenn die einzuhaltenden Bedingungen für die Adressaten der Rechtsnormen hinreichend vorhersehbar sind.⁴⁰²⁷

In BGE 143 II 162 wurde z.B. vom Bundesgericht akzeptiert, dass die FINMA gegenüber einem als gesamtschweizerische, berufsunabhängige Selbstregulierungsorganisation (SRO) tätigen Verein anordnete, sein Reglement mit einzelnen technischen Bestimmungen zu ergänzen, weil es wesentlich von den geltenden nationalen und internationalen Standards der Geldwäschereibekämpfung abwich. Das Reglement hatte der Verein der FINMA zusammen mit einem Umsetzungskonzept zur Genehmigung einzureichen. Für den Fall einer Widerhandlung drohte die FINMA dem Verein den Entzug der Anerkennung als Selbstregulierungsorganisation an. Ausserdem auferlegte sie diesem die Verfahrenskosten von CHF 50'000.⁴⁰²⁸ – Als rechtliche Grundlagen für die Anordnung der technischen Reglementsanpassungen reichten dem Bundesgericht die geldwäschereirechtlichen

⁴⁰²⁴ BGE 139 I 72, E. 8.2.3.

⁴⁰²⁵ *Ebd.*

⁴⁰²⁶ Vgl. etwa BGE 147 I 450, E. 3.2.1; 146 I 11, E. 3.1.2; 143 I 310, E. 3.3.1; 140 I 381, E. 4.4; 136 I 87, E. 3.1; 128 I 327, E. 4.2. Vgl. zum Ganzen auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2576; UHLMANN, Legalitätsprinzip, N 19.

⁴⁰²⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 344 m.w.H. auf die Rechtsprechung.

⁴⁰²⁸ BGE 143 II 162, Sachverhaltsabschnitt B.

Sorgfaltspflichten, auf die sich die FINMA direkt gestützt hatte. Das Gericht führte aus: «Die Mittel zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung beruhen auf einem breiten internationalen Konsens der beteiligten Staaten und werden mittels gegenseitiger Kontrollen und internationaler Sanktionen umgesetzt (...); sie müssen allenfalls (...) rasch angepasst und von der FINMA (...) nötigenfalls auch durchgesetzt werden können, soweit damit keine von den Regelungen im Geldwäschereigesetz grundlegend abweichende Wertungen bzw. neue Pflichten verbunden sind.»⁴⁰²⁹

Schwierige Fragen können im Zusammenhang mit Normen auftreten, die von- 1410
seiten Privater erlassen wurden. Insbesondere die Verständlichkeit und die Nachvollziehbarkeit von besonders technischen Vorgaben, die externe Fachexpertise miteinbeziehen, sind manchmal beeinträchtigt.

Dies wird deutlich, wenn sich etwa die Frage stellt, welche Vorgaben im Zusammenhang mit der Erstellung, Instandhaltung und Kontrolle von Starkstromanlagen zu beachten sind. Art. 4 Abs. 1 der Starkstromverordnung verweist diesbezüglich auf die «anerkannten Regeln der Technik». Abs. 2 dieser Bestimmung führt aus, «[a]ls anerkannte Regeln der Technik gelten insbesondere die Normen von IEC und CENELEC. Wo international harmonisierte Normen fehlen, gelten die schweizerischen Normen.» Die jeweiligen Vorgaben lassen sich über die Websites der zuständigen Organisationen abrufen. Es ist aber für technische Laien kaum nachvollziehbar, welche Vorgaben einschlägig sein sollen. Der Hinweis in Art. 4 Abs. 3 der Starkstromverordnung, wonach «sinngemäss anwendbare Normen oder allfällige technische Weisungen» zu berücksichtigen sind, wenn keine spezifischen technischen Normen bestehen, hilft diesbezüglich nicht wirklich weiter.⁴⁰³⁰

Die staatliche Gesetzgebung tendiert dazu, sich regulatorisch eher zurückzuhalten, 1411
wenn es um besonders komplexe, technische und schnelllebige Materien geht, die typischerweise auch grenzüberschreitende fachtechnische Vorgaben zu berücksichtigen haben. Namentlich im Wirtschaftsrecht müssen solche geänderten Empfehlungen und Richtlinien z.B. nicht jedes Mal gesondert in das nationale Recht überführt werden, um dem Bestimmtheitsgebot zu genügen.⁴⁰³¹ Das Aufsichtsrecht ist von solchen Diskussionen besonders betroffen. Regulierungstechnisch beschränkt sich die Gesetzgebung in solchen Bereichen nicht selten auf die Festlegung von Zielen und Auffangregelungen und hält die Betroffenen u.U. zur

⁴⁰²⁹ Ebd., E. 3.2.2.

⁴⁰³⁰ Vgl. zum Ganzen ELSE, 169 f.

⁴⁰³¹ BGE 138 II 42, E. 4.1 f. (insb. S. 52).

Selbstregulierung an. Dass sich solche Entwicklungen auf die Normdichte der Erlasse des Gesetzgebers auswirken, liegt auf der Hand.⁴⁰³²

- 1412 Insgesamt lässt sich der Grad der erforderlichen Bestimmtheit von aufsichtsrechtlichen Normen somit nicht in allgemeingültiger Weise festlegen.⁴⁰³³ In den verschiedenen Aufsichtsbereichen hat sich der Gesetzgeber denn auch z.T. für unterschiedliche Lösungen entschieden und Lehre und Rechtsprechung haben das Ihrige zur Auslegung der einzelnen Vorgaben beigetragen. Verbreitet sind sowohl detaillierte Kataloge mit Aufsichtsinstrumenten, die den einzelnen Behörden unter bestimmten Voraussetzungen zur Verfügung stehen, als auch Generalklauseln.

2.2 Massnahmenkataloge vs. Generalklauseln

- 1413 Mit Blick auf die neueren Aufsichtserlasse lässt sich die Tendenz ausmachen, die den Behörden zustehenden Aufsichtsinstrumente einzeln aufzuführen. Ein eigentlicher «Massnahmenkatalog» im Sinne dieses Enumerationsprinzips findet sich etwa in Art. 98 BGS, Art. 66 Abs. 2 HMG oder Art. 62a BVG. Auch die in Art. 31 ff. FINMAG aufgeführten Aufsichtsinstrumente lassen sich in diesem Zusammenhang erwähnen.
- 1414 Solche Kataloge führen zwar die zur Verfügung stehenden Aufsichtsinstrumente präzise und bestimmt auf, nicht alle klären aber auch über die Voraussetzungen ihrer Anwendung hinreichend auf. Einzeln genannte Aufsichtsmassnahmen können als Rechtsfolge klar sein, zu ihrer Anordnung müssen aber auch die einschlägigen «Tatbestände» geklärt sein.
- 1415 Hinzu kommt, dass solche Auflistungen zur Frage führen können, ob auch weitere, nicht spezifisch erwähnte Massnahmen im Einzelfall angeordnet werden könnten und, wenn ja, welche.⁴⁰³⁴ Hilfreich ist unter diesem Gesichtspunkt die Verwendung von Formulierungen, die erkennen lassen, ob ein Massnahmenkatalog abschliessend zu verstehen ist oder nicht.

Art. 98 BGS führt die Liste etwa mit dem Einschub «namentlich» ein und Art. 66 HMG verwendet das Wort «insbesondere». Damit wird deutlich gemacht, dass die Massnahmenkataloge nicht als abschliessende Liste zu verstehen sind.

⁴⁰³² Vgl. zu dieser Entwicklung etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 345 m.w.H.; WALDMANN/WIEDERKEHR, 5/23.

⁴⁰³³ BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.40, der «eine von Bereich zu Bereich differenzierende Untersuchung» fordert.

⁴⁰³⁴ Vgl. so auch *ebd.*

Allgemein läuft eine allzu präzise Aufzählung von zulässigen Verwaltungsmassnahmen und -sanktionen jeweils Gefahr, einzelne Konstellationen «aussen vor» zu lassen und damit im Ergebnis keiner genügenden rechtlichen Grundlage zuzuführen. Es besteht immer das Risiko, dass ein bestimmter Fall im Zeitpunkt des Normerlasses nicht erkannt oder nicht in geeigneter Weise geregelt wurde.⁴⁰³⁵ Dass die Gesetzgebung nicht in der Lage ist, sämtliche denkbaren Einzelfälle präzise und detailliert auf Gesetzesstufe zu regeln, liegt auf der Hand, ebenso, dass ein gewisser Handlungs- und Ermessensspielraum der Behörden bestehen muss, um auf den Einzelfall angemessen reagieren zu können. 1416

Am anderen Ende des Bestimmtheitsspektrums sind Normen, die an Generalermächtigungen erinnern: So heisst es wie gesehen etwa in Art. 84 Abs. 2 ZGB pauschal, dass die Aufsichtsbehörde dafür zu sorgen habe, «dass das Stiftungsvermögen seinen Zwecken gemäss verwendet wird», oder ermächtigt Art. 72 Abs. 2 KEG die zuständigen Aufsichtsbehörden, «alle zur Einhaltung der nuklearen Sicherheit und Sicherung notwendigen und verhältnismässigen Massnahmen» anzuordnen. Verweisen lässt sich auch auf Art. 31 Abs. 1 FINMAG, wonach die FINMA «für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes» sorgt, wenn Beaufsichtigte das FINMAG oder ein Finanzmarktgesetz verletzen bzw. «sonstige Missstände» bestehen. Auch Art. 66 Abs. 1 HMG erlaubt sowohl Swissmedic als auch den anderen mit Aufsichtsaufgaben betrauten Behörden, «in ihrem Zuständigkeitsbereich alle Verwaltungsmassnahmen [zu] treffen, die zum Vollzug dieses Gesetzes erforderlich sind». Allerdings führen Art. 32 ff. FINMAG bzw. Art. 66 Abs. 2 HMG in der Folge verschiedene Verwaltungsmassnahmen auf. 1417

Lassen die Gesetzesbestimmungen den Behörden freie Hand, um von Fall zu Fall zu entscheiden, ob und wie sie tätig werden wollen, ist dies natürlich problematisch. Zu offene Gesetzesbestimmungen verletzen das Legalitätsprinzip.⁴⁰³⁶ Gleichwohl findet das sog. Prinzip der Generalermächtigung bis heute Verbreitung. Zurückführen lässt es sich insb. auf die ältere Lehre zur staatsinternen Bundesaufsicht über die Kantone. Danach genügte es, wenn die Kompetenz, aufsichtsrechtliche Instrumente zwecks Durchsetzung der Aufsichtsaufgaben ergreifen zu können, in einer Generalklausel auf Verfassungs- oder Gesetzesstufe festgehalten wurde. Die einzelnen Aufsichtsmittel bedurften keiner eigenen Gesetzesgrundlage. Nach GIACOMETTI, einem der Begründer dieser Lehrmeinung, war es etwa ausreichend, wenn die Aufsichtsmittel dem Zweck angepasst waren, der im Einzelfall 1418

⁴⁰³⁵ MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, N 258 und N 300 zu den Nachteilen kasuistischer Regelungen.

⁴⁰³⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 34; UHLMANN/FLEISCHMANN, 14.

erreicht werden sollte.⁴⁰³⁷ Den Aufsichtsbehörden kam ein entsprechend grosser Ermessensspielraum bei der Wahl ihrer Mittel zu, solange deren Anordnung als verhältnismässig beurteilt werden konnte; das Verhältnismässigkeitsprinzip wurde gewissermassen zur Kompensation der unbestimmten Gesetzesgrundlage herangezogen.⁴⁰³⁸

- 1419 Auch nach neueren Lehrmeinungen müssen staatsintern wirkende Aufsichtsmittel nicht immer explizit und abschliessend in einem Gesetz festgelegt sein. Es heisst, die Statuierung der Aufsichtsfunktion im Gesetz genüge im Grundsatz, um konkrete, nicht allzu weitgehende Aufsichtsmittel abzuleiten, wie z.B. Einsichts- und Auskunftrechte oder auch die Möglichkeit der Behörden, Beanstandungen oder Empfehlungen mitzuteilen. Auch die Ersatzvornahme gilt im Kontext der Bundesaufsicht ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage als zulässig, weil sie keine neuen Pflichten begründet, sondern lediglich die Erfüllung einer bereits bestehenden Pflicht sicherzustellen versucht.⁴⁰³⁹ Für weitergehende Aufsichtsmittel (HÄNNI/STÖCKLI nennen etwa Formen des Selbsteintritts sowie Genehmigungs- und Widerspruchsvorbehalte der Aufsichtsbehörden) werden demgegenüber i.d.R. genügende gesetzliche Grundlagen gefordert.⁴⁰⁴⁰ Nach MAYHALL ist massgeblich, ob die Autonomie der beaufsichtigten Verwaltungsträger durch die anzuordnenden Massnahmen beeinträchtigt wird oder nicht. Wird ihr Entscheidungsfreiheit gewahrt, sei keine besondere Rechtsgrundlage erforderlich, müssen die Beaufsichtigten hingegen mitwirken, seien die Anforderungen erhöht. Eine fehlende gesetzliche Grundlage ist lediglich dann unproblematisch, wenn von stillschweigend eingeräumten aufsichtsrechtlichen Instrumenten ausgegangen werden kann.⁴⁰⁴¹

⁴⁰³⁷ Vgl. GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, 131, wo er festhielt, daher seien die Aufsichtsbehörden in der Wahl der Aufsichtsmittel frei, «insofern die Rechtsordnung diese nicht vorschreibt».

⁴⁰³⁸ Vgl. SCHULTHESS/WIEDERKEHR, 183 m.w.H. zum Prinzip der Generalermächtigung in der älteren Lehre.

⁴⁰³⁹ Vgl. dazu etwa TSCHANNEN, Staatsrecht, N 993 ff., insb. N 995 m.w.H.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1489 und N 1492; SCHULTHESS/WIEDERKEHR, 193 und 208; BELLANGER, Droit, § 80 N 17; HANGARTNER, Grundzüge, 89; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, 386 f.; vgl. auch Botschaft BV, BBl 1997 I 421.

⁴⁰⁴⁰ Vgl. zum Ganzen mit Hinweisen auf die unterschiedlichen Lehrmeinungen SCHULTHESS/WIEDERKEHR, 185 ff.; vgl. auch HÖCHNER, 84; BJ, Kontrolle und Aufsicht des Bundesrates über die «halbstaatlichen» Unternehmungen, 10.11.1989, VPB 54.36, 236 ff. und 239 ff.; HÄNNI/STÖCKLI, N 1802 f.

⁴⁰⁴¹ MAYHALL, 106 f.; vgl. auch MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, 387.

Für den Bereich der hier interessierenden *staatsexternen* Aufsicht sind grundsätzlich höhere Anforderungen an die aufsichtsrechtlichen Normen zu stellen zwecks Sicherstellung einer rechtssicheren, vorhersehbaren, rechtsgleichen und legitimierten Aufsichtspraxis. Wird die dem Aufsichtsrechtsverhältnis zugrunde liegende grundsätzliche Trennung zwischen «Staat» und «Privaten» mittels behördlicher Eingriffe durchbrochen, ist dafür nach der hier vertretenen Auffassung grundsätzlich eine genügend bestimmte gesetzliche Grundlage erforderlich. Begrüsst werden entsprechende Stimmen aus Lehre und Praxis, die ebenfalls spezifische Rechtsgrundlagen fordern.⁴⁰⁴² Wie sogleich näher aufgezeigt wird, wird die Thematik nun auch vermehrt im Stiftungsrecht diskutiert. 1420

2.3 Ungenügende gesetzliche Grundlagen im Stiftungsrecht?

«Stellt die Aufsichtsbehörde fest, dass sich eine bestimmte Handlung der Stiftungsorgane mit dem Stiftungszweck nicht verträgt, so kann sie, unmittelbar gestützt auf Art. 84 ZGB, die Stiftung zur Vornahme der notwendigen Korrektur zwingen»,⁴⁰⁴³ heisst es in einem Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahre 1973. Die einzelnen Aufsichtsmittel der Stiftungsaufsicht wurden auf der Grundlage von Art. 84 Abs. 2 ZGB entwickelt.⁴⁰⁴⁴ Eine eigene Regelung der einzelnen Aufsichtsinstrumente, die den Stiftungsaufsichtsbehörden zur Erfüllung ihrer Aufgaben zur Verfügung stehen, geschweige denn eine Regelung der Kriterien, aufgrund derer Aufsichtsmassnahmen angeordnet werden dürfen, sucht man im Stiftungsrecht vergeblich. 1421

⁴⁰⁴² Vgl. etwa BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.122; vgl. auch die Darstellung von SCHULTHESS/WIEDERKEHR, 206 ff. (wenn auch zur staatsinternen Aufsicht); vgl. auch BK-RIEMER, Systematischer Teil, N 15. – Vgl. ausserdem aus der Rechtsprechung BGE 137 II 431, wo das Bundesgericht zum Schluss kam, dass die FINMA nicht gestützt auf Art. 31 FINMAG, auf dessen Grundlage die FINMA für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands sorgt, geschützte Kundendaten in Umgehung der einschlägigen Amts- oder Rechtshilfeverfahren ins Ausland liefern durfte. Es führte dazu aus: «Würden die entsprechenden aufsichtsrechtlichen Befugnisse anders und im Sinne der Ausführungen der FINMA verstanden, beeinträchtigte dies das Gesetzmässigkeitsprinzip dauerhaft, da sie jederzeit im Rahmen des ordentlichen Rechts ausserordentliche, nicht voraussehbare und ihre Aufsichtsbefugnisse nach den einschlägigen Gesetzen sprengende Massnahmen anordnen könnte, was rechtsstaatlich unzulässig ist» (E. 2.3 insb. mit Verweis auf KLEY, Notrecht, 137 f.).

⁴⁰⁴³ BGE 99 Ib 255, E. 4.

⁴⁰⁴⁴ BK-RIEMER, Art. 84 ZGB N 34.

- 1422 Bemühungen, entsprechende Gesetzesbestimmungen nachträglich zu schaffen und damit auch die etablierte Aufsichtspraxis im Stiftungsrecht einer gesetzlichen Grundlage zuzuführen, haben zwar stattgefunden, insb. im Rahmen der Arbeiten an einem Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht (E-ESAG). In Art. 3 und 4 E-ESAG war versucht worden, einerseits die Aufgaben und andererseits die Mittel der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht gesetzlich zu präzisieren. Als Aufsichtsmittel sollten der ESA gemäss Art. 4 E-ESAG die zur Durchführung der Aufsicht über die Stiftungen «erforderlichen Massnahmen» zur Verfügung stehen, wozu in den Ziff. 1–6 eine nicht abschliessende Liste von Aufsichtsmassnahmen aufgeführt wurde. Danach sollte der ESA die Kompetenz zukommen, (i) Weisungen an die Stiftungsorgane zu erteilen, (ii) die Stiftungsorgane zu ermahnen, verwarnen und abzuverufen, (iii) Sachwalterinnen und Sachwalter einzusetzen, (iv) Entscheide der Stiftungsorgane aufzuheben, (v) Expertisen anzuordnen und (vi) Ersatzvornahmen zu treffen.⁴⁰⁴⁵ Art. 5 E-ESAG sah gewisse Mitwirkungspflichten vonseiten der Beaufsichtigten vor.
- 1423 Das Gesetzgebungsprojekt hat jedoch Schiffbruch erlitten und soweit ersichtlich sind aktuell keine neuen Anläufe unternommen worden, um die Stiftungsaufsichtsmittel auf Bundesebene näher zu regeln.⁴⁰⁴⁶ Damit bleibt es bis auf Weiteres bei Art. 84 Abs. 2 ZGB als formell-gesetzlicher Grundlage für die Aufsichtstätigkeit und die dafür erforderlichen Aufsichtsmittel der ESA. In der Praxis wird deshalb massgeblich auf Lehre und Rechtsprechung abgestellt. Auf Gesetzesbasis lassen sich allenfalls Art. 83d ZGB (Mängel in der Organisation) sowie die BVG-Bestimmungen (insb. Art. 62 Abs. 1 und Art. 62a Abs. 1 und 2 BVG) heranziehen und allenfalls «Rückschlüsse auf potenzielle Aufsichtsinstrumente» ableiten.⁴⁰⁴⁷ Die Materialien hingegen äussern sich kaum zu den Instrumenten der Stiftungsaufsicht.⁴⁰⁴⁸

Die Regelung der Stiftungsaufsicht steht insb. auch im eklatanten Gegensatz zur Regelung der Aufsichtsausübung im BVG-Bereich, wofür Art. 62a Abs. 2 lit. a–f BVG eine ganze Liste von Aufsichtsmitteln vorsieht. Dies ist v.a. auch deshalb bemerkenswert, weil diese Aufsichtsaufgaben auf

⁴⁰⁴⁵ Der Entwurf zum Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Eidgenössischen Stiftungsaufsicht (E-ESAG) ist abrufbar unter BBl 2016 4833 ff. Die Erläuterungen dazu finden sich in der Botschaft Eidg. Stiftungsaufsicht (BBl 2016 4691 ff.).

⁴⁰⁴⁶ Vgl. zu den Hintergründen dazu vorne N 612 m.w.H.

⁴⁰⁴⁷ Vgl. ARTER/CINCELLI, N 67.

⁴⁰⁴⁸ BK-RIEMER, Art. 84 ZGB N 25.

kantonaler Ebene mehrheitlich von interkantonal zusammengeschlossenen Aufsichtsbehörden wahrgenommen werden, die regelmässig auch die Aufsicht über die «klassischen» oder «gewöhnlichen» Stiftungen in ihrem Aufsichtsgebiet ausüben.⁴⁰⁴⁹

Der derart weitgehende Verzicht auf eine gesetzliche Regelung der Aufsichtsbefugnisse ist bemerkenswert, auch im Vergleich zu anderen Aufsichtsgesetzen. Aus guten Gründen lässt sich argumentieren, dass Art. 84 Abs. 2 ZGB eine «eigentliche Blankettnorm»⁴⁰⁵⁰ darstellt, die als gesetzliche Grundlage für die Aufsichtsinstrumente der Stiftungsaufsicht insb. mit Blick auf das Erfordernis des Rechtssatzes nicht ausreichend ist.⁴⁰⁵¹ Auch Nils Güggi, aktueller Leiter der ESA, bestätigt auf Anfrage, dass er aus heutiger Optik eine detailliertere gesetzliche Grundlage begrüssen würde.⁴⁰⁵² Allerdings scheint angesichts der etablierten langjährigen Praxis zur Stiftungsaufsicht aktuell keine besondere Dringlichkeit zu bestehen, um ein entsprechendes Regulierungsprojekt in absehbarer Zeit an die Hand zu nehmen. 1424

Insbesondere im Hinblick auf die stabile Praxis kam denn auch die EFK in ihrem Bericht zur Evaluierung der Wirksamkeit der Aufsicht über klassische Stiftungen vom Februar 2017 zum Schluss, dass nichts dagegen einzuwenden sei, wenn die Aufgaben und Aufsichtsmittel in Analogie zu den BVG- und Stiftungsaufsichtsbehörden explizit aufgeführt und präzisiert würden. Als unbedingt notwendig schätzte sie diesen Schritt allerdings nicht ein, gebe doch die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden kaum zu Problemen Anlass. Für die Stiftungsaufsichtsbehörde gebe es heute kaum Unsicherheiten betreffend die zu leistende Aufgabe und die zur Verfügung stehenden Aufsichtsmittel.⁴⁰⁵³

⁴⁰⁴⁹ Dazu vorne N 584 ff.

⁴⁰⁵⁰ BK-RIEMER, Art. 84 ZGB N 36 (mit Hervorhebung im Original) m.w.H.; vgl. so selbst das Bundesgericht in BGE 124 IV 211, E. 2e.

⁴⁰⁵¹ Vgl. so jüngst TRAJKOVA, 77 ff. m.w.H.; ARTER/CINCELLI, N 83, die zwischen «repressiven» und «präventiven» Aufsichtsmitteln unterscheiden und v.a. die gesetzliche Grundlage ersterer in Frage stellen; in diesem Sinne auch Urteil BVGer, B-1703/2013, 31.7.2013, E. 2.5; vgl. auch BK-RIEMER, Systematischer Teil, N 15, wo er sich dafür ausspricht, dass die entwickelten Regeln zu den Stiftungsaufsichtsmitteln sinnvollerweise kodifiziert werden sollten. – Selbst in der Rechtsprechung wurde angemerkt, dass die Regelung von Art. 84 Abs. 2 ZGB «äusserst allgemein gehalten ist und die Rechte und Pflichten der Aufsichtsbehörde nicht näher umschreibt» (Urteil BVGer, A-3757/2016, 3.5.2017, E. 7.2).

⁴⁰⁵² Persönliche Kommunikation, 24.1.2023.

⁴⁰⁵³ Vgl. EFK, Evaluation der Wirksamkeit, 35 und 47.

E. Zwischenergebnis und Überleitung

- 1425 Aufsichtsbehörden sind an das Recht gebunden und müssen ihre Tätigkeiten auf eine gesetzliche Grundlage stützen können. Wie gesehen, steht den Aufsichtsbehörden allerdings i.d.R. eine breite Vielfalt an Aufsichtsinstrumenten mit unterschiedlichen Wirkungsweisen zur Verfügung, die entsprechend auch verschiedene Anforderungen an ihre gesetzlichen Grundlagen stellen. Erforderliche Normstufe und -dichte lassen sich deshalb kaum abstrakt festlegen, sondern sind mit Blick auf den konkreten Sachverhalt und die erforderliche Entscheidung und insb. unter Berücksichtigung der Schwere des Eingriffs in die Rechtsposition der Betroffenen zu ermitteln.⁴⁰⁵⁴
- 1426 Im Sinne einer Zusammenfassung lässt sich immerhin festhalten, dass verbindliche Aufsichtsmassnahmen, die mit einer gewissen Intensität in die Autonomie-sphäre der beaufsichtigten Privaten eingreifen, im Grundsatz auf Gesetzesstufe und in einer genügend bestimmten Norm zu regeln sind. Weil zu erwarten ist, dass solche Aufsichtsinstrumente von den Betroffenen auch nicht ohne Weiteres akzeptiert werden, verspricht und erhofft man sich vom ordentlichen Gesetzgebungsverfahren eine gewisse Legitimationswirkung. Dies trifft sowohl auf die Instrumente zur Regelung des Marktzugangs als auch auf die Instrumente zur Überwachung des Marktverhaltens zu. Die laufende Aufsicht ist davon betroffen sowie die aufsichtsrechtlichen Durchsetzungsmassnahmen. Insbesondere die Anforderungen an die gesetzlichen Grundlagen pönaler Massnahmen sind erhöht: Schwerwiegende Sanktionen bedürfen einer Grundlage in einem genügend bestimmten Gesetz im formellen Sinne. Lassen sich sanktionierende Aufsichtsmassnahmen ausserdem als «Strafe» qualifizieren, ergeben sich entsprechende Anforderungen auch aus dem strafrechtlichen Gebot *«nulla poena sine lege»*.
- 1427 Demgegenüber sind informelle und unverbindliche Aufsichtsmassnahmen in den meisten Sachbereichen weitverbreitet, bedürfen aber nach geltender Lehre und Rechtsprechung keiner Regelung im Gesetz. Weniger geklärt sind die Anforderungen an die gesetzlichen Grundlagen für restitutorisch wirkende Massnahmen. Die Ansicht ist anerkannt, dass den Betroffenen durch die Anordnung solcher Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands keine zusätzlichen Pflichten auferlegt würden, weshalb es keiner spezifischen gesetzlichen Grundlage für die Massnahmen bedürfe. Nach hier vertretener Auffassung ist einer solchen Argumentationsweise allerdings mit Zurückhaltung zu begegnen. Die effektive Wirkung der konkret zu beurteilenden Massnahmen muss mitberücksichtigt werden.

⁴⁰⁵⁴ Vgl. so BGE 139 I 72, E. 8.2.1 zum erforderlichen Grad der Bestimmtheit m.w.H. auf die Rechtsprechung.

Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit bezüglich der möglichen Handlungsformen der Aufsicht werden durch ihre ausdrückliche gesetzliche Regelung prinzipiell verbessert. Ihre rechtliche Abstützung hilft zudem, die Aufsichtstätigkeit an sich stärker zu legitimieren. Aus diesen Gründen wird im Rahmen der vorliegenden Untersuchung der Standpunkt vertreten, dass an den aus sachlichen Gründen grundsätzlich erhöhten Anforderungen an die gesetzlichen Grundlagen im Aufsichtsrecht festzuhalten ist, auch wenn verschiedene Entwicklungen etwa im Polizei- oder Technikrecht aktuell eher in eine andere Richtung weisen. Erhöhte Anforderungen an Normstufe und -dichte müssen nach der hier vertretenen Auffassung denn auch nicht bedeuten, dass Generalklauseln und offene Formulierungen vermieden werden müssten – das könnten sie vermutlich gar nicht –, eröffnen sie den Aufsichtsbehörden doch die nötigen Ermessensspielräume, um auf die konkreten Umstände der Einzelfälle einzugehen. Sie könnten jedoch bspw. mit präziseren Normen und z.B. Massnahmenkatalogen kombiniert werden, wie dies etwa auch in Art. 66 HMG oder Art. 31 ff. FINMAG vorgesehen ist. Die Gesetzgebung ist mit anderen Worten gefragt, «das Aufsichtsrecht» klaren Normen zuzuführen und den Handlungsoptionen der Aufsichtsinstanzen sowie ihrem Auftragsauftrag (und den damit verbundenen möglichen Handlungspflichten) schärfere Konturen zu verleihen. 1428

Wo sich unbestimmte Normen jedoch nicht vermeiden lassen bzw. sich vermeintlich klare Regelungen angesichts einer konkreten Sachlage als unbestimmt erweisen, kommt den verfahrensrechtlichen Garantien einerseits sowie dem Verhältnismässigkeitsprinzip andererseits eine besonders wichtige Bedeutung zu.⁴⁰⁵⁵ Während verfahrensrechtliche Aspekte in Kapitel IV näher beleuchtet werden, ist sogleich auf das Verhältnismässigkeitsprinzip im Aufsichtskontext einzugehen. 1429

⁴⁰⁵⁵ Vgl. so etwa BGE 143 I 310, E. 3.3.1; 136 I 87, E. 3.1; 128 I 327, E. 4.2.

III. Aufsicht und Verhältnismässigkeitsprinzip

A. Allgemeines

- 1430 Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit fordert, dass alle Verwaltungsmassnahmen zur Verwirklichung eines im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet und erforderlich sind sowie zumutbar bleiben.⁴⁰⁵⁶ Der Grundsatz gilt für alles staatliche Handeln und erstreckt sich über alle Gebiete des öffentlichen Rechts.⁴⁰⁵⁷ Er muss somit von den Aufsichtsbehörden in sämtlichen Aufsichtsbereichen beachtet werden und auch unabhängig davon, in welcher Funktion die Behörde formell oder informell handelt. Auch ist das Verhältnismässigkeitsprinzip als Leitprinzip zu beachten, ungeachtet dessen, ob die Aufsichtsmassnahmen Grundrechte tangieren oder nicht.⁴⁰⁵⁸

Im Vordergrund steht dabei die Geltung des Grundsatzes im Rahmen der Eingriffsverwaltung. Der Grundsatz spielt aber auch in der Leistungsverwaltung eine zunehmend wichtigere Rolle. Allerdings kann ihm da die Aufgabe zukommen, die Leistungsansprüche Privater (verhältnismässig) zu limitieren, wenn etwa im heilmittelrechtlichen Zusammenhang ein grobes Missverhältnis zwischen Aufwand und Heilerfolg vorliegt.⁴⁰⁵⁹ Generell bedürfen die Implikationen des Verhältnismässigkeitsprinzips im Rahmen der Leistungsverwaltung jedoch weiterer Klärung.⁴⁰⁶⁰

- 1431 Regelmässig erfahren Art und Umfang der angeordneten aufsichtsrechtlichen Massnahmen mit Blick auf das Verhältnismässigkeitsprinzip eine Konkretisierung. Vielfach kommt dies bereits in den spezialgesetzlichen Regelungen zum Ausdruck, aber nicht immer. Das Prinzip dient in beiden Konstellationen als eine

⁴⁰⁵⁶ Vgl. dazu aus der aktuellen aufsichtsrelevanten Rechtsprechung z.B. BGE 148 II 392, E. 8.2; Urteil BGer, 2C_236/2020, 28.8.2020, E. 6.4 m.w.H.; vgl. auch Urteil BVGer, B-450/2020, 30.11.2021, E. 6.8; B-434/2020, 30.11.2021, E. 6.8 (bestätigt in Urteil BGer, 2C_91/2022, 18.11.2022, E. 4.5). – Zum Grundsatz der Verhältnismässigkeit aus der Lehre vgl. RÜTSCHKE, Verhältnismässigkeitsprinzip, N 1 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 8 (N 514 ff.); TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, § 21; DUBEY/ZUFFEREY, § 9 (N 608 ff.); MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 808 ff.

⁴⁰⁵⁷ So etwa RÜTSCHKE, Verhältnismässigkeitsprinzip, N 21 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 470 f. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 517 und N 520; DUBEY/ZUFFEREY, N 627 ff.

⁴⁰⁵⁸ Vgl. auch M. MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 61 ff.

⁴⁰⁵⁹ Vgl. etwa BGE 145 V 116, E. 5.3 f. m.w.H. insb. auf BGE 136 V 395, E. 7; 142 V 144, E. 6 f.; vgl. dazu auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 520 m.w.H.; UHLMANN/BUKOVAC, 50 ff.

⁴⁰⁶⁰ UHLMANN/BUKOVAC, 51; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 2629.

Art methodische Anleitung, wie das gesetzte Ziel am besten zu erreichen ist.⁴⁰⁶¹ Allerdings lässt sich das Prinzip in seiner Allgemeinheit nur sehr abstrakt darstellen, verlangt es doch jeweils ein In-Beziehung-Setzen und damit ein Austarieren eines Gleichgewichts zwischen spezifischen staatlichen Massnahmen zur Verwirklichung der im öffentlichen Interessen liegenden Ziele einerseits und den Interessen der beaufsichtigten Akteure andererseits.⁴⁰⁶² Der Gehalt des Verhältnismässigkeitsprinzips wird jeweils erst an einem konkreten Sachverhalt abgebildet.⁴⁰⁶³ Eine sinnvolle Darstellung des Prinzips müsste deshalb im grösseren Rahmen mit konkreten Fallbeispielen arbeiten, was den Umfang der vorliegenden Untersuchung sprengen würde. Darüber hinaus liesse sich auch die Kasuistik aus unterschiedlichen aufsichtsrechtlichen Konstellationen und Sachbereichen nur bis zu einem gewissen Grad gewinnbringend miteinander vergleichen. Aus diesen Gründen wird nachfolgend auf eine eingehende Untersuchung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes verzichtet. Der Hinweis auf ausgewählte Erwägungen mit besonderer Relevanz im Aufsichtskontext – geordnet nach der Fragen-Trias Eignung, Erforderlichkeit, Zumutbarkeit – muss ausreichen.

B. Drei Kriterien der Verhältnismässigkeit

1. Eignung

Nach dem *Gebot der Eignung* muss eine Aufsichtsmassnahme geeignet sein, das 1432 im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel auch effektiv zu erreichen. Es geht um die Zwecktauglichkeit eines bestimmten Aufsichtsinstruments.⁴⁰⁶⁴ Ob die Eignung einer konkreten Massnahmen bejaht werden kann, verlangt häufig eine fachspezifische (objektive) Wirkungsanalyse und -prognose zunächst durch die verfügende Aufsichtsbehörde.⁴⁰⁶⁵ Hängt die Beurteilung einer Massnahme von umstrittenen Fachkenntnissen ab, wird eine Verletzung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes aufgrund fehlender Eignung gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung aller-

⁴⁰⁶¹ M. MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 59 f.; RÜTSCHKE, Verhältnismässigkeitsprinzip, N 15 sowie N 31 ff.; vgl. auch BJ, Gutachten vom 31.1.2005, VPB 70.46, Ziff. 2.2 sowie 3.4.2.2.

⁴⁰⁶² Vgl. so auch MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 823.

⁴⁰⁶³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 521; M. MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 27 ff.; B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 402 f.

⁴⁰⁶⁴ Vgl. etwa BGE 144 I 126, E. 8.1; Urteil BVGer, B-1024/2013, 6.1.2014, E. 6.1; B-4137/2010, 17.9.2010, E. 7.2. – Vgl. aus der Lehre HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 522; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 456 m.w.H.; DUBEY/ZUFFEREY, N 635 f.

⁴⁰⁶⁵ M. MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 36.

dings nur dann anerkannt, wenn die Unfähigkeit der Massnahme, das gewünschte Ergebnis zu erzielen, als offenkundig erscheint.⁴⁰⁶⁶ Die Rechtsprechung ist bei der Beurteilung der Eignung grosszügig. Sie wird erst dann verneint, wenn die Massnahme komplett am Ziel vorbei zielt, d.h. keinerlei Wirkungen im Hinblick auf den angestrebten Zweck entfaltet, oder die Erreichung des angestrebten Ziels allenfalls sogar erschwert oder verhindert.⁴⁰⁶⁷

2. Erforderlichkeit

- 1433 Das *Gebot der Erforderlichkeit* verlangt, dass staatliche Anordnungen unterbleiben, wenn sie für die Zielerreichung nicht erforderlich sind, weil mildere, weniger einschneidende Anordnungen das angestrebte Ziel ebenfalls erreichen würden.⁴⁰⁶⁸ Das Gebot wird deshalb auch als Prinzip der «Notwendigkeit», des «geringstmöglichen Eingriffes», der «Zweckangemessenheit» oder als «Übermassverbot» bezeichnet.⁴⁰⁶⁹
- 1434 Welche Aufsichtsmaßnahme im konkreten Fall die schonendste ist, muss jeweils aufgrund der tatsächlichen Umstände entschieden werden.⁴⁰⁷⁰ Zu diesem Zweck lassen sich verschiedene Dimensionen der Erforderlichkeit unterscheiden. Danach sollen staatliche Massnahmen nicht in sachlicher, räumlicher, zeitlicher oder personeller Hinsicht über das Notwendige hinausgehen.⁴⁰⁷¹ Mit Blick auf die behördlichen Untersuchungsmassnahmen lassen sich bspw. die folgenden Grundsätze aus dem Gebot der Erforderlichkeit ableiten:
- 1435 – Die Vornahme eines Augenscheins ist nur dann zulässig, wenn ein Augenschein auch effektiv für den Zugriff auf die benötigten Informationen nötig ist und diese nicht auch z.B. durch eine schriftliche Aufforderung an die Adresse der Beaufsichtigten zur Herausgabe bestimmter Unterlagen erlangt werden könnten. Darüber hinaus liesse sich bspw. auch argumentieren, dass

⁴⁰⁶⁶ BGE 147 I 393, E. 5.3.3; 128 I 295, E. 5b/cc.

⁴⁰⁶⁷ Vgl. etwa BGE 148 II 392, E. 8.2.2; 144 I 126, E. 8.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 522; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 456 m.w.H.

⁴⁰⁶⁸ Vgl. aus der aufsichtsrechtlich relevanten Rechtsprechung Urteil BVGer, A-5271/2020, 21.12.2021, E. 6.5.4 m.w.H.; B-1561/2016, 21.3.2018, E. 5. – Generell zur Erforderlichkeit m.w.H. vgl. etwa TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 458 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 527 ff.; DUBEY/ZUFFEREY, N 637 ff.

⁴⁰⁶⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 528 m.w.H.

⁴⁰⁷⁰ BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.39 sowie N 19.126.

⁴⁰⁷¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 530 sowie N 531 ff.; vgl. auch TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 460 ff.

die Edition bestimmter Unterlagen nur dann erforderlich sei, wenn die jährlich einzureichenden Jahresberichte für die Beantwortung einer bestimmten Fragestellung nicht ausreichend seien. Selbstredend kommen z.B. Probeentnahmen oder die Sicherung gewisser Gegenstände oder Dokumente nur dann in Frage, wenn keine mildereren Mittel angewandt werden können, um dasselbe Ziel zu erreichen.

- Aus dem Element der Erforderlichkeit lässt sich zudem eine generelle Notwendigkeit der Eingrenzung der Untersuchungsthemen ableiten; thematisch uneingeschränkte Untersuchungen zwecks allgemeiner Informationsgewinnung würden wohl als nicht notwendig unter das Übermassverbot fallen. In sachlicher Hinsicht wären die Aufsichtsbehörden entsprechend kaum befugt, Einsicht in sämtliche Unterlagen zu allen möglichen Themen zu nehmen. Stichproben oder die Einsichtnahme in eine bewusst getroffene Auswahl an Unterlagen – insb. gestützt auf eine risikobasierte, vorgängige Selektion der aufsichtsrechtlich relevanten Fälle – sind hingegen zulässig. 1436
- Ebenfalls fraglich können Untersuchungshandlungen sein, die mehrere Beaufsichtigte betreffen, wenn etwa lediglich eine Auswahl oder ein bestimmter Akteur zu Untersuchungen Anlass gegeben hat. 1437
- In räumlicher Hinsicht vermag sich das Erforderlichkeitsgebot dahin gehend auszuwirken, dass sich ein allenfalls durchgeführter Augenschein auf diejenigen Räumlichkeiten zu begrenzen hat, die für den Gegenstand der Untersuchung von Bedeutung sind. 1438
- Schliesslich dürfen Auskunfts- und Editionsbegehren sowie Untersuchungshandlungen aus zeitlicher Hinsicht nur so oft und für so lange angesetzt werden, wie sie wirklich erforderlich sind; auch die Mitwirkung der Beaufsichtigten darf in zeitlichem Umfang nicht übermässig strapaziert werden. Kopien sämtlicher Unterlagen vor Ort wären somit mit Blick auf das Erforderlichkeitsgebot regelmässig nicht zulässig und unangekündigte Kontrollen sollten eher die Ausnahme sein und nur im Bedarfsfall durchgeführt werden, etwa dann, wenn der Zweck der Inspektion durch eine Ankündigung vereitelt würde.⁴⁰⁷² 1439

Wenn es um aufsichtsrechtliche Durchsetzungsmassnahmen geht, kann der schonende Einsatz bedeuten, dass die Aufsichtsbehörden wenn möglich zunächst informell intervenieren oder Mahnungen aussprechen,⁴⁰⁷³ eine fragliche Massnahme nicht sofort anordnen, sondern erst einmal androhen und eine Frist ansetzen, verbunden mit der Aufforderung, den gesetzeswidrigen Zustand zu beseitigen (vgl. 1440

⁴⁰⁷² Vgl. in diesem Sinne etwa Art. 9 ASV-RAB.

⁴⁰⁷³ Vgl. dazu etwa Urteil BGer, 2C_29/2016, 3.11.2016, E. 5.4, wobei in diesem Fall allerdings die informellen Interventionen und Warnungen vonseiten der FINMA nicht die erwarteten Wirkungen zeitigten.

Art. 41 Abs. 2 VwVG).⁴⁰⁷⁴ Damit soll den Betroffenen die Gelegenheit eingeräumt werden, den rechtmässigen Zustand selber wiederherzustellen, d.h. betriebsintern notwendige, allenfalls organisatorische Anpassungen zu treffen⁴⁰⁷⁵ oder eine Anlage an einen erhöhten Sicherheitsstand anzupassen,⁴⁰⁷⁶ bevor staatlicherseits eingegriffen wird.⁴⁰⁷⁷ Möglicherweise genügt die Androhung einer Sanktion für den Wiederholungsfall bereits, um künftiges Fehlverhalten einzudämmen. Sodann kann eine u.U. einschneidende Massnahmen z.B. bedingt oder befristet angeordnet⁴⁰⁷⁸ oder ein Verbot nur partiell verfügt werden.⁴⁰⁷⁹

- 1441 Das Verhältnismässigkeitsprinzip ist ferner auch im Rahmen der Bemessung einer pekuniären Verwaltungssanktion zu beachten.⁴⁰⁸⁰ Zum Teil sind die Kriterien zur Bemessung des Sanktionsbetrags in den Aufsichtsgesetzen oder -verordnungen geregelt.⁴⁰⁸¹ Typischerweise muss der Sanktionsbetrag dann die Schwere und die Dauer der fraglichen Verletzung berücksichtigen und/oder die finanzielle Situation der sanktionierten Unternehmen. Ein mutmasslicher Gewinn, den das Unternehmen erzielt hat, ist oftmals ebenfalls angemessen zu berücksichtigen. Vielfach le-

⁴⁰⁷⁴ Vgl. dazu etwa BGE 103 Ib 350, E. 2; 125 I 119, E. 2a; vgl. auch BVGE 2012/33, E. 11.2, wo es um die Androhung eines Bewilligungsentzugs nach Art. 37 Abs. 1 FINMAG ging.

⁴⁰⁷⁵ Solche wurden etwa im BVGE 2012/33 zugrunde liegenden Fall vorgenommen (vgl. insb. *ebd.*, E. 11.2).

⁴⁰⁷⁶ Vgl. dazu z.B. BGE 139 II 185, E. 10.2.3 m.w.H.

⁴⁰⁷⁷ Generell zu diesem Mechanismus TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 896 ff.; MOOR/POLTIER, 121 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1463 sowie 1473 f. für die Ersatzvornahme im Besonderen.

⁴⁰⁷⁸ Ein Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG wird sowieso befristet für eine Dauer von max. fünf Jahren ausgesprochen (Art. 33 Abs. 2 FINMAG). Bei der Bemessung der Dauer wird jeweils die Schwere einer aufsichtsrechtlichen Pflichtverletzung berücksichtigt ebenso wie eine allfällige Wiederholungsgefahr (vgl. etwa Urteil BGER, 2C_929/2017, 23.4.2018, E. 3; vgl. auch Botschaft FINMAG, BBl 2006 2882; BSK FINMAG-HSU/BAHAR/FLÜHMANN, Art. 33 N 18 ff.).

⁴⁰⁷⁹ Nicht selten beschränkt die FINMA ein Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG auf nur einen bestimmten Tätigkeitsbereich (so bereits Botschaft FINMAG, BBl 2006 2882; vgl. dazu aus der Lehre BSK FINMAG-HSU/BAHAR/FLÜHMANN, Art. 33 N 21 m.w.H.; GRAF, Gesellschaftsorgane, 1204; ZUFFEREY/CONTRATTO, 146).

⁴⁰⁸⁰ Vgl. dazu etwa BR, Pekuniäre Verwaltungssanktionen, BBl 2022 776 ff., 44 f.

⁴⁰⁸¹ So etwa in Art. 49a Abs. 1 sowie Art. 50 KG (vgl. ebenso Art. 2 Abs. 1 und 2 SVKG); Art. 60 Abs. 3 FMG; Art. 90 Abs. 3 RTVG; Art. 109 Abs. 1 BGS.

gen die Rechtsgrundlagen aber auch nur die Sanktionshöhe fest, ohne sich zu den genauen Bemessungskriterien zu äussern.⁴⁰⁸²

Trotz der unterschiedlichen Regelungsansätze wurde im Bericht des Bundesrates zu den pekuniären Verwaltungssanktionen *nicht* empfohlen, eine allgemeine Regelung zu den Bemessungskriterien in das VwVG einzufügen (ähnlich wie etwa Art. 47 und Art. 102 StGB). Der Bericht sprach sich vielmehr dafür aus, die Kriterien im Einzelfall in den jeweiligen Spezialgesetzen festzuhalten.⁴⁰⁸³

Zu einem schonenden Massnahmeinsatz gehört sodann auch die Beachtung des polizeirechtlich geprägten sog. Störerprinzips, wonach sich eine Aufsichts-massnahme grundsätzlich an den Störer bzw. die StörerIn richten soll, nicht aber an unbeteiligte Dritte.⁴⁰⁸⁴ Die Störer sind in der Folge verpflichtet, eine Gefahr oder Störung zu beseitigen oder aber die Kosten für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands zu tragen.⁴⁰⁸⁵ Das Störerprinzip wird als Ausprägung der Erforderlichkeit in persönlicher Hinsicht aufgefasst.⁴⁰⁸⁶ 1442

U.a. unter diesem Gesichtspunkt wurde auch das Urteil des Bundesgerichts betreffend die Anordnung der FINMA, Bankkundendaten der UBS AG an die US-amerikanischen Behörden herauszugeben (BGE 137 II 431), kritisiert. Obwohl nämlich die «abzuwendende Gefahr» eigentlich von den amerikanischen Behörden ausging, die gedroht hatten, Anklage gegen die UBS AG zu erheben, war die Verfügung der FINMA an die UBS AG gerichtet und betraf in der Folge 255 UBS-Kunden, die allesamt nicht die «Störer» in diesem Fall waren.⁴⁰⁸⁷

Generell wird etwa von BIAGGINI festgehalten, dass man von Aufsichtsbehörden gewöhnlich erwarten und verlangen dürfe, dass sie primär mit präventiv ansetzenden Instrumenten operieren, bevor sie auf repressive Instrumente zurückgreifen, die i.d.R. einschneidender wirken.⁴⁰⁸⁸ Dieser Schlussfolgerung ist *in abstracto* grundsätzlich zuzustimmen. Generell sollen die Massnahmen der Aufsichtsbehörden so zurückhaltend wie möglich und so weitreichend wie nötig angeordnet wer- 1443

⁴⁰⁸² Vgl. Art. 100 BGS; Art. 51 und Art. 52 KG.

⁴⁰⁸³ BR, Pekuniäre Verwaltungssanktionen, BBl 2022 776 ff., 45.

⁴⁰⁸⁴ Vgl. eingehend dazu MOECKLI/TÖNDURY, 25 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 554 sowie N 2608 ff. m.w.H.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1565 ff.; GRIFFEL, Verwaltungsrecht, N 196 ff.; WALDMANN/WIEDERKEHR, 5/80 ff.

⁴⁰⁸⁵ Vgl. etwa BGE 122 II 65, E. 6a; vgl. auch BGE 143 I 147, E. 5.1; 139 II 185, E. 14.3.2.

⁴⁰⁸⁶ MOECKLI/TÖNDURY, 37 f.

⁴⁰⁸⁷ Vgl. BIAGGINI, polizeiliche Generalklausel, 36 f.

⁴⁰⁸⁸ BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.126.

den. Allerdings ist von der Aufstellung einer Art «Rangordnung» von Aufsichtsmassnahmen in den unterschiedlichen Sachbereichen abzuraten, selbst wenn die Massnahmenkataloge in den Aufsichtsgesetzen eine Eingriffsintensitätssteigerung implizieren. So vermag sich bspw. ein Bewilligungsentzug im Sinne eines administrativen Rechtsnachteils im Einzelfall um ein Vielfaches einschneidender auswirken als z.B. eine pönal wirkende Verwaltungsbusse.⁴⁰⁸⁹ Oftmals werden auch Berufsverbote als sehr starke Eingriffe empfunden, obwohl sie als disziplinarisch wirkende Massnahmen regelmässig nicht «Strafen» im Sinne der EMRK sind. Die Auswirkungen einer verfügten Massnahme sind insgesamt massgeblich von den Umständen des Einzelfalls abhängig. Einig sind sich Rechtsprechung und Lehre allerdings dahin gehend, dass ein Bewilligungs- bzw. Anerkennungs-, Zulassungs- oder Registrierungsentzug gemäss Art. 37 FINMAG, der zu einer aufsichtsrechtlichen Liquidation der Beaufsichtigten führen kann,⁴⁰⁹⁰ nur *ultima ratio* verfügt werden darf.⁴⁰⁹¹

- 1444 Abschliessend sei der Hinweis angebracht, dass das als «Übermassverbot» wirkende Erforderlichkeitsgebot durch ein «Untermassverbot» zu ergänzen ist, wenn es um die Gewährleistung staatlicher Schutz- und Leistungspflichten geht. Es können nämlich auch Massnahmen unverhältnismässig sein, die zu wenig zur Erreichung eines Schutzziels beitragen.⁴⁰⁹²

Denkbar wäre eine entsprechende Rüge bspw. im Hinblick auf vom Bundesrat als erforderlich angeordnete Schutzmassnahmen für den Betrieb einer Kernanlagen gemäss Art. 5 Abs. 4 KEG, die als unzweckmässig eingeschätzt werden. Ebenso liesse sich der Hinweis auf das Untermassverbot z.B. als Reaktion auf eine Zulassungserteilung für Arzneimittel gemäss Art. 9 ff. HMG vorstellen, die für den Schutz der Gesundheit von Mensch

⁴⁰⁸⁹ Zu einem ähnlichen Schluss kommen UHLMANN/BUKOVAC, 43 f., die eine schematische Rangierung der Regelungsinstrumente (allerdings im Gesetzgebungsprozess) ebenfalls ablehnen; vgl. so auch MOOR/POLTIER, 118.

⁴⁰⁹⁰ Dazu vorne N 1241 f.

⁴⁰⁹¹ Vgl. BVGE 2012/33, E. 11.2; Urteil BVGer, B-3459/2012, 12.3.2013, E. 6.1; vgl. auch BSK FINMAG-ROTH PELLANDA/KOPP, Art. 37 N 7; ZUFFEREY/CONTRATTO, 116; Botenschaft FINMAG, BBl 2006 2884.

⁴⁰⁹² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 529; vgl. auch TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 459, die das «Untermassverbot» dem Gebot der Eignung zuordnen; M. MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 38; vgl. auch SCHEFER, 70 f. – In der Rechtsprechung wurde das sog. Untermassverbot in BGE 129 I 12, E. 6.4 *en passant* erwähnt. Vgl. auch Urteil BVGer, C-669/2008, 17.12.2010, E. 6.3, wo das Untermassverbot im heilmittel(aufsichts-)rechtlichen Kontext genannt wurde.

und Tier nachträglich als qualitativ nicht genügend hochstehend und sicher (Art. 1 Abs. 1 HMG) eingestuft werden.

3. Zumutbarkeit

Die von den Aufsichtsbehörden angeordneten Aufsichtsinstrumente müssen schliesslich *zumutbar* sein. Verlangt wird eine angemessene Zweck-Mittel-Relation, im Sinne eines vernünftigen Verhältnisses zwischen dem konkreten Eingriffszweck und der konkreten Eingriffswirkung.⁴⁰⁹³ Oftmals bietet diese Prüfung Anlass zu Diskussionen, ist doch dieses Verhältnismässigkeitselement am stärksten von den wertenden Einschätzungen der Rechtsanwender geprägt.⁴⁰⁹⁴ Ein abstrakter, allgemein gültiger Massstab gibt es für die Zumutbarkeitsprüfung denn auch nicht,⁴⁰⁹⁵ vielmehr erfordert sie, dass eine Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Massnahme und den durch ihre Wirkungen beeinträchtigten privaten Interessen der Betroffenen vorgenommen wird. Dabei werden die konkreten Umstände des Einzelfalls mitberücksichtigt und bewertet.⁴⁰⁹⁶ 1445

So spielt es bspw. eine Rolle, ob eine einmalige untergeordnete Verletzung aufsichtsrechtlicher Pflichten zur Debatte steht oder wiederholte schwere Rechtsverletzungen in erheblichem Umfang: Geht es um schwere Rechtsverletzungen Privater in einem Aufsichtsbereich, der den Schutz bedeutsamer öffentlicher Interessen zum Zwecke hat, sind erhebliche Eingriffe in die privaten Rechtspositionen eher zumutbar, als wenn es um einen einmaligen leichten Rechtsverstoss geht, der weniger gewichtige Rechtsgüter tangiert.⁴⁰⁹⁷ Entsprechend führte bspw. auch das Bundesverwaltungsgericht aus, «[w]eil sowohl der durch die verfügte zeitweise Publikation bewirkte Reputationsschaden als auch das durch die zeitweise Streichung aus dem Register der Versicherungsvermittler bewirkte Berufsverbot schwerwiegende Eingriffe in die Sphäre der persönlichen und wirtschaftlichen Freiheit des Beschwerdeführers darstellen, muss (...) auch die ihm vorgeworfe- 1446

⁴⁰⁹³ Generell zur Zumutbarkeit m.w.H. etwa TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 468 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 555 ff.; DUBEY/ZUFFEREY, N 640 ff.

⁴⁰⁹⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 555 f.

⁴⁰⁹⁵ Ein solcher Massstab fehlt auch dann, wenn die gesetzlichen Grundlagen zuweilen Orientierungspunkte für die Gewichtung im Einzelfall bereithalten (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 558).

⁴⁰⁹⁶ Vgl. so etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 556 ff.

⁴⁰⁹⁷ Vgl. bspw. Urteil BVGer, B-4757/2017, 27.2.2020, E. 15.7. Das Urteil wurde bestätigt in BGer, 2C_315/2020, 7.10.2020, E. 8.1.

ne Verletzung von Aufsichtsvorschriften entsprechend schwer wiegen, um diese Sanktionen zu rechtfertigen».⁴⁰⁹⁸

- 1447 Vergleichbare Argumente für die Anordnung weitgehender Massnahmen vonseiten der Behörden sind denkbar, wenn eine unmittelbare, schwerwiegende Gefahr droht, die in die Interessenabwägung miteinzubeziehen ist. Einige Aufsichtsgesetze enthalten bereits die für eine solche Argumentation benötigten Grundlagen.

Zu denken ist bspw. an Art. 72 KEG, wonach die Aufsichtsbehörden darüber wachen, dass die Inhaber von Bewilligungen und von nuklearen Gütern ihre Pflichten nach dem KEG einhalten (Abs. 1) und zu diesem Zweck befugt sind, «alle zur Einhaltung der nuklearen Sicherheit und Sicherung notwendigen und verhältnismässigen Massnahmen» anzuordnen (Abs. 2). Droht allerdings eine unmittelbare Gefahr, so können die Aufsichtsbehörden umgehend, d.h. ohne Fristansetzung,⁴⁰⁹⁹ Massnahmen anordnen, die auch von der erteilten Bewilligung oder Verfügung abweichen (Abs. 3).

Das Bundesgericht legte ebenfalls Art. 66 HMG dahin gehend aus, dass «aufgrund der Gesundheitsgefährdung» zu entscheiden sei, welche dieser Massnahmen im konkreten Fall erforderlich und zumutbar seien. Liege eine unmittelbare und erhebliche Gesundheitsgefahr vor, so sei der Betrieb zu schliessen. Die übrigen Massnahmen seien hingegen dann anzuordnen, «wenn Gesundheitsgefahren nicht unmittelbar gegeben sind».⁴¹⁰⁰

- 1448 Klar ist jedenfalls, dass Konstellationen, in denen z.B. der Schutz von Mensch und Umwelt (Art. 1 KEG) bzw. von Mensch und Tier (Art. 1 Abs. 1 HMG) weniger stark gewichtet wird als die dagegen abzuwägenden privaten Interessen, kaum vorstellbar sind. Bestimmte von den Aufsichtsbehörden vertretene öffentliche Interessen werden ganz besonders gewichtet und sprechen jeweils für die grundsätzliche Zumutbarkeit der darauf beruhenden aufsichtsrechtlichen Massnahmen.

C. Zwischenergebnis und Überleitung

- 1449 Der Grundsatz ist klar: Aufsichtsbehörden sind an das Verhältnismässigkeitsprinzip gebunden, und zwar mit Bezug auf sämtliche ihrer Handlungen. Die von ihnen angewandten Aufsichtsinstrumente müssen geeignet, erforderlich, zumutbar und

⁴⁰⁹⁸ Urteil BVGer, B-3759/2014, 11.5.2015, E. 5.6.

⁴⁰⁹⁹ BGE 139 I 185, E. 10.2.3 und E. 11.6.2.

⁴¹⁰⁰ Urteil BGer, 2C_659/2010, 16.2.2011, E. 2.3.3.

damit insgesamt verhältnismässig sein.⁴¹⁰¹ Regelmässig geben v.a. die Aspekte der Erforderlichkeit und der Zumutbarkeit Anlass zu Diskussionen. Die Aufsichtsbehörden sind nach diesen Vorgaben gehalten, das mildeste Mittel auf möglichst schonende Art und Weise einzusetzen, jeweils ein vernünftiges Verhältnis zwischen konkretem Eingriffszweck und konkreter Eingriffswirkung wahrend.

Wo die Gesetzgebung offene und unbestimmte Normen einführt – eine Entwicklung, die insb. auch im aufsichtsrechtlichen Kontext verbreitet ist –, ist es häufig das Verhältnismässigkeitsprinzip, das «in die Bresche springt»⁴¹⁰² und hilft, eine sinnvolle Regelung für einen konkreten Fall zu finden.⁴¹⁰³ Damit wird aber den rechtsanwendenden Behörden (der Exekutive und/oder der Judikative) die Aufgabe der Gesetzesergänzung oder -präzisierung und damit auch der Steuerung übertragen. Das muss nicht weiter problematisch sein, wird es aber, wenn die bestehenden gesetzlichen Grundlagen nicht ausreichend sind. Lässt sich die Verhältnismässigkeitsbeurteilung der Aufsichtsbehörden in der Folge nur eingeschränkt gerichtlich überprüfen,⁴¹⁰⁴ erscheinen solche Steuerungsverlagerungen insgesamt als bedenklich. Ähnliches trifft zu, wenn zwar klar und präzise formulierte Vorgaben auf Gesetzesstufe vorgesehen sind, diese jedoch für eine verhältnismässige Anwendung im Einzelfall keine sachgerechte Lösung vorsehen. Allerdings wirkt das Verhältnismässigkeitsprinzip in solchen Konstellationen nicht ergänzend und präzisierend, sondern verlangt korrigierend, dass den Behörden ein Ermessensspielraum eingeräumt wird, um ausnahmsweise eine zu strenge gesetzliche Regelung an die konkreten Umstände anpassen zu können.⁴¹⁰⁵ Damit werden die Anforderungen an die Gesetzgebung verdeutlicht: Detaillierte Vorgaben zu den Aufsichtsinstrumenten in den jeweiligen Aufsichtsgesetzen werden im Hinblick auf das Gesetzesmässigkeitsprinzip zwar im Grundsatz begrüsst,⁴¹⁰⁶ gleichzeitig wird aber auch Raum benötigt, um den konkreten Umständen des Einzelfalls jeweils Rechnung tragen zu können. Sie sind es, die die Interessenabwägung massgeblich prägen und damit für die Verhältnismässigkeit einer fraglichen Anordnung entscheidend sind.

⁴¹⁰¹ Zum Verhältnismässigkeitsprinzip als «Messziel» M. MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 20 f.

⁴¹⁰² Vgl. auch MOOR, Proportionnalité, 324 f.

⁴¹⁰³ Vgl. so auch BGE 132 I 49, E. 6.2; 128 I 327, E. 4.2.

⁴¹⁰⁴ Dazu hinten N 1587 ff.

⁴¹⁰⁵ M. MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 78 ff.; MOOR, Proportionnalité, 328 f.; vgl. auch MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 809 m.w.H.; D. HOFSTETTER, 88 ff.; pointiert kritisch zu solchen Entwicklungen äussert sich bspw. SEILER, Fehlentwicklungen, 397 f.

⁴¹⁰⁶ Zusammenfassend dazu vgl. etwa vorne N 1426 ff.

- 1451 Zu entscheiden, ob es nun eine Frage der Verhältnismässigkeit oder des Ermessens ist, wenn eine Aufsichtsbehörde eine bestimmte Aufsichtsmassnahme anordnet, bleibt dabei schwierig. Ermessenselemente beeinflussen die Verhältnismässigkeitsprüfung und umgekehrt.⁴¹⁰⁷ Eine Unterscheidung ist allerdings aus verfahrensrechtlicher Sicht wichtig, denn während der Rechtsschutz bezüglich Ermessensfragen typischerweise eingeschränkt ist, wird die Verhältnismässigkeit einer Massnahme i.d.R. als Rechtsfrage von fast jeder Rechtsmittelinstanz umfassend geprüft.⁴¹⁰⁸ Die Gerichte tendieren allerdings dazu, sich unabhängig davon, ob eine Rechts- oder eine Ermessensfrage zu lösen ist, einzelfallbezogen in der Kontrolldichte zurückzuhalten. Sie begründen dies einerseits mit Hinweis auf die Gewaltenteilung – die Justiz soll nicht «ohne Not» eigene Zweckmässigkeitsüberlegungen an die Stelle administrativer und allenfalls auch fachtechnisch spezialisierter Beurteilungen setzen –, andererseits auch im Hinblick auf die besondere Wertungsabhängigkeit von Entscheidungen über die Verhältnismässigkeit oder Angemessenheit einer Massnahme.⁴¹⁰⁹ Diese Thematik wird nachfolgend in Kapitel IV vertieft.⁴¹¹⁰

⁴¹⁰⁷ UHLMANN/BUKOVAC, 47 f.; vgl. auch RÜTSCHKE, Verhältnismässigkeitsprinzip, N 38 und N 42.

⁴¹⁰⁸ Vgl. allerdings N 1351 vorne zur gerichtlichen Durchsetzung des Verhältnismässigkeitsprinzips. Zum Ganzen: UHLMANN/BUKOVAC, 47 f.; M. MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 105 ff. Vgl. generell zur Abgrenzung zwischen Rechts- und Ermessenskontrolle etwa RHINOW ET AL., § 17 N 1123 ff.; TANQUEREL, Opportunité, 209 ff.

⁴¹⁰⁹ Vgl. zum Ganzen etwa M. MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 110 ff.; Kommentar VwVG-SCHINDLER, Art. 49 N 3 m.w.H.

⁴¹¹⁰ Dazu hinten N 1587 ff.

Viertes Kapitel: Aufsichtsverfahren

Ein einheitliches Aufsichtsverfahren als solches gibt es nicht. Gleichwohl lassen sich – wie gesehen⁴¹¹¹ – verschiedene Phasen der Aufsichtstätigkeit unterscheiden und mit ihnen auch verschiedene Etappen des Aufsichtsverfahrens. Daran anknüpfend, erarbeitet die nachfolgende Untersuchung zunächst einen Überblick über das nichtstreitige Verwaltungsverfahren, jeweils mit einem spezifischen Fokus auf aufsichtsrechtliche Fragestellungen. Dadurch entsteht eine Art Gesamtschau des erstinstanzlichen Verfahrens vor den beobachtenden und untersuchenden Aufsichtsbehörden (§ 1).⁴¹¹² 1452

Sodann kommt dieses Kapitel auf das streitige Verwaltungs- bzw. Aufsichtsverfahren zu sprechen, und zwar auf ausgewählte Aspekte, die es im Kontext der Anfechtung aufsichtsrechtlicher Verfügungen zu beachten gilt (§ 2).⁴¹¹³ Dazu gehören etwa Fragestellungen zum nachträglichen Rechtsschutz gegenüber aufsichtsrechtlichen Realakten,⁴¹¹⁴ zum Rechtsschutz gegenüber Verwaltungsverordnungen⁴¹¹⁵ sowie zur gerichtlichen Überprüfbarkeit von Aufsichtsentscheiden.⁴¹¹⁶ 1453

Schliesslich beleuchtet der dritte Abschnitt dieses Kapitels bestimmte, im nichtstreitigen Aufsichtsverfahren anwendbare Verfahrensgarantien (§ 3).⁴¹¹⁷ Untersucht wird insb. die Geltung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK im Aufsichtsverfahren, wobei einerseits der Anspruch auf unabhängige und unbefangene Beurteilung als gerichtliche Verfahrensgarantie⁴¹¹⁸ und andererseits die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit (Nemo-tenetur-Grundsatz)⁴¹¹⁹ im Fokus stehen werden. 1454

⁴¹¹¹ Dazu etwa vorne N 971 ff.

⁴¹¹² Dazu sogleich N 1455 ff.

⁴¹¹³ Dazu hinten N 1546 ff.

⁴¹¹⁴ Dazu hinten N 1568 ff.

⁴¹¹⁵ Dazu hinten N 1578 ff.

⁴¹¹⁶ Dazu hinten N 1583 ff.

⁴¹¹⁷ Dazu hinten N 1646 ff.

⁴¹¹⁸ Dazu hinten N 1669 ff.

⁴¹¹⁹ Dazu hinten N 1757 ff.

§ 1 Nichtstreitiges Aufsichtsverfahren

I. Vorbemerkungen

- 1455 Die Aufsichtsausübung erfolgt primär im Rahmen eines nichtstreitigen Verfahrens vor der zuständigen Aufsichtsbehörde als erster Instanz.⁴¹²⁰ Das nichtstreitige Aufsichtsverfahren ist allerdings ein weiter Begriff, der verschiedene Verfahrensetappen umfasst. Oftmals ist das Verfahren auf die Vorbereitung und den Erlass einer erstinstanzlichen Verfügung der Aufsichtsbehörden gerichtet, vielfach aber auch nicht. So wird von den Behörden bspw. nicht erwartet, dass sie jedes Mal eine Verfügung erlassen, nachdem die periodischen Prüfungen durchgeführt wurden. Ferner umfasst das nichtstreitige Aufsichtsverfahren regelmässig auch tatsächliche und formlose Verwaltungshandlungen wie z.B. nichtförmliche Abklärungen oder die Erteilung informeller Auskünfte und Empfehlungen.⁴¹²¹
- 1456 Im Rahmen des nichtstreitigen Aufsichtsverfahrens werden wichtige Fragen nach der Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden und der Festlegung der Parteien geklärt. Zudem steht die Feststellung des Sachverhalts im Vordergrund, regelmässig verknüpft mit dem Ziel, einen aufsichtsrechtlichen Entscheid bspw. über eine Bewilligungserteilung oder die Anordnung bestimmter Aufsichtsmaßnahmen fällen zu können.⁴¹²²
- 1457 Im Folgenden werden Grundzüge des nichtstreitigen Aufsichtsverfahrens skizziert und einzelne Verfahrensfragen – immer unter Berücksichtigung aufsichtsrechtlicher Besonderheiten – näher beleuchtet. Die in Kapitel III skizzierten unterschiedlichen «Phasen» der Aufsichtstätigkeit helfen dabei, zwischen (i) der Aufsicht über den Marktzugang mittels Bewilligungen und Konzessionen, (ii) der laufenden Ausübung der Aufsicht über die Tätigkeiten bzw. das Marktverhalten der Beaufsichtigten sowie (ii) dem Verfahren auf Entscheidung über und Erlass von Aufsichtsmaßnahmen zur Rechtsdurchsetzung zu differenzieren.⁴¹²³

⁴¹²⁰ Vgl. so auch etwa VOISARD, N 150.

⁴¹²¹ Dazu vorne N 1155 ff.

⁴¹²² Zum nichtstreitigen Verwaltungsverfahren im Allgemeinen vgl. RHINOW ET AL., N 1171 ff. (§ 19); KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 278 ff.; HÄFELIN/HALLER/UHLMANN, N 967 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 760 ff. (§ 30); DUBÉY/ZUFFÉREY, N 1905 ff. (§ 34); KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 320 ff. und N 386 ff. zum Verfahrensablauf.

⁴¹²³ Dazu vorne N 973. Nachfolgend wird eine Art verfahrensrechtlicher Überblick über das nichtstreitige Aufsichtsverfahren gegeben. Gewisse ausgewählte Aspekte werden spezifisch beleuchtet, während andere (wie etwa das Bewilligungs- und Konzessionsverfah-

II. Anwendbares Verfahrensrecht

Auf das nichtstreitige Aufsichtsverfahren auf Bundesebene gelangen grundsätzlich 1458
 die Bestimmungen des VwVG zur Anwendung, soweit die Sachgesetze keine eigenen Verfahrensregelungen vorsehen – wie dies bspw. das Kartellrecht in Art. 26 ff., Art. 32 ff. und Art. 39 ff. KG tut⁴¹²⁴ – bzw. explizit vom VwVG abweichen, wie etwa Art. 24 Abs. 3 FMG.⁴¹²⁵ Auch Vorgaben zum Bewilligungs- und Konzessionsverfahren lassen sich meist den einschlägigen Sachgesetzen entnehmen. Im Übrigen ergibt sich auch die Anwendbarkeit des VwVG direkt aus den meisten aufsichtsrechtlichen Sachgesetzen, so z.B. aus Art. 53 FINMAG, Art. 84 Abs. 1 HMG, Art. 19 ENSIG, Art. 86 Abs. 3 RTVG sowie Art. 11 des Geschäftsreglements der ECom.⁴¹²⁶

Fraglich kann das anwendbare Verfahrensrecht im Hinblick auf verschiedene 1459
 Formen des informellen Verwaltungshandelns sein, das – wie gesehen – oftmals keiner normativen Regelung zugeführt ist.⁴¹²⁷ Insbesondere die Instrumente der Marktbeobachtung und Vorabklärung sind kaum bis wenig geregelt.⁴¹²⁸ Das VwVG führt solche «Vorverfahren» keinen eigenen Vorgaben zu, sind sie doch regelmässig nicht auf den Erlass einer Verfügung ausgerichtet, sondern vielmehr auf die Prüfung, ob überhaupt ein Verwaltungsverfahren einzuleiten ist, aufgrund dessen aufsichtsrechtlicher Handlungsbedarf bestünde.⁴¹²⁹ Auch die Aufsichts-

ren) nur oberflächlich gestreift werden. Vereinfachungen lassen sich nicht vermeiden; es geht im Folgenden nicht um eine abschliessende Darstellung des Verfahrens.

⁴¹²⁴ Während Art. 39 ff. KG eigene Verfahrensvorschriften enthält (wie u.a. auch den Verweis auf die Anwendbarkeit des VwVG in Art. 39), regeln die Art. 26 ff. KG die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen und die Art. 32 ff. KG die Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen.

⁴¹²⁵ Nach dieser Bestimmung kann der Bundesrat für das erstinstanzliche Verfahren der öffentlichen Ausschreibung im Verfahren zur Erteilung der Funkkonzessionen (sowie für das Beschwerdeverfahren) von Art. 12 und Art. 13, Art. 26–28, Art. 30 und 31 sowie Art. 34 und Art. 35 VwVG abweichen.

⁴¹²⁶ Sämtliche dieser Vorschriften enthalten einen Verweis (mit unterschiedlicher, aber ähnlicher Formulierung), wonach sich das Verfahren nach den Bestimmungen des VwVG richtet (soweit das Sachgesetz nichts anderes bestimmt).

⁴¹²⁷ Dazu vorne N 1155 ff.

⁴¹²⁸ Dazu vorne N 1079 ff. und N 1087 ff.

⁴¹²⁹ Dazu vorne N 1060 ff.; vgl. ausserdem zu den Auswirkungen eines verfügungszentrierten Verwaltungsverfahrensverständnisses hinten insb. N 1475 und N 1652.

sachgesetze halten sich mit verfahrensrechtlichen Vorgaben für dieses Verfahrens-stadium zurück.⁴¹³⁰

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Frage, ob auf die Vorabklärungen gemäss Art. 26 KG das VwVG anwendbar sei, in der Lehre umstritten.⁴¹³¹ Das Bundesgericht liess die Frage in BGE 130 II 521 zunächst offen,⁴¹³² bevor es in BGE 135 II 60 zum Schluss kam, dass das VwVG erst im Untersuchungsverfahren zur Anwendung gelange. Davor kommen nach dieser Rechtsprechung immerhin die allgemeinen verfassungsrechtlichen Fairnessprinzipien zum Tragen.⁴¹³³

1460 Für das Verfahren der kantonalen Aufsichtsbehörden kommen die kantonalen Verfahrensvorschriften zur Anwendung, so z.B. im nichtstreitigen Aufsichtsverfahren vor einer kantonalen Behörde im Anwendungsbereich des HMG.⁴¹³⁴

1461 Sodann sind natürlich auch im Kontext des Aufsichtsrechts prozessuale Rechte und Verfahrensgarantien zu beachten. In diesem Kapitel befasst sich v.a. § 3 mit den Verfahrensgarantien im nichtstreitigen Aufsichtsverfahren. Dazu gehören die völkerrechtlichen Verfahrensvorgaben des UNO-Pakts II sowie der EMRK, die verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien nach Art. 29 ff. BV, die Gesetzesbestimmungen aus den Prozessgesetzen und aufsichtsrechtlichen Sachgesetzen ebenso behördeninterne normative Vorgaben wie etwa Verhaltenskodizes und Geschäftsreglemente.⁴¹³⁵

1462 Sofern die strafrechtlichen Verfahrensgarantien zur Anwendung gelangen,⁴¹³⁶ stellt sich jeweils auch die Frage nach der Anwendbarkeit des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) und dessen verfahrensrechtlichen Konsequenzen. Einige Aufsichtserlasse sehen die Anwendbarkeit des VStrR explizit

⁴¹³⁰ Art. 26 KG ist diesbezüglich eine Ausnahme. – Zu den Vorabklärungen des WEKO-Sekretariats im Besonderen vgl. vorne N 1090 ff.

⁴¹³¹ Vgl. etwa BGE 130 II 521, E. 2.6 m.w.H. auf verschiedene Lehrmeinungen; vgl. auch BEURET, DIKE-KG, Art. 26 N 6 m.w.H.

⁴¹³² BGE 130 II 521, E. 2.7.

⁴¹³³ BGE 135 II 60, E. 3.1.3; vgl. so auch BGE 146 V 38, E. 4.1.

⁴¹³⁴ So erteilen etwa die Kantone die Bewilligung für die Abgabe von Arzneimitteln (Art. 30 Abs. 1 HMG) und die Betriebsbewilligung für Betriebe wie Spitäler, die Blut oder Blutprodukte lagern (Art. 34 Abs. 4 HMG). Die Kantone regeln ausserdem zusätzliche Voraussetzungen und das Verfahren für die Bewilligungserteilung (Art. 30 Abs. 3 HMG und Art. 34 Abs. 4 HMG). Sie führen nach diesen Bestimmungen ausserdem periodische Betriebs- und ggf. Praxiskontrollen durch.

⁴¹³⁵ Dazu hinten N 1647 m.w.H.

⁴¹³⁶ Dazu vorne N 1294 ff. sowie hinten N 1659 ff. (insb. N 1666 ff.).

vor, so z.B. Art. 134 Abs. 1 BGS oder Art. 90 Abs. 1 Satz 1 HMG, ebenso Art. 50 Abs. 1 FINMAG, Art. 57 Abs. 1 KG sowie Art. 55 Abs. 1 FMG. Ferner heisst es in Art. 1 VStrR ausdrücklich: «Ist die Verfolgung und Beurteilung von Widerhandlungen einer Verwaltungsbehörde des Bundes übertragen, so findet dieses Gesetz Anwendung.»

III. Einleitung des nichtstreitigen Aufsichtsverfahrens

A. Einleitung eines Bewilligungs- oder Konzessionsverfahrens

Die Einleitung des Verfahrens auf Konzessionserteilung wird oftmals (von staatlicher Seite) durch eine öffentliche Ausschreibung ausgelöst.⁴¹³⁷ Ist von vornherein absehbar, dass eine Ausschreibung nicht unter Wettbewerbsbedingungen ablaufen bzw. voraussichtlich zu keinen geeigneten Bewerbungen führen wird, kann (zuweilen auch) auf eine Ausschreibung verzichtet werden und die Konzessionsbehörde direkt auf eine oder mehrere Anbieterinnen zugehen.⁴¹³⁸ 1463

Vielfach erfolgt die Einleitung des Verfahrens im Kontext mitwirkungsbedürftiger Verfügungen (zu welchen neben den Konzessionen auch Bewilligungen bzw. die Polizeierlaubnis⁴¹³⁹ zählen) allerdings auf Gesuch der beaufsichtigten Verfügungsadressatinnen und -adressaten hin.⁴¹⁴⁰ Die Aufsichtsbehörden beurteilen aufgrund eines bei ihnen eingereichten Gesuchs, ob eine beabsichtigte (Geschäfts-)Tätigkeit einer Bewilligung bedarf und inwiefern die Bewilligungsvoraussetzungen erfüllt sind.⁴¹⁴¹ Es kommt die Dispositionsmaxime zur Anwendung, sind es doch die 1464

⁴¹³⁷ Gemäss Art. 14 Abs. 3 FMG wird für die Erteilung der Grundversorgungskonzession eine Ausschreibung vorgesehen, für Funkkonzessionen ist dies «in der Regel» nach Art. 22a Abs. 2 FMG ebenfalls der Fall, wenn voraussichtlich nicht genügend Frequenzen zur Verfügung stehen. Auch Konzessionen im Rundfunkbereich, die vom UVEK erteilt werden, sind vom BAKOM «in der Regel» öffentlich auszuschreiben (Art. 45 Abs. 1 RTVG). Zur Frage, inwiefern Konzessionen ausgeschrieben werden müssten, vgl. D. KUNZ, 181 ff.

⁴¹³⁸ So vorgesehen z.B. in Art. 14 Abs. 4 FMG im Kontext der Erteilung der fernmelderechtlichen Grundversorgungskonzession. Vgl. auch Art. 3a StromVG, wonach die Kantone und Gemeinden Konzessionen im Zusammenhang mit den Elektrizitätsnetzen zwecks Übertragung und Verteilung (Übertragungs- und Verteilnetz) wie insb. auch das Recht zur Nutzung des öffentlichen Grund und Bodens ohne Ausschreibung erteilt werden können.

⁴¹³⁹ Vgl. zu diesem Begriff HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2650 ff.

⁴¹⁴⁰ Vgl. etwa UHLMANN/KASPAR, 138 m.w.H.

⁴¹⁴¹ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2657 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1197.

beteiligten Privaten, die per Gesuchseinreichung über die Einleitung des Verfahrens und über dessen Gegenstand sowie mittels Rückzugs des Gesuchs auch über die Verfahrensbeendigung entscheiden.⁴¹⁴²

- 1465 Die konkreten Vorgaben zur Eröffnung der jeweiligen Verfahren und insb. die bekannt zu gebenden Angaben und im Einzelfall einzureichenden Unterlagen lassen sich den jeweils anwendbaren fachbereichsspezifischen Rechtsgrundlagen entnehmen. Wie gesehen, wird etwa für die Erteilung einer Bewilligung zwischen «persönlichen» und «sachlichen» Voraussetzungen unterschieden, die jeweils erfüllt sein müssen.⁴¹⁴³

B. Anstoss / Auslöser zur Aufnahme von Beobachtungs- und Überwachungshandlungen

- 1466 Ausserhalb von Bewilligungs- und Konzessionsverfahren leiten regelmässig die zuständigen Aufsichtsbehörden die (übrigen) nichtstreitigen Aufsichtsverfahren ein. Es gilt die *Offizialmaxime*, wonach die Behörden von Amtes wegen darüber entscheiden, ob Untersuchungen und Abklärungen durchgeführt werden, später ein Verfahren eingeleitet oder beendet wird und was Gegenstand dieses Verfahrens sein soll.⁴¹⁴⁴
- 1467 Ausgelöst werden können die Beobachtungs- und Überwachungshandlungen der Aufsichtsinstanzen z.B. durch Meldungen der Beaufsichtigten selbst.⁴¹⁴⁵ Zum einen sind zahlreiche beaufsichtigte Akteure jeweils gehalten, den Aufsichtsinstanzen etwa Geschäfts- und Tätigkeitsberichte sowie ihre Geschäftszahlen vorzulegen,⁴¹⁴⁶ was Anknüpfungspunkte für eine Verfahrenseinleitung liefern kann. Zum anderen treffen die Beaufsichtigten in gewissen Sachbereichen Meldepflichten,

⁴¹⁴² Vgl. generell zur *Dispositionsmaxime* HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 985 ff.; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N 85 ff.; DUBEY/ZUFFEREY, N 1932; RHINOW ET AL., N 980; TANQUEREL, Manuel, N 1523 ff.

⁴¹⁴³ Dazu vorne N 1004 ff.

⁴¹⁴⁴ Vgl. etwa auch VOISARD, N 150. Generell zur *Offizialmaxime* vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 983 f.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 778 ff.; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N 82 ff.; DUBEY/ZUFFEREY, N 1931; RHINOW ET AL., N 979 sowie N 981 ff.; TANQUEREL, Manuel, N 1523 ff.

⁴¹⁴⁵ Vgl. etwa den Wortlaut von Art. 26 Abs. 1 KG. «[A]uf Begehren von Beteiligten» bedeutet, dass die an einer möglicherweise unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. Art. 5 ff. KG beteiligten Unternehmen die entsprechenden Hinweise geben können. Vgl. dazu etwa BEURET, DIKE-KG, Art. 26 N 18.

⁴¹⁴⁶ Dazu vorne N 1063 ff.

mit denen die Aufsicht auf problematische Konstellationen hinzuweisen ist.⁴¹⁴⁷ Im Übrigen sind es häufig auch Meldungen von anderen (inländischen oder ausländischen) Behörden, von betroffenen (natürlichen oder juristischen) Personen oder Medienberichte, die zur Einleitung konkreter Marktbeobachtungen (z.B. nach Art. 45 Abs. 1 KG) oder spezifischer Überwachungshandlungen führen können.⁴¹⁴⁸ Ein Anspruch auf Behandlung solcher Meldungen oder Anzeigen durch die Aufsichtsbehörden besteht grundsätzlich allerdings nicht.⁴¹⁴⁹

Nehmen die Aufsichtseinheiten (in der Folge) sachbereichsspezifische Prüfungen und Untersuchungen vor und treten dabei Auffälligkeiten oder Hinweise auf Regelverstösse zu Tage, sind sie jeweils gehalten, von Amtes wegen weitere Abklärungen zu treffen und einen Verdacht auf Regelverletzung im konkreten Einzelfall genauer zu untersuchen. Es gilt die Untersuchungsmaxime.⁴¹⁵⁰ Die zuständigen Aufsichtsinstanzen⁴¹⁵¹ sind von Amtes wegen aufgefordert, ihrer Beobachtungs- bzw. Überwachungsfunktion nachzukommen und in diesem Rahmen auch Untersuchungshandlungen vorzunehmen, um den Sachverhalt abzuklären und die für ihre Aufsichtstätigkeit notwendigen Informationen zu beschaffen – selbstverständlich immer unter Einhaltung der rechtlichen Vorgaben und regelmässig unterstützt durch Mitwirkungspflichten aufseiten der Beaufsichtigten.⁴¹⁵² 1468

Auf dieser Grundlage ist sodann zu entscheiden, ob weitere (sachbereichsspezifische) Verfahrensschritte nötig sind bzw. ob und inwiefern Handlungsbedarf 1469

⁴¹⁴⁷ Dazu vorne N 1135 ff.

⁴¹⁴⁸ Zur Initiative für die Eröffnung von Vorabklärungen im Finanzmarktbereich vgl. SCHÖNKNECHT, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 66; BSK FINMAG-ROTH PELLANDA/KOPP, Art. 30 N 4. Für das Kartellrecht vgl. den Wortlaut von Art. 26 Abs. 1 KG. «Auf Anzeige von Dritten» ermöglicht die Anzeige durch jedermann, namentlich auch durch die von einer Wettbewerbsbeschränkung Betroffenen. Vgl. dazu BEURET, DIKE-KG, Art. 26 N 18.

⁴¹⁴⁹ Vgl. etwa SCHENKEL/ODERMATT/HOLZMÜLLER, DIKE-KG, Art. 45 N 13 f. – Zur Frage, ob den «Anzeigerinnen und -anzeigern» Parteirechte zukommen oder nicht, vgl. hinten N 1470 ff.

⁴¹⁵⁰ Zur Untersuchungsmaxime vgl. generell HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 988 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 781 ff.; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N 92 ff.; DUBEY/ZUFFEREY, N 1934; RHINOW ET AL., N 991 ff.

⁴¹⁵¹ Regelmässig sind andere Instanzen für die laufende Aufsichtsausübung zuständig als die «Hauptaufsichtsbehörden» der unterschiedlichen Rechtsbereiche. Vgl. dazu insb. hinten N 1476 ff.

⁴¹⁵² Dazu vorne N 1127 ff. – Mitwirkungspflichten gelten in wettbewerbs- und finanzmarktrechtlichen Untersuchungen bspw. bereits im Stadium der Vorabklärungen (dazu vorne N 1092).

vonseiten der Aufsichtsbehörden besteht oder nicht.⁴¹⁵³ Marktbeobachtungen und Vorabklärungen sowie andere behördliche Überwachungshandlungen werden somit regelmässig *vor* der formellen Verfahrenseröffnung getätigt.

C. Verfahrenseröffnung

- 1470 Die meisten Verwaltungsverfahren beginnen, *bevor* das Verfahren eröffnet wird.⁴¹⁵⁴ So auch das nichtstreitige Aufsichtsverfahren, das einsetzt, bevor die Anordnung von Aufsichtsmassnahmen in Form einer Verfügung in Sichtweite gerät, und auch unabhängig davon. Die Aufsichtstätigkeit in diesem Stadium lässt sich vielfach dem «informellen Verwaltungshandeln» zurechnen.⁴¹⁵⁵ Insbesondere um Kollusionshandlungen zu vermeiden, wird die Durchführung aufsichtsrechtlicher Abklärungen in dieser Phase den Betroffenen regelmässig nicht mitgeteilt. Ferner gelangt das VwVG (noch) nicht zur Anwendung; die Informationsbeschaffung in solchen «Vorverfahren» erfolgt weitgehend «formlos».⁴¹⁵⁶
- 1471 Erst wenn aufgrund der Ergebnisse der Vorabklärungen die Eröffnung eines Verwaltungsverfahrens entschieden wird, werden die Parteien über diesen Umstand aufgeklärt.⁴¹⁵⁷ Erfolgt jedoch keine formelle Verfahrenseröffnung, ist nicht ersichtlich, ob und, wenn ja, ab welchem Zeitpunkt ein Verfahren überhaupt eingeleitet

⁴¹⁵³ Im Kartellrecht ist etwa die Frage zu klären, ob ausreichende Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegen, um eine Untersuchung i.S.v. Art. 27 KG einleiten zu können (vgl. BEURET, DIKE-KG, Art. 26 N 3 m.w.H.; vgl. auch KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 1987). C. BECK spricht von einer «Art Filter», die errichtet worden sei, um es der Behörde zu ermöglichen, in einem ersten Schritt zu prüfen, ob sich eine Untersuchung überhaupt lohne (C. BECK, N 65 m.w.H.). Vgl. dazu auch vorne N 1079 (zur Marktbeobachtung) sowie N 1087 f. und N 1095 ff. (zu den Mechanismen der Vorabklärungen).

⁴¹⁵⁴ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 968; UHLMANN, Einleitung, 2 ff.

⁴¹⁵⁵ Dazu vorne N 1155 ff.

⁴¹⁵⁶ Vgl. dazu Urteil BVGer, B-3844/2013, 7.11.2013, E. 1.4.2.3.1; BGE 136 II 304, E. 6.3; vgl. auch vorne N 1459 m.w.H.

⁴¹⁵⁷ Vgl. etwa Art. 30 FINMAG; vgl. BGE 136 II 304, E. 6.3, wo festgehalten wurde, dass *vor* Verfahrenseröffnung die Verfahrensbestimmungen und Parteirechte grundsätzlich keine Anwendung finden, *nach* der formellen Verfahrenseinleitung hingegen schon, wobei die Betroffenen die Gelegenheit haben müssen, sich auch zu den bereits getroffenen Abklärungen zu äussern.

wurde.⁴¹⁵⁸ Die Beteiligten erfahren dann u.U. erst im Rahmen der Gewährung des rechtlichen Gehörs von einem laufenden Verfahren.⁴¹⁵⁹

Als problematisch werden solche Konstellationen v.a. im Hinblick auf die Rechtsschutzinteressen der betroffenen Personen erachtet, deren Beteiligung am Verfahren geboten ist.⁴¹⁶⁰ Wie gesehen, stellen sich zudem Fragen zur Vorhersehbarkeit informeller Aufsichtshandlungen und damit auch zur Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit im Aufsichtsverfahren.⁴¹⁶¹

Der Zeitpunkt der ordentlichen Verfahrenseröffnung steht nicht fest und wird in 1472 den meisten Sachgesetzen auch nicht geregelt. In BGE 136 II 304 hielt das Bundesgericht fest, dass ein ordentliches Verwaltungsverfahren dann zu eröffnen und dessen Durchführung den betroffenen Personen mitzuteilen sei, «wenn sich die entsprechenden Anhaltspunkte derart verdichten, dass sie die Einleitung (...) bedingen».⁴¹⁶² Damit verbleibt den Aufsichtsbehörden ein breiter Entscheidungsspielraum, um festzulegen, wann dieser Moment erreicht ist.⁴¹⁶³ In der Lehre wird vorgebracht, dass ein formelles Verfahren grundsätzlich dann beginne, wenn die Behörde Vorkehrungen treffe, die den Erlass einer Verfügung bzw. den ausdrücklichen Verzicht auf Erlass einer solchen erwarten lasse. Die Verfügung sei ein wichtiger Bezugspunkt zur Bestimmung des Verfahrensbeginns.⁴¹⁶⁴ Entsprechend drängt sich die Verfahrenseröffnung dann auf, wenn die formlosen Abklärungen der Aufsichtsbehörden den Anfangsverdacht auf eine Gesetzesverletzung oder einen aufsichtsrechtlichen Missstand erhärten und der Erlass einer Verfügung als erforderlich erscheint.⁴¹⁶⁵

Als weitere Gesichtspunkte zur Bestimmung des Zeitpunkts der Verfahrenseröffnung 1473 sind zu beachten: die Verfahrensökonomie (eine späte Verfahrenseröffnung ermöglicht das rasche und formlose Sammeln von Informationen), die Prozesschancen (der Aufsichtsbehörde wird jeweils daran gelegen sein, ihre Glaubwürdigkeit möglichst

⁴¹⁵⁸ Vgl. auch KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 388.

⁴¹⁵⁹ *Ebd.*

⁴¹⁶⁰ Vgl. dazu auch UHLMANN, Einleitung, 5 und 14, der sich auf den Standpunkt stellt, dass das Rechtsschutzinteresse der betroffenen Person für eine formelle Verfahrenseröffnung sprechen könne.

⁴¹⁶¹ Dazu vorne N 1357 ff.

⁴¹⁶² BGE 136 II 304, E. 6.3.

⁴¹⁶³ Vgl. auch C. BECK, N 78 f.

⁴¹⁶⁴ UHLMANN, Einleitung, 4.

⁴¹⁶⁵ Eingehend zur Frage nach dem massgeblichen Zeitpunkt *ebd.*, 4 ff.

nicht mit chancenlosen Verfahren aufs Spiel zu setzen⁴¹⁶⁶) und das Rechtsschutzinteresse der Betroffenen (Letzteres spricht für eine rasche Gewährung der Parteirechte⁴¹⁶⁷). Werden die Verteidigungsrechte der Verfügungsadressatinnen und -adressaten und weiterer Verfahrensparteien berührt und die chancengleiche Vertretung und Verteidigung der eigenen Interessen betroffen, spricht dies für eine formelle Verfahrenseröffnung.⁴¹⁶⁸ Zum Teil machen die Sachgesetze und bereichsspezifischen Vorgaben die Verfahrenseröffnung auch von weiteren Kriterien abhängig.

Die FINMA hat z.B. ihre Leitlinien zum Enforcement zu berücksichtigen. Eine Verfahrenseröffnung drängt sich aus Sicht der FINMA insb. dann auf, wenn das festgestellte Handeln andere Finanzmarktteilnehmer oder die Reputation des Finanzplatzes Schweiz zu gefährden droht oder eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen zur Debatte steht.⁴¹⁶⁹ Im Rahmen der rechtlichen Aufarbeitung der CS-Krise schlägt die Literatur *de lege ferenda* vor, quantitative sowie qualitative Krisenwarnindikatoren zu entwickeln, die die Aufsichtsbehörden bereits frühzeitig verpflichten könnten, aktiv zu werden.⁴¹⁷⁰

- 1474 Kommt es zu einer formellen Eröffnung eines Verwaltungsverfahrens zwecks Anordnung von Verwaltungsmassnahmen oder Sanktionen, wird dies den Parteien angezeigt.⁴¹⁷¹ Gemäss Art. 28 Abs. 1 KG z.B. gibt etwa das Sekretariat die Eröffnung einer Untersuchung durch amtliche Publikation bekannt. Die Bekanntmachung nennt den Gegenstand und die Adressaten der Untersuchung und enthält den Hinweis, dass sich Dritte innert 30 Tagen melden können, falls sie sich an der Untersuchung beteiligen wollen. Auch nach Art. 30 FINMAG zeigt die FINMA die Eröffnung eines Verfahrens den Parteien an.

⁴¹⁶⁶ Vgl. REISER, Instrumente, 85.

⁴¹⁶⁷ UHLMANN, Einleitung, 5; C. BECK, N 80 f.

⁴¹⁶⁸ HÄNER, Beteiligte, N 275; vgl. auch C. BECK, N 81.

⁴¹⁶⁹ Vgl. etwa EYMANN, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 105 ff.; vgl. auch C. BECK, N 110 m.w.H.

⁴¹⁷⁰ Vgl. den Beitrag von REISER/BERNDT.

⁴¹⁷¹ Hat sich der anfängliche Verdacht auf eine Gesetzesverletzung oder einen aufsichtsrechtlichen Missstand hingegen nicht bestätigt, kann ein Vorabklärungsverfahren hingegen ohne Einstellungsverfügung abgeschlossen werden.

Formell eröffnete Verwaltungsverfahren münden regelmässig in einen Entscheid, 1475
 der in der Form einer förmlichen Verfügung ergeht.⁴¹⁷² Das herrschende verfü-
 gungszentrierte Verfahrensverständnis hat zur Folge, dass gemäss Lehre und
 Rechtsprechung das Verwaltungsverfahren sogar «ausschliesslich auf den Erlass
 behördlicher Akte mit Verfügungscharakter Anwendung» findet.⁴¹⁷³ Mit der Er-
 öffnung eines Verwaltungsverfahrens gehen deshalb bestimmte Formvorschriften
 einher, und es gelangen die Bestimmungen des VwVG zur Anwendung. Aufgrund
 dessen müssen die Parteien bereits *vor* Erlass einer Verfügung in das Verfahren
 miteinbezogen werden; sie erhalten Akteneinsicht und Anspruch auf rechtliches
 Gehör, und die zu erlassende Verfügung muss den Form- und Begründungsvor-
 gaben gemäss Art. 34 ff. VwVG genügen und entsprechend auch eine Rechtsmit-
 telbelehrung vorsehen; im Gegensatz zum tatsächlichen Verwaltungshandeln ist
 ausserdem der Rechtsschutz bei Verfügungen weitestgehend geregelt und klar.⁴¹⁷⁴

IV. Zuständigkeit

Die für den jeweiligen Sachbereich eingesetzte Aufsichtsbehörde ist in der rich- 1476
 tigen Zusammensetzung jeweils zuständig für die Vornahme der erforderlichen
 Aufsichtshandlungen und den Erlass der angestrebten Verfügungen. Während
 allerdings die Entscheide über Bewilligungs- und Konzessionserteilung sowie
 über die Anordnung spezifischer Massnahmen zur Sicherstellung, dass die Be-
 aufsichtigten die ihnen auferlegten aufsichtsrechtlichen Vorgaben einhalten, im
 Namen der Gesamtbehörde ergehen, werden die behördlichen Prüfungs-, Über-
 wachungs- und Untersuchungsaufgaben regelmässig nicht von den «Hauptauf-
 sichtsbehörden» selbst wahrgenommen, sondern anderen Aufsichtsakteuren, die
 gewissermassen als «Hilfspersonen» hinzutreten, übertragen.⁴¹⁷⁵

⁴¹⁷² Vgl. etwa den klaren Wortlaut von Art. 30 Abs. 1 KG, wonach die Wettbewerbskom-
 mission «auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnah-
 men» entscheidet.

⁴¹⁷³ Vgl. etwa KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N 313 sowie N 318, wonach auf das Zustande-
 kommen von Handlungsformen ohne Verfügungscharakter das Verwaltungsverfahren
 an sich keine Anwendung findet; vgl. dazu auch vorne N 1459.

⁴¹⁷⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 963.

⁴¹⁷⁵ Eingehend mit einer Untersuchung der rechtlichen Stellung und Einordnung von Hilfs-
 personen im Aufsichtskontext vgl. VOISARD, N 230 ff. sowie N 245 ff.

- 1477 – So kann etwa – wie gesehen⁴¹⁷⁶ – die Prüfung der nach Massgabe der Finanzmarktgesetze Beaufsichtigten nicht nur von der FINMA selbst vorgenommen werden, sondern von (nach Art. 9a RAG) zugelassenen Prüfgesellschaften oder Prüfbeauftragten der FINMA (nach Art. 24a FINMAG). Diese «indirekte» Aufsichtsausübung im Rahmen der sog. «dualen» Aufsicht herrscht in der Praxis denn auch tatsächlich vor.⁴¹⁷⁷
- 1478 – Auch die Durchführung von Inspektionen im Heilmittelbereich wird von Swissmedic, die die Hauptzuständigkeit dafür trägt,⁴¹⁷⁸ regelmässig an die Kantone bzw. an die Inspektorate der Kantone übertragen, vorausgesetzt, dass diese die erforderlichen rechtlichen Anforderungen erfüllen.⁴¹⁷⁹ So obliegt bspw. die nachträgliche Kontrolle der Rechtmässigkeit von Abgabe und Anwendung der in Verkehr gebrachten Arzneimittel den Kantonen nach Art. 57 Abs. 1 VAM. An den Abgabestellen kontrollieren sie anhand von Stichproben oder auf Ersuchen des Instituts insb., ob die Vorschriften über die Abgabeberechtigungen und die Arzneimittelwerbung eingehalten werden und die Arzneimittel rich-

⁴¹⁷⁶ Dazu vorne N 714 ff.

⁴¹⁷⁷ Vgl. Art. 24 Abs. 1 FINMAG. Vgl. ebenfalls zu den so vorgenommenen periodischen Prüfungen im Finanzmarktrecht die Hinweise in N 1063 ff.

⁴¹⁷⁸ Vgl. Art. 60 Abs. 1 HMG, wonach das Institut (unter Vorbehalt der Art. 30 und 34 Abs. 4 HMG) «für das Inspektionswesen in der Schweiz verantwortlich» ist. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung werden insb. Inspektionen betreffend die Voraussetzungen für die Herstellungsbewilligung (Art. 6), die Ein- und Ausfuhrbewilligung sowie die Bewilligung für den Handel im Ausland (Art. 19) ebenso wie für den Grosshandel (Art. 28) vom Institut ausgeführt, sofern es dabei um die folgenden Bereiche geht: (a) immunologische Arzneimittel; (b) Blut und Blutprodukte sowie (c) selten eingesetzte Verfahren, die hoch spezifisches Fachwissen erfordern. Swissmedic kann allerdings gemäss Art. 60 Abs. 4 HMG die Inspektorate der Kantone zu Inspektionen im eigenen Kompetenzbereich beiziehen oder damit beauftragen.

⁴¹⁷⁹ Vgl. Art. 60 Abs. 3 HMG, wonach das Institut die Inspektionen nach den Art. 6, 19 und 28 HMG «in den anderen Bereichen» (in Abgrenzung zu den in Art. 60 Abs. 2 lit. a–c HMG aufgeführten Bereichen; dazu soeben Fn. 4178) den Inspektoraten der Kantone überträgt, «wenn diese die Anforderungen des nationalen und des für die Schweiz massgebenden internationalen Rechtes erfüllen». Die Kantone können wiederum regionale oder andere kantonale Inspektorate sowie das Institut beiziehen bzw. mit solchen Inspektionen beauftragen (Art. 60 Abs. 5 HMG). Vgl. zum Ganzen auch vorne N 579 m.w.H.

tig gekennzeichnet sind.⁴¹⁸⁰ Für die weiteren notwendigen Abklärungen und die Anordnung der erforderlichen Massnahmen ist entweder der Kanton oder Swissmedic zuständig.⁴¹⁸¹

Die Gründe für den Einbezug verschiedener Kräfte zur Wahrnehmung der laufenden Aufsichtsaufgaben sind vielfältig. Sicherlich verspricht die Übertragung laufender Überwachungsaufgaben an spezialisierte Einheiten eine effiziente Abwicklung der notwendigen Prüfungen gestützt auf das nötige Fachwissen. Die Aufteilung von Beobachtungsaufgaben auf mehrere Aufsichtseinheiten kann zudem zu einer besseren örtlichen Verteilung führen, was u.U. wiederum zu einer raschen und effizienten Aufgabenerfüllung beiträgt – so bspw., wenn Stichproben an unterschiedlichen Orten entnommen werden sollen. Schliesslich verspricht eine Aufgabenaufschlüsselung auf mehrere «Aufsichtsinstanzen» auch eine Aufteilung der mit der Aufsicht einhergehenden Kompetenzen und Machtbefugnisse. Im strafrechtlichen Kontext wird die Trennung zwischen Untersuchung und Anklage auf der einen und richterlicher Beurteilung auf der anderen Seite zu den Grundprinzipien des Strafverfahrens gezählt und oftmals auf das Akkusationsprinzip gemäss Art. 9 Abs. 1 StPO zurückgeführt.⁴¹⁸² 1479

Bemühungen, eine zu grosse Machtakкумуляtion bei einzelnen mit Aufsichtsaufgaben ausgestatteten Stellen zu verhindern, scheinen auch zu einer Aufgabenteilung *innerhalb* einzelner Aufsichtsbehörden geführt zu haben. So ist für die grösseren Aufsichtsbehörden regelmässig eine Funktionentrennung zwischen den für die Beobachtungs- und Überwachungstätigkeit zuständigen Abteilungen und denjenigen, die für die Beurteilung von deren Ergebnissen und die Anordnung von Durchsetzungsmassnahmen zuständig sind, vorgesehen.⁴¹⁸³ So z.B. innerhalb der FINMA, wo für die laufende Aufsicht andere Bereiche zuständig sind als für 1480

⁴¹⁸⁰ Art. 57 Abs. 2 VAM.

⁴¹⁸¹ Vgl. zur Kompetenzabgrenzung Art. 57 Abs. 3 und 4 VAM. – Regelmässig kommt den Inspektoraten dabei eine entscheidende Bedeutung zu. Sie haben die Aufgabe, im Einzelfall über den Grad der Regelkonformität zu entscheiden und Swissmedic einen entsprechenden Antrag zu stellen. Gestützt auf einen solchen Antrag entscheidet Swissmedic darüber, ob und, wenn ja, welche weiteren Schritte vorzunehmen und allfällige Verwaltungsmassnahmen anzuordnen sind (vgl. dazu insb. Swissmedic Inspektions-Richtlinie, Ziff. 3 [mit einer Definition des Antrags] sowie Ziff. 5.9, N 32 ff.).

⁴¹⁸² SK StPO-WOHLERS, Art. 9 N 3 m.w.H.

⁴¹⁸³ Eine organisatorische Trennung zwischen derjenigen staatlichen Stelle, die die Beobachtungsfunktionen erfülle, und derjenigen, die Berichtungsaufgaben übernehme, wurde schon von TRIEPEL als bedeutsam hervorgehoben (TRIEPEL, 120).

das sog. «Enforcement»,⁴¹⁸⁴ ebenso innerhalb der ESBK, wo das Sekretariat die unmittelbare Aufsicht über die Spielbanken ausübt,⁴¹⁸⁵ während bspw. der Entzug oder die Suspendierung der Konzession zu den unübertragbaren Aufgaben der Kommission gehört.⁴¹⁸⁶ Auch das Fachsekretariat der ElCom ist massgeblich in die Marktbeobachtung involviert;⁴¹⁸⁷ innerhalb der WEKO ist es sogar das Sekretariat, das in der Praxis – entgegen dem Wortlaut von Art. 45 Abs. 1 KG – fast ausschliesslich die Marktbeobachtungen durchführt.⁴¹⁸⁸ Das WEKO-Sekretariat ist im Übrigen auch für die Durchführung der Vorabklärungen nach Art. 26 KG zuständig,⁴¹⁸⁹ bereitet die Geschäfte der WEKO vor (Art. 23 Abs. 1 KG) und besorgt entsprechend auch die umfassende Informationsbeschaffung und Dokumentation.⁴¹⁹⁰ Die WEKO übernimmt in der Folge die Aufgabe der urteilenden Behörde.⁴¹⁹¹

⁴¹⁸⁴ Innerhalb der FINMA ist ausserdem eine Trennung zwischen der laufenden Überwachungstätigkeit einerseits und dem Enforcementverfahren andererseits vorgesehen. Über Eröffnung und Abschluss von Enforcementverfahren entscheidet insb. ein Ausschuss der Geschäftsleitung, der sog. Enforcementausschuss (ENA). Vgl. dazu insb. Art. 10 Geschäftsreglement FINMA.

⁴¹⁸⁵ Art. 9 Abs. 1 Geschäftsreglement ESBK.

⁴¹⁸⁶ Art. 4 Abs. 1 lit. c Geschäftsreglement ESBK. – Vgl. auch Art. 134 Abs. 2 BGS, wonach bei Widerhandlungen im Zusammenhang mit den Spielbankenspielen und bei Hinterziehung der Spielbankenabgabe das Sekretariat der ESBK «verfolgende Behörde» sei und «urteilende Behörde» die ESBK.

⁴¹⁸⁷ Nach Art. 5 Abs. 2 lit. f des Geschäftsreglements ElCom erstattet das Fachsekretariat der ElCom der Kommission Bericht über die Entwicklung der Elektrizitätsmärkte und unterbreitet darüber hinaus Vorschläge für Massnahmen bei einer Gefährdung der inländischen Versorgungssicherheit.

⁴¹⁸⁸ Vgl. dazu Art. 31 Abs. 1 lit. a Geschäftsreglement WEKO; vgl. auch SCHENKEL/ODERMATT/HOLZMÜLLER, DIKE-KG, Art. 45 N 3 f.

⁴¹⁸⁹ Dazu vorne N 1090 f. Die Vorabklärungen bedürfen insb. nicht – wie die Eröffnung einer Untersuchung – der Zustimmung eines Mitglieds des WEKO-Präsidiums (vgl. Art. 26 Abs. 1 KG im Gegensatz zu Art. 27 Abs. 1 KG). Eröffnung, Durchführung und Abschluss einer Vorabklärung liegen damit in der Verantwortung der Direktion des Sekretariats. Das Präsidium der WEKO wird vom Sekretariat über den Abschluss einer Vorabklärung informiert (Art. 31 Abs. 1 lit. b Geschäftsreglement WEKO). Von laufenden Vorabklärungen erfährt es i.d.R. aus der Geschäftsübersicht des Sekretariats (vgl. BEURET, DIKE-KG, Art. 26 N 9 m.w.H.).

⁴¹⁹⁰ Vgl. dazu auch die Hinweise vorne in N 845 ff. und N 857 ff.

⁴¹⁹¹ So ausdrücklich Art. 57 Abs. 2 KG für die Verfolgung und Beurteilung strafbarer Handlungen.

Geht es um Strafverfolgungskompetenzen, lässt sich auch eine Kompetenzaufteilung zwischen der Aufsicht und den betroffenen Departementen bzw. Bundesämtern beobachten: 1481

- Gemäss Art. 50 Abs. 1 FINMAG ist das EFD verfolgende und urteilende Behörde im Finanzmarktbereich. Nach Art. 55 FMG ist das UVEK für Widerhandlungen gegen die Bestimmungen des FMG zuständig, wobei das UVEK Verfolgung und Beurteilung von Widerhandlungen sowie den Vollzug der Entscheide dem BAKOM übertragen kann. Art. 102 RTVG sieht die Zuständigkeit des BAKOM vor. 1482
- Im Nuklearsicherheitsbereich unterscheidet Art. 100 KEG zwischen Übertretungen nach Art. 93 KEG, die vom Bundesamt verfolgt und beurteilt werden, sowie Verbrechen und Vergehen nach Art. 88–92 KEG, die der Bundesstrafgerichtsbarkeit unterstehen. Gemäss Abs. 3 dieser Bestimmung trifft insb. die Bewilligungs- und Aufsichtsbehörden⁴¹⁹² eine Anzeigepflicht gegenüber der Bundesanwaltschaft im Falle, dass sie in ihrer dienstlichen Tätigkeit Widerhandlungen gegen das KEG wahrnehmen bzw. ihnen solche zur Kenntnis gelangen. Als bspw. Ende Januar 2019 entdeckt wurde, dass ein Mitarbeiter des Kernkraftwerks Leibstadt Daten in Prüfprotokolle eingetragen hatte, ohne die jeweiligen Funktionsprüfungen mobiler Strahlenmessgeräte durchgeführt zu haben, erstattete das ENSI Strafanzeige. In der Folge waren die Vorkommnisse Gegenstand sowohl strafrechtlicher Untersuchungen als auch einer verschärften Aufsicht durch das ENSI.⁴¹⁹³ 1483
- Eine geteilte Zuständigkeit zwischen Aufsichtsbehörde und Bundesamt ist im Vollzugsbereich des Bundes im HMG vorgesehen: Nach Art. 90 Abs. 1 HMG wird die Strafverfolgung auf Bundesebene vom Institut und vom BAG gemeinsam geführt. Liegt zugleich eine Widerhandlung gegen das Zollgesetz oder das Mehrwertsteuergesetz vor (so bei einer Widerhandlung im Rahmen einer Ein-, Durch- und Ausfuhr von Heilmitteln), ist das BAZG zuständig für die Verfolgung und Beurteilung.⁴¹⁹⁴ Art. 90 Abs. 2 HMG sieht ausserdem die Möglichkeit vor, dass ein HMG-Verwaltungsstrafverfahren mit dem Verfahren einer anderen Bundesbehörde vereint wird, sofern sie ebenfalls über einen Auftrag zur gesetzlichen Strafverfolgung hinsichtlich desselben Sachverhalts (oder bei einem engen Sachzusammenhang) verfügt. Im alleinigen Vollzugs- 1484

⁴¹⁹² Neben den Polizeiorganen der Kantone und Gemeinden sowie der Zollorgane (vgl. den Wortlaut von Art. 100 Abs. 3 KEG).

⁴¹⁹³ Vgl. dazu ENSI, Aufsichtsbericht 2019, insb. 55; vgl. auch ENSI, Online-Mitteilung vom 4.9.2019, «Protokollfälschungen im KKW Leibstadt: ENSI reicht Strafanzeige ein», abrufbar unter <<https://www.ensi.ch> → Kernkraftwerke → KKW Leibstadt> (besucht am 15.8.24).

⁴¹⁹⁴ Art. 90 Abs. 1 HMG (Satz 2).

bereich der Kantone bleibt auch die Strafverfolgung nach HMG grundsätzlich Sache der Kantone.⁴¹⁹⁵ Bisweilen führt diese «gespaltene Zuständigkeitsordnung» des HMG jedoch zu Kompetenzkonflikten.⁴¹⁹⁶ Diese haben nicht zuletzt auch prozessuale Auswirkungen, da im kantonalen Verfahren nicht das VStrR, sondern die Strafprozessordnung zur Anwendung gelangt sowie die kantonalen Einführungs- bzw. Ausführungs- oder Organisationsbestimmungen.⁴¹⁹⁷ Das VStrR sieht insb. weniger Beschuldigten-Rechte vor, als es die StPO tut, und enthält auch manche Regelungen und Institute (z.B. anwendbare Zwangsmassnahmen) nicht, die die StPO enthält.⁴¹⁹⁸ Diese Rechtslage wurde in der Lehre als unbefriedigend eingestuft, da es «bei Bundesgesetzen mit «gespaltener Zuständigkeit» oftmals auch von Zufälligkeiten abhängt, welches Prozessrecht auf das Strafverfahren angewandt wird und damit auch, welche Zwangsmassnahmen im Verfahren angeordnet werden können.⁴¹⁹⁹

V. Parteien und Rechtsstellung Dritter

- 1485 Die Voraussetzungen der Parteistellung haben die Behörden als «Sachentscheidungsvoraussetzung»⁴²⁰⁰ auch im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren von Amtes wegen zu prüfen.⁴²⁰¹ Es soll sichergestellt werden, dass nur diejenigen Personen auf das Verfahren einwirken können, die zum Verfahrensgegenstand in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung stehen und ein schutzwürdiges Interesse haben.⁴²⁰²

⁴¹⁹⁵ Art. 90 Abs. 3 HMG. Nach Abs. 4 von Art. 90 HMG ist allerdings auch dann eine Vereinigung der Verfahren zulässig, wenn sowohl der Bund als auch die Kantone über Zuständigkeiten verfügen; die Bestimmung sieht die Vereinigung der Verfahren sowohl zuhanden des Bundes als auch zuhanden der Kantone vor.

⁴¹⁹⁶ Vgl. eingehend dazu BURRI, 95 ff. m.w.H.; vgl. auch BSK HMG-PIELES/GLOOR, Art. 90 N 30 ff.

⁴¹⁹⁷ Vgl. BSK HMG-PIELES/GLOOR, Art. 90 N 17. – Gemäss der Ausnahmebestimmung von Art. 89 Abs. 2 HMG sind ausserdem die Art. 6 und 7 VStrR auch bei der Strafverfolgung durch die kantonalen Behörden zu beachten.

⁴¹⁹⁸ Vgl. BURRI, 100 ff.; vgl. auch CAPUS/BERETTA, N 379 sowie N 389 ff. zum Verhältnis zwischen VStrR und StPO.

⁴¹⁹⁹ BURRI, 105 f.

⁴²⁰⁰ Vgl. die Überschrift zu § 19 Ziff. II bei RHINOW ET AL., 362.

⁴²⁰¹ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 443.

⁴²⁰² Vgl. Kommentar VwVG-HÄNER, Art. 6 N 1; vgl. auch KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 446 i.V.m. N 938 ff.

Als Parteien eines (eröffneten) formellen Verwaltungsverfahrens gelten gemäss Art. 6 VwVG Personen, deren Rechte oder Pflichten durch die anvisierte Verfügung berührt werden – im Aufsichtsrecht also regelmässig die durch eine aufsichtsrechtliche Anordnung tangierten Beaufsichtigten, vorausgesetzt, dass sie partei-, prozess- und postulationsfähig sind⁴²⁰³ –, ebenso wie Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen eine solche Verfügung zusteht.⁴²⁰⁴ Nach Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde legitimiert, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (lit. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (lit. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (lit. c). Wer in diesem Sinne zur Beschwerde legitimiert ist, hat auch Parteistellung im erstinstanzlichen, nichtstreitigen Verfügungsverfahren und kann bei der zuständigen Behörde ein Begehren um Erlass einer Verfügung stellen.⁴²⁰⁵ 1486

Art. 71 Abs. 2 VwVG, wonach die Anzeigenden nicht die Rechte einer Partei haben, kommt *nota bene* nicht zum Tragen. Diese Bestimmung bezieht sich auf den formlosen Rechtsbehelf der (staatsinternen) Aufsichtsbeschwerde nach Art. 71 VwVG, die nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist.⁴²⁰⁶ 1487

Wer die Stellung eines oder einer Beaufsichtigten in einem Aufsichtsverhältnis innehat, ist i.d.R. hinreichend klar bestimmt. Im Anwendungsbereich des RAG jedoch enthielt die dazugehörige Botschaft bemerkenswerte Hinweise dazu: Sie führte aus, dass es sich von selbst verstehe, dass Gesellschaften, gegen deren Revisionsstelle die Aufsichtsbehörde eine Verfügung erlassen habe, zur Beschwerde befugt seien, wenn eine aufsichtsrechtliche Verfügung sie direkt adressiere, bspw. zur Einholung von Auskünften oder Unterlagen. Richte sich eine Verfügung der RAB jedoch gegen die Revisionsstelle, liege es *ausschliesslich* an dieser, allenfalls ein Rechtsmittel einzulegen:

«Zwar ist auch eine geprüfte Gesellschaft insofern indirekt davon betroffen, als ihrer Revisionsstelle beispielsweise die Zulassung entzogen wird und sie in der Folge eine neue Revisionsstelle wählen muss. Dies ändert jedoch

⁴²⁰³ Vgl. dazu etwa KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 444 f.

⁴²⁰⁴ Vgl. etwa *ebd.*, N 446 sowie N 938 ff. zur Beschwerdelegitimation nach Art. 48 ff. VwVG; vgl. auch Kommentar VwVG-HÄNER, Art. 48 N 5 ff., sowie Kommentar VwVG-HÄNER, Art. 6 N 2, wonach die Pflicht zur Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren gemäss Art. 48 Abs. 1 lit. a VwVG für das erstinstanzliche Verfahren nicht gelten könne.

⁴²⁰⁵ Vgl. aus der aufsichtsrechtlichen Rechtspraxis z.B. BGE 139 II 279, E. 2.2; 130 II 521, E. 2.5; vgl. auch BVGE 2010/12, E. 2.2; Urteil BVGer, A-7312/2007, 27.5.2008, E. 3.

⁴²⁰⁶ Vgl. vorne N 17.

nichts daran, dass die Verfügungsadressatin ausschliesslich die Revisionsstelle ist. Dieser muss es im Rahmen ihrer Eigenverantwortung überlassen bleiben, darüber zu entscheiden, ob sie den Rechtsweg beschreiten will; nur sie kann letztlich beurteilen, ob ihr die ergriffene Sanktion gerechtfertigt erscheint.» – Es sollte durch eine solche Regelung verhindert werden, dass «Rechtsmittelverfahren durchgeführt werden müssten, obschon die Verfügungsadressatin selbst den Sachverhalt und die Sanktionierung anerkennt». Die Botschaft schloss mit der Aussage, dass das Beschwerderecht der unmittelbar betroffenen Revisionsstelle für den Rechtsschutz als genügend erscheine.⁴²⁰⁷

- 1488 Mit der Parteistellung einher gehen die Parteirechte ebenso wie Beschwerdemöglichkeiten.⁴²⁰⁸ Als entsprechend umkämpft erweist sich die Frage nach der Anerkennung als Verfahrenspartei in gewissen Fällen.⁴²⁰⁹

So bspw. in einem Verfahren vor Bundesgericht, das die Beteiligung der SRG am «Joint Venture» «Admeira» zum Gegenstand hatte. Gemäss Art. 29 Abs. 1 RTVG meldete die SRG dieses Vorhaben als eine «in der Konzession nicht festgelegte [Tätigkeit], welche die Stellung und die Aufgabe anderer schweizerischer Medienunternehmen beeinträchtigen» könnte, dem BAKOM.⁴²¹⁰ Nachdem die WEKO den Zusammenschluss ohne weitere Auflagen genehmigt hatte,⁴²¹¹ ersuchte der Verband Schweizer Medien das UVEK, der SRG den Vollzug des «Joint Venture» zu untersagen und ihn als Partei zuzulassen. Das UVEK lehnte dieses Begehren ab und stellte sich auf den Standpunkt, dass Aufsichtsverfahren, die die SRG betreffen, i.d.R. nicht als Mehrparteienverfahren konzipiert seien.⁴²¹² Gegen diesen Entscheid gelangten mehrere Medienhäuser bzw. Medienverbände an das Bundesverwaltungsgericht, dessen Entscheid von der SRG an das Bundesgericht weitergezogen wurde.⁴²¹³

⁴²⁰⁷ Vgl. Botschaft RAG, BBl 2004 4088.

⁴²⁰⁸ Andererseits tragen auch nur die Parteien die allfällige Pflicht zur Mitwirkung an der Feststellung des Sachverhaltes (Art. 13 VwVG) oder zur Kostentragung (Art. 63 VwVG) (RHINOW ET AL., N 1202).

⁴²⁰⁹ Vgl. BIAGGINI, Aufsichtsrecht, N 19.146, der zu diesem Zweck beispielhalber auf BGE 137 II 222 verweist, und zwar auf die Prozessgeschichte, die sich dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts BVGE 2001/4 (vom 18.1.2010) entnehmen lässt; vgl. auch BGE 139 II 279, wo der Beschwerdeführer ein aufsichtsrechtliches Eingreifen der FINMA gegen eine Bank anstrebte und in diesem Verfahren Parteirechte ausüben wollte.

⁴²¹⁰ Art. 29 Abs. 1 RTVG sieht eine entsprechende Meldepflicht der SRG (sowie der von ihr beherrschten Unternehmen) vor.

⁴²¹¹ Urteil BGer, 2C_1024/2016, 23.2.2018, Sachverhaltsabschnitt B.c.

⁴²¹² *Ebd.*, Sachverhaltsabschnitt C.c.

⁴²¹³ *Ebd.*, Sachverhaltsabschnitte D und E.

Die SRG machte insb. geltend, Art. 29 RTVG sehe nur ein Melde- und kein Genehmigungsverfahren vor, weshalb auch nicht von einer Eröffnung eines Verwaltungsverfahrens nach VwVG auszugehen sei. «Indem der Gesetzgeber von einer Bewilligungspflicht abgesehen habe, habe er auch bestimmt, dass Dritten bei der Prüfung der Meldung nach Art. 29 Abs. 1 RTVG keine Parteistellung zukomme.»⁴²¹⁴ Das Bundesgericht liess dieses verfahrensrechtliche Argument jedoch nicht gelten. Es führte aus, das Verfahren nach Art. 29 Abs. 2 RTVG sei eine spezielle Form der staatlichen Aufsicht über Radio und Fernsehen und richte sich gemäss Art. 86 Abs. 3 RTVG nach den Bestimmungen des VwVG, sofern das RTVG nicht hiervon abweichende Bestimmungen enthalte. Ergreife das UVEK, gestützt auf Art. 29 Abs. 2 RTVG, Massnahmen gegen die SRG, sei es an die Verfahrensgarantien des VwVG gebunden, und es sei «nicht einzusehen, weshalb sich eine allfällige Beteiligung Dritter an diesem Verfügungsverfahren – in Abweichung von der Regel in Art. 86 Abs. 3 RTVG – nicht ebenfalls nach dessen Vorgaben richten solle».⁴²¹⁵ Die Parteistellung der Medienunternehmen wurde vom Bundesgericht schliesslich auch unter Hinweis auf den Schutznormcharakter von Art. 29 RTVG zugunsten der Aktivitäten der anderen Medienunternehmen bejaht.⁴²¹⁶

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung müssen Dritte, um Parteistellung zu erhalten, durch den angefochtenen oder zu erlassenden Entscheid stärker als beliebige Dritte betroffen sein und «in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache stehen». Ausserdem müssen sie einen praktischen Nutzen aus einer allfälligen Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids ziehen. Schliesslich besteht das «schutzwürdige Interesse (...) im Umstand, einen materiellen oder ideellen Nachteil zu vermeiden, den der angefochtene Entscheid mit sich bringen würde. Ein bloss mittelbares oder ausschliesslich allgemeines öffentliches Interesse begründet – ohne die erforderliche Beziehungsnähe zur Streitsache selber – keine Parteistellung.»⁴²¹⁷ 1489

⁴²¹⁴ *Ebd.*, E. 2.2.

⁴²¹⁵ *Ebd.*, E. 2.3.1.

⁴²¹⁶ *Ebd.*, E. 3.4.1, wo sich das Bundesgericht auch zur eigenen Praxis zu doppelrelevanten Tatsachen äusserte und festhielt, dass ein anderes Medienunternehmen zur Teilnahme am Verfahren nach Art. 29 Abs. 2 RTVG berechtigt sei, «wenn es in vertretbarer Weise darlegt, dass die fragliche Tätigkeit der SRG zu einer «erheblichen Beschränkung» seines Entfaltungsspielraums führen könnte».

⁴²¹⁷ BGE 142 II 451, E. 3.4.1 m.w.H. u.a. auf BGE 139 II 279, E. 2.2; 135 II 172, E. 2.1; 135 II 145, E. 6.1, und 133 II 249, E. 1.3.2, zu Art. 89 Abs. 1 BGG; vgl. auch BGE 142 II 451, E. 3.4.1. Vgl. zum Ganzen mit einer kurzen Rechtsprechungsübersicht auch HÄNER, Verfahrensrechtliche Aspekte, 101 f. m.w.H.

1490 Fragen nach der ausreichenden Beziehungsnähe bei Beschwerden Dritter stellen sich im aufsichtsrechtlichen Kontext insb. für die Legitimation der sog. «Anzeigerstatter». Gemäss etablierter Rechtsprechung erhält diejenige Person, die bei einer Aufsichtsbehörde eine Anzeige erstattet oder ein aufsichtsrechtliches Vorgehen verlangt, i.d.R. noch keine Parteistellung,⁴²¹⁸ wobei die Frage, ob die erforderlichen Voraussetzungen erfüllt seien, jedoch in jedem Einzelfall gesondert beurteilt werden muss.⁴²¹⁹ Regelmässig fehlt es dafür am «schutzwürdigen Interesse», das nach dem Nachweis verlangt, dass und inwiefern die eigenen Rechte konkret gefährdet oder verletzt sind und deshalb ein eigenes unmittelbares schutzwürdiges Interesse an einer aufsichtsrechtlichen Untersuchung oder Massnahme besteht.⁴²²⁰ Dazu hält das Bundesgericht wiederholt fest, dass für jedes Rechtsgebiet gesondert zu beurteilen sei, wo die Grenze zwischen einer Popular- und einer Aufsichtsbeschwerde verlaufen solle; eine «rechtslogisch stringente» Abgrenzung gebe es nicht, «sondern nur eine praktisch vernünftige Abgrenzung».⁴²²¹ Wegleitend dafür sei namentlich «einerseits die Möglichkeit für die Interessierten, den angestrebten Erfolg auf anderem – z.B. zivil- oder strafrechtlichem – Weg zu erreichen (...), und andererseits das Anliegen, die Verwaltungstätigkeit nicht übermässig zu erschweren (...).»⁴²²²

1491 Dabei wird insb. für Konsumentinnen und Konsumenten die Legitimation regelmässig verneint mit der Begründung, dass sie nicht mehr als jedermann betroffen seien. In BGE 142 II 451 bestätigte das Bundesgericht diese Feststellung mit Verweis auf die eigene Rechtsprechung insb. für Konsumentinnen in Verfahren betreffend die Zulassung oder Nichtzulassung von Lebensmitteln, ebenso für Versicherungsnehmer in Aufsichtsverfahren gegenüber Versicherungen und für Kundinnen bzw. Klientinnen von Banken, Notaren, Anwälten «und dergleichen» in den aufsichtsrechtlichen Verfahren, «da die Aufsicht nur öffentlichen Interessen dient und die Kunden daneben zivilrechtliche Möglichkeiten haben, ihre Ansprüche durchzusetzen».⁴²²³ Entsprechend komme auch Stromkonsumenten keine Parteistellung

⁴²¹⁸ Vgl. BGE 139 II 279, E. 2.3; 135 II 145, E. 6.1; 133 II 468, E. 2.

⁴²¹⁹ Vgl. so ausdrücklich BVGE 2016/20, E. 4.2.

⁴²²⁰ Vgl. BGE 139 II 279, E. 2.3 m.w.H. auf die eigene Rechtsprechung. Vgl. auch Kommentar VwVG-HÄNER, Art. 48 N 17, wonach insb. dann, wenn die Aufsicht primär den öffentlichen Interessen diene (was gemäss HÄNER «bei Notaren, Anwälten und wohl auch bei Ärztinnen der Fall ist»), Anzeigerstatter keine Parteistellung hen.

⁴²²¹ BGE 145 II 259, E. 2.3; vgl. auch BGE 142 II 451, E. 3.4.2; 139 II 279, E. 2.3; 123 II 376, E. 5b/bb.

⁴²²² BGE 142 II 451, E. 3.4.2; vgl. auch etwa BGE 139 II 279, E. 2.3.

⁴²²³ BGE 142 II 451, E. 3.4.3 mit zahlreichen Hinweisen auf die eigene Rechtsprechung.

zu in Verfahren, in denen die ElCom als Aufsichtsbehörde handle und von Amtes wegen Tarifprüfungen vornehme oder die anrechenbaren Kosten eines Netzbetreibers oder Elektrizitätslieferanten festlege.⁴²²⁴ Anders sehe die Situation von Endverbraucherinnen jedoch aus, wenn sie von der ElCom, gestützt auf Art. 22 Abs. 2 lit. a StromVV, eine konkrete Preisfestsetzung verlangten und die ElCom als «Streitentscheiderin zwischen zwei Parteien, die ihr einen Streit unterbreiten», amte. In solchen Verfahren müsse auch den Endverbrauchern Parteistellung zukommen, und zwar nicht als Dritte, sondern als Verfügungsadressaten, lege die Verfügung doch einen Tarif fest, den sie als Konsumenten bezahlen müssten.⁴²²⁵

Nicht ausgeschlossen ist jedoch, dass die Spezialgesetze Fragen nach der Parteistellung bzw. der Rechtsstellung Dritter einer eigenen Lösung zuführen: 1492

- Art. 43 KG liefert dafür ein interessantes Beispiel. Nach Abs. 1 dieser Bestimmung 1493 können bestimmte Dritte ihre Beteiligung an der Untersuchung einer Wettbewerbsbeschränkung anmelden, ebenso (nach Abs. 3) an der ausnahmsweisen Zulassung einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung durch den Bundesrat nach Art. 8 KG. Als solche «Dritte» werden aufgeführt: Personen, die aufgrund der Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder in der Ausübung des Wettbewerbs behindert sind (lit. a), Berufs- und Wirtschaftsverbände, die nach den Statuten zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder befugt sind, sofern sich auch Mitglieder des Verbands oder eines Unterverbands an der Untersuchung beteiligen können (lit. b), sowie Organisationen von nationaler oder regionaler Bedeutung, die sich statutengemäss dem Konsumentenschutz widmen (lit. c). Demgegenüber haben im Verfahren der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen nur die beteiligten, beaufsichtigten Unternehmen Parteirechte.⁴²²⁶

Vorausgesetzt ist allerdings die formelle Eröffnung einer entsprechenden Untersuchung und damit die Einleitung eines Verwaltungsverfahrens. Kommt das VwVG hingegen im Rahmen der aufsichtsrechtlichen (Vor-)Abklärungen (noch) gar nicht zur Anwendung, bestehen zahlreiche Unklarheiten darüber, ob und, wenn ja, wie sich Dritte einschalten können. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kommen Dritten im Rahmen kartellrechtlicher Vorabklärungen (i.S.v. Art. 26 KG) keine Parteirechte zu, auch nicht im Rahmen des

⁴²²⁴ *Ebd.*, E. 3.6.1.

⁴²²⁵ *Ebd.*, E. 3.6.2 sowie E. 3.5–3.7 zum Ganzen.

⁴²²⁶ Art. 43 Abs. 4 KG. In BGE 131 II 497, E. 5 klärte das Bundesgericht zudem, dass Dritte nicht nur von einer Parteistellung im Verfahren der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen ausgeschlossen seien, sondern darüber hinaus auch nicht legitimiert seien, gegen Zusammenschlussvorhaben Beschwerde zu führen, die von der WEKO genehmigt worden seien.

Entscheids, ob überhaupt eine Untersuchung zu eröffnen sei oder nicht. Erst im Verfahren der Untersuchung können ihnen formelle Mitwirkungsrechte eingeräumt werden.⁴²²⁷ Dabei bleibt es gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch, wenn Dritte die Durchführung einer Vorabklärung oder die Verfügung bestimmter Massnahmen beantragen. Sie haben dann die Stellung von «Anzeigern», nicht aber eine Parteistellung und damit auch keinen Anspruch auf eine förmliche Verfügung.⁴²²⁸

- 1494 – Art. 64 Abs. 3 KEG limitiert die Parteien «im Verfahren der von den Aufsichtsbehörden zu erteilenden Freigaben» auf die Gesuchsteller. Bei den sog. «Freigaben» handelt es sich um besondere Formen der Verfügung im Nuklearsicherheitsbereich, die dazu dienen, die behördliche Aufsicht für einzelne Teilschritte einer bewilligten Tätigkeit von Kernkraftwerken (Bau-, Montage- und Betriebsschritte) in verschiedenen Phasen des Lebenszyklus eines Kernkraftwerks sicherzustellen.⁴²²⁹

Trotz dieser Regelung gelang es allerdings Anwohnern in der Nähe eines Kernkraftwerks in BGE 140 II 315 als «Dritte», eine Verfügung, gestützt auf Art. 25a VwVG, zu erlangen. Das Gericht präziserte in diesem Entscheid die Voraussetzungen zum Erlass einer Verfügung. Dabei erachtete es die Anwohner als durch das Gefährdungspotenzial der Anlage besonders betroffen, weshalb der gesetzliche Ausschluss Dritter vom Verfahren gemäss Art. 64 Abs. 3 KEG in diesem Fall nicht zum Tragen kam.⁴²³⁰

- 1495 – Auch Art. 12 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz (NHG) lässt sich eine Regelung der Rechtsstellung Dritter entnehmen. Nach dieser Bestimmung stehen Organisationen, die sich dem Naturschutz,

⁴²²⁷ Vgl. etwa deutlich dazu BGE 130 II 521, E. 2.7.2 f. m.w.H. Zu beachten ist allerdings, dass u.a. die Anzeigen von Dritten zur Einleitung von Vorabklärungen führen können, wobei solche Dritten immerhin gemäss Art. 40 Abs. 1 KG zur Auskunft gegenüber den Wettbewerbsbehörden verpflichtet sind (vgl. dazu KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 451).

⁴²²⁸ BGE 130 II 521, E. 2.7.2–2.7.4. Immerhin werden solche Personen regelmässig über den Verfahrensfortgang informiert. Oftmals werden sie auch in die Marktbeobachtungen einbezogen, indem bspw. der potenzielle Kartellrechtsverletzer Gelegenheit erhält, zu den von ihnen gegen ihn vorgebrachten Vorwürfen Stellung zu nehmen (vgl. dazu SCHENKEL/ODERMATT/HOLZMÜLLER, DIKE-KG, Art. 45 N 13). Sie haben jedoch keinen Anspruch auf Durchführung einer Marktbeobachtung, und auch die Beendigung einer Marktbeobachtung können sie nicht anfechten (SCHENKEL/ODERMATT/HOLZMÜLLER, DIKE-KG, Art. 45 N 14).

⁴²²⁹ FÖHSE/DRITTENBASS, 173; vgl. auch die Begriffserläuterung des Bundesgerichts in BGE 140 II 315, E. 3.3.

⁴²³⁰ BGE 140 II 315, E. 4 und 5. Für eine kritische Würdigung der Praxis zum Rechtsschutz Dritter in Freigabeverfahren vgl. den Beitrag von FÖHSE/DRITTENBASS, 174 ff.; vgl. auch Kommentar VwVG-HÄNER, Art. 6 N 18.

dem Heimatschutz, der Denkmalpflege oder verwandten öffentlichen Interessen widmen, das Beschwerderecht (im streitigen Verwaltungsverfahren) zu, sofern sie (i) gesamtschweizerisch tätig sind und (ii) rein ideelle Ziele verfolgen. Mittels einer ideellen Verbandsbeschwerde können solche Organisationen entsprechend auch im Rahmen aufsichtsrechtlicher (streitiger) Verfahren Parteistellung einnehmen.

Auf dieser Grundlage gelang es bspw. WWF Schweiz im Rahmen von durch das Bundesamt für Landwirtschaft durchgeführten Überprüfungsverfahren zu verschiedenen Pflanzenschutzmitteln gemäss Art. 29 Abs. 1 und 4 der damaligen Pflanzenschutzmittelverordnung (PSMV) vom 12. Mai 2010,⁴²³¹ Parteistellung zugesprochen zu erhalten.⁴²³² WWF Schweiz begründete den entsprechenden Antrag, zu den Überprüfungsverfahren eingeladen zu werden, mit dem Hinweis auf die für Wildbienen und andere Insekten hochgiftigen und sowohl die einheimische Tierwelt als auch die biologische Vielfalt gefährdenden Wirkstoffe der fraglichen Pflanzenschutzmittel.⁴²³³

In der Regel ist auch in solchen Konstellationen eine Verfügung der Behörden Beschwerdeobjekt.⁴²³⁴ Beachtenswert ist allerdings die bundesgerichtliche Rechtsprechung, die, anknüpfend an den Wortlaut von Art. 9 Abs. 3 der Aarhus-Konvention,⁴²³⁵ davon ausgeht, dass sich solche Organisationen des Natur- und Heimatschutzes unabhängig von der gewählten Handlungsform der Behörden an Aufsichtsverfahren beteiligen können.⁴²³⁶

- Eine neue Regelung erfahren hat auch die Beschwerdelegitimation Dritter im Rahmen der Stiftungsaufsichtsbeschwerde, die am 1. Januar 2024 in Kraft gesetzt wurde.⁴²³⁷ Nach Art. 84 Abs. 3 ZGB können Begünstigte, Gläubiger der Stiftung, der Stifter selber, Zustifter sowie ehemalige und aktuelle Stiftungsratsmitglieder Beschwerde bei der Stiftungsaufsichtsbehörde erheben. 1496

⁴²³¹ Abs. 4 von Art. 29 PSMV wurde inzwischen aufgehoben (vgl. AS 2018 4199).

⁴²³² Vgl. Urteil BVGer, B-64/2016, 25.4.2017, sowie diesen Entscheid bestätigend BGE 144 II 218.

⁴²³³ BGE 144 II 218, Sachverhaltsabschnitt A.

⁴²³⁴ Vgl. den Wortlaut von Art. 12 Abs. 1 Satz 1 NHG.

⁴²³⁵ Nach Art. 9 Abs. 3 Aarhus-Konvention hat jede Vertragspartei sicherzustellen, «dass Mitglieder der Öffentlichkeit, sofern sie etwaige in ihrem innerstaatlichen Recht festgelegte Kriterien erfüllen, Zugang zu verwaltungsbehördlichen oder gerichtlichen Verfahren haben, um die von Privatpersonen und Behörden vorgenommenen Handlungen und begangenen Unterlassungen anzufechten, die gegen umweltbezogene Bestimmungen ihres innerstaatlichen Rechts verstossen».

⁴²³⁶ Vgl. BGE 141 II 233, E. 4.3.3; vgl. auch HÄNER, Verfahrensrechtliche Aspekte, 102.

⁴²³⁷ AS 2022 452.

Der Gesetzestext verlangt lediglich ein reines «Interesse, dass die Verwaltung der Stiftung mit Gesetz und Stiftungsurkunde in Einklang steht». Auf die Stiftungsaufsichtsbeschwerde wird nachfolgend näher eingegangen.⁴²³⁸

VI. Feststellung des Sachverhalts

A. Untersuchungsprinzip sowie Auskunfts- und Mitwirkungspflichten

1497 Zu den ständigen Aufgaben verschiedener Aufsichtsbehörden gehört die (Markt-) Beobachtung und Überwachung der bestehenden Verhältnisse auf einem bestimmten Markt bzw. in dem zu beaufsichtigenden Bereich und damit eine laufende Ermittlung von Informationen, die sich allenfalls zu einem aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalt verdichten. Regelmässig fliessen die gewonnenen Informationen in die Regulierung der betroffenen Sektoren ein. Ferner liefern sie die Anhaltspunkte der Prüfung, ob die benötigten Bewilligungs- und Konzessionsvoraussetzungen gegeben sind⁴²³⁹ bzw. ob rechtswidrige Zustände drohen oder bereits vorliegen, die ein behördliches Eingreifen (im Sinne aufsichtsrechtlicher Durchsetzungsmassnahmen⁴²⁴⁰) erforderlich machen. Der Sachverhaltsfeststellung kommt entsprechend eine Art Triage-Funktion zu. Oftmals findet sie im Vorfeld einer formellen Verfahrenseröffnung statt, nicht selten löst sie ein Verwaltungsverfahren (erst) aus, und vielfach erfolgt sie im Rahmen eines bestehenden Verwaltungsverfahrens und beeinflusst damit die Wahl der anzuordnenden Aufsichtsmassnahmen.⁴²⁴¹

1498 Das Aufsichtsverfahren ist geprägt durch die Untersuchungsmaxime nach Art. 12 VwVG. Entsprechend haben die Behörden den Sachverhalt jeweils von Amtes wegen abzuklären. Sie sind für die Beschaffung der für die Wahrnehmung ihrer Aufsichtsaufgaben notwendigen Informationen verantwortlich.⁴²⁴² Zu diesem Zweck stehen den Aufsichtsbehörden, wie gesehen, zahlreiche Informations-, Einsichts- und

⁴²³⁸ Dazu hinten N 1555 ff.

⁴²³⁹ Dazu vorne N 1004 ff. bzw. N 1036 ff.

⁴²⁴⁰ Dazu vorne N 1162 ff.

⁴²⁴¹ Vgl. auch DIEBOLD/RÜTSCHKE/KELLER, 50.

⁴²⁴² Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 988 m.w.H.; vgl. auch KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 456 ff. zur Untersuchungsmaxime. – Demgegenüber gilt allerdings jeweils die Dispositionsmaxime z.B. in Bewilligungsverfahren, die i.d.R. durch die Einreichung eines entsprechenden Gesuchs ausgelöst werden (dazu vorne N 1464; BSK HMG-PFENNINGER-HIRSCHI/ERBSMEHL, Art. 84 N 6).

Untersuchungsrechte offen, die im Rahmen eines eröffneten Aufsichtsverfahrens von den Behörden als Beweismassnahmen angeordnet werden können. Dies kann mittels einer Zwischenverfügung erfolgen, die somit nur selbstständig angefochten werden kann, wenn der Beschwerdeführer einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil erleidet.⁴²⁴³ Vielfach werden in der Praxis jedoch formlose Wege gefunden, um die Mitwirkung der Beaufsichtigten zu verlangen, so bspw. mittels Anschreiben oder in mündlichen Besprechungen, die in einer Aktennotiz festgehalten werden.⁴²⁴⁴ Tatsächlich wird das Untersuchungsprinzip im Aufsichtsverfahren regelmässig durch spezialgesetzlich geregelte Mitwirkungspflichten der Beaufsichtigten relativiert, wonach diese gehalten sind, zur Abklärung des Sachverhalts beizutragen.

In Kapitel III findet sich eine Darstellung der zur Sachverhaltsfeststellung vorgesehenen Untersuchungsmassnahmen der Aufsichtsbehörden sowie der Mitwirkungspflichten der Beaufsichtigten. Für eine differenzierte Betrachtung solcher Aufsichtsinstrumente ist auf diese Ausführungen zu verweisen.⁴²⁴⁵ 1499

B. Fachwissen, Spezialisierung und entsprechendes Sachverständigenermessen der Aufsichtsbehörden

Die Mitarbeitenden spezialisierter Aufsichtsbehörden verfügen regelmässig über besondere Fachkompetenzen in ihrem Tätigkeitsbereich. Zur Abklärung des Sachverhalts und im Rahmen der Rechtsanwendung stützen sie sich regelmässig nicht «nur» auf die anwendbaren gesetzlichen Grundlagen, sondern auch auf den anerkannten Stand von Wissenschaft und Technik.⁴²⁴⁶ 1500

Ist Swissmedic z.B. gefordert, ein neues Heilmittel zuzulassen, bildet die Frage, welche Wirkungen die Präparate haben und was die Studien dazu aussagen, einen Teil der Sachverhaltsfeststellung.⁴²⁴⁷ Dafür nimmt die Behörde eine eigene 1501

⁴²⁴³ Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG. Vgl. dazu etwa auch BSK HMG-EICHENBERGER, Art. 58 N 19.

⁴²⁴⁴ HÄNER, Verfahrensrechtliche Aspekte, 96 m.w.H. und der Bemerkung, dass es in solchen Fällen als wesentlich erscheine, dass den Beaufsichtigten die Möglichkeit offenstehe, eine Verfügung zu verlangen.

⁴²⁴⁵ Dazu vorne N 1101 ff. und N 1127 ff.

⁴²⁴⁶ B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 452.

⁴²⁴⁷ Vgl. etwa BGE 136 I 184, E. 1.2 m.w.H. Gemäss Art. 105 Abs. 1 BGG ist auch das Bundesgericht an diese Sachverhaltsfeststellung grundsätzlich gebunden. Es kann diesen gemäss Art. 105 Abs. 2 BGG bloss berichtigen oder ergänzen, wenn er offensichtlich unrichtig, unvollständig oder in Verletzung wesentlicher Verfahrensrechte

(wissenschaftliche) Einschätzung von naturwissenschaftlichen Arbeiten, der Dokumentation der Gesuchsteller sowie von Vorgaben und Richtlinien von Fachorganisationen vor.⁴²⁴⁸ Ferner kann Swissmedic auch eigene Laborstudien und Untersuchungen durchführen.⁴²⁴⁹ Die richtige Ausübung ihres Ermessens im Rahmen des Zulassungsentscheids bemisst sich dann nicht mehr ausschliesslich an juristischen Wertungsmassstäben, sondern v.a. an medizinischen bzw. biochemischen.⁴²⁵⁰

- 1502 Diese «Fruchtbarmachung» von spezialisiertem Sachverstand bei der Umsetzung der gesetzgeberisch vorgegebenen Normen wird von B. SCHINDLER als «Sachverständigenermessen» bezeichnet.⁴²⁵¹ Es wird von zahlreichen Aufsichtsnormen vorgesehen, und zwar auf unterschiedliche Art und Weise:⁴²⁵²
- 1503 – Als Beispiele für eine explizite Einräumung fachspezifischer Entscheidungskompetenzen der Aufsichtsbehörde lassen sich Art. 58 Abs. 1 und 2 HMG nennen. Nach diesen Bestimmungen überwachen das Institut und die anderen mit dem Vollzug des HMG betrauten Behörden «die Rechtmässigkeit der Herstellung, des Vertriebs, der Abgabe, der Instandhaltung und der Anpreisung von Heilmitteln».⁴²⁵³ Ferner überprüft das Institut (Swissmedic) die in Verkehr gebrachten Heilmittel, und zwar «die Arzneimittel auf ihre Übereinstimmung

ermittelt wurde. Im heilmittelrechtlichen Kontext liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts eine offensichtliche Unrichtigkeit «nicht schon dann vor, wenn wissenschaftliche Studien zu unterschiedlichen Interpretationen Anlass geben, sondern nur, wenn die von der Behörde daraus gezogenen Schlüsse eindeutig und augenfällig unzutreffend erscheinen oder doch erhebliche Zweifel wecken» (BGE 136 I 184, E. 1.2).

⁴²⁴⁸ Vgl. BGE 136 I 184, E. 3.

⁴²⁴⁹ Die Laboratorien von Swissmedic, wie etwa das OMCL, können bspw. Analysen durchführen zwecks Feststellung der Zusammensetzung und des Gefährdungspotenzials bestimmter Präparate. Zur Inspektionsdurchführung vgl. etwa die (gestützt auf Art. 63 AMBV erlassene) Swissmedic-Inspektions-Richtlinie. Die Laboranalysen wurden bspw. erwähnt im Urteil BGer, 6B_374/2008, 27.11.2008, E. 4.2.

⁴²⁵⁰ Vgl. B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 452 (er verwendet den Begriff der «interdisziplinären Richtigkeit» als Massstab des sachverständigen Verwaltungshandelns).

⁴²⁵¹ *Ebd.*, N 451 ff.

⁴²⁵² Vgl. *ebd.*, N 453 m.w.H. für die gesetzgebungstechnische Einräumung von Sachverständigenermessen generell (und damit auch ausserhalb des hier interessierenden Aufsichtsrechts).

⁴²⁵³ Vgl. Art. 58 Abs. 1 Satz 1 HMG. Zu diesem Zweck können angekündigte und unangekündigte Inspektionen durchgeführt werden (vgl. Art. 58 Abs. 1 Satz 2 HMG).

mit der Zulassung und die Medizinprodukte auf ihre Übereinstimmung mit den gesetzlich vorgesehenen Anforderungen hin».⁴²⁵⁴

- Ebenfalls ausdrücklich verankert werden die Kompetenzen der Vollzugsbehörden im Lebensmittelbereich, die Einhaltung der lebensmittelrechtlichen Bestimmungen zu überprüfen. Gemäss Art. 30 Abs. 2 LMG überprüfen sie insb., ob «(a) die Vorschriften der Selbstkontrolle eingehalten werden und die Personen, die mit Lebensmitteln oder Gebrauchsgegenständen umgehen, die Hygienevorschriften beachten und die nötigen Fachkenntnisse besitzen; (b) die Lebensmittel, Gebrauchsgegenstände, Räume, Einrichtungen, Fahrzeuge, Herstellungsverfahren, Tiere, Pflanzen und landwirtschaftlich genutzten Böden den lebensmittelrechtlichen Bestimmungen entsprechen». Nach Abs. 3 dieser Bestimmung können die Vollzugsbehörden zum Zwecke ihrer Überprüfungsaufgaben Proben erheben sowie in Dokumente und andere Aufzeichnungen Einblick nehmen und Kopien erstellen. 1504
- Sehr häufig räumen sog. «unbestimmte Rechtsbegriffe» den Fachbehörden Interpretationsspielräume ein. So knüpfen bspw. Feststellungsverfügungen der FINMA an die «schwere Verletzung» aufsichtsrechtlicher Bestimmungen an (vgl. Art. 32 Abs. 1 FINMAG), einen auslegungsbedürftigen Begriff.⁴²⁵⁵ Auch das Erfordernis gemäss Art. 15 lit. a FMG, dass, wer eine Grundversorgungskonzession erwerben will, über die «notwendigen technischen Fähigkeiten» verfügen muss, eröffnet der Konzessionsbehörde einen nicht zu unterschätzenden Ermessensspielraum. Ebenso erfordert eine Bestimmung wie Art. 9b Abs. 2 HMG eine Interpretation durch die Aufsichtsbehörde, wenn festgehalten wird, Swissmedic könne «das zeitlich oder mengenmässig begrenzte Inverkehrbringen eines Arzneimittels zur Überbrückung einer temporären Nichtverfügbarkeit eines identischen, in der Schweiz zugelassenen Arzneimittels bewilligen, sofern: (a) das Arzneimittel in einem andern Land mit vergleichbarer Arzneimittelkontrolle zugelassen ist; und (b) in der Schweiz kein im Wesentlichen gleiches Arzneimittel zugelassen und verfügbar ist». Die Einstufung sowohl der ausländischen Arzneimittelkontrolle als auch des spezifischen Arzneimittels als «gleich» setzt Fachwissen der Entscheidungsbehörde (Swissmedic) voraus und schafft Raum für behördliches Ermessen. 1505
- Dass spezifischer Sachverstand für bestimmte Entscheidungen erforderlich ist, verdeutlichen auch Normen, die technische Fachbegriffe verwenden, die wiederum für die Richtigkeit einer fachspezifischen Entscheidung massgeblich sind.⁴²⁵⁶ Als Beispiel für solche «unbestimmte[n] Rechtsbegriffe, die sich durch eine hohe technische Komplexität auszeichnen», lässt sich auf Art. 54 1506

⁴²⁵⁴ Art. 58 Abs. 2 HMG.

⁴²⁵⁵ Dazu etwa vorne N 1272.

⁴²⁵⁶ Vgl. auch B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 453 m.w.H.

FDV verweisen.⁴²⁵⁷ Diese Norm auf Verordnungsstufe hält die Grundsätze der kostenorientierten Preisgestaltung fest, an denen sich die ComCom orientiert, wenn sie Interkonnektionsbedingungen gemäss Art. 11a FMG und damit auch die Preise festzulegen hat.⁴²⁵⁸

Art. 54 FDV lautet folgendermassen:

«¹ Die Zugangspreise dürfen höchstens den Kosten entsprechen, die mit der Gewährung des Zugangs zu Diensten und Einrichtungen im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 FMG in einem kausalen Zusammenhang stehen (relevant costs).

² Wo nicht anders bestimmt, beruht die Berechnung auf den Kosten, die einer effizienten Anbieterin auf aktueller Basis (forward looking) entstehen, und richtet sich nach folgenden Regeln:

- a. Die Kosten entsprechen den Wiederbeschaffungskosten von modernen, funktionsäquivalenten Anlagen (modern equivalent assets, MEA).
- b. Berücksichtigt werden die langfristigen Zusatzkosten der in Anspruch genommenen Netzkomponenten und die langfristigen Zusatzkosten, die ausschliesslich durch Zugangsdienstleistungen hervorgerufen werden (long run incremental costs, LRIC).
- c. Es sind die relevanten anteiligen gemeinsamen Kosten sowie ein konstanter Zusatz für die Gemeinkosten hinzuzurechnen.
- d. Dazu kommt ein branchenüblicher Kapitalertrag für die eingesetzten Investitionen.

³ Die Zugangsdienstleistungen sind getrennt von den übrigen Diensten abzurechnen und in Rechnung zu stellen.»

Die in der englischen Fachsprache in Klammern angefügten Begriffe (wie etwa «*relevant costs*» und «*modern equivalent assets*», «*long run incremental costs*» sowie «*joint and common costs*») verweisen auf ganz spezifische Kostenbegriffe.

⁴²⁵⁷ So das Bundesgericht in BGE 132 II 257, E. 3.3.2, allerdings zur Vorgängernorm Art. 45 aFDV vom 31.10.2001 (AS 2001 2759). Es führte weiter dazu aus: «[B]ei der Auslegung dieser unbestimmten Rechtsbegriffe kommt der Kommunikationskommission zwangsläufig ein gewisser Beurteilungsspielraum zu.»

⁴²⁵⁸ Gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG müssen marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen grundsätzlich Zugang zu ihren Einrichtungen und zu ihren Diensten gewähren. Können sich die Anbieterinnen von Fernmeldediensten nicht innerhalb von drei Monaten über die Bedingungen des Zugangs einigen, so verfügt die Kommission diese auf Gesuch einer Partei und auf Antrag des Bundesamtes (Art. 11a Abs. 1 FMG).

- Aber auch schlicht gehaltene Kompetenznormen, die den Aufsichtsbehörden Handlungs- und Entscheidungsgrundlage bieten, um die «erforderlichen» oder «nötigen» Verfügungen bzw. Massnahmen zu treffen, räumen den Aufsichtsbehörden Gestaltungskompetenzen und Ermessensspielräume ein, die sie mit ihrem Fachwissen füllen können.⁴²⁵⁹ Solche Normen sind zahlreich in verschiedenen Aufsichtserlassen vorgesehen. Beispielfhaft lassen sich etwa Art. 37 Abs. 2 StSG,⁴²⁶⁰ Art. 34 Abs. 1 LMG,⁴²⁶¹ Art. 26 Abs. 2 BankG⁴²⁶² oder auch Art. 66 Abs. 1 HMG aufführen.⁴²⁶³ 1507

Die Sicherstellung von behördeninternem Expertenwissen erfolgt durch die Anstellung von Fachpersonen. Wie gesehen, enthalten diverse Organisationserlasse Vorgaben zwecks Sicherstellung, dass das fachspezifische Wissen auf der richtigen Stufe der Aufsichtsbehörden vorhanden ist.⁴²⁶⁴ In Anforderungsprofilen werden diejenigen fach- bzw. branchen- und betriebswirtschaftlichen Fähigkeiten definiert, die für die spezifische Tätigkeit innerhalb einer Fachbehörde zwingend vorausgesetzt werden.⁴²⁶⁵ 1508

Ist hohe Sachkompetenz und hohes Fachwissen der Behörden gewährleistet, werden allerdings auch Fragen zur Nachvollzieh- und Überprüfbarkeit der Aufsichtsentscheide durch die Gerichte aufgeworfen. Inwiefern technische Fragestellungen überhaupt einer richterlichen Kontrolle zugeführt werden können, wird schon lange diskutiert. Während die Auffassung vertreten wird, mit der Verwendung technischer 1509

⁴²⁵⁹ Zu Generalemächtigungen mit Blick auf das Erfordernis der genügenden Normdichte vgl. vorne N 1417 ff.

⁴²⁶⁰ Art. 37 Abs. 2 StSG lautet: «Die Aufsichtsbehörde erlässt die erforderlichen Verfügungen. Sie kann wenn nötig Schutzmassnahmen auf Kosten des Verantwortlichen treffen. Insbesondere kann sie anordnen, dass der Betrieb eingestellt oder dass gefährliche Stoffe, Apparate oder Gegenstände beschlagnahmt werden.»

⁴²⁶¹ Art. 34 Abs. 1 LMG lautet: «Haben die Vollzugsbehörden ein Produkt beanstandet, so ordnen sie die zur Wiederherstellung des gesetzlichen Zustandes erforderlichen Massnahmen an.»

⁴²⁶² Nach Art. 26 Abs. 1 BankG kann die FINMA Schutzmassnahmen verfügen. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung sorgt sie «für eine angemessene Publikation der Massnahmen, wenn dies zu deren Durchsetzung oder zum Schutz Dritter erforderlich ist».

⁴²⁶³ Art. 66 Abs. 1 HMG lautet folgendermassen: «Das Institut und die anderen mit dem Vollzug dieses Gesetzes betrauten Behörden können in ihrem Zuständigkeitsbereich alle Verwaltungsmassnahmen treffen, die zum Vollzug dieses Gesetzes erforderlich sind.»

⁴²⁶⁴ Dazu vorne insb. N 701 ff. (für Aufsichtsbehörden in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Anstalten).

⁴²⁶⁵ Dazu vorne N 703 m.w.H. sowie N 863 f. m.w.H.

Begriffe räume der Gesetzgeber der Verwaltung Ermessen ein und entziehe den Gerichten die Möglichkeit einer Nachprüfung,⁴²⁶⁶ stellt sich die Gegenposition auf den Standpunkt, jeder vom Gesetz verwendete Begriff sei als Rechtsbegriff der richterlichen Konkretisierung zugänglich.⁴²⁶⁷ Nachfolgend wird die gerichtliche Überprüfbarkeit der Aufsichtsentscheide einer eingehenden Untersuchung zugeführt.⁴²⁶⁸

C. Risikobasierte Selektion der zu untersuchenden Fälle

- 1510 Eine lückenlose Überwachung sämtlicher Tätigkeiten aller Beaufsichtigten, sämtlicher aufsichtsrelevanter Sachverhalte sowie die Sanktionierung aller Rechtsverletzungen ist i.d.R. nicht möglich. Neben der Komplexität der Materien setzen die finanziellen, personellen und zeitlichen Ressourcen den Überwachungsmöglichkeiten der Aufsichtsbehörden Grenzen. Aufsichtsbehörden sind deshalb gezwungen, eine Selektion aufsichtsrechtlich relevanter Fälle zu treffen und auch nur einen Teil dieser Sachverhalte vertieft abzuklären, während die übrigen Fälle einer oberflächlicheren Überprüfung zugeführt werden, soweit dies möglich ist.⁴²⁶⁹ Die Vornahme einer solchen Selektion erfolgt in unterschiedlichen Aufsichtsbereichen risikobasiert. Im Finanzmarkt-, Heilmittel- und Lebensmittelbereich ist dieser Ansatz ausdrücklich offengelegt und auch normativ vorgesehen:
- 1511 – So hält z.B. Art. 24 Abs. 2 Satz 1 FINMAG explizit den Grundsatz fest, dass sich die Prüfung an den Risiken orientiere, «die vom Beaufsichtigten für die Gläubigerinnen und Gläubiger, die Anlegerinnen und Anleger, die Versicherten und die Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte ausgehen können». Die Prüfgesellschaften erstellen für jeden zu prüfenden Beaufsichtigten – mit Ausnahme der zu prüfenden direkt unterstellten Finanzintermediäre nach Art. 2 Abs. 3 GwG – jährlich eine Risikoanalyse, die sie der FINMA zustellen. Es handelt sich dabei um eine unabhängige Einschätzung derjenigen Risiken, denen die Beaufsichtigten im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit mit Blick auf die Marktverhältnisse sowie das wirtschaftliche und politische Umfeld ausgesetzt sind.⁴²⁷⁰

⁴²⁶⁶ Vgl. B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 463 f. sowie N 16 ff. m.w.H.

⁴²⁶⁷ *Ebd.*, N 463 f. sowie N 20 ff. m.w.H.

⁴²⁶⁸ Dazu hinten N 1586 ff.

⁴²⁶⁹ Vgl. auch D. FISCHER, 820; VOISARD, N 33 ff.

⁴²⁷⁰ Vgl. dazu FINMA-RS 2013/3, N 9 ff., sowie für die unterschiedlichen Finanzmarkt-bereiche 79 ff., 113, 122.1 ff., 148.1. Die Vorlagen zu den Risikoanalysen sind den Anhängen zum Rundschreiben zu entnehmen. Vgl. zur Risikoorientierung als Anknüpfungspunkt für das behördliche Handeln auch BAUER, Fokus, 609 f.; BAUER, Governance-Aufsicht, 175 f.

- Die FINMA teilt die finanzmarktrechtlichen Bewilligungsträger sodann entsprechend ihrer Grösse, Komplexität und Risikostruktur einer Aufsichtskategorie zwischen 1 und 6 zu.⁴²⁷¹ Die Kategorie 1 umfasst äusserst grosse, bedeutende und komplexe Bewilligungsträger mit globaler Relevanz und sehr hohen Risiken. Im Bankenbereich umfasste sie (bis vor kurzem) z.B. die beiden Grossbanken der Schweiz, deren Destabilisierung sich unmittelbar auf die Stabilität des Finanzsystems auszuwirken vermag. In den weiteren Kategorien nimmt das Risikopotenzial der bewilligten Institute ab. Die FINMA nimmt ihre Aufsichtsaufgaben in denjenigen Bereichen am intensivsten wahr, in welchen das Risiko am grössten ist, d.h. allen voran im Hinblick auf die Kategorie 1.⁴²⁷² Sie definiert jedoch für sämtliche Aufsichtskategorie in jedem Aufsichtsbereich eine minimale Standardprüfstrategie,⁴²⁷³ von welcher allerdings bei Bedarf – etwa im Falle erhöhter Risiken – abgewichen werden darf.⁴²⁷⁴ 1512

Auch im Rahmen ihrer Regulierungstätigkeit orientiert sich die FINMA u.a. an einer Risikoeinschätzung. Gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c FINMAG reguliert sie nur, «soweit dies mit Blick auf die Aufsichtsziele nötig ist, sowie wenn immer möglich prinzipienbasiert». Dabei berücksichtigt sie insb. «die unterschiedlichen Grössen, Komplexitäten, Strukturen, Geschäftstätigkeiten und Risiken der Beaufsichtigten». Art. 6 Abs. 4 der Verordnung zum FINMAG greift diese Bestimmung wieder auf und betont, dass sich eine Regulierung jeweils «am mit der Regulierung angestrebten Ziel und am Risiko» zu orientieren habe. Abweichungen von diesem Grundsatz müssen begründet werden.

- Die periodischen Inspektionen im Heilmittelbereich erfolgen ebenfalls risikobasiert. Für die allgemeinen Inspektionen der Guten Herstellungs- und Vertriebspraxis (sog. GMP/GDP-Inspektionen) geht die Inspektions-Richtlinie von Swissmedic bspw. von regelmässigen Inspektionsintervallen zwischen zwei und vier Jahren aus, wobei die individuelle Risikobeurteilung der einzelnen Unternehmen entscheidend ist.⁴²⁷⁵ Berücksichtigt werden etwa die Produkte, die hergestellt und/oder vertrieben werden, die gehandhabten Ein- 1513

⁴²⁷¹ Die Kriterien zur Kategorisierung der Banken z.B. ergeben sich aus Art. 2 i.V.m. Anhang 3 BankV.

⁴²⁷² Die FINMA verfügt behördenintern über ein (nicht öffentliches) Ratingsystem, mit dem sie alle Beaufsichtigten regelmässig bewertet. Fallen die Ratingwerte in den negativen Bereich, verstärkt die FINMA ihre Aufsicht (vgl. dazu den Überblick auf der Website der FINMA, <<https://www.finma.ch> → Überwachung → Alles zur Überwachung> [besucht am 15.8.24]).

⁴²⁷³ Dazu vorne N 1074.

⁴²⁷⁴ Droht bspw. eine ungenügende Solvabilität eines Versicherungsunternehmens, kann die FINMA gemäss Art. 98 Abs. 4 AVO eine «Intensivüberwachung» vorsehen.

⁴²⁷⁵ Dazu auch vorne N 1073.

heiten und Stoffe, das Personal, die Räumlichkeiten und die Ausrüstung, die bei der Herstellung involviert sind, sowie der bisherige Grad der GMP/GDP-Konformität. So werden bspw. bei Unternehmen, die Schwierigkeiten mit der Anforderungserfüllung haben, i.d.R. kürzere Abstände zwischen den einzelnen Inspektionen festgelegt.⁴²⁷⁶

- 1514 – Im Kontext der sog. «Pharmacovigilance» werden getätigte Meldungen zu Arzneimitteln⁴²⁷⁷ sowohl von den regionalen Zentren als auch von Swissmedic (bzw. ihrem Pharmacovigilance-Team) im Hinblick auf die involvierten Risiken geprüft, um den Handlungsbedarf im konkreten Einzelfall zu ermitteln. Ob und welche aufsichtsrechtliche Massnahmen zu ergreifen sind, steht regelmässig im Ermessen der Aufsichtsbehörde. Höhere Risiken werden regelmässig auch erhöhten Handlungsbedarf nach sich ziehen.
- 1515 – Auch im Lebensmittelrecht gehen die Behörden risikobasiert vor. Gemäss Art. 30 Abs. 1 LMG werden «[a]uf jeder Stufe der Produktion, der Verarbeitung und des Vertriebs von Lebensmitteln, von für die Lebensmittelproduktion gehaltenen Tieren und von Gebrauchsgegenständen (...) risikobasierte amtliche Kontrollen durchgeführt». Dabei muss die Risikobewertung jeweils auf den verfügbaren wissenschaftlichen Erkenntnissen beruhen und ist «in einer unabhängigen, objektiven und transparenten Art und Weise vorzunehmen».⁴²⁷⁸ Dabei wird auch dem Vorsorgeprinzip Rechnung getragen. Art. 22 LMG hält dazu insb. Folgendes fest: «Stellt die zuständige Bundesbehörde nach einer Auswertung der verfügbaren Informationen fest, dass ein Lebensmittel oder ein Gebrauchsgegenstand gesundheitsschädliche Auswirkungen haben könnte, besteht aber wissenschaftlich noch Unsicherheit, so kann sie vorläufige Massnahmen zur Sicherstellung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus treffen, bis weitere wissenschaftliche Informationen für eine umfassendere Risikobewertung vorliegen.»
- 1516 Insgesamt beschränkt eine risikoorientierte Vorgehensweise die Kontrollbefugnisse und damit auch die Kognition der Behörden.⁴²⁷⁹ Dies entspricht denn auch dem Prinzip der Selbstkontrolle,⁴²⁸⁰ was u.a. zur Folge hat, dass die Hauptverantwor-

⁴²⁷⁶ Vgl. Swissmedic Inspektions-Richtlinie, Ziff. 5.3 N 13.

⁴²⁷⁷ Dazu vorne N 1145 ff.

⁴²⁷⁸ Vgl. Art. 21 Abs. 3 LMG; die Risikoanalyse nach Art. 21 Abs. 1 LMG setzt sich zusammen aus der Risikobewertung, dem Risikomanagement und der Risikokommunikation.

⁴²⁷⁹ Vgl. so auch HÄNER, Verfahrensrechtliche Aspekte, 91.

⁴²⁸⁰ Zum Prinzip der Selbstkontrolle im Sinne der neuen Regulierungskonzeption der EU vgl. vorne insb. N 989 ff.

tung für die Sicherheit bei den Unternehmen verbleibt, während den Behörden eine vergleichsweise reduzierte Verantwortung zukommt.⁴²⁸¹

Wie gesehen, wirkt sich die Risikoeinschätzung darüber hinaus auch auf die anzuordnenden Massnahmen aus, was dem Verhältnismässigkeitsprinzip entspricht: Je geringer das Risiko ist, desto weniger können eingreifende Massnahmen angeordnet werden bzw. desto milder müssen diese ausfallen.⁴²⁸² Die verfahrensrechtliche Erfassung der Risikobeurteilung wirft allerdings regelmässig Fragen auf. Insbesondere ist das Beweismass, mit welchem die Behörde jeweils die Risiken nachzuweisen hat, damit sie etwa die Mitwirkung der Anlagebetreiberinnen oder der Inverkehrbringer von Produkten verlangen kann, oftmals unklar.⁴²⁸³ 1517

VII. Abgrenzung Aufsichts- / Zivilverfahren

Das aufsichtsrechtliche Verfahren dient nicht der Unterstützung bei der Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche.⁴²⁸⁴ Die Aufsichtsbehörden sind insb. nicht befugt, anstelle der zuständigen Zivilgerichte über zivilrechtliche Ansprüche Dritter zu entscheiden. 1518

Dieser Gedanke wurde vom Bundesgericht in BGE 139 II 279 aufgegriffen, als das Bundesgericht klar zwischen der dem Zivilrecht unterliegenden Beziehung zwischen einem Bankkunden und der Bank einerseits und der Finanzmarktaufsicht andererseits differenzierte. Es hielt fest, dass Forderungen aus der Bankkunden-Beziehung auf dem zivilrechtlichen Weg geltend zu machen seien. Die Finanzmarktaufsicht hingegen bezwecke «nach Massgabe der Finanzmarktgesetze den Schutz der Gläubiger, der Anleger, der Versicherten sowie den Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte; sie trage damit zur Stärkung des Ansehens und der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz bei (Art. 5 FINMAG). Auch wenn sie somit auch dem Einlegerschutz dient, bleibt sie doch eine öffentlich-rechtliche, wirtschaftspolizeiliche Aufgabe.»⁴²⁸⁵ Nach Art. 31 FINMAG sor- 1519

⁴²⁸¹ HÄNER, Verfahrensrechtliche Aspekte, 91; vgl. auch VOISARD, N 58 ff.

⁴²⁸² Vgl. so auch HÄNER, Verfahrensrechtliche Aspekte, 93. Zu den damit im Rahmen einer Verhältnismässigkeitsprüfung angesprochenen Geboten der Erforderlichkeit und der Zumutbarkeit vgl. vorne N 1433 ff. und N 1445 ff.

⁴²⁸³ HÄNER, Verfahrensrechtliche Aspekte, 91 ff.

⁴²⁸⁴ Vgl. BGE 139 II 279, E. 2.4 und 4.2, wo das Gericht ausführte, dass, auch wenn die Finanzmarktaufsicht auch dem Einlegerschutz diene, sie doch eine öffentlich-rechtliche, wirtschaftspolizeiliche Aufgabe bleibe.

⁴²⁸⁵ *Ebd.*, E. 4.2.

ge die FINMA zwar für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes. Daraus könne jedoch kein Rechtsanspruch namentlich der Anleger oder Gläubiger auf ein Tätigwerden der FINMA abgeleitet werden. Die FINMA sei auch nicht befugt, anstelle der zuständigen Zivilgerichte über zivilrechtliche Ansprüche Dritter gegen die Bank zu entscheiden.⁴²⁸⁶ «Zwar soll die FINMA den Hauptzwecken der finanzmarktrechtlichen Gesetzgebung, u.a. dem Schutz der Gläubiger bzw. Anleger, Rechnung tragen (...). Das bedeutet aber entgegen der offenbaren Auffassung des Beschwerdeführers nicht, dass die Anleger eine öffentlich-rechtliche Forderung auf Rückerstattung der ohne Bewilligung entgegengenommenen Gelder hätten.»⁴²⁸⁷

- 1520 Das Bundesgericht führte weiter aus, dass die FINMA nach Massgabe der anwendbaren Rechtsvorschriften eine Gesellschaft liquidieren könne, die unbewilligt einer den Banken oder den bewilligten Effektenhändlern vorbehaltenen Tätigkeit nachgehe. Es verwies dazu insb. auf Art. 37 Abs. 3 FINMAG. In diesem Verfahren hätten die Gläubiger eine Möglichkeit, ihre privatrechtlichen Forderungen einzugeben. Es schloss seine Ausführungen mit dem Hinweis, «[d]ie Konzeption des Gesetzes ist also nicht die, dass bei unbewilligter Geschäftstätigkeit eine öffentlich-rechtliche Rückerstattungsforderung neben die zivilrechtliche Forderung tritt».⁴²⁸⁸ Und: «Die aufsichtsrechtliche Tätigkeit verbessert mithin höchstens die Rahmenbedingungen, um die zivilrechtlichen Forderungen durchzusetzen.»⁴²⁸⁹
- 1521 Obwohl sich die Zivil- und Aufsichtsverfahren materiell u.U. mit demselben Lebenssachverhalt auseinanderzusetzen haben, sind sie auseinanderzuhalten. Begründet wird diese Verfahrensdichotomie mit den unterschiedlichen Schutzzielen des Aufsichts- und des Zivilrechts. Während das Aufsichtsrecht im Rahmen des nicht-streitigen Aufsichtsverfahrens u.a. präventiv lenkend auf das Verhalten der Beaufsichtigten einzuwirken versucht, geht es im eingeleiteten zivilgerichtlichen Verfah-

⁴²⁸⁶ *Ebd.*; vgl. auch bereits Urteil BGer, 2A.230/1999, 2.2.2000, E. 9b, wo das Bundesgericht ebenfalls zwischen dem zivilrechtlichen und dem aufsichtsrechtlichen Verfahren unterschied und dabei festhielt: «Auch wenn allenfalls im aufsichtsrechtlichen Verfahren vorfrageweise zivilrechtliche Fragen zu beurteilen sind, haben letztlich die zuständigen Zivilgerichte über Zivilansprüche als Hauptfrage zu entscheiden (...). Die betroffene Bank hat im Übrigen auch ein Recht darauf, dass über zivilrechtliche Ansprüche vor dem verfassungsmässigen Richter, d.h. dem zuständigen Zivilgericht, geklagt wird (...).»

⁴²⁸⁷ BGE 139 II 279, E. 4.2.

⁴²⁸⁸ *Ebd.*

⁴²⁸⁹ *Ebd.*

ren primär um eine Wiedergutmachung erlittener Schäden; das Schutzbedürfnis der Betroffenen steht im Vordergrund der Abklärungen eines Zivilverfahrens.

Im finanzmarktrechtlichen Aufsichtsverfahren etwa werden individuelle (Kunden-)Interessen nur mittelbar geschützt. Vielmehr dient das finanzmarktrechtliche Aufsichtsrecht der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte und damit gewissermassen dem Schutz des Kundenkollektivs.⁴²⁹⁰ Damit hilft das Aufsichtsrecht allerdings den geschädigten Kundinnen und Kunden nicht direkt. Für sie erscheint ein Zivilprozess aufgrund der damit verbundenen hohen Beweis- und Kostenrisiken allerdings oftmals als nicht zumutbar.⁴²⁹¹ Das FIDLEG setzt denn auch nicht zufällig am verbesserten Kundenschutz an. Zwar wurden mit dem Erlass des FIDLEG neue aufsichtsrechtlich zu überwachende Anforderungen an die Finanzdienstleistenden aufgestellt, bezweckt wurde mit dem neuen Gesetz aber insb. eine verbesserte Durchsetzung auch betragsmässig kleinerer Ansprüche im Zivilverfahren.⁴²⁹² Vorgesehen sind zu diesem Zweck etwa vermittelnde Ombudsstellen, deren Verfahren «unbürokratisch, fair, rasch, unparteiisch und für die Kundin oder den Kunden kostengünstig oder kostenlos» sein müssen.⁴²⁹³ 1522

Auch im Stiftungskontext sorgen die zivilrechtlichen und aufsichtsrechtlichen Verfahrenswege bisweilen zu Abgrenzungsschwierigkeiten, die im nachfolgenden § 2 zum streitigen Aufsichtsverfahren näher untersucht werden.⁴²⁹⁴

VIII. Vorsorgliche Massnahmen

Soll die Wirksamkeit einer aufsichtsrechtlichen Anordnung rasch sichergestellt werden, können Aufsichtsbehörden vorsorgliche Massnahmen anordnen. Diese haben regelmässig zum Zweck, drohende Gefahren bis zur genaueren Abklärung und Entscheidung in einer Sache abzuwehren sowie interimistisch die konflikt- oder gefahrenträchtige Situation zu stabilisieren und zu beruhigen und damit auf Rechtssicherheit und Rechtsfrieden hinzuwirken.⁴²⁹⁵ Ihre Anordnung beinhaltet ausserdem oftmals eine gewisse Droh- bzw. Signalwirkung, die die Verfahrensbe- 1523

⁴²⁹⁰ Vgl. auch GRÜNEWALD, 436 f.

⁴²⁹¹ *Ebd.*, 437.

⁴²⁹² Vgl. Botschaft FIDLEG/FINIG, BBl 2015 8903, 8912 f., 8915 ff., 8918, 8925 sowie 8996 f.; vgl. auch GRÜNEWALD, 437.

⁴²⁹³ Vgl. insb. Art. 75 Abs. 1 FIDLEG.

⁴²⁹⁴ Dazu hinten N 1566 f.

⁴²⁹⁵ S. VOGEL, Vorsorgliche Massnahmen, 90; vgl. auch KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 560.

teiligten zum freiwilligen Einlenken bewegen kann. Ferner tragen die vorsorglichen Massnahmen zum Entscheidungsprozess der verfügenden Behörden bei.⁴²⁹⁶

- 1524 Unterschieden wird regelmässig zwischen sichernden und gestaltenden Massnahmen; während die sichernden Massnahmen einen bestehenden Zustand vorläufig aufrechterhalten wollen, geht es bei den gestaltenden Massnahmen jeweils um die Erstellung eines provisorischen Rechtsverhältnisses bzw. um dessen einstweilige Neuregelung unter Berücksichtigung der Rechte und Pflichten der Verfügungsadressaten.⁴²⁹⁷ Im nichtstreitigen, erstinstanzlichen Verfahren stehen v.a. letztere im Vordergrund.⁴²⁹⁸
- 1525 Ist Gefahr im Verzug, müssen Verfügungen bisweilen vorweg und damit ohne eingehende Sachverhaltsabklärungen erlassen und allenfalls auch durchgesetzt werden. Die Behörden haben dabei das Bedürfnis nach raschem Handeln aufgrund bestehender Dringlichkeit einerseits gegen das Streben nach Wahrheitsfindung und richtiger Rechtsanwendung andererseits abzuwägen, bevor sie mit ihrer Anordnung u.U. weitgehend in die Rechtsposition der Beaufsichtigten eingreifen.⁴²⁹⁹
- 1526 Trotz der regelmässig zugestandenen erheblichen Eingriffsbefugnisse lässt sich dem VwVG keine Regelung über vorsorgliche Massnahmen im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren entnehmen; Art. 55 und Art. 56 VwVG beziehen sich auf das Beschwerdeverfahren,⁴³⁰⁰ wenn auch in der Praxis Art. 56 VwVG im erstinstanzlichen Verfahren teils analog angewendet wird.⁴³⁰¹ Auch in den einzelnen Aufsichtsgesetzen finden sich nur vereinzelt – aber immerhin – ausdrückliche Rechtsgrundlagen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen. Dazu gehören etwa die folgenden:
- 1527 – Gemäss Art. 25 KEG kann der Bundesrat in ausserordentlichen Lagen das vorsorgliche Abstellen von Kernkraftwerken verfügen.

⁴²⁹⁶ Vgl. zum Ganzen S. VOGEL, Vorsorgliche Massnahmen, 90 f.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 560; vgl. auch Urteil BVGer, A-897/2010, 23.8.2010, E. 6.3.

⁴²⁹⁷ Vgl. auch Urteil BVGer, A-897/2010, 23.8.2010, E. 6.3 u.a. mit Verweis auf BGE 130 II 149, E. 2.2; zu den Arten von Massnahmen vgl. auch Praxiskommentar VwVG-SEILER, Art. 56 N 32 ff.; Kommentar VwVG-KIENER, Art. 56 N 9.

⁴²⁹⁸ Urteil BVGer, A-897/2010, 23.8.2010, E. 6.3.

⁴²⁹⁹ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 560; vgl. auch S. VOGEL, Vorsorgliche Massnahmen, 91.

⁴³⁰⁰ Zum vorläufigen Rechtsschutz im Rahmen eines Verfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht vgl. etwa MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, N 3.18 ff.

⁴³⁰¹ Urteil BVGer, A-102/2010, 20.4.2010, E. 4.1; vgl. auch KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 562; Praxiskommentar VwVG-SEILER, Art. 56 N 18 ff. m.w.H.

- Art. 98 lit. g BGS z.B. sieht ausdrücklich vor, dass die ESBK für die Zeit einer Untersuchung vorsorgliche Massnahmen treffen und dabei bspw. die Konzession einer Spielbank suspendieren kann. 1528
- Gemäss Art. 36 Abs. 1 und 2 LMG können die Vollzugsbehörden beanstandete Produkte sowie im Falle eines begründeten Verdachts Produkte zum Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten sowie Dritter sicherstellen. 1529
- Die FINMA kann bei Insolvenzgefahr gestützt auf Art. 26 Abs. 1 BankG sog. Schutzmassnahmen verfügen, namentlich Untersuchungsbeauftragte zur Sachverhaltsabklärung einsetzen (lit. b), den Organen der Bank die Vertretungsbefugnis entziehen (lit. c) oder die Geschäftstätigkeit der Bank einschränken (lit. e), indem bspw. jegliche Rechtshandlungen ohne Zustimmung der Untersuchungsbeauftragten untersagt oder auch Konti gesperrt werden.⁴³⁰² 1530

Fehlt eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage wird regelmässig auf die allgemeine Verfügungskompetenz der Aufsichtsbehörden zur Beseitigung von Missständen abgestützt, um vorsorgliche Massnahmen erlassen zu können. Entsprechende Bestimmungen finden sich in den unterschiedlichen Aufsichtserlassen. 1531

So etwa in Art. 31 Abs. 1 FINMAG, wonach die FINMA «für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes» sorgt, sofern «eine Beaufsichtigte oder ein Beaufchtigter die Bestimmungen dieses Gesetzes oder eines Finanzmarktgesetzes» verletzt oder sonstige Missstände bestehen.⁴³⁰³

Art. 34 Abs. 1 LMG sieht ebenfalls vor, dass die Vollzugsbehörden, die ein Produkt beanstandet haben, «die zur Wiederherstellung des gesetzlichen Zustandes erforderlichen Massnahmen» anordnen.

Art. 98 lit. h BGS hält generell fest, die ESBK könne zur Erfüllung ihrer Aufgaben, «bei Verletzungen dieses Gesetzes oder bei Vorliegen sonstiger

⁴³⁰² Eine entsprechende superprovisorische Verfügung der FINMA vom 11.11.2009 lag etwa dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (B-7038/2009) vom 20.11.2009 zugrunde. Die FINMA untersagte den Organen der Verfügungsadressaten darin jegliche Rechtshandlungen ohne Zustimmung der Untersuchungsbeauftragten und insb. die Entgegennahme von Publikumseinlagen oder die Werbung dafür. Sie verpflichtete die Verfügungsadressaten ausserdem, den Untersuchungsbeauftragten sämtliche Informationen und Unterlagen zu den Geschäftsaktivitäten zur Verfügung zu stellen und Zugang zu den Räumlichkeiten zu verschaffen. Die zuständigen Handelsregisterämter wurden angewiesen, entsprechende Einträge vorzunehmen. Zudem sperrte die FINMA sämtliche Konten und Depots, die auf die Verfügungsadressaten lauteten bzw. an welchen sie wirtschaftlich berechtigt waren, und räumte den Untersuchungsbeauftragten die Verfügungsberechtigung darüber ein.

⁴³⁰³ Vgl. dazu etwa BSK FINMAG-LEBRECHT, Art. 53 N 46.

Misstände die notwendigen Massnahmen zur Herstellung des ordnungsge-
mässen Zustands und zur Beseitigung der Misstände verfügen».

- 1532 Nach herrschender Ansicht genügen nämlich die materiell-rechtlichen Bestimmungen (deren Durchsetzung mittels vorsorglicher Massnahmen gesichert werden soll) als gesetzliche Fundierung von Inhalt und Voraussetzungen der anzuordnenden vorsorglichen Massnahmen.⁴³⁰⁴ Eine ausdrückliche Regelung im Aufsichts- oder Verfahrensrecht wird vor diesem Hintergrund als hinfällig erachtet und eine implizite Grundlage als ausreichend angesehen.⁴³⁰⁵
- 1533 Das Konstrukt einer «impliziten Grundlage» wird allerdings in Frage gestellt, wenn die vorsorglichen Massnahmen inhaltlich nicht das Gleiche anordnen, das für die Hauptverfügung zur Disposition steht.⁴³⁰⁶ Ganz grundsätzlich erscheint der Verzicht auf eine klare Verankerung im Gesetz aber auch aus Gründen der Rechtssicherheit und insb. der Transparenz und Vorausssehbarkeit nicht als unproblematisch, insb. wenn die vorsorglichen Massnahmen weitgehende Eingriffe in die Rechtspositionen der Beaufsichtigten nach sich ziehen, die allenfalls in inhaltlicher Hinsicht sogar über das hinausgehen, was die Endverfügung regeln will.⁴³⁰⁷ So etwa, wenn Konzessionen vorsorglich nicht oder nur provisorisch erteilt werden⁴³⁰⁸ oder gewisse finanzmarktrechtliche Aktivitäten gar ganz verboten werden,

⁴³⁰⁴ S. VOGEL, Vorsorgliche Massnahmen, 92; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 562; HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen, 313 f. (N 73 f.); Kommentar VwVG-KIENER, Art. 56 N 18 f.; vgl. z.B. auch Urteil BVGer, A-897/2010, 23.8.2010, E. 6.3 f.

⁴³⁰⁵ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 562; S. VOGEL, Vorsorgliche Massnahmen, 92. – Aus der Rechtsprechung vgl. Urteil BVGer, A-897/2010, 23.8.2010, E. 6.3, sowie Urteil BGer, 2A.198/1997, 3.11.1997, E. 2b (publiziert in: ZBl 100 [1999], 64 ff.); vgl. auch BGE 130 II 149, E. 2.1 (mit weiteren Verweisen zum Kartellrecht), wo das Bundesgericht festhielt «[n]ach Lehre und Rechtsprechung kann die Wettbewerbskommission auch im kartellrechtlichen Untersuchungsverfahren vorsorgliche Massnahmen treffen, obwohl das Kartellgesetz solche nicht ausdrücklich vorsieht».

⁴³⁰⁶ S. VOGEL, Vorsorgliche Massnahmen, 92 f.; HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen, 314 ff. (N 75 ff.).

⁴³⁰⁷ Dies ergibt sich bereits aus Art. 164 BV. Vgl. dazu ausserdem KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 563; HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen, 313 ff.; Praxiskommentar VwVG-SEILER, Art. 56 N 39 ff. m.w.H.; MOOR/POLTIER, 309 f.

⁴³⁰⁸ Vgl. Urteil BGer, 2A.438/2004 und 2A.442/2004, 1.12.2004, E. 2.1, wo auf den Entscheid der ESBK Bezug genommen wurde, vorsorglich das Aufstellen bzw. die Neubetriebnahme von Spielautomaten (konkret ging es um Geräte des Typs «Tactilo» sowie andere Lotterieberautomaten) unter Hinweis auf Art. 292 StGB mit sofortiger Wirkung für die Dauer des Verfahrens zu verbieten. Im Urteil A_897/2010 (23.8.2010) hatte sich das Bundesverwaltungsgericht mit einer Übergangskonzession zum Betrieb

bis geklärt ist, ob eine konzessions- bzw. bewilligungspflichtige Tätigkeit vorliegt und in den Anwendungsbereich der Aufsichtsgesetze fällt oder nicht.⁴³⁰⁹ Auch das Verbot des Inverkehrbringens eines Produkts bis zur Nachreichung eines zusätzlichen Sicherheitsnachweises oder Gutachtens kann erheblichen Druck auf die betroffenen Unternehmen ausüben.⁴³¹⁰

HÄNER gibt zu bedenken, dass faktisch die Rechtsschutzgarantien durch die Anordnung solcher Massnahmen ausgehebelt würden, hätten die Unternehmen doch jeweils ein Interesse daran, ein Verfahren rund um vorsorgliche Massnahmen so rasch als möglich abzuschliessen. In solchen Fällen würden sich die betroffenen Unternehmen z.B. auch nur selten gegen angeordnete Mitwirkungspflichten zur Wehr setzen. HÄNER fordert deshalb, dass vorsorgliche Anordnungen der Behörden nicht leichthin und nur unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Ausgangslage des Unternehmens angeordnet werden dürfen.⁴³¹¹ 1534

Manchmal ist nicht ohne Weiteres klar, ob es sich bei der Anordnung einer Aufsichts-massnahme um eine vorsorgliche Massnahme handelt, die in Form einer Zwischenverfügung ergeht, oder ob nicht eher eine eigenständige materiell-rechtliche Massnahme vorliegt.⁴³¹² Die Klärung dieser Frage ist für die Anfechtbarkeit der Massnahme bedeutsam, unterliegt die Anfechtbarkeit vorsorglicher Massnahmen doch einigen Einschränkungen.⁴³¹³ Art. 98 BGG schränkt die Beschwerdegründe bspw. auf die Verletzung verfassungsmässiger Rechte ein. Ferner ergeht die Anordnung vorsorglicher Massnahmen regelmässig in Form eines selbstständig eröffneten Zwischenentscheids i.S.v. Art. 46 VwVG. Ihre Anfechtbarkeit setzt einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil für die Betroffenen voraus oder dass die Gutheissung einer Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Be- 1535

eines Lokalradios zu befassen, die bis zur Neu Beurteilung einer aufgehobenen Konzessionserteilung durch das UVEK erteilt wurde.

⁴³⁰⁹ So etwa in BGE 130 II 351, wo die damalige EBK gleichzeitig zur weiteren Abklärung des Sachverhalts die KPMG Fides Peat als Beobachterin einsetzte und schliesslich, gestützt auf deren Bericht, feststellte, dass eine unbewilligte Banken- bzw. Effektenhändler-tätigkeit ausgeübt worden sei, die wiederum aufsichtsrechtliche Massnahmen nach sich gezogen habe (nämlich die Eintragung von Zweigniederlassungen in das Handelsregister und die sofortige Liquidation der vier involvierten Gesellschaften).

⁴³¹⁰ Vgl. dazu etwa HÄNER, Verfahrensrechtliche Aspekte, 97.

⁴³¹¹ *Ebd.*, 98.

⁴³¹² Vgl. etwa Praxiskommentar VwVG-SEILER, Art. 56 N 12; vgl. auch HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen, 280 ff.

⁴³¹³ Für einen Überblick vgl. Praxiskommentar VwVG-SEILER, Art. 56 N 76 ff.

weisverfahren ersparen würde (Art. 46 Abs. 1 lit. a und b VwVG). Ob von einem nicht wiedergutzumachenden Nachteil auszugehen ist oder nicht, muss differenziert, sachbereichs- und einzelfallspezifisch beantwortet werden.

In mehreren Urteilen kam das Bundesgericht etwa zum Schluss, dass die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten nach Art. 36 FINMAG und der Entzug der Verfügungsberechtigung der eigenen Organe bis zum Abschluss der finanzmarktaufsichtsrechtlichen Untersuchung einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil für die Betroffenen darstellen könnten.⁴³¹⁴

IX. Verfügungseröffnung und Vollstreckung

- 1536 Das nichtstreitige Aufsichtsverfahren wird regelmässig durch den Erlass einer Verfügung abgeschlossen.⁴³¹⁵ Die Aufsichtsbehörden eröffnen ihre Verfügungen i.d.R. schriftlich (nach Art. 34 Abs. 1 VwVG⁴³¹⁶) und durch individuelle Zustellung an die Verfahrensparteien.⁴³¹⁷ Die Verfügung ist jeweils⁴³¹⁸ zu begründen (Art. 35 Abs. 1 VwVG) und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen (Art. 35 Abs. 2 VwVG).⁴³¹⁹
- 1537 Auch Bewilligungsentscheide ergehen schliesslich in Form einer Verfügung nach Art. 5 VwVG. Dabei muss sich der Inhalt der Verfügung nicht auf die Frage der

⁴³¹⁴ Vgl. etwa BGE 137 II 284, E. 4.2.4 (wo das Bundesgericht allerdings v.a. die diesbezügliche Praxis des Bundesverwaltungsgerichts zusammenfasste); vgl. auch Urteil BGer, 2A.179/2001, 31.5.2001, E. 1b/cc; vgl. auch Urteil BVGer, B-6886/2015, 21.3.2016, E. 1.3; B-2627/2009, 27.5.2009, E. 1.3.4; B-4935/2009, 31.8.2009, E. 1.4. – Verneint wurde ein nicht wiedergutzumachender Nachteil vom Bundesverwaltungsgericht hingegen in B-7038/2009, sofern die FINMA nach Eingang der Einwände der Betroffenen gebührend rasch über die allfällige Bestätigung der superprovisorisch verfügten Massnahmen entscheide (vgl. Urteil BVGer, B-7038/2009, 20.11.2009, insb. E. 1.10).

⁴³¹⁵ Denkbar ist auch der Verfahrensabschluss durch eine Verfahrenseinstellung. Vgl. dazu etwa im finanzmarktrechtlichen Bereich C. BECK, N 148 f. m.w.H.

⁴³¹⁶ Nach Art. 34 Abs. 1^{bis} VwVG kann die Verfügungseröffnung mit dem Einverständnis der Parteien unter gewissen Voraussetzungen auch auf elektronischem Weg erfolgen.

⁴³¹⁷ Vgl. dazu KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 616 sowie N 622 ff. m.w.H.; vgl. zu Art. 34 VwVG Kommentar VwVG-KNEUBÜHLER/PEDRETTI, Art. 34 N 1 ff.; Praxiskommentar VwVG-UHLMANN/SCHILLING-SCHWANK, Art. 34 N 1 ff.

⁴³¹⁸ Eine Ausnahme sowohl von der Begründungspflicht als auch von der Rechtsmittelbelehrung ist in Abs. 3 von Art. 35 VwVG vorgesehen.

⁴³¹⁹ Vgl. dazu auch KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 629 ff.; vgl. auch zu Art. 35 VwVG Kommentar VwVG-KNEUBÜHLER/PEDRETTI, Art. 35 N 1 ff.; Praxiskommentar VwVG-UHLMANN/SCHILLING-SCHWANK, Art. 35 N 1 ff.

Marktzulassung oder -nichtzulassung beschränken, sondern kann bspw. auch die zugelassenen Produktmerkmale festhalten⁴³²⁰ und ihre Kategorisierung verbindlich festlegen.⁴³²¹ Bewilligungen können grundsätzlich auch unter Auflagen oder Bedingungen erteilt werden,⁴³²² allerdings ist jeweils der Zweck präventiver Marktzulassungsvorschriften im Auge zu behalten; nur wenn sichergestellt ist, dass die anerkannten Regeln jederzeit eingehalten werden, sind Bewilligungen unter Auflagen oder Bedingungen zulässig.⁴³²³

Wie gesehen, ist die Rechtsform der Erteilung einer Konzession hingegen umstritten. Folgt man der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, ist von einem «gemischten Akt» auszugehen, mit Verfügungsmässigen und vertraglich begründeten Anteilen.⁴³²⁴ 1538

Die nichtstreitigen Aufsichtsverfahren sind von der Schriftlichkeit geprägt.⁴³²⁵ 1539
Öffentliche Verhandlungen sind nicht vorgesehen und auch keine öffentliche Be-

⁴³²⁰ Zulassungsentscheide hinsichtlich bestimmter Arzneimittel z.B. beziehen sich nämlich auf eine bestimmte Zusammensetzung und galenische Form eines Arzneimittels, für bestimmte Indikation(en) oder Anwendungsgebiete und genau festgelegte Dosierungen. Vgl. dazu BSK HMG-SCHOTT/ALBERT, Art. 9 N 20; vgl. auch BGE 143 V 369, E. 6.

⁴³²¹ So wird bspw. zusammen mit der Zulassung auch über die Abgabekategorie der Arzneimittel nach Art. 23 f. HMG i.V.m. Art. 40 ff. VAM entschieden, nicht aber über die Aufnahme eines Arzneimittels in den Listenkatalog der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (die sog. Spezialitätenliste) und auch nicht über den Abgabepreis (BSK HMG-SCHOTT/ALBERT, Art. 9 N 22). Allerdings ist die Zulassung durch das Institut Bedingung für die Aufnahme eines Arzneimittels in die Spezialitätenliste (vgl. Art. 65 Abs. 1 KVV; vgl. auch z.B. BGE 129 V 32, E. 6.2.1).

⁴³²² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 913 ff. generell zu Bedingung und Auflage als möglichen Nebenbestimmungen von Verfügungen.

⁴³²³ Vgl. z.B. Eidg. Rekurskommission für Heilmittel, Entscheid HM 04.067, 11.4.2005, VPB 70.22, E. 4.3 und E. 7.1 zur Bewilligungserteilung nach HMG.

⁴³²⁴ Dazu vorne N 1031 m.w.H.

⁴³²⁵ Zur Umkehr von Regel und Ausnahme zum Öffentlichkeitsprinzip, wenn das Verfahren vom Grundsatz der Schriftlichkeit beherrscht wird, vgl. STEINMANN/SCHINDLER/Wyss, SG-Kommentar BV, Art. 30 N 78.

ratung der Entscheide.⁴³²⁶ Eine öffentliche «Entscheidverkündung» ist ebenfalls nicht üblich.⁴³²⁷

- 1540 Das Ausmass der gewährten Verfahrensöffentlichkeit und die konkrete Ausgestaltung der jeweiligen Informationstätigkeit und ihrer Modalitäten sind zu einem grossen Teil dem Ermessen der Aufsichtsbehörden überlassen.⁴³²⁸ Es sind auch keine Vorschriften vorgesehen, die zu einer einheitlichen Informationstätigkeit vonseiten der Aufsichtsbehörden beitragen würden.
- 1541 Allerdings hat das Öffentlichkeitsprinzip in der Verwaltung insb. mit dem Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (BGÖ) eine Stärkung erfahren. Mit Ausnahme der FINMA, die vom Geltungsbereich des BGÖ ausgenommen ist (Art. 2 Abs. 2 BGÖ),⁴³²⁹ sind auch die Aufsichtsbehörden gehalten,

⁴³²⁶ Eine Ausnahme sieht allerdings Art. 97 Abs. 1 RTVG zum Verfahren vor der UBI vor. Nach dieser Bestimmung sind die Beratungen der UBI öffentlich, «es sei denn, schützenswerte Privatinteressen stehen entgegen». Weitere Ausnahmen vom Grundsatz, wonach die Beratungen auch im Gerichtsverfahren nicht vom Grundsatz der Öffentlichkeit nach Art. 30 Abs. 3 BV erfasst werden, finden sich etwa in Art. 59 BGG und Art. 41 Abs. 3 VGG. – Vgl. zum Anspruch auf öffentliche Verhandlung MÜLLER/SCHEFER, 970 ff.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 224 ff.

⁴³²⁷ Insb. Art. 30 Abs. 3 BV ist nach herrschender Lehre auf *gerichtliche* Verfahren beschränkt (vgl. MÜLLER/SCHEFER, 966; BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 30 N 16 ff.; AUBERT/MAHON, Art. 30 N 14; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1020). Die rechtsprechende Gewalt soll öffentlicher Infragestellung und Kritik zugänglich sein. Entsprechend gewährleistet Art. 30 Abs. 3 BV die allgemeine Publikumsöffentlichkeit von Gerichtsverhandlung und Urteilsverkündung im Grundsatz und überlässt die Ausgestaltung der Ausnahmeregelungen dem Gesetzgeber. Darüber hinaus kommt diese Garantie der von einem Gerichtsurteil konkret betroffenen Einzelperson zugute, die sich zusätzlich auch auf Art. 29 Abs. 2 BV sowie Art. 6 Abs. 1 EMRK berufen kann bezüglich ihres Anspruchs auf Parteiöffentlichkeit und rechtliches Gehör (vgl. so auch MÜLLER/SCHEFER, 964 ff. m.w.H. sowie 976 ff. zum Anspruch auf öffentliche Urteilsverkündung; vgl. dazu auch STEINMANN/SCHINDLER/WYSS, SG-Kommentar BV, Art. 30 N 69 ff.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 233 ff.).

⁴³²⁸ Immerhin sind vereinzelte spezifische Vorschriften zu speziell vorgesehenen Informationsinhalten wie bspw. zu öffentlichen Ausschreibungen von Konzessionen (vgl. etwa Art. 45 Abs. 1 RTVG), öffentlichen Auflagen in den amtlichen Publikationsorganen der betroffenen Kantone und Gemeinden sowie im Bundesblatt (vgl. z.B. Art. 45 KEG) oder der Veröffentlichung von Erlassen gemäss PublG vorgesehen.

⁴³²⁹ Vgl. dazu auch vorne N 534.

geltend gemachten Informationsansprüchen nachzukommen.⁴³³⁰ Sie informieren ausserdem aktiv über ihre Tätigkeiten. Einige von ihnen stellen ihre Entscheide online zum Abruf bereit.⁴³³¹ Insbesondere die FINMA ist augenscheinlich mit ihrem Webauftritt darum bemüht, einen transparenten Eindruck zu machen.⁴³³² Diese Entwicklungen sind zu begrüßen. Gerade im Bereich des Aufsichtsrechts, wo die verschiedenen Funktionen und Kompetenzen der Aufsichtsbehörden zu einer erheblichen Machtakкумуляtion führen können, verbessert eine erhöhte Transparenz die Nachvollziehbarkeit ihrer Handlungsweisen und vermag insgesamt dazu beizutragen, Misstrauen in der Gesellschaft gegenüber «der Aufsicht» abzubauen.

In der Verfügung werden allfällige Durchsetzungsmassnahmen gemäss Art. 41 Abs. 2 VwVG i.d.R. vorerst angedroht, oftmals verbunden mit einer Fristansetzung (und Mahnung), mit dem Zweck, die Verfügungsadressaten ultimativ zur

⁴³³⁰ Vgl. grundsätzlich zur Geltung des Öffentlichkeitsprinzips in der Verwaltung SHK BGÖ-BRUNNER/MADER, Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung: Entstehung, Konzept, Kontext, N 8 ff. und N 37 f. Aber auch die Aufsischtsgesetze sehen die grundsätzliche Information der Öffentlichkeit regelmässig vor, so etwa Art. 67 HMG, Art. 24 LMG oder auch Art. 22 FINMAG.

⁴³³¹ Während etwa «die wichtigen» Verfügungen der ComCom sowie der UBI online abrufbar sind und ihre Tätigkeiten auch in ihren Jahresberichten kommuniziert werden (sämtliche Unterlagen sind auf der Website der jeweiligen Behörden abrufbar: <<https://www.comcom.admin.ch>> bzw. <<https://www.ubi.admin.ch>>), berichtet die WEKO regelmässig im RPW («Recht und Politik des Wettbewerbs»), dem Publikationsorgan der schweizerischen Wettbewerbsbehörden, über einzelne Bekanntmachungen, Erläuterungen, Entscheidungen und Verlautbarungen. Ein sowohl systematisches als auch chronologisches Verzeichnis aller RPW ab 1997 ist abrufbar unter <<https://www.weko.admin.ch>> → Praxis → Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW)> (besucht am 15.8.24).

⁴³³² Die Website der FINMA sowie ihre aufgeschalteten Dokumente sind mit einer hilfreichen Suchfunktion ausgestattet, die es ermöglicht, mit relativ geringem Aufwand auf verschiedene Informationsquellen zuzugreifen (vgl. <<https://www.finma.ch/de/suche>> sowie <<https://www.finma.ch/de/dokumente>>). Die FINMA publizierte darüber hinaus bis 2017 anonymisierte Kurzzusammenfassungen ihrer Erwägungen (jeweils zusammen mit den Regesten sowie einer Zusammenfassung des Sachverhalts) in sog. Bulletins (die Bulletins sind online abruf- und durchsuchbar: <<https://www.finma.ch>> → Dokumentation → Archiv → Bulletins und Sonderbulletins> [besucht am 15.8.24]). Die FINMA legt ausserdem im Rahmen ihrer sog. Enforcementberichterstattung Rechenschaft über ihre Aktivitäten im Bereich der Rechtsdurchsetzung ab (zur Enforcementberichterstattung vgl. <<https://www.finma.ch>> → Dokumentation → Enforcementberichterstattung> [besucht am 15.8.24]).

(freiwilligen) Pflichterfüllung zu bewegen.⁴³³³ Androhung und Fristansetzung sind regelmässig mit Blick auf die Grundsätze der Rechtssicherheit und der Verhältnismässigkeit geboten.⁴³³⁴ Eine Ausnahme sieht Art. 41 Abs. 3 VwVG jedoch vor, wenn es um die Anordnung von Ersatzvornahmen oder von unmittelbarem Zwang geht und Gefahr im Verzuge ist, so z.B. im Kontext der Anordnung vorsorglicher Massnahmen.⁴³³⁵ Ferner wird bei Verwaltungsstrafen und Disziplinar-massnahmen eher von einer Androhung abgesehen, ebenso wenn dadurch die Sanktion vereitelt würde (so z.B. im Hinblick auf eine Einziehung).⁴³³⁶

- 1543 Umstritten ist, ob die Androhung als solche bereits eine (anfechtbare) Verfügung darstellt oder nicht und ob entsprechend überhaupt eine Vollstreckungsverfügung notwendig ist. MOOR/POLTIER bejahen den Verfügungscharakter, sofern erst mit der Androhung die Massnahme und ihre Modalitäten sowie die verpflichtete Person bestimmt werden, ihr somit eigene Rechtswirkungen zukommen.⁴³³⁷ Andere Lehrmeinungen vertreten die Ansicht, dass erst die Anordnung (Festsetzung) der Zwangsmittel verfügungsweise erfolgt.⁴³³⁸

⁴³³³ Vgl. BVGE 2009/36, E. 10.1. Vgl. dazu auch Kommentar VwVG-GÄCHTER/EGLI, Art. 41 N 48 ff.; Praxiskommentar VwVG-JAAG/HÄGGI-FURRER, Art. 41 N 47 ff.

⁴³³⁴ Vgl. Kommentar VwVG-GÄCHTER/EGLI, Art. 41 N 48; dazu auch vorne N 1440.

⁴³³⁵ Vgl. zu Art. 41 Abs. 3 VwVG Kommentar VwVG-GÄCHTER/EGLI, Art. 41 N 56 ff.; Praxiskommentar VwVG-JAAG/HÄGGI-FURRER, Art. 41 N 51 ff. Beide weisen darauf hin, dass die Konstellation, wie sie in Art. 41 Abs. 3 VwVG vorausgesetzt wird (insb. das Vorliegen einer bereits bestehenden Sachverfügung, die es zu vollstrecken gilt bei gleichzeitiger Dringlichkeit), in der Praxis eine Ausnahmeerscheinung bleibe. In einer solchen Situation fielen die Sachverfügung, die Auswahl des Zwangsmittels und dessen Anwendung i.d.R. in einen Akt zusammen.

⁴³³⁶ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1463; so stellte sich auch das Bundesverwaltungsgericht bspw. in BVGE 2009/36, E. 10.1 auf den Standpunkt, dass die Abschöpfung eines widerrechtlich erworbenen Vermögensvorteils nach Art. 89 Abs. 1 lit. a Ziff. 3 RTVG und damit die Möglichkeit, die unrechtmässige Bereicherung des Programmveranstalters rückgängig zu machen, erfolgen dürfe, ohne dass vorgängig eine Gelegenheit zur Korrektur eingeräumt werden müsse.

⁴³³⁷ MOOR/POLTIER, 121 ff. m.w.H.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 897; DUBEY/ZUFFEREY, N 2288; Praxiskommentar VwVG-JAAG/HÄGGI-FURRER, Art. 41 N 50 m.w.H., die von einem vermittelnden Ansatz ausgehen, wonach die Androhung selbst eine Verfügung darstellt, sofern sie gegenüber der Sachverfügung inhaltlich Neues regelt; vgl. so auch TANQUEREL, Manuel, N 1150 ff.

⁴³³⁸ So z.B. Kommentar VwVG-GÄCHTER/EGLI, Art. 41 N 51 ff., die die Androhung nicht als Verfügung auffassen, hingegen die Anordnung der Zwangsmassnahmen im Rahmen einer Verfügung fordern. Vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1464, die grundsätzlich ebenfalls von der Notwendigkeit einer Vollstreckungsverfügung aus-

Wird einer Verfügung nicht nachgelebt, die ein bestimmtes Tun oder Unterlassen verbindlich begründet hat, wird ihre Vollstreckung angeordnet. Namentlich die verschiedenen aufsichtsrechtlichen Durchsetzungsmassnahmen, die in Kapitel III genauer betrachtet wurden,⁴³³⁹ können dann angeordnet werden, sobald die Verfügung vollstreckbar ist. Dies ist der Fall, wenn sie formell rechtskräftig ist (vgl. Art. 39 lit. a VwVG), wenn nur noch ein Rechtsmittel zur Verfügung steht, das keine aufschiebende Wirkung hat (Art. 39 lit. b VwVG), oder wenn dem Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung entzogen worden ist (Art. 39 lit. c VwVG).⁴³⁴⁰

Zuständig für die Vollstreckung ist i.d.R. die Aufsichtsbehörde. Allerdings kann sich die Behörde vertreten lassen und Dritte mit den Vollzugsaufgaben beauftragen, wovon auch regelmässig Gebrauch gemacht wird.⁴³⁴¹ Illustrative Beispiele sind etwa die Durchführung der Rechnungsprüfung einer beaufsichtigten Stiftung oder der Abbruch eines unbewilligten Gebäudes – alles Arbeiten, die die Aufsichtsbehörde selbstredend nicht selber ausführt.⁴³⁴² Ferner sieht Art. 36 Abs. 1 FINMAG etwa vor, dass die FINMA Untersuchungsbeauftragte einsetzen kann, nicht nur um bei Beaufsichtigten den aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalt abzuklären, sondern auch um die von ihr angeordneten aufsichtsrechtlichen Massnahmen umzusetzen.⁴³⁴³

gehen, soweit mit der Androhung nicht bloss bestehende Pflichten bestätigt werden. Vgl. auch KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 672, die davon ausgehen, dass auch eine selbstständige Androhung keine anfechtbare Vollstreckungsverfügung darstellt, sondern erst die Anordnung der Sanktion selbst. Vgl. zum Ganzen auch Urteil BVGer, A-2593/2012, 16.8.2012, E. 1.1 m.w.H. (auf die unterschiedlichen Lehrmeinungen) und insb. E. 1.1.3, wo das Gericht erst die Anordnung der Ersatzvornahme als Vollstreckungsverfügung qualifizierte; vgl. auch Urteil BVGer, C-1872/2007, 20.9.2007, E. 1.2, wo der Verfügungscharakter einer Fristansetzung zur Ausreise verneint wurde.

⁴³³⁹ Dazu vorne N 1162 ff.

⁴³⁴⁰ Zur Vollstreckbarkeit gemäss Art. 39 VwVG vgl. Praxiskommentar VwVG-JAAG/HÄGGI-FURRER, Art. 39 N 1 ff.; Kommentar VwVG-GÄCHTER/EGLI, Art. 39 N 1 ff.

⁴³⁴¹ Vgl. VOISARD, N 230 ff.

⁴³⁴² *Ebd.*, N 231 m.w.H.

⁴³⁴³ Zu Untersuchungsbeauftragten der FINMA im Allgemeinen vgl. etwa BSK FINMAG-MAURENBRECHER/TERLINDEN, Art. 36 N 1 ff.; dazu auch vorne N 736 ff.

§ 2 Streitiges Aufsichtsverfahren

I. Rechtswege und anwendbare Verfahrensregeln

- 1546 Die gerichtliche Überprüfung der erstinstanzlichen Entscheidungen der Aufsichtsbehörden auf Bundesebene richtet sich nach den Bestimmungen über die verwaltungsgerichtliche Bundesrechtspflege. In erster Linie massgebend sind somit die Bestimmungen des VwVG, des VGG sowie des BGG.⁴³⁴⁴ Das bedeutet regelmässig, dass den Betroffenen primär die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht nach Art. 31 ff. VGG offensteht⁴³⁴⁵ und der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. BGG an das Bundesgericht weitergezogen werden kann.⁴³⁴⁶
- 1547 Neben den förmlichen, ordentlichen Rechtsmitteln steht selbstverständlich auch im Aufsichtskontext das ausserordentliche Rechtsmittel der Revision gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts bzw. des Bundesgerichts zur Verfügung.⁴³⁴⁷ Zudem unterstehen die Entscheide der Aufsichtsbehörden den formlosen Rechtsbehelfen, etwa dem Wiedererwägungsgesuch nach Art. 58 Abs. 1 VwVG und der sog. Aufsichtsbeschwerde, die im Bund in Art. 71 VwVG Erwähnung findet.⁴³⁴⁸ Begrifflich abzugrenzen ist diese Aufsichtsbeschwerde von Beschwerden an die Aufsichtsbehörden, wie sie etwa aus Art. 84 Abs. 2 ZGB sowie Art. 61 ff. BVG als sog. «Stiftungsaufsichtsbeschwerden» abgeleitet und nachfolgend näher untersucht werden.⁴³⁴⁹

⁴³⁴⁴ Vgl. so etwa Art. 54 Abs. 1 FINMAG; Art. 84 Abs. 1 HMG; Art. 20 Abs. 1 ENSIG; Art. 99 Abs. 1 RTVG.

⁴³⁴⁵ Gemäss Art. 37 VGG richtet sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem VwVG (insb. Art. 44 ff. VwVG), soweit das VGG nichts anderes bestimmt.

⁴³⁴⁶ Vgl. Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG.

⁴³⁴⁷ Vgl. Art. 45 VGG i.V.m. Art. 121 ff. BGG sowie Art. 37 VGG i.V.m. Art. 66 VwVG für die Revision von Entscheiden des Bundesverwaltungsgerichts bzw. Art. 121 ff. BGG für die Revision von Entscheiden des Bundesgerichts.

⁴³⁴⁸ Vgl. insb. zu den formlosen Rechtsbehelfen der Aufsichtsbeschwerde und des Wiedererwägungsgesuchs HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1199 ff. und N 1272 ff. (zur Wiedererwägung) und N 1199 ff. (zur Aufsichtsbeschwerde); vgl. auch KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 703 ff. (zum Wiedererwägungsgesuch) und N 763 ff. (zur Aufsichtsbeschwerde); KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 2015 ff. (zum Wiedererwägungsgesuch) und N 2041 ff. (zur sog. «Aufsichtsanzeige»); RHINOW ET AL., N 646 ff. (zum Wiedererwägungsgesuch) und N 659 ff. (zur Aufsichtsbeschwerde).

⁴³⁴⁹ Dazu hinten N 1554 ff.

Schliesslich können sowohl vor Bundesverwaltungsgericht als auch vor Bundesgericht Erläuterungs- und Berichtigungsbegehren gestellt werden (vgl. Art. 69 VwVG und Art. 129 BGG). 1548

Die Beschwerdelegitimation richtet sich nach Art. 37 VGG i.V.m. Art. 48 VwVG bzw. nach Art. 89 BGG. Einige der Aufsichtserlasse sehen ausdrücklich die Beschwerdeberechtigung der Aufsichtsbehörden vor.⁴³⁵⁰ 1549

Im Rahmen der Prüfung der Beschwerde Voraussetzungen sind die Ausnahmen nach Art. 32 VGG bzw. Art. 83 BGG zu beachten, die bestimmte Angelegenheiten von der Beschwerde ausnehmen, insb. im aufsichtsrechtlichen Kontext. So sind bspw. bestimmte Verfügungen auf dem Gebiet der Kernenergie sowohl von der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht als auch von der Beschwerde an das Bundesgericht ausgeschlossen (Art. 32 Abs. 1 lit. e VGG sowie Art. 83 lit. n BGG). Ferner lassen sich Verfügungen über die Erteilung von Konzessionen für Spielbanken nicht mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht weiterziehen (Art. 32 Abs. 1 lit. h VGG) ebenso wenig wie Verfügungen der UBI (Art. 32 Abs. 1 lit. g VGG); gegen sie kann gemäss Art. 99 Abs. 3 RTVG direkt Beschwerde beim Bundesgericht geführt werden. Demgegenüber sind gewisse Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts etwa «auf dem Gebiet des Fernmeldeverkehrs, des Radios und des Fernsehens sowie der Post» von der Beschwerde an das Bundesgericht ausgenommen (Art. 83 lit. p BGG). 1550

Im aufsichtsrechtlichen Kontext besonders zu berücksichtigen sind darüber hinaus spezialgesetzliche Vorschriften, die eigene Beschwerdeinstanzen i.S.v. Art. 47 Abs. 1 lit. c VwVG vorsehen. Zu denken ist etwa an die spezialgesetzlich verankerte Zuständigkeit des Bundesrates als verwaltungsinterne Beschwerdeinstanz⁴³⁵¹ – so z.B. im Zusammenhang mit Art. 31 und Art. 36 KG, die eine ausnahmsweise Zulassung von Wettbewerbsbeschränkungen bzw. Unternehmenszusammenschlüssen durch den Bundesrat erlauben⁴³⁵² – oder an seine Funktion als Aufsichtsinstanz über die Aufsichtsbehörden (vgl. Art. 47 Abs. 1 lit. d 1551

⁴³⁵⁰ So z.B. Art. 54 Abs. 2 FINMAG; Art. 28 Abs. 5 RAG; Art. 20 Abs. 2 ENSIG; Art. 98 lit. k und l BGS; Art. 84 Abs. 2 und 3 HMG. Gemäss Art. 48 Abs. 2 VwVG braucht es für die Beschwerdeberechtigung von Bundesbehörden eine spezialgesetzliche Regelung auf Bundesebene; das VwVG sieht die Behördenbeschwerde nicht generell vor.

⁴³⁵¹ Vgl. etwa KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 1375 ff.

⁴³⁵² Mittels der entsprechenden Anträge um eine Ausnahme können nicht nur die Entscheide der WEKO an den Bundesrat weitergezogen werden, sondern auch die Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts oder des Bundesgerichts (vgl. Art. 31 Abs. 1 und 2 sowie Art. 36 Abs. 1 und 2 KG).

VwVG).⁴³⁵³ Als weitere verwaltungsinterne Beschwerdeinstanz (i.S.v. Art. 47 Abs. 1 lit. c VwVG) ist die UBI nach Art. 83 Abs. 1 lit. a RTVG für die Behandlung von Beschwerden über den Inhalt redaktioneller Publikationen sowie den verweigerten Zugang zum Programm oder zum übrigen publizistischen Angebot der SRG gemäss Art. 94 ff. RTVG zuständig.⁴³⁵⁴ Ebenfalls zu nennen ist in diesem Zusammenhang die Stiftungsaufsichtsbeschwerde, auf welche nachfolgend näher eingegangen wird.⁴³⁵⁵

- 1552 Spezialgesetzlich vorgesehene eigene Verfahrensregeln sind im Aufsichtsrecht verbreitet. Dazu gehören bspw. Art. 99 Abs. 3 RTVG, wonach gegen Entscheide der UBI direkt Beschwerde beim Bundesgericht zu führen ist. Auch Art. 74 BVG sieht Besonderheiten für das Beschwerdeverfahren vor,⁴³⁵⁶ und einige Finanzmarktgesetze i.S.v. Art. 1 Abs. 1 FINMAG enthalten eigene Verfahrensvorgaben.⁴³⁵⁷
- 1553 Wie gesehen, führen gewisse aufsichtsrechtliche Konstellationen zudem zur Anwendbarkeit des VStrR.⁴³⁵⁸ Gemäss Art. 26 Abs. 1 VStrR kann ausserdem gegen Zwangsmassnahmen i.S.v. Art. 45 ff. VStrR (und damit zusammenhängende Amtshandlungen) bei der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts Beschwerde geführt werden.

⁴³⁵³ Vgl. Art. 178 Abs. 1 i.V.m. Art. 187 Abs. 1 lit. a BV bzw. Art. 8 Abs. 4 RVOG i.V.m. Art. 24 ff. RVOV; vgl. dazu vorne N 782 ff. sowie N 908 ff.

⁴³⁵⁴ Dazu vorne N 538 und N 555.

⁴³⁵⁵ Dazu hinten N 1554 ff.

⁴³⁵⁶ Art. 74 BVG lautet folgendermassen: «¹ Die Verfügungen der Aufsichtsbehörden können mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden. ² Das Beschwerdeverfahren gegen Verfügungen gestützt auf Artikel 62 Absatz 1 Buchstabe e ist für die Versicherten kostenlos, es sei denn, sie handelten mutwillig oder leichtsinnig. ³ Eine Beschwerde gegen eine Verfügung der Aufsichtsbehörde hat nur aufschiebende Wirkung, wenn das Bundesverwaltungsgericht sie auf Begehren einer Partei verfügt. ⁴ Die Oberaufsichtskommission ist berechtigt, gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts im Bereich der beruflichen Vorsorge beim Bundesgericht Beschwerde zu erheben.»

⁴³⁵⁷ So sehen bspw. die Art. 139–141 FinfraG eigene spezifische Vorgaben für die Verfahren vor der Übernahmekommission vor, deren Verfügungen vor der FINMA mit Beschwerde angefochten werden können, mit Weiterzugsmöglichkeiten an das Bundesverwaltungsgericht. Die Beschwerde an das Bundesgericht ist hingegen nach Art. 83 lit. u BGG gegen Entscheide auf dem Gebiet der öffentlichen Kaufangebote nach Art. 125 ff. FinfraG ausgeschlossen.

⁴³⁵⁸ Dazu vorne insb. N 1286 und N 1462.

II. Die Stiftungsaufsichtsbeschwerde als Rechtsmittel *sui generis*

A. Überblick

Im Stiftungsrecht wird aus Art. 84 Abs. 2 ZGB das Recht abgeleitet, gegen Ent- 1554
scheide der Stiftungen das Einschreiten der Stiftungsaufsicht und den Erlass einer
Verfügung mittels Beschwerde (der sog. Stiftungsaufsichtsbeschwerde) zu ver-
langen.⁴³⁵⁹ Die Möglichkeit, Stiftungsaufsichtsbeschwerde zu erheben, gilt für
sämtliche Stiftungen, *nota bene* auch für Personalfürsorgestiftungen, die primär
im BVG und FZG einer Normierung zugeführt wurden.⁴³⁶⁰

Zwar wurde Art. 84 Abs. 2 ZGB für Personalfürsorgestiftungen durch Art. 62
Abs. 1 BVG ersetzt, was aber die Relevanz und Anwendbarkeit der aus
Art. 84 Abs. 2 ZGB für die Stiftungsaufsicht abgeleiteten Grundsätze und
die Praxis für die BVG-Aufsicht nicht ausschliesst. – Umgekehrt kann auch
die BVG-Gesetzgebung der Auslegung von Art. 84 Abs. 2 ZGB dienen.⁴³⁶¹

Die Stiftungsaufsichtsbeschwerde ist als Rechtsmittel der Zivilgesetzgebung 1555
im ZGB verankert. Auf sie werden jedoch die Grundsätze des Verwaltungsver-
fahrensrechts sinngemäss angewendet.⁴³⁶² Abhängig davon, ob die Aufsichtsbe-
schwerde vor einer kantonalen Behörde oder einer Bundesbehörde erhoben wird,
kommt somit ein anderes Verfahrensrecht sinngemäss zur Anwendung.⁴³⁶³

Eine ausdrückliche Regelung der Möglichkeit, gegen Entscheide von Stiftungen 1556
Stiftungsaufsichtsbeschwerde zu erheben, sucht man sowohl im ZGB als auch im
BVG bzw. in der BVV 1 vergeblich. Das Bundesrecht sieht entsprechend auch

⁴³⁵⁹ So bereits E. HUBER, Erläuterungen zum Vorentwurf 1914, 94. Vgl. dazu den Überblick
bei BSK ZGB I-GRÜNINGER, Art. 84 N 17 m.w.H.; vgl. auch BK-RIEMER, Art. 84 ZGB
N 121 m.w.H. – Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vgl. etwa BGE 107 II 388,
E. 3 m.w.H., sowie zuletzt BGE 144 III 433, E. 6.1 m.w.H. – Zu Art. 84 Abs. 2 ZGB als
gesetzliche Grundlage für die Ausübung der Stiftungsaufsicht vgl. vorne N 1421 ff.

⁴³⁶⁰ Vgl. Art. 89a Abs. 6 ZGB, wobei Ziff. 19 insb. auf Art. 73 und Art. 74 BVG betreffend
Rechtspflege verweist.

⁴³⁶¹ Vgl. zum Ganzen BK-RIEMER, Systematischer Teil, N 398 m.w.H. sowie N 411 m.w.H.

⁴³⁶² Vgl. BK-RIEMER, Art. 84 ZGB N 36 sowie N 124. Dies wurde auch bereits festgehalten
in BGE 107 II 385, E. 4; vgl. auch BGE 96 I 406, E. 2a f., wonach das Stiftungsauf-
sichtsrecht des ZGB materielles öffentliches Recht darstellt. – Eingehend zur Bedeu-
tung der «sinngemässen Anwendung» vgl. TRAJKOVA, 341 ff.

⁴³⁶³ BAUMANN LORANT, Stiftungsaufsichtsbeschwerde, 519.

keine Beschwerdefrist für die Stiftungsaufsichtsbeschwerde vor.⁴³⁶⁴ Das Bundesgericht anerkannte etwa in einem Entscheid aus dem Jahre 2002, dass das Aufsichtsverfahren (insb. im Unterschied zu strafrechtlichen Verfahren) keine zeitliche Begrenzung kenne und auch keine starren Verjährungsfristen zur Anwendung gelangten. Entsprechend seien auch Vorfälle, die einige Jahre zurücklägen, grundsätzlich mit Aufsichtsbeschwerde vor den Stiftungsaufsichtsbehörden rügbär.⁴³⁶⁵

- 1557 Die Stiftungsaufsichtsbeschwerde wird als stiftungsrechtliches Rechtsmittel *sui generis* qualifiziert (und deshalb auch dem streitigen Aufsichtsverfahren zugeordnet), das dem Einzelnen Parteirechte und einen Anspruch auf einen Entscheid gegenüber der Aufsichtsbehörde einräumt.⁴³⁶⁶ Dies etwa im Gegensatz zur Anzeige, die als nichtförmliches Rechtsmittel auch stiftungsrechtlich möglich ist.⁴³⁶⁷ Die Stiftungsaufsichtsbehörden sind somit verpflichtet, Beschwerden entgegenzunehmen, von Amtes wegen die nötigen Abklärungen vorzunehmen und Entscheidungen über allfällig anzuwendende Aufsichtsmittel zu treffen; die Aufsichtsbehörde wird damit gewissermassen zur erstinstanzlichen Rechtsmittelinstanz gegen Handlungen der Stiftungsorgane.⁴³⁶⁸

⁴³⁶⁴ BK-RIEMER, Art. 84 ZGB N 122 f. Kritik erntete das Bundesverwaltungsgericht, als es die 30-tägige Frist nach Art. 50 VwVG anwendete, ohne dies näher zu begründen (Urteil BVGer, B-5449/2016, 21.11.2017, E. 4.3; vgl. dazu etwa JAKOB, Grundlagen und Entwicklungen, 18 f.). – Mit Blick auf die Rechts- und Verkehrssicherheit sowie den Grundsatz von Treu und Glauben ist die fehlende Befristung der Anfechtungsmöglichkeiten auch Gegenstand von Kritik. So wurde z.B. vorgeschlagen, die Befristung der Anfechtung über die analoge Anwendung von Art. 75 ZGB herbeizuführen, sodass die Beschlüsse von Stiftungsräten einer einmonatigen Verwirkungsfrist unterliegen (BAUMANN LORANT, Stiftungsrat, 184 f.).

⁴³⁶⁵ Urteil BGer, 5A.8/2002, 20.8.2002, E. 4.2, bestätigt im Urteil BGer, 5A.274/2008, 19.1.2009, E. 5.2.

⁴³⁶⁶ Vgl. BGE 107 II 385, E. 4, sowie Urteil BGer, 5A_97/2018, 10.9.2018, E. 2.11 (nicht abgedruckt in BGE 144 III 433); vgl. auch Urteil BVGer, B-2948/2017, 21.12.2017, E. 4.1; B-1932/2017, 6.11.2018, E. 4.1. – Aus der Lehre: BSK ZGB I-GRÜNINGER, Art. 84 N 17; BAUMANN LORANT, Stiftungsaufsichtsbeschwerde, 518; JAKOB, Reform beschlossen, 21; zuletzt TRAJKOVA, 338 ff. sowie 406 ff., wo sie sich kritisch dazu äussert, die Stiftungsaufsichtsbeschwerde als öffentlich-rechtliches Rechtsmittel zu qualifizieren.

⁴³⁶⁷ *Ex officio* müssten die Aufsichtsbehörden zwar auch reinen Anzeigen nachgehen, in der Praxis ist dies aber nicht immer der Fall. Anzeigesteller erhalten weder Parteistellung noch die Möglichkeit, förmliche Rechtsmittel gegen einen negativen Entscheid der Aufsichtsbehörde zu ergreifen (Urteil BGer, 5A_97/2018, 10.9.2018, E. 2.1.2 [nicht abgedruckt in BGE 144 III 433]; vgl. auch bereits BGE 107 II 385, E. 3 m.w.H. – Aus der Lehre vgl. dazu etwa JAKOB, Grundlagen und Entwicklungen, 19).

⁴³⁶⁸ BK-RIEMER, Art. 84 ZGB N 117 m.w.H.

Dabei hebt die Stiftungsaufsichtsbehörde i.d.R. einen unrechtmässigen Entscheid 1558 auf und weist den Stiftungsrat zu einer neuen Entscheidung an. Damit ist die Stiftungsaufsichtsbeschwerde grundsätzlich kassatorischer Natur: Es steht der Aufsichtsbehörde i.d.R. nicht zu, anstelle der Stiftung zu entscheiden.⁴³⁶⁹ Denkbar sind aber auch reformatorische Entscheide, d.h. aufsichtsrechtliche Anordnungen in der Sache selbst, ebenso wie eine Kombination von reformatorischen und kassatorischen Entscheiden.⁴³⁷⁰

Mit Art. 84 Abs. 3 ZGB, der anlässlich der am 17. Dezember 2021 vom Parlament 1559 beschlossenen Reform des Stiftungsrechts eingeführt⁴³⁷¹ und per 1. Januar 2024 in Kraft gesetzt wurde,⁴³⁷² erhält die Stiftungsaufsichtsbeschwerde eine neue Bestimmung. Sie lautet folgendermassen:

«Begünstigte oder Gläubiger der Stiftung, der Stifter, Zustifter und ehemalige und aktuelle Stiftungsratsmitglieder, welche ein Interesse daran haben, dass die Verwaltung der Stiftung mit Gesetz und Stiftungsurkunde in Einklang steht, können gegen Handlungen und Unterlassungen der Stiftungsorgane Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde erheben.»

Art. 84 Abs. 3 ZGB führt damit einige wesentliche Aspekte endlich⁴³⁷³ einer gesetzlichen Regelung zu.

B. Beschwerdegrund

Art. 84 Abs. 3 ZGB sieht neu ausdrücklich eine Rechtsaufsicht vor.⁴³⁷⁴ Mögliche 1560 Beschwerdegründe sind somit durch Handlungen oder Unterlassungen begangene Gesetzes-, Stiftungsurkunden- oder Reglementsverletzungen der Stiftungsorgane. Auch Ermessensfehler konnten bisher eine Aufsichtsbeschwerde begründen ebenso wie das Vorbringen, der Stiftungsrat habe einen rechtserheblichen Sachverhalt

⁴³⁶⁹ BSK ZGB I-GRÜNINGER, Art. 84 N 17; BAUMANN LORANT, Stiftungsaufsichtsbeschwerde, 523; BK-RIEMER, Art. 84 ZGB N 129 ff.; vgl. auch VEZ, Fondation, N 839 m.w.H.

⁴³⁷⁰ BAUMANN LORANT, Stiftungsaufsichtsbeschwerde, 522 f.

⁴³⁷¹ BBl 2021 2992. Für eine Würdigung der Reform vgl. etwa JAKOB, Reform, 22 ff., sowie JAKOB, Reform beschlossen, 21 ff.

⁴³⁷² AS 2022 452.

⁴³⁷³ Alleine schon die 2021 abgeschlossene Reform dauerte sieben Jahre. Das Stiftungsrecht des ZGB stammt im Übrigen aus dem Jahre 1912 und ist während ungefähr 100 Jahren kaum angetastet worden (vgl. den kurzen Überblick bei JAKOB, Reform, 22).

⁴³⁷⁴ Zur Rechtsaufsicht im Allgemeinen vgl. vorne N 80 ff.

unrichtig festgestellt.⁴³⁷⁵ Es handelt sich bei der Stiftungsaufsichtsbeschwerde um ein Mittel der «internen Governance» der Stiftung, durch das die Stiftungsbeteiligten auf die Zweckerhaltung und die statutenkonforme Verwendung des Stiftungsvermögens und damit letztlich auf den Schutz der Stiftung hinwirken können.⁴³⁷⁶

C. Beschwerdelegitimation

- 1561 Art. 84 Abs. 3 ZGB regelt neu ausserdem die Beschwerdelegitimation, womit ein Anliegen aufgenommen wurde, das von der Mehrheit der Kantone sowie von den wichtigsten Organisationen im Vernehmlassungsverfahren mit Nachdruck geteilt worden war;⁴³⁷⁷ die Beschwerdelegitimation war davor nämlich nicht geregelt gewesen.⁴³⁷⁸ Aus diesem Grund hatte die Praxis eigene Voraussetzungen der Beschwerdelegitimation geschaffen,⁴³⁷⁹ die, soweit ersichtlich, auch nach Inkrafttreten der Reform zu beachten sein werden, jedoch wiederum eigene Fragestellungen aufgeworfen haben.⁴³⁸⁰
- 1562 Angeknüpft wurde z.B. an Art. 84 Abs. 2 ZGB, gehöre es doch zu Sinn und Zweck dieser Bestimmung, dass jeder am Einschreiten der Stiftungsaufsichtsbehörde Interessierte auf dem Beschwerdeweg an diese Behörde gelangen könne.⁴³⁸¹ Als fraglich erscheint dabei jedoch regelmässig, welchen Massstäben das geforderte persönliche Interesse genügen solle, um die Stiftungsaufsichtsbeschwerde von ei-

⁴³⁷⁵ BAUMANN LORANT, Stiftungsaufsichtsbeschwerde, 519.

⁴³⁷⁶ KUKO ZGB-JAKOB, Art. 84 N 10; JAKOB, Grundlagen und Entwicklungen, 15 und 17; vgl. zum Ganzen auch BK-RIEMER, Art. 84 ZGB N 48 ff. m.w.H.; TRAJKOVA, 366 ff.

⁴³⁷⁷ Vgl. dazu JAKOB, Reform, 24 m.w.H.

⁴³⁷⁸ Da die Stiftungsaufsichtsbeschwerde in Art. 84 Abs. 2 ZGB nur implizit enthalten ist, sind auch sämtliche Beschwerde Voraussetzungen nicht gesetzlich vorgesehen.

⁴³⁷⁹ Vgl. für eine Übersicht über die Rechtsprechung etwa BK-RIEMER, Art. 84 ZGB N 117 ff.; TRAJKOVA, 376 ff.

⁴³⁸⁰ Vgl. etwa die eingehende Kritik u.a. bei TRAJKOVA, 375 ff., insb. 397, wo sie zum Schluss kommt, dass während die Lehre in Kategorien der zivilrechtlichen Aktivlegitimation denkt, die Gerichte die öffentlich-rechtliche Beschwerdelegitimation anwenden. Vgl. zum Ganzen auch JAKOB, Grundlagen und Entwicklungen, 15 ff. m.w.H. Nach ihm ist es der Rechtsprechung nicht gelungen, verlässliche und überzeugende Kategorien für die Beschwerdelegitimation herauszuarbeiten.

⁴³⁸¹ Vgl. BGE 112 Ia 180, E. 3d/aa m.w.H.; 107 II 285, E. 3.

ner Popularbeschwerde abzugrenzen.⁴³⁸² Unter geltender Rechtsprechung werden an das Interesse, das zur Beschwerdeführung erforderlich ist, keine allzu hohen Anforderungen gestellt.⁴³⁸³

Ein besonderer Fokus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist auf die Beschwerdelegitimation von Stiftungsdestinatären gerichtet. Dazu führte das Bundesgericht aus: «Jede Person, die wirklich einmal in die Lage kommen könnte, eine Leistung oder einen anderen Vorteil von der Stiftung zu erlangen, ist zur Beschwerde legitimiert. Über die Art ihres künftigen Interesses muss sie bereits heute konkrete Angaben machen können.»⁴³⁸⁴ 1563

Soweit es nicht um Destinatäre gehe, werde ein «besonderes persönliches Interesse» verlangt.⁴³⁸⁵ Dabei tendiert das Bundesgericht dazu, «eine zumindest potenziell begünstigte Stellung» als Voraussetzung für die Beschwerdelegitimation aufzustellen, was in der Lehre allerdings auf Kritik gestossen ist, seien doch nicht nur Destinatäre zur Beschwerde berechtigt.⁴³⁸⁶ 1564

Die neue Regelung in Art. 84 Abs. 3 ZGB klärt das für die Beschwerdelegitimation erforderliche Interesse leider nicht. Im Gegenteil: Verwiesen wird nun auf ein einfaches «Interesse». Ob damit an eine Art «berechtigtes Kontrollinteresse» im Sinne der über Jahre von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Rechtsterminologie angeknüpft wird oder nicht, ist nicht klar.⁴³⁸⁷ Ebenfalls offen ist, ob 1565

⁴³⁸² In der Lehre werden etwa die Wendungen «persönliches, direktes und aktuelles Interesse» verwendet (BRÜCKNER, N 1410) ebenso wie auf ein «berechtigtes Interesse» Bezug genommen (JAKOB, Stiftungsrecht, 538; KUKO ZGB-JAKOB, Art. 84 N 12; vgl. auch BSK ZGB I-GRÜNINGER, Art. 84 N 17).

⁴³⁸³ Vgl. so ausdrücklich Urteil BGer, 5A_97/2018, 10.9.2018, E. 2.1.1 (nicht abgedruckt in BGE 144 III 433). Vgl. für eine Übersicht über die Rechtsprechung BK-RIEMER, Art. 84 ZGB N 119 m.w.H.; vgl. auch BSK ZGB I-GRÜNINGER, Art. 84 N 17; KUKO ZGB-JAKOB, Art. 84 N 11 f.

⁴³⁸⁴ Urteil BGer, 5A_97/2018, 10.9.2018, E. 2.1.1 (nicht abgedruckt in BGE 144 III 433) und E. 5; vgl. auch Urteil BGer, 9C_823/2011, 23.3.2012, E. 2.1.

⁴³⁸⁵ Urteil BGer, 5A_97/2018, 10.9.2018, E. 2.1.1 (nicht abgedruckt in BGE 144 III 433) und E. 6.1; vgl. auch Urteil BGer, 9C_823/2011, 23.3.2012, E. 2.1.

⁴³⁸⁶ JAKOB, Grundlagen und Entwicklungen, 16.

⁴³⁸⁷ JAKOB, Reform beschlossen, 21, der die Frage aufwirft, ob mit der neuen Bestimmung eine Verbesserung gegenüber der auf reiner Rechtsprechung basierenden Ausgangslage erreicht worden sei, müsse doch nun wieder gehofft werden, dass die Gerichte die gewählte Formulierung richtig auslegen würden, «und wir sind damit in der gleichen Situation wie zuvor». Vgl. auch die Kritik von TRAJKOVA, 414 f.

etwa auch Nachkommen oder Erben ein Beschwerderecht zusteht,⁴³⁸⁸ was vom Bundesgericht grundsätzlich bejaht wurde, sofern ein persönliches Interesse nachgewiesen worden konnte.⁴³⁸⁹ Grundsätzlich wird auch zu beantworten sein, ob die in Art. 84 Abs. 3 ZGB vorgenommene Aufzählung der Beschwerdeberechtigten abschliessend ist oder nicht.⁴³⁹⁰

D. Abgrenzung Stiftungsaufsichtsbeschwerde / zivilrechtliche Klage

1566 Grundsätzlich gilt die Stiftungsaufsichtsbeschwerde als die bequemere Alternative, verglichen mit zivilrechtlichen Rechtsmitteln.⁴³⁹¹ Für die Stiftungsaufsichtsbeschwerde genügt eine formlose Beschwerdeschrift – bestehend aus den Begehren, einer Begründung unter Angabe der Beweismittel und der Unterschrift der beschwerdeführenden Partei⁴³⁹² –, um an die Aufsichtsbehörde zu gelangen, während das zivilrechtliche Verfahren die Konstitution als Prozesspartei voraussetzt sowie die Einreichung einer formellen Klageschrift, die mit Kautionspflichten, Kostenrisiken und Beweislasten verbunden ist.⁴³⁹³ Zivilrechtliche Ansprüche bzw. subjektive Rechte gegen eine Stiftung sind jedoch primär auf dem Klageweg vor Zivilgericht durchzusetzen.⁴³⁹⁴ Insbesondere bezweckt die Stiftungsaufsichtsbeschwerde nicht, die Grundlage für Haftungsansprüche zu schaffen.⁴³⁹⁵ Stehen

⁴³⁸⁸ JAKOB, Reform beschlossen, 21.

⁴³⁸⁹ Vgl. Urteil BGer, 9C_823/2011, 23.3.2012, E. 2.1, wonach es nicht ausreiche, die Vergangenheit im näheren Umfeld des Stifters verbracht zu haben. Auch in solchen Konstellationen ist vom Erfordernis eines eigenen persönlichen Interesses auszugehen (diese Rechtsprechung bejahend: BAUMANN LORANT, Stiftungsaufsichtsbeschwerde, 522).

⁴³⁹⁰ Vgl. zu dieser Fragestellung TRAJKOVA, 409 ff. m.w.H. insb. auf die Materialien.

⁴³⁹¹ Für eine eingehende Übersicht über Lehre und Rechtsprechung zur Abgrenzung zwischen zivilgerichtlichen und aufsichtsrechtlichen Verfahren vgl. BK-RIEMER, Art. 84 ZGB N 142 ff.; vgl. auch TRAJKOVA, 346 ff.

⁴³⁹² Vgl. Art. 52 Abs. 1 VwVG; vgl. auch BAUMANN LORANT, Stiftungsaufsichtsbeschwerde, 522.

⁴³⁹³ Vgl. auch BSK ZGB I-GRÜNINGER, Art. 84 N 11.

⁴³⁹⁴ Vgl. in diesem Sinne etwa BGE 112 II 97, E. 3 f.; 108 II 497, E. 6; Urteil BGer, 5A_828/2008, 30.3.2009, E. 1.4; Urteil BVGer, A-663/2018, 29.5.2020, E. 7.9.4. – Vgl. auch BK-RIEMER, Art. 84 ZGB N 148 ff. m.w.H.; BSK ZGB I-GRÜNINGER, Art. 84 N 11.

⁴³⁹⁵ BGE 144 III 433, E. 6.2.1; vgl. auch Urteil BVGer, A-663/2018, 29.5.2020, E. 3.2.2 mit einer Bestätigung dieser Rechtsprechung.

hingegen keine subjektiven Rechte in Frage, ist nur die Aufsichtsbeschwerde zugelassen, und es bleibt für eine Zivilklage kein Raum.⁴³⁹⁶

Abgrenzungsfragen stellen sich insb. in Bezug auf Destinatärsansprüche, die «ohne weiteres bzw. offensichtlich ausgewiesen sind», da in solchen Fällen – sofern keine «ernsthaften Zweifel» am Bestehen der geltend gemachten Ansprüche, ihres Umfangs bzw. ihrer EmpfängerInnen bestehen – das Bundesgericht auch eine Stiftungsaufsichtsbeschwerde zulässt.⁴³⁹⁷ Dies ist v.a. in Konstellationen denkbar, in denen die Verweigerung von Stiftungsleistungen nicht nur Fragen in Bezug auf subjektive Rechte der Destinatäre aufwirft, sondern allenfalls auch als Pflichtverletzung der Stiftungsorgane aufgefasst werden kann.⁴³⁹⁸ Zu beachten ist, dass die Aufsichtsbehörde im Rahmen ihrer öffentlich-rechtlichen Aufsichtstätigkeit auch generelle Weisungen an die Stiftung über die Behandlung subjektiver Privatrechte erlassen kann. Um Rechtsstreitigkeiten zu vermeiden, kann sie insb. ein Stiftungsorgan zur Erfüllung klagbarer Ansprüche von Destinatären anhalten.⁴³⁹⁹

Um Abgrenzungsfragen begegnen zu können, wird somit an das jeweilige Prozess- 1567
thema angeknüpft. Danach ist die Stiftungsaufsichtsbeschwerde zu ergreifen, wenn die Frage des pflichtwidrigen Verhaltens oder Unterlassens der Stiftungsorgane im Zusammenhang mit der Verwirklichung des Stiftungszweckes bzw. der Erlangung von Stiftungsleistungen im Vordergrund steht. Die Zivilklage ist hingegen das anwendbare Rechtsmittel, wenn die Voraussetzungen und der Umfang eines Anspruchs umstritten sind.⁴⁴⁰⁰

III. Nachträglicher Rechtsschutz gegenüber aufsichtsrechtlichen Realakten

Ergehen im Rahmen der laufenden Aufsicht behördliche Berichte, Auskunftser- 1568
teilungen und Informationen, Empfehlungen, Warnungen oder auch Auflagen nicht in Verfügungsform, sondern als Realakte,⁴⁴⁰¹ sind diese nicht ohne Weiteres anfechtbar. Auch über Mitwirkungspflichten der Beaufsichtigten wird nicht immer eine (End- oder Zwischen-)Verfügung erlassen. Oftmals werden in der Praxis

⁴³⁹⁶ BK-RIEMER, Art. 84 ZGB N 153 m.w.H.

⁴³⁹⁷ Vgl. etwa BGE 108 II 497, E. 6.

⁴³⁹⁸ Vgl. etwa BGE 112 II 97, E. 3; BSK ZGB I-GRÜNINGER, Art. 84 N 11.

⁴³⁹⁹ BK-RIEMER, Art. 84 ZGB N 153 m.w.H.

⁴⁴⁰⁰ Vgl. BRÜCKNER, N 1403; vgl. ebenso BSK ZGB I-GRÜNINGER, Art. 84 N 17.

⁴⁴⁰¹ Zum informellen Verwaltungshandeln der Aufsichtsbehörden vgl. vorne N 1155 ff.

«prozessleitende Anordnungen» i.S.v. formlosen Besprechungen oder Stellungnahmen, die in einer Aktennotiz festgehalten werden,⁴⁴⁰² oder briefliche Mitteilungen bevorzugt.⁴⁴⁰³ In solchen Fällen fehlt es regelmässig an einem «beschwerdefähigen» Anfechtungsobjekt, das Ausgangspunkt und Prozessvoraussetzung für den nachträglichen gerichtlichen Rechtsschutz bildet.⁴⁴⁰⁴ Die rechtliche Stellung der Beaufsichtigten wird in solchen Konstellationen empfindlich eingeschränkt, obwohl ihr Schutzbedürfnis durchaus anerkannt ist.

- 1569 Lehre und Rechtsprechung gehen die Problematik mit einem Fokus auf einen Ausbau des nachträglichen Rechtsschutzes an.⁴⁴⁰⁵ In der höchstrichterlichen Rechtsprechung war schon früh eine Neigung zu beobachten, «in gewissen Fällen entweder den Verfügungsbegriff ausdehnend zu interpretieren oder verfügungsfreies Verwaltungshandeln dem Verfügungshandeln gleichzustellen»,⁴⁴⁰⁶ eröffnet eine Verfügung doch den Zugang zum Verwaltungsrechtsschutz. Die Rechtsprechung verdeutlicht allerdings, dass es für das Gelingen eines solchen Ansatzes jeweils massgeblich auf die Umstände des Einzelfalls ankommt. Eine einheitliche Praxis zur Ausweitung des Verfügungsbegriffs lässt sich den Entscheiden des Bundesgerichts jedenfalls nicht entnehmen:⁴⁴⁰⁷
- 1570 – So interpretierte das Bundesgericht im Jahre 1977 etwa die Androhung der ehemaligen Bankenkommission, die Anerkennung als bankengesetzliche Revisionsstelle bei Nichterfüllung gewisser Auflagen zu entziehen, als Verfügung mit der Begründung, die Androhung verschlechtere die Rechtsstellung der betroffenen Gesellschaft, weshalb ihr eine Möglichkeit zustehen müsse, sie anzufechten.⁴⁴⁰⁸
- 1571 – Auch eine abgegebene Absichtserklärung des (vormaligen) Bundesamts für Polizeiwesen über die künftige Bewilligungspraxis im Strassenverkehrswesen wurde als Entscheid i.S.v. Art. 5 VwVG qualifiziert, definiere sie doch unmiss-

⁴⁴⁰² Vgl. etwa BGE 140 II 315, Sachverhaltsabschnitt A.

⁴⁴⁰³ Vgl. etwa eingehend und differenzierend zur verfahrensrechtlichen Einbettung der Mitwirkungspflichten HÄNER, Verfahrensrechtliche Aspekte, 94 ff.; vgl. auch BINDER, Rechtsschutz, 161 f.

⁴⁴⁰⁴ Vgl. so etwa M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, 88 m.w.H.

⁴⁴⁰⁵ Zur Fokussierung auf den nachträglichen Rechtsschutz vgl. auch THURNHERR, Verwaltungshandeln, N 163 ff. sowie N 740 ff.

⁴⁴⁰⁶ RICHLI, Rechtsschutz, 1428 m.w.H. auf die Rechtsprechung; kritisch zu solchen «pragmatischen Strategien» in der Praxis äussert sich M. MÜLLER, Grenzsituationen, 297 ff.

⁴⁴⁰⁷ Vgl. auch RICHLI, Rechtsschutz, 1429 m.w.H. auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts.

⁴⁴⁰⁸ BGE 103 Ib 350, E. 2.

verständlich die Haltung, die die Behörde einnehmen werde, und schränke sie gleichermassen ihren Ermessensspielraum ein.⁴⁴⁰⁹

- Beanstandungen der Lebensmittelpolizeibehörden, ein Lebensmittel als «light» bzw. «kalorienreduziert» zu deklarieren, interpretierte das Bundesgericht als im Ergebnis einem Verbot entsprechend, eine solche Anpreisung weiterzuverwenden, auch wenn ein solches Verbot nicht ausdrücklich verfügt worden sei. In den Worten des Gerichts: «Tut die Behörde wie im vorliegenden Fall mit der Beanstandung ihre Ansicht kund, der Vertrieb oder die bestimmte Anpreisung einer Ware seien unzulässig, ist daran die Erwartung geknüpft, dass die gerügte Tätigkeit künftig unterbleibt. Diese Erwartung wird durch den Umstand verstärkt und verrechtlicht, dass eine Zuwiderhandlung gegen das Lebensmittelgesetz oder die Lebensmittelverordnung unter Strafdrohung steht (...). Für den Adressaten der Beanstandung wirkt sich diese daher bereits wie ein Verbot aus, ohne dass sie ausdrücklich mit einem solchen verbunden wird.»⁴⁴¹⁰ Das Bundesgericht liess im Ergebnis die damalige Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den letztinstanzlichen kantonalen Entscheid über die Beanstandung zu.⁴⁴¹¹ 1572
- Hingegen wurden etwa Empfehlungen der altrechtlichen Schweizerischen Kartellkommission nicht als Verfügungen i.S.v. Art. 5 VwVG aufgefasst, weil die AdressatInnen solcher Empfehlungen zunächst frei seien, ob sie sich danach richten wollten oder nicht. «Nur wenn die Empfehlungen abgelehnt oder nicht befolgt werden, kann das Eidg. Volkswirtschaftsdepartement zu Massnahmen greifen, die in der Form von Verfügungen erlassen werden müssen (Art. 37 KG). Da die Beteiligten erst in diesem Stadium zu einem bestimmten Vorgehen verpflichtet werden können, ist es durchaus sachgerecht, ihnen die Verfahrensgarantien des VwVG erst von hier weg zuteil werden zu lassen.»⁴⁴¹² 1573
- Des Weiteren wirft die verfahrensrechtliche Einordnung der Anordnungen von Mitwirkungspflichten durch die Aufsichtsbehörden immer wieder Fragen auf, auch wenn sie sich faktisch häufig als Handlungspflichten auswirken.⁴⁴¹³ Dies 1574

⁴⁴⁰⁹ BGE 114 Ib 190, E. 1a.

⁴⁴¹⁰ BGE 117 Ib 441, E. 2.

⁴⁴¹¹ *Ebd.*

⁴⁴¹² BGE 113 Ib 90, E. 2d/aa. Diese Rechtsprechung wurde bestätigt in BGE 117 Ib 481, E. 4.

⁴⁴¹³ HÄNER, Verfahrensrechtliche Aspekte, insb. 94 sowie 103. Die Auskunftserteilungen und Aktenherausgabepflichten erfolgen ja häufig nicht freiwillig und können mit erheblichen internen Aufwänden und Kosten verbunden sein. Darüber hinaus ist eine Verweigerung der Mitwirkungspflichten im Einzelfall regelmässig keine Option, können doch z.B. im Verweigerungsfall nicht nur Verwaltungszwang oder eine Ordnungsbusse nach Art. 292 StGB angedroht werden, sondern auch die Beweise zum

ist v.a. der Fall, wenn sie im Verlaufe der laufenden Aufsichtsübung angeordnet werden, das Verfahren nicht abschliessen, den Betroffenen eine Pflicht auferlegen, aber dennoch nicht in Verfügungsform ergehen. Oftmals sind die Aufsichtsbehörden nämlich von Gesetzes wegen weitestgehend frei, ob und, wenn ja, welche Mitwirkungspflichten sie wie (formell oder informell) und gegenüber welchen Beaufsichtigten einfordern wollen.⁴⁴¹⁴ Dies wirkt sich wiederum in einer erschwerten Überprüfbarkeit der Rechtmässigkeit ihres Vorgehens und damit auch negativ auf den effektiven Rechtsschutz der betroffenen Unternehmen aus.⁴⁴¹⁵ In der Lehre wird vor diesem Hintergrund zunehmend gefordert, dass Anordnungen über Mitwirkungspflichten generell in der Form anfechtbarer Zwischenverfügungen ergehen,⁴⁴¹⁶ auch wenn die Praxis und einzelne Lehrmeinungen sie zuweilen als einfache «prozessleitende Anordnungen» ohne Verfügungscharakter qualifizieren.⁴⁴¹⁷

- 1575 Aus Sicht der betroffenen Unternehmen ist entscheidend, dass zumindest die Möglichkeit besteht, eine Verfügung zu verlangen, um sie in der Folge einer richterlichen Beurteilung zuführen zu können. Art. 25a VwVG geht auf entsprechende Bemühungen zurück, den nachträglichen Rechtsschutz für Realakte zu verbessern.⁴⁴¹⁸ Die Bestimmung räumt betroffenen Personen «das Recht auf ein eigen-

Nachteil des Unternehmens gewürdigt werden (vgl. *ebd.*, 91 und 95; dazu auch vorne N 1152 f.).

⁴⁴¹⁴ Dazu vorne etwa N 1149 ff.

⁴⁴¹⁵ Vgl. HÄNER, Verfahrensrechtliche Aspekte, 99.

⁴⁴¹⁶ Vgl. etwa BINDER, Rechtsschutz, 161 f.; vgl. auch HÄNER, Verfahrensrechtliche Aspekte, 99 und 103.

⁴⁴¹⁷ Vgl. HÄNER, Verfahrensrechtliche Aspekte, 95 m.w.H. (insb. in Fn. 66 und 67); vgl. auch BGE 132 V 93, E. 5.2.10; nicht so allerdings BGE 137 V 210, E. 3.4.2.6 f., sowie 139 V 349, E. 4 f. – In der Rechtsprechung wird z.T. argumentiert, dass die Mitwirkungspflichten i.d.R. nicht erzwingbar seien, sondern den Betroffenen bei Nichterfüllung lediglich Rechtsnachteile drohen würden. Ferner wird aus ihrer Verankerung im Gesetz abgeleitet, dass die Anordnung von Mitwirkungspflichten nicht auf Rechtswirksamkeit ausgerichtet sei, weshalb sie nicht als Verfügung qualifiziert werden könne (Urteil BGer, 2C_516/2017, 14.9.2017, E. 3). – Diese Rechtsprechung wurde in der Lehre teilweise kritisiert (vgl. etwa BINDER, Rechtsschutz, 161 f. m.w.H.).

⁴⁴¹⁸ Zur Entstehungsgeschichte dieser Norm vgl. etwa Kommentar VwVG-WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER, Art. 25a N 1 ff.; Praxiskommentar VwVG-HÄNER, Art. 25a N 1 ff.; THURNHERR, Verwaltungshandeln, N 742 ff. – Vgl. auch BGE 140 II 315, E. 4.3 m.w.H. sowie E. 4.5, wo das Gericht festhielt, dass die Anerkennung des Gesetzgebers, «dass das Rechtsschutzbedürfnis über die Verfügung» hinausreiche, nicht bedeute, «dass einzig am <schutzwürdigen Interesse> anzuknüpfen ist». Der Gesetzgeber habe sich vielmehr dafür entschieden, «zusätzlich ein <Berührtsein in Rechten oder Pflichten> vor auszusetzen».

ständiges, nachgeschaltetes Verwaltungsverfahren ein, das in eine Verfügung über den beanstandeten Realakt mündet».⁴⁴¹⁹ Das Verfahren hat dabei den Vorgaben von Art. 7 ff. VwVG zu entsprechen, sodass die Betroffenen insb. Gelegenheit erhalten, von ihren Mitwirkungsrechten (namentlich von der Garantie des rechtlichen Gehörs nach Art. 29 ff. VwVG) Gebrauch zu machen.

Als aufsichtsrechtliches Beispiel für die Anwendung dieser Norm lässt sich 1576 BGE 140 II 315 heranziehen. Das Bundesgericht hatte sich in diesem Fall mit aufsichtsrechtlichen Realakten im Bereich der Störfallvorsorge für das Kernkraftwerk Mühleberg zu beschäftigen und fand dabei eine Gelegenheit, sich grundsätzlich zur Frage zu äussern, wann ein Anspruch auf Rechtsschutz gegen Realakte bestehe: Es anerkannte, dass ein einzig und alleine an den Verfügungsbegriff geknüpfter Verwaltungsrechtsschutz zu einer Rechtsschutzlücke führen würde, wenn Realhandeln des Staates in schützenswerte Rechtspositionen eingreife.⁴⁴²⁰ Bemühungen, solche Rechtsschutzlücken zu schliessen, hätten denn auch zum Erlass von Art. 25a VwVG geführt. Überdies sei diese Bestimmung im Zusammenhang mit der Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV zu sehen, deren Verwirklichung auch im Bereich der Realakte sichergestellt werden solle. Die Rechtsweggarantie gewähre einen Anspruch auf Beurteilung bei «Rechtsstreitigkeiten», d.h. «bei Streitigkeiten, die im Zusammenhang mit einer individuellen, schützenswerten Rechtsposition stehen».⁴⁴²¹ Inzwischen leitet das Bundesgericht unter gewissen Voraussetzungen auch aus der Rechtsweggarantie selber einen Rechtsschutz gegen Realakte ab. Es legt Art. 29a BV so aus, dass Rechtsschutz zumindest dann zu gewähren ist, wenn ein Realakt oder auch eine verwaltungsinterne Anordnung individuelle, schützenswerte Rechtspositionen berührt.⁴⁴²²

Die Ansätze zum Ausbau des nachträglichen Rechtsschutzes sind zu begrüßen. Sie 1577 vermögen jedoch nicht zu verhindern, dass die Parteirechte i.d.R. zu spät geltend gemacht werden, nämlich nachdem der Realakt bereits ergangen und ein allfälliger Schaden bereits eingetreten ist.⁴⁴²³ Insbesondere klammert der Blick auf den nachträglichen Rechtsschutz die Frage aus, wie dem Schutzbedürfnis der Betroffenen im laufenden

⁴⁴¹⁹ Vgl. so BGE 140 II 315, E. 2.1.

⁴⁴²⁰ *Ebd.*, E. 4.4.

⁴⁴²¹ *Ebd.*

⁴⁴²² BGE 143 I 336, E. 4, sowie (diesen Entscheid bestätigend) BGE 144 II 233, E. 4.4. Vgl. dazu auch THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, N 14; KLEY, SG-Kommentar BV, Art. 29a N 11; M. MÜLLER, Bemerkungen, 437 ff.

⁴⁴²³ Vgl. THURNHERR, Verwaltungshandeln, N 164 f. mit Verweis auf weitere kritische Stimmen in der Lehre.

Verfahren begegnet werden könne, v.a. wenn das eingeleitete «Vorverfahren» möglicherweise bereits mit negativen Konsequenzen für die Betroffenen verbunden ist, was u.U. alleine schon durch die Tatsache bewirkt wird, dass sie durch das Verfahren in den Fokus der Aufmerksamkeit der Aufsichtsbehörden gelangen.⁴⁴²⁴ Aus diesem Grund plädieren neuere Lehrmeinungen, wie sie insb. THURNHERR vertritt, für eine frühzeitige Anerkennung von schutzwürdigen Interessen der Betroffenen im Verfahren und für eine entsprechend grosszügige Anwendung der Verfahrensgrundrechte auch auf Realakte.⁴⁴²⁵ Wie nachfolgend aufgezeigt wird, sprechen besonders im Kontext des Aufsichtsrechts zahlreiche Gründe für eine Anwendung der Verfahrensgarantien auch auf das Verwaltungshandeln im Vorfeld eines formellen Verfahrens.⁴⁴²⁶

IV. Eingeschränkter Rechtsschutz gegenüber Verwaltungsverordnungen

- 1578 Der Erlass von Verwaltungsverordnungen ist im Aufsichtskontext weitverbreitet.⁴⁴²⁷ Trotz ihrer Bedeutung gerade im Aufsichtsbereich und der zunehmenden Anerkennung ihres Rechtsnormcharakters⁴⁴²⁸ werden Verwaltungsverordnungen traditionell v.a. als verwaltungsinterne Instrumente behandelt, denen auch nur im Verwaltungsinnen Verbindlichkeit zukommt.⁴⁴²⁹ Ohne Aussenwirkungen vermögen Verwaltungsverordnungen nach dieser Sichtweise keine Verfügungsgrundlage zu bilden. Ferner kann ihre Verletzung nicht mit Rechtsmitteln geltend gemacht werden. Beaufsichtigte sind bspw. nicht befugt, einen negativen Zulassungsentscheid aufgrund einer Verletzung der für Swissmedic verbindlichen eigenen Vorgaben anzufechten. – Immerhin ist die Verletzung des anwendbaren Gesetzes, des Rechtsgleichheitsgebots und des Vertrauensschutzes rügbär.⁴⁴³⁰
- 1579 Nach Art. 82 lit. b BGG *e contrario* lassen sich Verwaltungsverordnungen im Übrigen auch nicht mit Beschwerde beim Bundesgericht anfechten. Gegenüber Verwaltungsverordnungen des Bundes ist die abstrakte Normenkontrolle ganz ausgeschlossen, und es ist nicht absehbar, dass sich diese Rechtslage in abseh-

⁴⁴²⁴ *Ebd.*, N 930.

⁴⁴²⁵ *Ebd.*, insb. N 1028 ff.

⁴⁴²⁶ Dazu hinten N 1651 ff.

⁴⁴²⁷ Zu den aufsichtsrechtlichen Verwaltungsverordnungen vgl. vorne N 441 ff.

⁴⁴²⁸ Dazu vorne N 451 ff.

⁴⁴²⁹ Dazu vorne N 442 ff.

⁴⁴³⁰ Vgl. UHLMANN/BINDER, 158; BIAGGINI, Verwaltungsverordnung, 22 f.

barer Zeit ändern wird.⁴⁴³¹ Als «kantonale Erlasse», gegen welche prinzipiell eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben werden kann, lässt das Bundesgericht nämlich nur «Anordnungen generell-abstrakter Natur» gelten, «die die Rechtsstellung des einzelnen Bürgers berühren, indem sie ihn verbindlich und erzwingbar zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen verpflichten oder sonstwie seine Rechtsbeziehungen zum Staat verbindlich festlegen».⁴⁴³²

Eine Ausnahme lässt das Bundesgericht inzwischen allerdings für den Fall zu, 1580 dass eine *kantonale* Verwaltungsverordnung Aussenwirkung entfaltet und sich daher – aus privater Sicht – einer Rechtsverordnung nähert.⁴⁴³³ Allerdings muss die beschwerdeführende Partei auch dann zumindest virtuelle Betroffenheit in geschützte Interessen nachweisen können, um beschwerdelegitimiert zu sein.⁴⁴³⁴ Zudem ist selbst dann die Verwaltungsverordnung nur anfechtbar, wenn in ihrer Ausführung später keine anfechtbaren Hoheitsakte mehr ergehen oder die Anfechtung solcher Hoheitsakte nicht zumutbar erscheint.⁴⁴³⁵

Möglich bleibt eine *inzidente* gerichtliche Überprüfung von Verwaltungsverordnungen: 1581 Anfechtungsobjekt bleibt somit die fragliche Verfügung, Prüfmassstab das in der Sache anwendbare Recht. Das Gericht kann jedoch vorfrageweise die Rechtmässigkeit der Verwaltungsverordnung im Rahmen der Beschwerde gegen einen konkreten Rechtsanwendungsakt prüfen.⁴⁴³⁶ Auf diesem Weg ist ein gewisser Rechtsschutz der betroffenen Beaufsichtigten gewährleistet.

Nicht gelöst ist dadurch allerdings die grundsätzliche Problematik, dass die in- 1582 zidente Normenkontrolle immer nur im Nachhinein erfolgen kann. Betreffen aufsichtsrechtliche Verwaltungsverordnungen bspw. Zulassungsvoraussetzungen, vermag eine inzidente Normenkontrolle die Beaufsichtigten nur eingeschränkt vor der «faktischen Macht» der Aufsichtsbehörden schützen, über ihre Zulassung zu befinden.

⁴⁴³¹ Vgl. für einen Überblick TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1123 ff. m.w.H.; P. EGLI, Verwaltungsverordnungen, 1162 f.

⁴⁴³² BGE 133 I 286, E. 2.1 mit Verweis auf BGE 128 I 167, E. 4 m.w.H.

⁴⁴³³ Vgl. bspw. bereits BGE 98 Ia 508, E. 1; 102 Ia 533, E. 1d.

⁴⁴³⁴ Vgl. BGE 128 I 167, E. 4.3; vgl. auch P. EGLI, Verwaltungsverordnungen, 1162 f. m.w.H.

⁴⁴³⁵ Vgl. zum Ganzen etwa die folgende Rechtsprechung: Urteil BGer, 2C_546/2018, 11.3.2019, E. 1.1.1; 2C_613/2015, 7.3.2017, E. 2; 2C_501/2015, 17.3.2017, E. 2.1.1; BGE 128 I 167, E. 4.3.

⁴⁴³⁶ Vgl. BGE 105 Ib 136, E. 2; 107 V 153, E. 2b; vgl. auch P. EGLI, Verwaltungsverordnungen, 1163; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1127 f.

V. Gerichtliche Überprüfbarkeit der Aufsichtsentscheide

A. Kognition des Bundesverwaltungsgerichts im Beschwerdeverfahren

1. Die Beschwerde als «vollkommenes Rechtsmittel»

1583 Mit der im Aufsichtsverfahren mehrheitlich zur Verfügung stehenden Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht ist neben der Verletzung von Bundesrecht (wozu auch Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens gezählt wird) die unrichtige und unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes rügbär (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 49 lit. a und b VwVG). Zusätzlich kann, gestützt auf Art. 49 lit. c VwVG, die Rüge der Unangemessenheit vorgebracht werden, womit das Bundesverwaltungsgericht zur Überprüfung der Ermessensbetätigung der Vorinstanz aufgerufen wird.⁴⁴³⁷ Ein Entscheid gilt als unangemessen, «wenn er zwar innerhalb des Ermessensspielraums liegt und die Verfassungsprinzipien sowie Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung beachtet, das Ermessen aber unzweckmässig gehandhabt und keine den Umständen angepasste Lösung getroffen wurde».⁴⁴³⁸

1584 Die Konzipierung der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht als sog. «vollkommenes Rechtsmittel», das eine für ein Gericht eigentlich atypische Angemessenheitskontrolle zulässt, ist historisch mit der mehrheitlichen Aufhebung der eidgenössischen Rekurs- und Schiedskommissionen sowie der verwaltungsinternen Beschwerdeinstanzen erklärbar, an deren Stelle das Bundesverwaltungsgericht eingesetzt wurde. Um die Situation der Rechtsuchenden nicht zu verschlechtern, sollte wenigstens eine Rechtsmittelinstantz die Angemessenheit der angefochtenen Verfügungen überprüfen dürfen.⁴⁴³⁹ Weil die zulässigen Rügen vor Bundesgericht auf Rechtsverletzung sowie unrichtige Feststellung des Sachverhalts beschränkt

⁴⁴³⁷ Vgl. Urteil BVGer, A-5814/2009, 24.8.2010, E. 6.5 m.w.H.; vgl. auch MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, N 2.192.

⁴⁴³⁸ Urteil BVGer, A-8728/2007, 8.4.2008, E. 4.2; A-5814/2009, 24.8.2010, E. 6.5 m.w.H.; BVGE 2009/64, E. 5.1.

⁴⁴³⁹ Vgl. dazu Botschaft Bundesrechtspflege, BBl 2001 4256; vgl. auch UHLMANN/BIAGGINI, N 111 m.w.H.; M. BLATTER, 67 ff.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 1031 m.w.H.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, N 2.151; kritisch zur Abschaffung der verwaltungsinternen Rechtspflege vgl. etwa M. MÜLLER, Rechtsweggarantie, 187 ff.; vgl. auch G. MÜLLER, Zuständigkeit, 344 f.

sind,⁴⁴⁴⁰ treffen diese Anforderungen in erster Linie die bundesgerichtlichen Vorinstanzen, d.h. das Bundesverwaltungsgericht sowie die kantonalen Gerichte.⁴⁴⁴¹

Trotz der Geltung von Art. 49 VwVG vor Bundesverwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz hat das Bundesgericht im Anwendungsbereich des BVG auch schon Ausnahmen von der grundsätzlich umfassenden Kognition des Gerichts im Aufsichtskontext anerkannt, nämlich wenn den Aufsichtsbehörden selber lediglich Befugnisse zur Wahrnehmung einer Rechtskontrolle zustanden. Weil sich die Kognition in oberer Instanz nur verengen, nicht aber erweitern könne, habe sich das angerufene Gericht, trotz Art. 49 lit. c VwVG, auf eine Rechtskontrolle zu beschränken – so das Bundesgericht.⁴⁴⁴² Von der Aufsichtsbehörde erlassene Massnahmen hingegen seien mit voller Kognition zu prüfen. Weil der Aufsichtsbehörde bei der Massnahmenanordnung ein erheblicher Beurteilungs- bzw. Ermessensspielraum zukomme, sei jedoch auch hier eine gewisse Zurückhaltung bei der gerichtlichen Überprüfung geboten.⁴⁴⁴³ – Bei einer solchen Argumentationsweise ist allerdings Vorsicht geboten. Nicht nur sind die Aufsichtsbehörden keine unteren *Gerichtsinstanzen*, für die der Einbezug in die Kognitionsabstufung üblich ist, auch verläuft die Unterscheidung zwischen der Vornahme einer «reinen» Rechtskontrolle und einem Ermessensentscheid jeweils fließend.

Die Richterinnen und Richter des Bundesverwaltungsgerichts kommen immer wieder in die Situation, dass ihre (verfahrens-)rechtlichen Kompetenzen (insb. ihre Kognition nach Art. 49 VwVG) über ihre fachlichen Kompetenzen in einem spezifischen Bereich hinausgehen. Auch wenn eine umfassende Angemessenheitsprüfung durch das Bundesverwaltungsgericht versprochen wird, schrumpft diese angesichts konkreter Fachfragen somit oftmals zu einer reduzierten Prüfung zusammen.⁴⁴⁴⁴ Aufsichtsrechtlich relevante Fachfragen, wie etwa ob ein Unternehmen eine «marktbeherrschende Stellung» innehat oder wie Interkonnektionsbedingungen inhaltlich festzulegen sind, werden von den Gerichten – wie sogleich näher aufgezeigt wird – oftmals nur mit grosser Zurückhaltung angegangen. Die

⁴⁴⁴⁰ Vgl. Art. 95, 96 und 97 BGG. Mit der Beschwerde gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen kann ferner nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden (Art. 98 BGG).

⁴⁴⁴¹ Vgl. so auch KÖLZ/HÄNER/BERTSCH, N 185.

⁴⁴⁴² BGE 141 V 589, E. 3.1; 139 V 407, E. 4.1.2; 135 V 382, E. 4.2; Urteil BGER, 9C_756/2009, 8.2.2010, E. 5; Urteil BVGer, A-5797/2015, 9.8.2017, E. 1.4 m.w.H.

⁴⁴⁴³ Vgl. etwa BGE 132 II 144, E. 1.2; VETTER-SCHREIBER, BVG-Kommentar, Art. 62 N 7.

⁴⁴⁴⁴ So auch B. SCHINDLER, Bundesverwaltungsgericht, 1 f.

Lehre befürchtet, dass dem Bundesverwaltungsgericht dadurch längerfristig ein Glaubwürdigkeitsverlust droht.⁴⁴⁴⁵

2. Sachverständigenermessen und zurückhaltende Kognitionsausübung

1587 Weil der Ermessensausübung der regelmässig mit spezialisiertem Personal besetzten Aufsichtsbehörden⁴⁴⁴⁶ oftmals Normen zugrunde liegen, die nach spezifischem Fachwissen und nicht nach juristischer Expertise rufen, stossen ausschliesslich aus Juristinnen und Juristen zusammengesetzte Gerichtsgremien bei der richterlichen Überprüfung der Behördenentscheide zwangsläufig an fachliche Grenzen. Aufgrund der höheren Sachkompetenz und Vollzugsnähe der Behörden, die nicht selten auch in die Ausarbeitung der spezifischen Normen und ihre Konkretisierung involviert sind und damit etwa auch die Folgen und Nebenwirkungen ihrer Anordnungen einigermaßen abschätzen können,⁴⁴⁴⁷ ist die richterliche Nachprüfbarkeit des sog. Sachverständigenermessens⁴⁴⁴⁸ der Aufsichtsbehörden regelmässig eingeschränkt.⁴⁴⁴⁹

⁴⁴⁴⁵ Vgl. so etwa B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 470; FELLER/MÜLLER, 449.

⁴⁴⁴⁶ Zur personellen Besetzung der Aufsichtsbehörden in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Anstalten und Behördenkommissionen vgl. vorne N 701 ff. und N 861 ff. Zum internen Expertenwissen der Verwaltung generell vgl. etwa BINDER, Expertenwissen, 86 ff. m.w.H.

⁴⁴⁴⁷ Zu den Rechtsetzungskompetenzen von Aufsichtsbehörden vgl. vorne N 411 ff.; vgl. dazu auch B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 465; BINDER, Expertenwissen, 86; G. MÜLLER, Legitimation, 293 f.

⁴⁴⁴⁸ Verwendet wird hier der von B. SCHINDLER ausgearbeitete Begriff des Sachverständigenermessens (vgl. B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 418 ff. zur Typologie des Verwaltungsermessens sowie N 451 ff. zum Sachverständigenermessen im Besonderen; VwVG-SCHINDLER, Art. 49 N 8 ff. mit einem typologisierten Überblick über die reduzierte Prüfungsdichte in der Gerichtspraxis; vgl. auch KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 1056 f. m.w.H.; dazu auch vorne N 1500 ff.).

⁴⁴⁴⁹ Vgl. zum Ganzen B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 463 ff., insb. auch mit Verweis auf BERNATZIK. In seinen Worten: «Die interdisziplinäre Richtigkeit der Verwaltungsentscheidung lässt sich von einem monodisziplinär zusammengesetzten Kontrollorgan eben nicht nachprüfen» (*ebd.*, N 465). Vgl. auch M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, 363 ff.; M. MÜLLER, Rechtsweggarantie, insb. 179 ff., wo er vor einer Überforderung der Justiz warnt; TANQUEREL, Opportunité, 226; vgl. auch HETTICH, Kooperative Risikovorsorge, N 470 ff. und. N 475 ff.; vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 1056 f. m.w.H.

Die Bundesverwaltungsrichterinnen und -richter sind faktisch allesamt hauptamtlich angestellte Juristinnen und Juristen.⁴⁴⁵⁰ Auf nebenamtlich tätige Fachrichter, wie dies bei den früheren oftmals interdisziplinär zusammengesetzten Rekurskommissionen des Bundes üblich war, wird somit bewusst verzichtet. Auch das Bundesgericht ist ausschliesslich mit Berufsrichterinnen und -richtern besetzt. Zwar sind formell keine fachlichen Wählbarkeitsvoraussetzungen vorgesehen, es ist jedoch nicht denkbar, dass eine Person ohne juristische Ausbildung als Bundesrichter oder -richterin gewählt würde.⁴⁴⁵¹

Sowohl das Bundesverwaltungsgericht als auch das Bundesgericht auferlegen sich vor diesem Hintergrund eine gewisse Zurückhaltung im Rahmen ihrer richterlichen Überprüfung. «Nicht ohne Not» wollen die mit «lediglich» juristischem Fachwissen ausgestatteten Rechtsmittelinstanzen den fachkompetenten Entscheid spezialisierter Aufsichtsbehörden korrigieren.⁴⁴⁵² Im Sinne einer antizipieren Beweiswürdigung «vertrauen» sie den administrativen Abklärungen, würdigen ihre Ergebnisse zwar frei, aber verzichten weitgehend auf eigenständige Abklärungen.⁴⁴⁵³ 1588

Ein zusätzliches Motiv, das für gerichtliche Zurückhaltung ins Feld geführt wird, ist die Funktions- und Leistungsfähigkeit der Verwaltung.⁴⁴⁵⁴ Es gehört primär zu ihren Aufgaben, offene, unbestimmte Normen zu konkretisieren, Interessen abzuwägen und Billigkeitsüberlegungen anzustellen. Dafür benötigen sie gewisse – auch vor einer gerichtlichen Nachprüfung gesicherte – «Handlungs- und 1589

⁴⁴⁵⁰ Vgl. dazu Botschaft Bundesrechtspflege, BBl 2001 4381; RHINOW ET AL., N 1469; BINDER, Expertenwissen, 71 und 173 ff. spezifisch zum Einbezug von vereinzelt vorhandenem gerichtsinternem Expertenwissen in die Verwaltungsgerichtsbarkeit des Bundes.

⁴⁴⁵¹ Vgl. etwa BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 143 N 7; BSK BGG-KIENER, Art. 5 N 23; BINDER, Expertenwissen, 82 f.

⁴⁴⁵² Vgl. zur «Ohne-Not-Praxis» etwa BGE 116 Ib 270, E. 3b; 133 II 35, E. 3; 135 II 296, E. 4.4.3; vgl. auch Urteil BVGer, A-1000/2021, 8.7.2022, E. 2; C-3808/2020, 9.5.2022, E. 2.2; B-5595/2016, 14.3.2018, E. 1.6; B-6405/2016, 5.12.2017, E. 3.1; A-6195/2015, 17.3.2017, E. 2. – In der Lehre wird diese Praxis zwar zum Teil als fragwürdig kritisiert, inzwischen aber wohl mehrheitlich als sachlich gerechtfertigt und unvermeidbar hingenommen. Vgl. etwa KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 1050 m.w.H.; FELLER/MÜLLER, 452 f.; M. BLATTER, 61 ff. und 194 ff.; TANQUEREL, Opportunité, 230 ff. und 234 ff.; Kommentar VwVG-SCHINDLER, Art. 49 N 3 ff.

⁴⁴⁵³ Vgl. so auch PH. EGLI, Verwaltungsverfahren, 68 m.w.H.; PH. EGLI, Garantien, 210 m.w.H.

⁴⁴⁵⁴ M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, 366.

Beurteilungsspielräume».⁴⁴⁵⁵ Zu bedenken ist, dass die Abgrenzung der Entscheidungsbefugnisse der verschiedenen Organe gegeneinander – und damit der «Zweck der Kognition» – auch eine gewisse Machtverteilung bewirkt, wie G. MÜLLER ausführt: «Der Ausschluss der Ermessenskontrolle durch Verwaltungsgerichte bedeutet, dass in Ermessensfragen die Verwaltung das letzte Wort hat; die Zurückhaltung der Rechtspflegeorgane bei der Überprüfung von Expertisen (...) vergrössert die Macht, aber auch die Verantwortung der Experten»⁴⁴⁵⁶ – im Aufsichtskontext sind dies die Aufsichtsbehörden.

- 1590 Ein in den Worten von M. MÜLLER «administratives Letztentscheidungsrecht» stärkt – «in einem psychologisch-pädagogischen Sinne»⁴⁴⁵⁷ – die Verantwortung und damit das Verantwortungsbewusstsein der Verwaltung für einen «richtigen» Entscheid.⁴⁴⁵⁸ Begrüsst wird eine Entwicklung in diese Richtung, auch weil es dem Rollen- und Funktionswandel der Verwaltung – weg vom herkömmlichen Vollzugsmodell und hin zu einer gestaltenden und programmgebenden, mithin rechtsetzenden Verwaltung – besser gerecht werde.⁴⁴⁵⁹ Dies wird mit Blick auf die unterschiedlichen und oftmals weitgehenden Aufgaben und Funktionen von Aufsichtsbehörden besonders deutlich. Allerdings gilt es dabei zu bedenken, dass Aufsichtsbehörden – verglichen mit anderen Verwaltungseinheiten – keine weitgehende politische Verantwortung zu tragen haben, dies, obwohl sie doch immer wieder zum Teil politisch brisante Fragen entscheiden.⁴⁴⁶⁰

⁴⁴⁵⁵ G. MÜLLER, Legitimation, 293 f. – In den Worten des Bundesgerichts: «Ergibt die Gesetzesauslegung indessen, dass der Gesetzgeber mit der offenen Normierung der Entscheidbehörde einen zu respektierenden Beurteilungsspielraum einräumen wollte, darf und muss das Gericht seine Kognition entsprechend einschränken» (BGE 135 II 384, E. 2.2.2).

⁴⁴⁵⁶ G. MÜLLER, Legitimation, 293 f.

⁴⁴⁵⁷ M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, 366.

⁴⁴⁵⁸ *Ebd.*, 365 ff. und insb. 366 f. sowie 283 zum Handlungsspielraum der Verwaltung als «Vertrauensbasis»; vgl. auch M. MÜLLER, Rechtsweggarantie, 182 ff. und 193 ff., wo er vor der «negativen Gestaltungskraft von Misstrauen» gegenüber der Verwaltung warnt und sich deutlich für die (auch vertrauensbildende) Kreierung von Letztentscheidungsrechten der Verwaltung ausspricht.

⁴⁴⁵⁹ Vgl. dazu M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, 367 und 226 ff.; vgl. auch GROSZ, Klima-abgaben, 9 m.w.H.; vgl. grundlegend dazu aus der deutschen Lehre VOSSKUHL, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, § 1 N 15 und N 22 ff.; APPEL, 228 ff. und 243.

⁴⁴⁶⁰ UEBERSAX, 394, der als Beispiele etwa den möglichen Bewilligungsentzug gegenüber Banken, Interkonnectionsentscheide oder auch wettbewerbsrechtliche Massnahmen nennt; vgl. dazu auch vorne N 502 ff. und N 640 ff.

Unabhängig von der Ausgestaltung der behördlichen Ermessensspielräume und 1591
Entscheidungskompetenzen sind die Gerichte prinzipiell gehalten, «die Rechts-
anwendung [der Behörden] unter Beachtung der gebotenen Zurückhaltung auf
ihre Vereinbarkeit mit Bundesrecht hin zu prüfen»⁴⁴⁶¹ und dafür zu sorgen, «dass
die Verwaltung die vom Gesetzgeber aufgestellten Massstäbe beachtet». ⁴⁴⁶² Fer-
ner verbleibt die Verantwortung für die Beantwortung der mit Rechtsmittel wei-
tergezogenen Rechtsfragen bei den Gerichten. ⁴⁴⁶³ Entscheiden sie sich für eine
zurückhaltende Nachkontrolle, bedeutet dies somit nicht, dass sie auf ein Urteil
verzichten dürften. Sie können jedoch ihre Prüfung darauf beschränken, ob die
Vorinstanz die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend vorgenom-
men hat, ob sie alle massgeblichen Gesichtspunkte bzw. berührten Interessen er-
mittelt und beurteilt hat und ob sie die möglichen Auswirkungen ihres Entscheids
berücksichtigt und dabei sachgerecht argumentiert hat. ⁴⁴⁶⁴ Bestehen keine Indizi-
en dafür, dass die Behörde massgebliche Kriterien rechtswidrig oder willkürlich
angewendet haben könnte und sind die Ausführungen der Behörde nachvollzieh-
bar, besteht nach gefestigter bundesgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich
kein Anlass zu weiteren Abklärungen seitens der Gerichte. ⁴⁴⁶⁵

In BGE 142 II 451 ging das Bundesgericht sogar so weit, festzuhalten, sofern 1592
«eine gesetzlich vorgesehene unabhängige Fachinstanz mit besonderen Fach-
kenntnissen» als Vorinstanz fungiere, «so kann und soll das Gericht deren tech-
nisches Ermessen respektieren und nicht aus eigenem Gutdünken, sondern nur
aus triftigen Gründen von der Beurteilung durch die zuständige Fachbehörde ab-
weichen, jedenfalls soweit die Fachinstanz die für den Entscheid wesentlichen
Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfas-
send durchgeführt hat». ⁴⁴⁶⁶ Das Bundesgericht schreibt mit dieser Formulierung
(«so kann und soll das Gericht») dem Bundesverwaltungsgericht somit im Grund-
satz vor, von seiner Kognitionseinschränkung Gebrauch zu machen, zumindest so-
weit die erforderlichen Grundlagen von der Fachinstanz sorgfältig und umfassend
geprüft wurden.

⁴⁴⁶¹ BGE 135 II 384, E. 2.2.2; vgl. auch BGE 132 II 257, E. 3.2; bestätigt in BGE 135 II 296, E. 4.4.3.

⁴⁴⁶² G. MÜLLER, Legitimation, 294. – Vgl. dazu aus der Rechtsprechung etwa BGE 135 II 384, E. 2.2.2.

⁴⁴⁶³ Vgl. so auch MARTENET, 198.

⁴⁴⁶⁴ KÖLZ/HÄNER/BERTSCH, N 1054 mit Verweis auf Urteil BVGer, A-3628/2011, 20.3.2012, E. 2.

⁴⁴⁶⁵ Vgl. so BGE 136 I 184, E. 2.2.2.

⁴⁴⁶⁶ BGE 142 II 451, E. 4.5.1 m.w.H.

1593 Bereits in BGE 139 II 185 sprach sich das Bundesgericht deutlich für gerichtliche Zurückhaltung aus, als es ausführte, dass es nicht Sache der Gerichte sei, «Energiepolitik zu betreiben oder die Rolle von Aufsichtsbehörden zu übernehmen; das Bundesverwaltungsgericht hat auch nicht den Massstab für sicherheitsrelevante Bedenken selber zu definieren. Dies obliegt in erster Linie dem Bundesrat, dem Departement und den nachgeordneten Verwaltungsbehörden.»⁴⁴⁶⁷ In der Folge ging das Bundesgericht so weit, zu verlangen, dass die Gerichte «zusätzliche Betriebseinschränkungen, welche von der Fachbehörde selber nicht verlangt worden sind», nur anordnen, «wenn diese vom Bundesrecht klar verlangt werden, keine fachtechnischen Abklärungen mehr nötig sind und kein Spielraum des (Verwaltungs-)Ermessens besteht, sondern nur eine Lösung als möglich und rechtmässig erscheint».⁴⁴⁶⁸ Mit anderen Worten tolerierte das Bundesgericht nicht nur die zurückhaltende Kognitionsausübung des Bundesverwaltungsgerichts in Fachfragen, sondern schrieb eine solche geradezu vor.⁴⁴⁶⁹ In der Lehre wurde daraufhin die Frage aufgeworfen, ob das Bundesgericht dem Bundesverwaltungsgericht Kognitionseinschränkungen für alle fachtechnischen Fragestellungen auferlege oder ob sich diese nur auf das Kernenergierecht bezögen.⁴⁴⁷⁰ Angesichts der neueren Praxis kann davon ausgegangen werden, dass Fachbehörden generell von dieser Rechtsprechung betroffen sind.⁴⁴⁷¹

1594 Im Ergebnis reduziert sich die gerichtliche Ermessenskontrolle somit auf eine Willkürprüfung.⁴⁴⁷² Bestehen keine Hinweise auf Unregelmässigkeiten, wird der Entscheid der Vorinstanz durch die Gerichte bestätigt.⁴⁴⁷³ Es obliegt dann den betroffenen Parteien, zu belegen, dass und inwiefern der Entscheid der Behörde «auf einer unsorgfältig erarbeiteten oder lückenhaften Grundlage beruht und deshalb eine unabhängige wissenschaftliche Analyse im gerichtlichen Verfahren erforderlich erscheint».⁴⁴⁷⁴

⁴⁴⁶⁷ BGE 139 II 185, E. 9.3.

⁴⁴⁶⁸ *Ebd.*, m.w.H.

⁴⁴⁶⁹ Vgl. so auch BINDER, Expertenwissen, 107.

⁴⁴⁷⁰ Vgl. dazu MÄRKLI, Mühleberg, 98; BINDER, Expertenwissen, 107 f.

⁴⁴⁷¹ Vgl. ebenso MÄRKLI, Mühleberg, 98; BINDER, Expertenwissen, 107 f. m.w.H.

⁴⁴⁷² Vgl. dazu auch KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 1608; BINDER, Expertenwissen, 107; vgl. ausserdem HETTICH, Kooperative Risikovorsorge, N 482 zu den materiellrechtlichen Auswirkungen der verfahrensrechtlichen Zurückhaltung der Gerichte bei der Ausübung ihrer Kognition auf die Verhältnismässigkeitsprüfung.

⁴⁴⁷³ Einen solchen Schluss lässt bspw. auch die empirische Studie von ZULAUF/GAVA zu, die sich mit Gerichtsurteilen zu FINMA-Durchsetzungsentscheiden befasst und aufzeigt, dass die FINMA in den meisten Urteilen des Bundesverwaltungs- und des Bundesgerichts im Zeitraum zwischen 2009 und 2017 obsiegte (vgl. insb. ZULAUF/GAVA, 104 f. und 112).

⁴⁴⁷⁴ BGE 136 I 184, E. 2.2.2.

3. Aufsichtstypische Konstellationen

Im Aufsichtskontext lassen sich insb. vier Konstellationen unterscheiden, in denen sich das Bundesverwaltungsgericht – bestätigt durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung⁴⁴⁷⁵ – regelmässig Zurückhaltung auferlegt: (i) bei der Auslegung unbestimmter Gesetzesbegriffe, (ii) im Rahmen der Ausübung «technischen Ermessens», (iii) wenn sich die Vorinstanz (d.h. eine Aufsichtsbehörde) an eine vollzugslenkende Verwaltungsverordnung gehalten hat sowie (iv) in Konstellationen, in denen der Meinungsbildungsprozess vor den Verwaltungsbehörden nicht im Gerichtsverfahren nachgebildet werden kann, wie etwa wenn es um eine Bewilligungs- oder Konzessionserteilung geht. 1595

(i) Die *Auslegung unbestimmter Gesetzesbegriffe* können die Aufsichtsbehörden als spezialisierte Fachbehörden aufgrund ihrer örtlichen, sachlichen oder persönlichen Nähe i.d.R. besonders sachgerecht vornehmen. Entsprechend wird ihnen jeweils ein weiter Ermessensspielraum zugestanden.⁴⁴⁷⁶ Es gehört zwar zur grundsätzlichen Aufgabe der Gerichte, unbestimmte Gesetzesbegriffe im Einzelfall auszulegen und zu konkretisieren. Ist jedoch davon auszugehen, dass das Gesetz mit der Verwendung einer offenen Normierung den Aufsichtsbehörden Entscheidungsbefugnisse einräumen wollte, üben sich die Gerichte entsprechend konstanter Bundesgerichtsrechtsprechung in Zurückhaltung.⁴⁴⁷⁷ Dabei bleibt jedoch die Gesetzmässigkeit des Handelns der Aufsichtsbehörden (d.h. ihre Rechtsanwendung) sowie die Gesetzmässigkeit der von ihnen angewandten Rechtsgrundlagen Gegenstand gerichtlicher Überprüfung.⁴⁴⁷⁸ 1596

(ii) Zusätzlich erklären die Gerichte die richterliche Zurückhaltung bei der Überprüfung von Aufsichtsentscheiden in konstanter Rechtsprechung mit der «Rückzugsformel»⁴⁴⁷⁹ des «*technischen Ermessens*» der Aufsichtsbehörden: Ist die ver- 1597

⁴⁴⁷⁵ Für einen Überblick über die Reduktion der Prüfungsdichte durch das Bundesgericht vgl. etwa KÖLZ/HÄNER/BERTSCH, N 1576 ff. m.w.H.

⁴⁴⁷⁶ Vgl. bspw. BGE 131 II 680, E. 2.3.2 zur ESBK; vgl. auch BGE 132 II 257, E. 3.2; 131 II 13, E. 3.4 zur ComCom. Weniger klar äusserte sich das Bundesgericht in BGE 142 II 451, E. 4.5.1–4.5.3 zum Ermessen der ElCom hinsichtlich der Beurteilung, was «angemessene Tarife» i.S.v. Art. 6 Abs. 1 StromVG seien.

⁴⁴⁷⁷ Vgl. BGE 138 II 384, E. 2.2.2; vgl. auch 132 II 257, E. 3.2; 131 II 13, E. 3.4; 127 II 184, E. 5a/aa; Urteil BGer, 2A.503/2000 und 2A.505/2000, 3.10.2001, E. 3d; vgl. auch BVGE 2009/35, E. 4.

⁴⁴⁷⁸ Vgl. etwa BGE 135 II 384, E. 2.2.2; 131 II 13, E. 3.4; Urteil BGer, 2A.503/2000 und 2A.505/2000, 3.10.2001, E. 3d; vgl. auch BVGE 2009/35, E. 4.

⁴⁴⁷⁹ Vgl. den Begriff bei FELLER/MÜLLER, 451.

fügende Behörde in einem «technischen Bereich» tätig, in dem die spezifischen Kenntnisse (technischer, wissenschaftlicher oder wirtschaftlicher Art) ihrer Sachverständigen zur «Beurteilung von ausgesprochenen Fachfragen» gefragt sind, müsse ihr ein gewisser Ermessens- oder Beurteilungsspielraum belassen werden, «soweit sie die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt hat».⁴⁴⁸⁰

So äusserte sich das Bundesgericht etwa wiederholt zur ComCom, die «in einem höchst technischen Bereich» amte, «in dem Fachfragen sowohl übermittlungstechnischer als auch ökonomischer Ausrichtung zu beantworten sind».⁴⁴⁸¹ Aber auch in anderen Verwaltungsrechtsbereiche anerkennt das Bundesgericht technisches Ermessen der zuständigen Aufsichtsbehörden im Rahmen ihrer spezifischen Expertise, wenn «die Rechtsanwendung technische Probleme oder Fachfragen betrifft, zu deren Beantwortung und Gewichtung die verfügende Behörde aufgrund ihres Spezialwissens besser geeignet ist».⁴⁴⁸² Entsprechende Ausführungen findet man bspw. in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Ermessen von Swissmedic,⁴⁴⁸³ der ElCom,⁴⁴⁸⁴ dem BAKOM,⁴⁴⁸⁵ der ESBK⁴⁴⁸⁶ oder des ENSI, das gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung «die Stellung einer gesetzlich vorgesehenen Fachinstanz» hat.⁴⁴⁸⁷

⁴⁴⁸⁰ Vgl. etwa BGE 138 II 77, E. 6.4; 135 II 384, E. 2.2.2; 133 II 232, E. 4.1; 132 II 257, E. 3.2; 131 II 680, E. 2.3.2; vgl. auch BVGE 2009/35, E. 4; Urteil BVGer, A-5141/2011, 29.1.2013, E. 2. – Vgl. zum «technischen Ermessen» aus der Lehre insb. BINDER, Expertenwissen, 95 ff.

⁴⁴⁸¹ BGE 132 II 257, E. 3.2; vgl. auch 131 II 13, E. 3.4 u.a. mit Verweis auf die Urteile BGer, 2A.586/2003 und 2A.587/2003, 1.10.2004, je E. 3.4 (ebenfalls zur ComCom); vgl. ebenso BVGE 2009/35, E. 4.

⁴⁴⁸² BGE 131 II 680, E. 2.3.2 zur ESBK.

⁴⁴⁸³ Vgl. BGE 136 I 184, E. 2.2.2, wo das Bundesgericht allerdings den Begriff des technischen Ermessens nicht verwendete, wohl aber ausführte, dass das Schweizerische Heilmittelinstitut im Medizinalbereich über ein besonderes Fachwissen verfüge, was «die geübte Zurückhaltung in den von der Beschwerdeführerin aufgeworfenen wissenschaftlich-technischen Fachfragen» rechtfertige.

⁴⁴⁸⁴ BGE 142 II 451, E. 4.5.1; vgl. auch Urteil BVGer, A-5141/2011, 29.1.2013, E. 2.

⁴⁴⁸⁵ Vgl. etwa BGE 135 II 296, E. 4.4.3, wo es um den Entscheid des BAKOM über die Aufschaltung eines Programmes gemäss Art. 60 RTVG ging. Vgl. auch BVGE 2009/64, E. 5 und insb. E. 5.3, wo das Bundesverwaltungsgericht Zurückhaltung übte angesichts des Fachwissens des BAKOM in rundfunktechnischen und publizistischen Fragen sowie bei der Beurteilung der ökonomischen Gegebenheiten auf dem Radiomarkt, als es u.a. um den Entscheid ging, welcher Konzessionsbewerber am besten in der Lage sei, den Leistungsauftrag zu erfüllen.

⁴⁴⁸⁶ BGE 131 II 680, E. 2.3.2; vgl. auch Urteil BGer, 2A.494/2001, 27.2.2002, E. 2.

⁴⁴⁸⁷ Vgl. BGE 139 II 185, E. 9.2 f.

Dabei ist zu beachten, dass das technische Ermessen von den Gerichten verschiedentlich auch bei der Sachverhalts- und Rechtskontrolle angeführt wird, mithin also auch bei Fragen, die keine Ermessens- bzw. Angemessenheitsfragen betreffen.⁴⁴⁸⁸ So erklärte das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil BVGE 2009/35 bspw. sämtliche Sachverhalts- und Rechtsfragen, die Fachkenntnisse voraussetzen, zu gerichtlich nicht überprüfbaren technischen Ermessensfragen und beschränkte sich auf eine zurückhaltende Kontrolle. Es führte aus: «Gutachten und sachkundige Auskünfte einer Amtsstelle werden von Gerichtsbehörden nur dann inhaltlich überprüft und es wird nur dann von ihnen abgewichen, wenn dafür stichhaltige Gründe, also etwa offensichtliche Mängel oder innere Widersprüche, gegeben sind.»⁴⁴⁸⁹ Im vorliegenden Fall sah sich das Gericht «nicht veranlasst, von der umfassenden und klaren Begründung der Vorinstanz [ComCom], die weitgehend mit dem Gutachten der wettbewerbsrechtlichen Fachbehörde [WEKO] übereinstimmt,⁴⁴⁹⁰ abzuweichen».⁴⁴⁹¹ Das Bundesverwaltungsgericht wiederholte vielmehr die Ausführungen der ComCom und bestätigte diese mit Verweis auf die Fachkompetenz der Verwaltungsbehörde.⁴⁴⁹² Dabei ging es in Ausübung seiner Zurückhaltung besonders weit. Die vom Gericht gewählte Formulierung erweckte bei verschiedenen Autoren den Eindruck, das Gericht «rücke seine praktizierte Prüfungsdichte eher in die Nähe einer blossen Willkürkognition».⁴⁴⁹³ Dass die bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung damit in ein Spannungsverhältnis zu Art. 49 lit. c VwVG gerät, wird nachfolgend noch näher erörtert.⁴⁴⁹⁴

1598

(iii) Als weiteren ebenfalls auf die Sachkenntnis bzw. Sachnähe der Vorinstanz rückföhrbaren Grund für die Zurückhaltung des Bundesverwaltungsgerichts lässt sich die *Beachtung vollzugslenkender Verwaltungsverordnungen* durch die Auf-

1599

⁴⁴⁸⁸ Der Begriff «technisches Ermessen» erscheint insofern als irreföhrend. Vgl. dazu KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 1537; BINDER, Expertenwissen, 96 f.; M. BLATTER, 74 ff.; vgl. auch TANQUEREL, Manuel, N 509.

⁴⁴⁸⁹ BVGE 2009/35, E. 9.4.4 mit Verweis auf Urteil BVGer, A-2422/2008, 18.8.2008, E. 7.2.

⁴⁴⁹⁰ Die Ausführungen der ComCom stützten sich wiederum mehrheitlich auf ein Gutachten der WEKO. Es ging im Verfahren nämlich um die Frage, ob ein Unternehmen «marktbeherrschend» i.S.v. Art. 4 Abs. 2 KG war.

⁴⁴⁹¹ BVGE 2009/35, E. 9.4.4.

⁴⁴⁹² *Ebd.*, E. 8.4.4, 9.4.2 ff. und 10.4.1 ff.; vgl. dazu auch BINDER, Expertenwissen, 101; FELLER/MÜLLER, 461.

⁴⁴⁹³ So FELLER/MÜLLER, 462; MARTENET, Contrôle, 190; vgl. auch B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 470 (Beispiel 23).

⁴⁴⁹⁴ Dazu hinten N 1609 ff.

sichtsbehörden als Vorinstanzen anführen, sofern diese mit dem übergeordneten Recht vereinbar sind und «eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen».⁴⁴⁹⁵ Zwar ist das Bundesverwaltungsgericht nicht an Verwaltungsverordnungen gebunden, sondern frei bei deren Anwendung. Dennoch bestehe deren Hauptfunktion darin, «eine einheitliche und rechtsgleiche Verwaltungspraxis – vor allem im Ermessensbereich – zu gewährleisten». Ferner seien sie «in der Regel Ausdruck des Wissens und der Erfahrung einer Fachstelle».⁴⁴⁹⁶ Richterliche Zurückhaltung rechtfertige sich entsprechend umso mehr, wenn sie «unter Mitwirkung interessierter Fachverbände verfasst worden ist und deshalb für sich die Vermutung eines sachgerechten und ausgewogenen Interessenausgleichs beanspruchen kann».⁴⁴⁹⁷

- 1600 Zusätzliche Zurückhaltung zeigen die Gerichte da, wo der Meinungsbildungsprozess vor den Verwaltungsbehörden nicht im Gerichtsverfahren nachgebildet werden kann. Dies ist im aufsichtsrechtlichen Kontext bspw. dann der Fall, wenn es um die Erteilung einer Bewilligung oder Konzession geht.⁴⁴⁹⁸ Aussenstehenden Verwaltungsgerichten fehlt in solchen Konstellationen, auch bei hoher Fachkompetenz, der «Blick für das Ganze», kennen sie doch die konkurrierenden Bewilligungs- und Konzessionsgesuche nicht und können entsprechend die Qualität eines strittigen Gesuchs nicht einschätzen.⁴⁴⁹⁹ Eine umfassende Nachprüfung eines Bewilligungs- oder Konzessionsentscheids durch die Gerichte ist damit von vornherein nicht realistisch bzw. wäre nur möglich, wenn faktisch eine Verdoppelung bzw. vollständige Wiederholung des erstinstanzlichen Verfahrens vor Gericht durchgeführt würde.⁴⁵⁰⁰

⁴⁴⁹⁵ So etwa BGE 146 I 105, E. 4.1; vgl. auch BGE 142 V 425, E. 7.2; 142 II 182, E. 2.3.3; 141 V 139, E. 6.3.1; 133 V 346, E. 5.4.2; 121 II 473, E. 2b m.w.H. – Vgl. aus der Lehre dazu P. EGLI, Verwaltungsverordnungen, 1161 m.w.H. auf die Rechtsprechung; BIAGGINI, Verwaltungsverordnung, 17 mit dem Hinweis, dass die Verwaltungsverordnungen für das Gericht mehr seien als bloss «fachtechnische Hilfsmittel», die es «mitzuberücksichtigen» habe; vgl. auch KÖLZ/HÄNER/BERTSCH, N 1052 m.w.H.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1119; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 87 m.w.H.; dazu auch vorne N 453.

⁴⁴⁹⁶ BVGE 2008/22, E. 3.1.1.

⁴⁴⁹⁷ Urteil BVGer, A-509/2011, 18.7.2011, E. 4.2.

⁴⁴⁹⁸ Vgl. etwa BVGE 2009/64, insb. E. 5 und E. 13. In diesem Fall hatte das BAKOM als Konzessionsbehörde zu entscheiden, welche Konzessionsbewerberinnen und -bewerber am besten in der Lage waren, den Leistungsauftrag zu erfüllen.

⁴⁴⁹⁹ Vgl. etwa Urteil BVGer, B-3548/2008, 26.5.2009, E. 5.2; vgl. auch B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 475 (Beispiel 29).

⁴⁵⁰⁰ B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 475.

B. Problematik gerichtlicher Zurückhaltung im Aufsichtskontext

1. Kognitionseinschränkungen durch eine weite Auslegung des «technischen Ermessens»

Die gerichtliche Verwendung des Begriffs «technisches Ermessen» fällt nicht einheitlich aus, weder rechtsbereichsübergreifend (was wohl auf der Hand liegt) noch innerhalb eines Rechtsgebiets. Tendieren die Gerichte jedoch dazu, den Begriff des «technischen Ermessens» weit zu fassen, klammern sie gleichzeitig gewisse Fragestellungen von der gerichtlichen Überprüfung aus. 1601

Die Problematik lässt sich bspw. anhand des Finanzmarktbereichs illustrieren, in dem das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht den Begriff unterschiedlich einsetzen. So ordnete das Bundesgericht wiederholt die «Beurteilung des für die Ausübung der Aufsicht notwendigen Bedarfs an Auskünften und Unterlagen» dem «technische[n] Ermessen» der FINMA (bzw. bereits schon der EBK) als Fachbehörde zu.⁴⁵⁰¹ Darüber hinaus hielt es ganz generell in früheren Urteilen fest, dass auch die Frage, *wie* die EBK ihre Aufsichtsfunktion im Einzelfall wahrnehme, ihrem technischen Ermessen anheimgestellt sei.⁴⁵⁰² In neuerer Rechtsprechung wiederum bestätigten sowohl das Bundesgericht als auch das Bundesverwaltungsgericht «den Beurteilungsspielraum und damit (...) technisches Ermessen», als es um die Anordnung von Massnahmen ging (konkret um die Ernennung des Untersuchungsbeauftragten bzw. der Konkursliquidatorin⁴⁵⁰³ sowie um die Frage, ob ein Berufsverbot erforderlich und verhältnismässig sei⁴⁵⁰⁴). Eine solche gerichtliche Praxis führt faktisch dazu, dass der Beurteilungsspielraum der Finanzmarktaufsicht wenig differenziert *tel quel* als «technisches Ermessen» qualifiziert und in der Folge der richterlichen Nachprüfung entzogen wird. 1602

Auch in anderen Aufsichtsbereichen üben sich die Gerichte grundsätzlich in Zurückhaltung. So findet man etwa aus dem Bereich der BVG-Aufsicht die folgenden Ausführungen des Bundesgerichts: 1603

«Hinsichtlich der Prüfungsbefugnis des Bundesgerichts bei Rechtsfragen ist zu berücksichtigen, dass deren Beantwortung vorliegend spezielles Fachwissen verlangt, über welches die Aufsichtsbehörde und die eigens für

⁴⁵⁰¹ Vgl. Urteil BGer, 2C_1097/2014, 6.10.2015, E. 2.2; vgl. auch bereits BGE 126 II 111, E. 3b, sowie BGE 108 Ib 196, E. 2a, zum Ermessen der EBK.

⁴⁵⁰² BGE 130 II 351, E. 2.2; 135 II 356, E. 3.1.

⁴⁵⁰³ Urteil BGer, 2C_858/2017, 15.3.2018, E. 4.2; vgl. auch bereits BGE 131 II 306, E. 3.4.1.

⁴⁵⁰⁴ Urteil BVGer, B-4827/2017, 24.2.2020, E. 5.2.

diese Belange geschaffene Rekurskommission verfügen. Ohnehin steht den zuständigen Behörden im Rahmen eines Aufsichtsverfahrens typischerweise ein erheblicher Beurteilungs- bzw. Ermessensspielraum zu. Ob die Voraussetzungen für ein aufsichtsrechtliches Einschreiten erfüllt und die angeordneten Massnahmen angebracht sind, prüft das Bundesgericht daher nur mit Zurückhaltung. Es greift nur ein, wenn die notwendigen Abklärungen offensichtlich mangelhaft sind, wesentliche Gesichtspunkte ausser Acht gelassen wurden, wenn der angefochtene Entscheid mit einer bestimmten Rechtsnorm oder der allgemeinen Zielsetzung der Vorschriften über die BVG-Aufsicht nicht vereinbar ist oder wenn die Vorinstanz allgemein gültige Rechtsprinzipien wie das Verhältnismässigkeitsgebot missachtet hat.»⁴⁵⁰⁵

- 1604 Solche Entwicklungen werfen die Frage auf, ob alleine schon die Zuständigkeit und die Einräumung von Entscheidungskompetenzen der Fachbehörden ausreichen würden, um («technisches Ermessen» anzunehmen und damit) gerichtliche Zurückhaltung zu rechtfertigen. Müsste nicht vielmehr anhand des konkreten, allenfalls bereichsspezifischen Einzelfalls differenziert werden, ob tatsächlich fachspezifisches Wissen und Sachnähe für die Beantwortung einer bestimmten Frage gefordert sind (und, wenn ja, in welchem Umfang), über die die Gerichte nicht im gleichen Mass wie die spezialisierten Behörden verfügen?⁴⁵⁰⁶ Spezialisierter Sachverstand ist ja nicht für die Beantwortung jeder Frage, mit der die Aufsichtsbehörden konfrontiert sind, zwingend erforderlich. Wird ferner vom Grundsatz ausgegangen, dass sämtliche vom Gesetz verwendeten Begriffe als Rechtsbegriffe der richterlichen Konkretisierung zugänglich sind, und dies unabhängig von ihrer Technizität,⁴⁵⁰⁷ ist schwierig vorstellbar, dass gewisse Entscheide einer richterlichen Kontrolle vollumfänglich entzogen sein sollen.⁴⁵⁰⁸
- 1605 So lässt sich etwa hinterfragen, ob für die Beantwortung, wie und gestützt auf welche Entscheidungsgrundlagen (Auskünfte und Unterlagen) eine Aufsichtsbehörde ihre Aufsichtsfunktionen wahrnehmen solle, in jedem Fall «technische Expertise» im konkret betroffenen Rechtsbereich benötigt wird. Häufig ist in solchen Konstellationen weniger das spezialisierte (medizinische, ökonomische oder technische)

⁴⁵⁰⁵ BGE 132 II 144, E. 1.2; vgl. auch Urteil BGer, 2A.395/2002, 14.8.2003, E. 2.2.

⁴⁵⁰⁶ Die Prüfungsdichte ist – mit anderen Worten – bereichsspezifisch zu differenzieren. Vgl. so auch Kommentar VwVG-SCHINDLER, Art. 49 N 4 ff. und 8 ff.; FELLER/MÜLLER, 453.

⁴⁵⁰⁷ Vgl. auch B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 463 und N 19 ff. m.w.H. auf TEZNER, 69.

⁴⁵⁰⁸ Vgl. G. MÜLLER, Legitimation, 295 f.; vgl. auch M. MÜLLER, Rechtsweggarantie, 170 f. m.w.H.

Fachwissen der Aufsichtsbehörden erforderlich als vielmehr die Erfahrung als aufsichtsausübende Instanz – ob diese ebenfalls zum technischen Ermessen einer Behörde gezählt werden könne oder nicht, ist fraglich. Fest steht, dass die gerichtliche Beschwerdeinstanz die eigene Kognition im Grundsatz nicht beschränken darf, wenn sie über vergleichbare Kenntnisse verfügt wie die erstinstanzliche Verwaltungsbehörde.⁴⁵⁰⁹ Ferner stellen sich regelmässig Abgrenzungsfragen im Hinblick auf die Ausübung von Einzelfallermessen, das, verstanden als Anwendung generell-abstrakter Normen auf den individuellen Einzelfall⁴⁵¹⁰ (im Gegensatz zum Sachverständigenermessen in Anwendung der Ermessenstypologie von B. SCHINDLER⁴⁵¹¹), grundsätzlich der richterlichen Nachkontrolle zugänglich ist.⁴⁵¹²

Einen differenzierten Ansatz wählte das Bundesverwaltungsgericht im Urteil 1606 BVGE 2011/47, als es sich mit Bewertungsfragen im Kontext eines öffentlichen Kaufangebots nach Börsenrecht konfrontiert sah. Es unterschied nämlich verschiedene Kategorien von Fachfragen⁴⁵¹³ – zur einen äusserte es sich, die anderen überliess es der Expertise der Vorinstanzen (FINMA und Übernahmekommission in diesem Fall). Generell qualifizierte das Gericht diese Behörden als «Vorinstanzen mit besonderem Sachverstand und Beurteilungsnähe». Zwar wende das Gericht die massgeblichen Normen von Amtes wegen an. «Es auferlegt sich jedoch eine gewisse Zurückhaltung bei der Beurteilung von ausgesprochenen Fachfragen, zu deren Beantwortung die sachnäheren Vorinstanzen besser qualifiziert sind, und gesteht diesen bei der Prüfung des Einzelfalls einen Beurteilungsspielraum zu.»⁴⁵¹⁴ Während das Gericht in der Folge die Beurteilung der Wahl der Bewertungsmethode für Finanzoptionen dem Ermessen der Vorinstanzen überliess,⁴⁵¹⁵ schätzte

⁴⁵⁰⁹ Vgl. HETTICH, Kooperative Risikoversorge, N 479; FELLER/MÜLLER, 452. – Aus der Rechtsprechung: BGE 133 II 35, E. 3 m.w.H.

⁴⁵¹⁰ Vgl. die Definition von Einzelfallermessen bei B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 426.

⁴⁵¹¹ Vgl. dazu B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 418 ff., der allerdings zu bedenken gibt, dass die unterschiedlichen Ermessenstypen häufig nicht glasklar voneinander unterschieden werden können bzw. ineinanderfließen und somit auch Mischformen entstehen können (vgl. *ebd.*, N 418 sowie N 426 ff. zum Einzelfallermessen).

⁴⁵¹² Zum Beschwerdegrund der Unangemessenheit gemäss Art. 49 lit. c VwVG: Kommentar VwVG-SCHINDLER, Art. 49 N 33 ff.; vgl. auch B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 435 f. Somit hat die Unterscheidung zwischen unterschiedlichen Ermessenstypen faktisch durchaus praktische Konsequenzen für ihre richterliche Überprüfbarkeit.

⁴⁵¹³ BINDER, Expertenwissen, 102.

⁴⁵¹⁴ BVGE 2011/47, E. 5.1.

⁴⁵¹⁵ *Ebd.*, E. 5.4.

es die Bewertung der fraglichen Finanzierungsleistungen im konkreten Fall jedoch als nicht plausibel ein.⁴⁵¹⁶ Damit überprüfte es eine sich stellende Fachfrage selbstständig. Es erliess zum Schluss allerdings einen Rückweisungsentscheid an die Erstinstanz mit der Begründung, dass ihr «ein derartiger erheblicher Beurteilungsspielraum» zustehe, «den sie bisher nicht beziehungsweise von unrichtigen rechtlichen Prämissen ausgehend» genutzt habe.⁴⁵¹⁷

- 1607 Die in diesem Urteil zum Ausdruck kommende differenzierte Betrachtungsweise des Bundesverwaltungsgerichts ist zu begrüßen, verspricht sie doch im Grundsatz eine eigene Auseinandersetzung des Gerichts mit dem Sachverhalt und den sich stellenden Fragen.⁴⁵¹⁸ Das Gericht hat jedoch keine einheitliche Praxis zur Unterscheidung unterschiedlicher Fachfragen entwickelt, auch nicht im Nachgang zu BVGE 2011/47.⁴⁵¹⁹ Es übt seine Kognition vielmehr sowohl von Fall zu Fall als auch innerhalb eines Falles unterschiedlich aus.⁴⁵²⁰ In der Regel weist es einleitend ausdrücklich darauf hin, dass es sich hinsichtlich Fachfragen gerichtlicher Zurückhaltung bedienen «kann». Eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob das Gesetz der Verwaltung bewusst einen Beurteilungsspielraum einräumen wollte, erfolgt i.d.R. jedoch nicht.⁴⁵²¹ So geht das Gericht die sich stellenden Fragen teilweise eigenständig an, verweist regelmässig aber auch auf die Feststellungen der Vorinstanzen und übernimmt deren Argumentation *tel quel*.

So bspw. im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2977/2007, wo es um die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes ging. Das Gericht setzte sich teilweise selbstständig mit den gerügten Punkten auseinander (so etwa E. 5.1.6 f.), verwies jedoch auch wiederholt auf die Feststellungen der WEKO als Vorinstanz, ohne bspw. die Sachverhaltsfeststellungen selber zu überprüfen (vgl. E. 5.1.8). Im selben Entscheid schätzte das Gericht die Bemessung der Sanktion durch die WEKO als nur schwer nachvollziehbar und «grenzwertig» ein, bestätigte sie zum Schluss aber dennoch. Es führte dazu aus: «Da auch keine Umstände ersichtlich sind, welche auf eine

⁴⁵¹⁶ *Ebd.*, E. 8.3 ff. und insb. E. 8.8.

⁴⁵¹⁷ *Ebd.*, E. 13.

⁴⁵¹⁸ Auch wenn hier relativierend anzufügen ist, dass jeweils nicht ohne Weiteres aus den im Urteil verwendeten Formulierungen auf die tatsächlich erfolgte eigenständige gerichtliche Kognitionsausübung geschlossen werden kann (vgl. FELLER/MÜLLER, 461 f. mit entsprechenden Bedenken bezüglich der Begründung des Bundesverwaltungsgerichts im Urteil A-109/2008).

⁴⁵¹⁹ Vgl. auch BINDER, Expertenwissen, 104.

⁴⁵²⁰ *Ebd.*, 103 sowie 126 f.; vgl. auch B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 473; M. BLATTER, 75.

⁴⁵²¹ BINDER, Expertenwissen, 103 f.

pflichtwidrige Ermessensausübung durch die Vorinstanz schliessen lassen würde, sieht sich das Bundesverwaltungsgericht nicht veranlasst, in den Ermessensbereich der Vorinstanz einzugreifen.»⁴⁵²²

Gestützt auf welche Anhaltspunkte das Gericht eine eigenständige Prüfung vornimmt oder auf die Ausführungen der Vorinstanz verweist, wird jeweils nicht genannt. Dies führt zur Annahme, dass die Überprüfungsichte nicht zuletzt von den höchst unterschiedlichen Fallzahlen in bestimmten Fachgebieten beeinflusst wird und auch von den Ressourcen des Gerichts in einem bestimmten Fachgebiet abhängt⁴⁵²³ – ein Ergebnis, das aus dogmatischer Sicht weder überzeugt noch befriedigt. Vor allem wirft es für die betroffenen Personen Fragen zum Gebot der Rechtsgleichheit auf⁴⁵²⁴ und bewirkt darüber hinaus beträchtliche Rechtsunsicherheit, lässt sich doch im Einzelfall kaum abschätzen, ob eine bestimmte Fachfrage vom Bundesverwaltungsgericht frei überprüft wird oder nicht.⁴⁵²⁵ 1608

2. Rechtmässigkeit gerichtlicher Zurückhaltung bei Fachfragen?

2.1 Vereinbarkeit des Sachverständigenermessens mit der umfassenden Prüfungsbefugnis des Bundesverwaltungsgerichts?

Die Tendenz der Gerichte, sich zurückzuhalten, sobald sie mit Fachfragen zu tun haben, über welche Aufsichtsbehörden als Vorinstanzen entschieden haben, bedeutet im Ergebnis, dass solche Fragen vom Gericht nicht mehr eigenständig überprüft werden. Mit Blick auf Art. 49 VwVG ist diese Haltung – wie gesehen⁴⁵²⁶ – nicht unproblematisch, kann doch die beschwerdeführende Partei gestützt auf diese Bestimmung Rechts- und Sachverhaltsfragen sowie die Angemessenheit eines Behördenentscheids gerichtlich überprüfen lassen. Eine entsprechende Parteirüge berechtigt das Bundesverwaltungsgericht allerdings nicht nur, eine solche Prüfung vorzunehmen, sondern verpflichtet es auch, dies zu tun. Kommt es diesem «Versprechen» nicht nach, indem es sich selbst eine gesetzlich nicht vorgesehe- 1609

⁴⁵²² Urteil BVGer, B-2977/2007, 27.4.2010, E. 8.3.7.

⁴⁵²³ BINDER, Expertenwissen, 104 sowie 123 f.; vgl. auch Kommentar VwVG-SCHINDLER, Art. 49 N 19, wo von der Tendenz der Rechtsmittelinstanzen ausgegangen wird, dort zu einer Reduktion der Prüfungsichte zu neigen, wo sie mit neuen oder ungewohnten Fällen in Berührung kommen; B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 307; UHLMANN/BIAGGINI, N 111 ff.; FELLER/MÜLLER, 448 f.

⁴⁵²⁴ Vgl. auch BINDER, Expertenwissen, 126 f.

⁴⁵²⁵ So auch *ebd.*, 104 m.w.H. und 126 f.

⁴⁵²⁶ Dazu vorne N 1583 ff.

ne Kognitionsbeschränkung auferlegt, unterschreitet es seine Kognition.⁴⁵²⁷ Eine Nichtausschöpfung der Kognition kann gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung in einer Gehörsverletzung oder einer formellen Rechtsverweigerung resultieren.⁴⁵²⁸

1610 Trotz kritischer Stimmen⁴⁵²⁹ schätzen Lehre und Rechtsprechung eine solche formelle Rechtsverweigerung allerdings teilweise als gerechtfertigt ein.⁴⁵³⁰ Sie stützen sich dabei vorwiegend auf das Argument, dass die Verwaltungsbehörden besser geeignet seien, die fachspezifischen Ermessensspielräume auszufüllen als das Bundesverwaltungsgericht.⁴⁵³¹ Der Bundesrat regte sogar u.a. mit dieser Begründung schon einmal an, Art. 49 VwVG dahin gehend anzupassen, «dass die Rechts- und Sachverhaltskontrolle (ohne Angemessenheitskontrolle) zur Regel wird».⁴⁵³² Ein solcher Vorschlag würde die Problematik der eingeschränkten richterlichen Kognition jedoch nur zum Teil lösen. Wie ausgeführt, erstreckt sich das technische Ermessen nämlich auf Rechts- und Sachverhaltsfragen, die selbst nach einer Streichung der Angemessenheitskontrolle weiterhin durch die Gerichte geprüft würden.⁴⁵³³ Eine zurückhaltende Nachkontrolle fachtechnischer Fachfragen müsste deshalb auch vor Art. 49 lit. a und b VwVG standhalten.

1611 Wie BINDER überdies zu Recht ausführt, kann grundsätzlich nicht erwartet werden, dass das beschwerdeweise angerufene Gericht, gestützt auf Art. 49 VwVG, nur diejenigen Fragen überprüft, die die fachspezialisierte Verwaltung nicht besser

⁴⁵²⁷ Vgl. B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 470, der von einem «leeren Versprechen» spricht, das zu enttäuschten Erwartungen und längerfristig zu einem Glaubwürdigkeitsverlust des Bundesverwaltungsgerichts führen könne. Vgl. auch BINDER, Expertenwissen, etwa 96; HETTICH, Kooperative Risikoversorge, N 480.

⁴⁵²⁸ Vgl. etwa KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 1027 und N 1050; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N 1522 f. und N 1538; FELLER/MÜLLER, 445 f.; HETTICH, Kooperative Risikoversorge, N 476; MARTENET, Contrôle, 190; BINDER, Expertenwissen, 158 ff. – Vgl. aus der Rechtsprechung etwa BGE 131 II 271, E. 11.7.1 m.w.H.

⁴⁵²⁹ Vgl. etwa KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N 1538; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 17 N 16; BINDER, Expertenwissen, 108 ff.; FELLER/MÜLLER, 464; B. SCHINDLER, Befähigung, 158 (Fn. 770).

⁴⁵³⁰ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 1050; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 444; Kommentar VwVG-SCHINDLER, Art. 49 N 3.

⁴⁵³¹ BINDER, Expertenwissen, 108 f.; für einen Überblick vgl. auch KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 1056 ff.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, N 2.154; vgl. M. MÜLLER, Rechtsweggarantie, 179 ff. und 190 ff., der vor einer Überforderung der Justiz warnt und sich kritisch zur Aufhebung der verwaltungsinternen Rechtspflege äusserte.

⁴⁵³² Vgl. BR, Bericht Evaluation Bundesrechtspflege, BBl 2013 9104.

⁴⁵³³ Dazu vorne insb. N 1598; vgl. auch BINDER, Expertenwissen, 109.

beantworten kann. Sinn und Zweck eines Gerichtsverfahrens ist vielmehr, dass sämtliche strittigen Punkte in einer bestimmten Sache von einer unabhängigen Instanz kontrolliert werden können. Verzichtet das Bundesverwaltungsgericht oder das Bundesgericht somit auf eine Überprüfung von fachtechnischen Fragen, verstösst diese Praxis im Grundsatz gegen Art. 49 VwVG bzw. unter Umständen (einer analogen Argumentation folgend) gegen Art. 95 BGG.⁴⁵³⁴

2.2 Vereinbarkeit gerichtlicher Kognitionseinschränkungen mit der Rechtsweggarantie?

Die Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK verlangt eine umfassende und effektive Prüfung aller Sachverhalts- und Rechtsfragen durch eine gerichtliche Instanz.⁴⁵³⁵ Eine Kognitionseinschränkung des Bundesverwaltungsgerichts erscheint grundsätzlich auch in dieser Hinsicht als problematisch.⁴⁵³⁶ 1612

Sowohl das Bundesgericht als auch das Bundesverwaltungsgericht kamen allerdings wiederholt zum Schluss, dass die Kognitionseinschränkung des Bundesverwaltungsgerichts bei fachtechnischen Fragen mit der Rechtsweggarantie vereinbar sei.⁴⁵³⁷ So argumentierte das Bundesverwaltungsgericht etwa im Urteil BVGE 2011/32, dass es seine Kognition bei der Kontrolle der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe durch «hochspezialisierte Behördenkommissionen»⁴⁵³⁸ einschränken dürfe, wenn der Sachverhalt und die Rechtsanwendung umfassend überprüft worden seien. Die nach Art. 6 EMRK geforderte Kognitionsdichte umfasse lediglich eine volle gerichtliche Überprüfung des Sachverhalts und der sich stellenden Rechtsfragen, nicht aber eine Ermessenskontrolle⁴⁵³⁹ – eine Auslegung, die auch vom Bundesgericht gestützt wird.⁴⁵⁴⁰ Zusätzlich hielt das Bundesver- 1613

⁴⁵³⁴ BINDER, Expertenwissen, 110.

⁴⁵³⁵ Vgl. zur Rechtsweggarantie im Allgemeinen z.B. KÖLZ/HÄNER/BERTSCH, N 179 ff. und insb. N 185; vgl. auch KLEY, SG-Kommentar BV, Art. 29a N 1 ff.

⁴⁵³⁶ Die Kognitionseinschränkungen des *Bundesgerichts* stehen mit Blick auf die Rechtsweggarantie weniger im Vordergrund, weil das Bundesgericht i.d.R. als zweite gerichtliche Instanz im verwaltungsgerichtlichen Verfahren auf Bundesebene tagt, nachdem die Vorinstanz den Verwaltungsentscheid bereits mit voller Kognition überprüft hat bzw. hätte überprüfen müssen (vgl. auch BINDER, Expertenwissen, 115).

⁴⁵³⁷ Vgl. die Rechtsprechungsübersicht bei BINDER, Expertenwissen, 115 ff.

⁴⁵³⁸ BVGE 2011/32, E. 5.6.5.2, womit auf die heute nicht mehr bestehende Rekurskommission für Wettbewerbsfragen verwiesen wurde.

⁴⁵³⁹ *Ebd.*, E. 5.6.5.1 f. Das Bundesverwaltungsgericht qualifizierte damit die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe als Ermessensfrage (vgl. BINDER, Expertenwissen, 116).

⁴⁵⁴⁰ Urteil BGer, 1C_310/2009, 17.3.2010, E. 2.2.2.

waltungsgericht fest, dass seine Ausführungen zur eigenen Kognition im ganzen Wirtschaftsverwaltungsrecht gelten würden.⁴⁵⁴¹

- 1614 Auch das Bundesgericht befand die bundesverwaltungsgerichtliche Praxis als zulässig. In BGE 139 I 72 sahen die Beschwerdeführer eine unzulässige Zurückhaltung des Bundesverwaltungsgerichts darin, dass es verschiedentlich ausgeführt hatte, eine bestimmte Beurteilung der WEKO sei nachvollziehbar. Das Bundesgericht verwies zunächst auf die vom EGMR entwickelte Rechtsprechung⁴⁵⁴² und hielt dazu fest: «Ob die Kognitionsbeschränkung den Anforderungen von Art. 6 EMRK genügt, ist anhand des Verfahrensgegenstandes (ist professionelles Wissen bzw. Erfahrung notwendig), der Art und Weise, in welcher der Verwaltungsentscheid unter Berücksichtigung der vor Verwaltungsbehörden zugestandenen Verfahrensgarantien zustande kam und des Streitgegenstandes (geltend gemachten und tatsächlich geprüften Rügen) zu prüfen (...). Massgebend ist der Einzelfall und ob sich das überprüfende Gericht *«point by point»* mit den Argumenten bzw. Rügen der Beschwerdeführer auseinandergesetzt hat.»⁴⁵⁴³ Die «Effektivität der Überprüfung» sei «das entscheidende Moment».⁴⁵⁴⁴ – In der Folge ging das Bundesgericht nicht näher auf diese einzelnen Aspekte im Hinblick auf die strittigen Fragestellungen ein, erklärte die bundesverwaltungsgerichtliche Kognitionseinschränkung jedoch als EMRK-konform.⁴⁵⁴⁵ Das Bundesverwaltungsgericht habe «nicht einfach ohne weitere Prüfung die Auffassung der WEKO übernommen, sondern jeweils, teilweise sogar recht ausführlich, dargelegt und begründet, weshalb es sich der Auffassung derselben anschliesst. Es hat sich dabei nicht auf reine Plausibilitätsüberlegungen beschränkt und sich nicht eine unzulässige Zurückhaltung auferlegt.»⁴⁵⁴⁶

⁴⁵⁴¹ BVGE 2011/32, E. 5.6.5.5.

⁴⁵⁴² Der EGMR musste sich schon verschiedentlich mit der Frage nach der Zulässigkeit der Kognitionseinschränkung auseinandersetzen. Aus seiner kasuistisch anmutenden Rechtsprechung geht jedoch nicht klar hervor, wie weit die tatsächliche richterliche Überprüfung in Bezug auf Fachfragen gehen muss (vgl. mit einer Darstellung der EGMR-Rechtsprechung BINDER, Expertenwissen, 117 ff. und 120 m.w.H.).

⁴⁵⁴³ BGE 139 I 72, E. 4.5.

⁴⁵⁴⁴ *Ebd.*

⁴⁵⁴⁵ *Ebd.*, E. 4.6.2.

⁴⁵⁴⁶ *Ebd.*

In der Lehre stiess diese Gerichtspraxis indes auf Kritik. Insbesondere wurde davor gewarnt, sämtliche fachspezifischen Problemstellungen der Kategorie der gerichtlich unüberprüfbaren Fachfragen zuzuordnen. Es sei jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob die spezifische Angelegenheit die Sachverhaltsermittlung, die Rechtsanwendung oder die Ermessensausübung betreffe. Gehe es um eine Sachverhalts- oder Rechtsfrage, liege eine Verletzung der Rechtsweggarantie vor, wenn das Bundesverwaltungsgericht die Frage nicht uneingeschränkt prüfe.⁴⁵⁴⁷ 1615

2.3 Aufsichtsspezifische Problemkreise aufgrund gerichtlicher Zurückhaltung

Der Rechtsschutz der Betroffenen wird erheblich beschnitten, wenn die Entscheidung der Aufsichtsbehörden nicht bzw. kaum mehr gerichtlich überprüft werden.⁴⁵⁴⁸ 1616
Praktizierte gerichtliche Zurückhaltung im Aufsichtskontext klammert nicht nur einen grossen Teil des materiellen Verwaltungsrechts von der richterlichen Nachprüfung aus, sondern führt u.U. auch dazu, dass weitgehende Eingriffe in die Rechtsstellung der Beaufsichtigten gerichtlich geduldet werden.⁴⁵⁴⁹

Dass das Fachwissen und die Erfahrung der zuständigen Behörden überdies nicht *per se* objektiv «richtige» Entscheidungen gewährleisten kann, versteht sich von selbst. Expertise schliesst nicht aus, dass gesellschafts- oder wirtschaftspolitische Wertungen in die Entscheidungsprozesse und ihre Ergebnisse einfließen.⁴⁵⁵⁰ 1617
Die Verwaltung hat als vollziehende Gewalt auch eigene Interessen, die ihre Unabhängigkeit gefährden können, insb. wenn sich ein Rechtsstreit abzuzeichnen beginnt.⁴⁵⁵¹ Spätestens dann ist in den Worten von BINDER «aus der verfahrens-

⁴⁵⁴⁷ BINDER, Expertenwissen, 128; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 1538.

⁴⁵⁴⁸ Zusätzlich erschwert wird ihre Lage, wenn die Rechtsordnung nur eine einzige gerichtliche Rechtsmittelinstanz vorsieht, wie z.B. bei Interkonnectionsstreitigkeiten. In solchen Fällen hat die Rechtsmittelinstanz in besonderem Masse auf die Einhaltung der Verfahrensvorschriften zu sorgen (vgl. so auch FELLER/MÜLLER, 452 m.w.H.; Urteil BGer, 2A.586/2003 und 2A.610/2003, 1.10.2004, E. 3.5; BGE 132 II 257, E. 3.3.5).

⁴⁵⁴⁹ Dies widerspricht dem Grundgedanken, wonach sich eine zurückhaltende richterliche Prüfung desto weniger rechtfertigen lässt, je mehr ein aufsichtsrechtlicher Entscheid Grundrechtsrelevanz aufweist (vgl. so etwa M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, Fn. 120 [S. 365] m.w.H.; KÄLIN, 165 ff.).

⁴⁵⁵⁰ B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 457 m.w.H.; vgl. auch UEBERSAX, Verwaltungsinstanzen, 694; S. VOGEL, Einheit, 168.

⁴⁵⁵¹ Vgl. HÄNER, Beteiligte, N 388 f. m.w.H.; THURNHERR, Verwaltungshandeln, N 314 m.w.H.

rechtlichen Optik nicht mehr die Verwaltung selbst die am besten geeignete Instanz, um eine fachtechnische Frage abschliessend zu beantworten, sondern ein unabhängiges Gericht».⁴⁵⁵²

- 1618 Darüber hinaus erscheint es angesichts der besonders weitreichenden Kompetenzen vieler Aufsichtsbehörden als besonders stossend, wenn ihre Entscheidungen kaum mehr kontrolliert werden. So etwa, wenn angeordnete Sanktionen, die in den Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK fallen,⁴⁵⁵³ keiner nachträglichen gerichtlichen Überprüfung zugeführt werden. Entsprechend fordert bspw. MARTENET, dass Entscheide über die Sanktionshöhe nicht dem Ermessen einer Verwaltungsbehörde überlassen werden⁴⁵⁵⁴ und auch die Interpretation unbestimmter Rechtsbegriffe, die zur Definition eines Tatbestandes beitragen, grundsätzlich einer gerichtlichen Überprüfung zugeführt werden können.⁴⁵⁵⁵
- 1619 Problematisch sind auch Konstellationen, in denen die Aufsichtsbehörden nicht nur als Exekutivbehörden über die Anordnung und allenfalls auch Durchsetzung von einschneidenden Massnahmen zu entscheiden haben, sondern oftmals auch in den Erlass der betreffenden Normen involviert waren und nun faktisch zusätzlich über Endentscheidungskompetenz verfügen. Ist dieselbe Behörde nämlich mit der Ausarbeitung und Formulierung der einschlägigen Normen befasst ebenso wie mit der Untersuchung des Sachverhalts, der Entscheidungsfindung und -redaktion sowie mit der Normdurchsetzung, nimmt sie gleichzeitig die Rollen der Normsetzerin, Untersuchungsbehörde, Klägerschaft und des Gerichts ein. Bleibt dann auch eine unabhängige richterliche Überprüfung ihrer Entscheide aus, wird letztlich gegen einen «Fundamentalsatz einer geordneten Rechtspflege» verstossen, wonach «niemand in eigener Sache Richter sein kann».⁴⁵⁵⁶ Der grosse Handlungsspielraum der Aufsichtsbehörden und die damit einhergehende Kompetenz- und Machtakкумуляtion machen ein «Gegengewicht» im Sinne einer nachträglichen Überprüfbar-

⁴⁵⁵² BINDER, Expertenwissen, 124.

⁴⁵⁵³ Dazu vorne N 1294 ff. sowie hinten N 1659 ff.

⁴⁵⁵⁴ Diesbezüglich genüge eine auf Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens beschränkte gerichtliche Überprüfung nicht (vgl. MARTENET, Contrôle, 195).

⁴⁵⁵⁵ *Ebd.*, 196.

⁴⁵⁵⁶ BGE 33 I 143, E. 3; vgl. auch BGE 38 I 91, 95 f.; 90 I 65, E. 4; KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, 77 m.w.H.; vgl. auch B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 460 (inkl. «Beispiel 19»).

keit⁴⁵⁵⁷ ihrer Handlungen und Entscheidungen erforderlich.⁴⁵⁵⁸ Dies umso mehr, als die Aufsichtsbehörden nur eingeschränkt für ihre Entscheidungen zur Verantwortung gezogen werden können.⁴⁵⁵⁹

C. Ansätze zur Verbesserung des gerichtlichen Rechtsschutzes und der Stellung der Beaufsichtigten

Effektive Schwierigkeiten der Gerichte, Entscheide der spezialisierten Aufsichts- und Fachbehörden nachzuvollziehen, werfen zum Teil kaum lösbare Fragen auf: Respektiert das Gericht das Sachverständigenermessen der Aufsichtsbehörden und hält es sich entsprechend im Rahmen seiner richterlichen Nachkontrolle zurück, hat dies Auswirkungen auf den Rechtsschutz; die Entscheidungen der Behörden werden wenig kontrolliert. Wird umgekehrt auf einer vollständigen richterlichen Überprüfung der Behördenentscheide beharrt, so wird zwar formell der Rechtsschutz ausgebaut, jedoch durch faktisch limitierte Überprüfungsmöglichkeiten eingeschränkt. Auch wenn das Bundesverwaltungsgericht eine umfassende Angemessenheitskontrolle ausübt, können die juristisch ausgebildeten Richterinnen und Richter die Entscheide der Aufsichtsbehörden i.d.R. nicht mit dem gleichen Stand an Fachwissen nachprüfen.⁴⁵⁶⁰ Dieses Dilemma lässt sich kaum überwinden.⁴⁵⁶¹ 1620

In der Lehre werden verschiedene Ansätze diskutiert, um die Problematik anzugehen und den gerichtlichen Rechtsschutz zu verbessern, ohne dass die Gesetz- 1621

⁴⁵⁵⁷ Auch der Ruf nach einer demokratischen Rückbindung und Legitimation der Aufsichtstätigkeiten wird vor diesem Hintergrund laut (dazu vorne insb. N 506, N 507 ff. und N 644 ff.).

⁴⁵⁵⁸ Vgl. so auch UEBERSAX, 695 (allerdings insb. mit Blick auf die Problematik offener gesetzlicher Regelungen); vgl. auch HETTICH, Kooperative Risikoversorge, N 480 m.w.H.

⁴⁵⁵⁹ So etwa auch im Gegensatz zur politischen Verantwortung der «herkömmlichen», «übrigen» Verwaltung (vgl. G. MÜLLER, Legitimation, 294 f.; UEBERSAX, 694; vgl. dazu auch N 647 f.). – Zur Regelung der Verantwortlichkeit der dezentralen Aufsichtsbehörden in den Rechtsformen öffentlich-rechtlicher Anstalten und Behördenkommissionen vgl. vorne N 750 ff. und N 898 ff.

⁴⁵⁶⁰ M. MÜLLER etwa warnt deshalb vor einer zu starken «Gerichtszentriertheit» mit Blick auf die Rechtsweggarantie und vor einer «Überforderung der Justiz» (M. MÜLLER, Rechtsweggarantie, 177 ff. und 179 ff.). Vgl. dazu auch B. SCHINDLER, Regierung, § 152 N 50.

⁴⁵⁶¹ In diesem Sinne u.a. auch B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 467.

gebung die gerichtliche Kognition gemäss Art. 49 VwVG zwingend einer neuen Regelung zuführen müsste. Der nachfolgende Überblick greift einige dieser Vorschläge auf. Zunehmend wird ausserdem auch die Gesetzgebung aufgefordert, gewisse Korrekturen vorzunehmen.⁴⁵⁶²

1. Spezialisierung der Gerichte

- 1622 Für das Gerichtsverfahren stellt sich primär die Frage, wie die Sachkunde der nachkontrollierenden Gerichtsinstanzen verbessert werden könnte. In verschiedenen Rechtsbereichen wurde zu diesem Zweck die Schaffung besonderer Fachgerichte diskutiert und bspw. für zivilrechtliche Patentstreitigkeiten mit dem besonderen Patentgericht auch umgesetzt.⁴⁵⁶³ Seit der Zusammenlegung der ehemaligen eidgenössischen Rekurskommissionen im Bundesverwaltungsgericht existieren allerdings kaum mehr verwaltungsrechtliche Fachgerichte auf Bundesebene.⁴⁵⁶⁴ Aus naheliegenden Gründen ist die Schaffung vergleichbarer Spezialgerichte oder Rekurskommissionen «für das Aufsichtsrecht» weder realistisch noch erstrebenswert; es müssten dafür verschiedene spezialisierte Gerichte in unterschiedlichen Aufsichtsbereichen errichtet werden, wenn mit ihnen die angestrebte Spezialisierung aufseiten der Judikative gewährleistet werden sollte.
- 1623 Aber auch weniger weitgehende Lösungsvorschläge, wie die Besetzung von einzelnen Richterämtern am Bundesverwaltungsgericht mit Fachrichterinnen und Fachrichtern oder das Zurverfügungstellen von unabhängigen Expertengremien zur Unterstützung des Gerichts,⁴⁵⁶⁵ sind spezifisch im aufsichtsrechtlichen Kon-

⁴⁵⁶² So etwa B. SCHINDLER, Bundesverwaltungsgericht, 2; M. BLATTER, 198; vgl. auch etwa UHLMANN/BIAGGINI, N 115 f., die vorschlagen, dass der Gesetzgeber Sachbereich für Sachbereich prüfen sollte, «ob er an der umfassenden Kognition des Bundesverwaltungsgerichts festhalten will». Würde er sie lieber einschränken, sei nach möglichen «Kompensationsmechanismen» zu fragen. Als ein Beispiel für einen solchen Mechanismus nennen sie interessanterweise die Wiedereinführung einer verwaltungsinternen Beschwerdemöglichkeit. Werde die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts hingegen nicht angetastet und solle sie verstärkt werden, «muss überlegt werden, ob flankierende Massnahmen (z.B. obligatorische Expertisen) aus Gründen des Rechtsschutzes angezeigt sind».

⁴⁵⁶³ Gemäss Art. 8 Abs. 2 PatGG muss die Mehrheit der nebenamtlichen Richterinnen und Richter des Patentgerichts technisch ausgebildet sein.

⁴⁵⁶⁴ Vgl. dazu etwa BINDER, Expertenwissen, 172 m.w.H. nicht zuletzt auch auf die Fachverwaltungsgerichte auf kantonaler Ebene; vgl. auch BOVAY, 413 ff.

⁴⁵⁶⁵ Vgl. so etwa BINDER, Expertenwissen, 169; vgl. auch UHLMANN/BIAGGINI, N 115 f., die es als nicht ausgeschlossen erachten, dass für gewisse Fachbereiche der Beizug unabhängiger Expertise gesetzlich vorgeschrieben werden würde, um «das Wissens-

text bislang – soweit ersichtlich – nicht auf offene Ohren gestossen. Im Zusammenhang mit Reformvorschlägen für das Kartellrecht wurde etwa die Einführung von Fachrichtern zur Besetzung eines erstinstanzlichen Wettbewerbsgerichts als Kammer des Bundesverwaltungsgerichts⁴⁵⁶⁶ im Parlament verworfen.⁴⁵⁶⁷

Grundsätzlich ist es einem Verwaltungsgericht (wie dem Bundesverwaltungsgericht) möglich – ja muss es einem solchen möglich sein –, sich das nötige besondere (und nichtjuristische) Fachwissen anzueignen, wenn der nach Art. 29a BV geforderte Rechtsschutz nicht toter Buchstabe bleiben soll. Ein gangbarer Weg ist die Einholung fachtechnischer Gerichtsgutachten (i.S.v. Art. 12 lit. e VwVG) von externen Experten, wie nachfolgend weiter vertieft wird.⁴⁵⁶⁸ Ein anderer hier vorerst aufgegriffener Weg⁴⁵⁶⁹ ist die eigene Fortbildung des Gerichts, die insb. gefördert wird, sofern es regelmässig mit Fällen aus denselben spezialisierten Fachbereichen konfrontiert wird und – auf diesen aufbauend – eine eigene Gerichtspraxis entwickeln kann.⁴⁵⁷⁰ Aus dieser Perspektive macht es Sinn, innerhalb des Gerichts spezialisierte Abteilungen mit besonderem Fachwissen und Erfahrung z.B. in spezifischen Aufsichtsbereichen zu schaffen und auch für eine kontinuierliche Aus- und Weiterbildung der involvierten Personen (insb. sowohl der an den Entscheidungen mitwirkenden Gerichtsschreiber als auch der Richterinnen) zu sorgen. Sodann müsste sichergestellt werden, dass die eingehenden Fälle unter Berücksichtigung der vorhandenen Fachexpertise den einzelnen Abteilungen bzw. Personen auch

ungleichgewicht zwischen Verwaltung und Gerichten» auszugleichen. – In gewissen Bereichen werden die Bundesverwaltungsrichterinnen und -richter bereits von gerichtswissenschaftlichen Dienststellen und Mitarbeitenden unterstützt. So verfügen etwa die beiden Asylkammern des Bundesverwaltungsgerichts über eine «Dienststelle «Länderexpertise», in der nach Regionen spezialisierte, wissenschaftliche Länderexpertinnen und -experten länderspezifische Fragestellungen bearbeiten (vgl. dazu etwa auch BINDER, Expertenwissen, 173 f.).

⁴⁵⁶⁶ Vgl. Botschaft KG 2012, BBl 2012 3923.

⁴⁵⁶⁷ Der Ständerat als Erstrat ist zwar auf die Vorlage eingetreten (AB 2013 S 323), der Nationalrat beschloss jedoch zweimal Nichteintreten (AB 2014 N 130 sowie AB 2014 N 1563), womit der Revisionsprozess beendet wurde. Dazu vorne N 882 ff.

⁴⁵⁶⁸ Dazu hinten N 1629 ff.

⁴⁵⁶⁹ Dazu sogleich N 1622 ff.

⁴⁵⁷⁰ Vgl. auch B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 473; B. SCHINDLER, Regierung, § 152 N 52.

effektiv zugeteilt werden. Das Kriterium der fachlichen Spezialisierung ist jedoch nur ein Zuteilungskriterium unter vielen am Bundesverwaltungsgericht.⁴⁵⁷¹

- 1625 Das Bundesverwaltungsgericht gliedert sich in sechs Abteilungen, die unterschiedliche Rechtsgebiete behandeln und dadurch auch Spezialwissen bündeln.⁴⁵⁷²

Der Anhang des Geschäftsreglements für das Bundesverwaltungsgericht (VGR) regelt die Geschäftsverteilung im Einzelnen. Für das Aufsichtsrecht sind v.a. die Abteilungen I, II und III von Interesse: Während die Bereiche Infrastrukturprojekte, Energie, Fernmeldewesen sowie Radio und Fernsehen von der Abteilung I abgedeckt werden, behandelt die Abteilung II Verfahren aus den Bereichen Kartellrecht und Preisüberwachung, Stiftungsaufsicht, Lotterie, Glücksspiele und Spielbanken (soweit es nicht um Abgaben geht) sowie die Aufsicht über Kreditinstitute und Börsen. Die Abteilung III ist u.a. zuständig für Geschäfte aus dem Bereich des Heilmittelrechts.⁴⁵⁷³

- 1626 Nach Art. 24 Abs. 1 VGR ist für die Zuteilung eines Geschäfts an eine Abteilung die Rechtsfrage massgebend ist, auf welcher das Schwergewicht der Entscheidung liegt. Damit wird auf ein inhaltliches Kriterium abgestellt und grundsätzlich ermöglicht, die Fälle so zuzuordnen, dass auf die Fachkompetenzen der Abteilungen Rücksicht genommen werden kann.⁴⁵⁷⁴ Allerdings sind die Abteilungen für sehr unterschiedliche Rechtsgebiete zuständig, sodass die gerichtsinterne Spezialisierung im Ergebnis wieder etwas relativiert wird. Hinzu kommt, dass für die Spruchkörperbildung auf verschiedene Kriterien abgestellt wird, wie z.B. auch auf die Arbeitssprache der Richterinnen und Richter, ihr Beschäftigungsgrad und allfällige längere Abwesenheiten. Das Geschäftsreglement sowie die Reglemente der sechs Abteilungen legen die Zuteilungskriterien fest.⁴⁵⁷⁵ Umgesetzt werden sie sowohl mit einer Software – die gerichtsintern «Bandlimat» genannt wird –,

⁴⁵⁷¹ Dies wohl nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass neben den vielen möglichen Vorteilen spezialisierter Gerichte auch gewisse Nachteile zu bedenken sind; so etwa eine drohende fehlende Einheit der Rechtsprechung und Zersplitterung der Rechtsordnung, ein u.U. abnehmender Anschein von Unabhängigkeit sowie Zuständigkeitskonflikte. Vgl. zum Ganzen RÜEFLI, insb. N 26 ff.

⁴⁵⁷² Vgl. Art. 19 VGG. Nicht verlangt wird nichtjuristisches Fachwissen.

⁴⁵⁷³ Vgl. den Anhang des Geschäftsreglements für das Bundesverwaltungsgericht (VGR).

⁴⁵⁷⁴ Vgl. so auch FELLER/MÜLLER, 462 f.

⁴⁵⁷⁵ Die Geschäftsverteilung innerhalb der Abteilungen auf die Kammern erfolgt gemäss Art. 31 Abs. 3 VGR etwa «nach einem von den Abteilungen im Voraus festgelegten Schlüssel. (...) Massgebend für den Schlüssel ist die Reihenfolge der Geschäftseingänge. Angemessen zu berücksichtigen sind ferner die Amtssprachen und der Beschäftigungsgrad der Richter und Richterinnen, deren Belastung durch die Mitarbeit in Gerichtsgremien und allfällige weitere Kriterien wie spezifische Kammerzuständigkeiten

und damit automatisch, als auch manuell.⁴⁵⁷⁶ Soweit ersichtlich, bewirkt das angewandte System für die Geschäftsverteilung innerhalb des Gerichts vielfach eher eine Streuung als eine Konzentration der Fachkenntnisse.⁴⁵⁷⁷ Entsprechend sind Gerichtsschreiberinnen und Richter immer wieder aufs Neue mit komplexen Fragestellungen aus unterschiedlichen Fachbereichen konfrontiert und können für spezifische Fachfragen nicht ohne Weiteres auf ihre eigene Expertise und Erfahrung zurückgreifen.⁴⁵⁷⁸

Erschwert werden Bestrebungen zur weitergehenden Spezialisierung des Bundesverwaltungsgerichts auch durch den Umstand, dass die Fallzahlen in den unterschiedlichen Sachbereichen variieren, was zu einer etwas zufällig anmutenden Expertise der Gerichtsabteilungen führen kann. Als Folge davon lässt sich beobachten, dass die verschiedenen Aufsichtsbereiche je nach Fachwissen der Gerichte mit teils unterschiedlicher Intensität nachgeprüft werden, ohne dass sich die unterschiedliche Kontrolldichte aus dem Verfahrensrecht ableiten liesse.⁴⁵⁷⁹ Gemäss B. SCHINDLER deutet eine Analyse der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts darauf hin, dass die richterliche Kontrollintensität tatsächlich von den ungleichmässigen Fallzahlen in bestimmten Fachgebieten und der unterschiedlichen Rekrutierung des Gerichtspersonals aus den früheren Fachrekurskommissionen bestimmt werde. Wo geringe Fallzahlen und besondere Fachgebiete zusammenträfen, erlege sich das Gericht mehr Zurückhaltung auf.⁴⁵⁸⁰ 1627

Dies mag zu zeitweilig stossenden Ergebnissen führen, wenn man die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in unterschiedlichen Aufsichtsbereichen vergleicht. Solche Unterschiede müssen jedoch wohl in Kauf genommen werden, solange das Bundesverwaltungsgericht als allgemeines Verwaltungsgericht in sämtlichen Aufsichtsbereichen Entscheidungskompetenzen genießt (und nicht etwa Spezialgerichte je Aufsichtsbereich errichtet werden) und die gerichtsinterne Spezialisierung quasi als Reaktion auf die eingehenden Fälle erfolgt. Im Übrigen ist auch in der Rechtsprechung von Spezialgerichten eine fallspezifische Kognitionsausübung des Gerichts kaum vermeidbar. Dabei vermögen Elemente wie die 1628

oder die Vorbefassung von Richtern oder Richterinnen.» Die Expertise der Richterinnen und Richter wird in dieser Bestimmung nicht aufgeführt.

⁴⁵⁷⁶ Zur automatisierten Spruchkörperbildung vgl. etwa BÜCHEL/KIENER/LIENHARD/ROLLER.

⁴⁵⁷⁷ So HETTICH, Kooperative Risikoversorge, N 480.

⁴⁵⁷⁸ Vgl. auch FELLER/MÜLLER, 450 f.

⁴⁵⁷⁹ B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 473; FELLER/MÜLLER, 450 f.

⁴⁵⁸⁰ B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 473 (Beispiel 26).

konkreten Gegebenheiten des Einzelfalls ebenso wie die Besetzung des Spruchkörpers oder auch die frühere Rechtsprechung des Gerichts in einem bestimmten Bereich dessen Entscheidungspraxis zu beeinflussen. Unter dem Strich überwiegen aber die Vorteile einer solchen «zufälligen» Spezialisierung des Spruchkörpers – auch wenn dadurch eine in Kontrolldicke und -tiefe einheitliche Rechtsprechung in sämtlichen Aufsichtsbereichen nicht erreicht wird.

2. Beizug externer Expertise

- 1629 Ergeben sich aus den Rügen der beschwerdeführenden Parteien Zweifel bspw. bezüglich der Richtigkeit der von einer Verwaltungsbehörde ermittelten Sachverhaltsfeststellung, muss das Gericht u.U. ein eigenes Beweisverfahren durchführen und fachtechnische Sachverhaltsfragen klären. Ist der notwendige Sachverständige innerhalb des Gerichts nicht vorhanden, kann der Spruchkörper die Expertise aussonstehender, unabhängiger Fachpersonen mittels externer Gutachten (sog. Sachverständigengutachten gemäss Art. 12 lit. e VwVG) beiziehen.⁴⁵⁸¹
- 1630 Die Erstellung solcher Gutachten ist allerdings meist kosten- und zeitintensiv.⁴⁵⁸² Ausserdem gestaltet sich die Mandatierung einer fachkompetenten Person als Gutachterin oder Gutachter häufig als schwierig. Nicht selten lassen sich in den spezialisierten Aufsichtsbereichen die Expertinnen und Experten für ein bestimmtes Fachgebiet an einer Hand abzählen. Darüber hinaus sind sie u.U. miteinander und auch mit den Mitgliedern der Fachbehörden bestens bekannt, was sich negativ auf ihre Unabhängigkeit auswirken kann. Zudem ist nicht ausgeschlossen, dass sich die Meinungen unterschiedlicher sachverständiger Expertinnen und Experten widersprechen.
- 1631 Die Lehre mahnt generell zu Vorsicht, wenn es um den Beizug externer Expertise im Verwaltungsverfahren geht, insb. wenn eine Entscheidung der zuständigen Fachbehörde nachträglich gerichtlich überprüft werden soll.⁴⁵⁸³ Besonders wenn

⁴⁵⁸¹ Vgl. etwa MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, N 3.135 ff. sowie N 3.146 ff. zum Sachverständigengutachten im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht; vgl. auch BINDER, Expertenwissen, 189 ff. und 199 ff. eingehend zur Einholung und richterlichen Würdigung von Gerichtsgutachten. Eine Partei kann Expertenwissen zudem mittels Parteigutachten einbringen. Zu den verschiedenen Formen, mittels derer Expertenwissen in das Verfahren eingebracht werden kann, und ihrer Vereinbarkeit mit den Verfahrensgarantien vgl. *ebd.*, 86 ff. bzw. 114 ff. sowie 251 ff.

⁴⁵⁸² So auch B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 474 (S. 360).

⁴⁵⁸³ Zum Ganzen vgl. B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 474 m.w.H.; vgl. auch M. BLATTER, 141 ff.

Entscheide spezialisierter, fachkundiger Instanzen im Fokus sind, die allenfalls auch interdisziplinär zusammengesetzt sind, um ihre Entscheidungen möglichst breit abzustützen, wird deren Überprüfung anhand des Gutachtens einer einzelnen Expertin grundsätzlich kritisch beurteilt.⁴⁵⁸⁴ Fehle es an der Plausibilität des erstinstanzlichen Entscheids, so sei dieser an die Vorinstanz zur Neubeurteilung zurückzuweisen. Es sei nicht am Gericht, mit Hilfe von zeit- und kostenintensiven Gutachten «die Entscheidungsreife» im Einzelfall zu erzwingen.⁴⁵⁸⁵

Tatsächlich wirken sich Gerichtsgutachten häufig als ausschlaggebende Entscheidungshilfen der Gerichte aus, auch wenn sie grundsätzlich – wie alle anderen Beweismittel – der freien richterlichen Beweismittelwürdigung unterliegen.⁴⁵⁸⁶ Entsprechend wird etwa die Rechtsprechung des Bundesgerichts begründet, wonach Sachverständige grundsätzlich gleichermassen unabhängig und unparteiisch sein müssten wie die Richterinnen und Richter, da sie mit ihren Fachkenntnissen u.U. erheblich auf die rechtliche Würdigung der Gerichte einwirken würden.⁴⁵⁸⁷ So darf z.B. ein Gericht nicht ohne triftige Gründe von der Einschätzung der Gerichtsgutachter abweichen; die Gutachterinnen und Gutachter verfügen ja jeweils über besonderen Sachverstand, der dem entscheidenden Gericht gerade abgeht. Dem Gutachten kommt deshalb eine erhöhte Beweiskraft zu.⁴⁵⁸⁸ 1632

Der befürchtete Verlust an richterlicher Eigenständigkeit gegenüber GerichtsgutachterInnen war in der Lehre Anlass für teilweise scharfe Kritik an der Gerichtspraxis. Es wurde wiederholt geltend gemacht, die Gerichte dürften ihre Entscheidungskompetenzen und -aufgaben nicht an einzelne Sachverständige delegieren, die für die gefällten Gerichtsurteile auch nicht verantwortlich seien⁴⁵⁸⁹ und darüber hinaus regelmässig spezifische Einzelfragen beantworten würden, ohne dabei den Gesamtzusammenhang dieser Fachfragen inklusive bspw. organisatorischer 1633

⁴⁵⁸⁴ B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 474 m.w.H.

⁴⁵⁸⁵ *Ebd.*; BVGE 2007/27, E. 10.4.

⁴⁵⁸⁶ Vgl. Kommentar VwVG-AUER/BINDER, Art. 12 N 62; Praxiskommentar VwVG-KRAUSKOPF/WYSSLING, Art. 12 N 166 ff.

⁴⁵⁸⁷ Vgl. so BGE 138 V 271, E. 1.1; 137 V 210, E. 2.1.3; 132 V 93, E. 7.1.

⁴⁵⁸⁸ Vgl. dazu etwa Kommentar VwVG-AUER/BINDER, Art. 12 N 62; Praxiskommentar VwVG-KRAUSKOPF/WYSSLING, Art. 12 N 167; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, N 3.146; BINDER, Expertenwissen, 190 f. sowie 199 f. m.w.H.; vgl. KIENER/RÜTSCH/KUHN, N 775. – Aus der Rechtsprechung: BGE 145 II 70, E. 5.5; 132 II 257, E. 4.4.1; 118 Ia 144, E. 1c.

⁴⁵⁸⁹ Vgl. etwa BINDER, Expertenwissen, 218 f. m.w.H. Eingehend zur Frage, ob das richterliche Abstellen auf Gerichtsgutachten mit der richterlichen Unabhängigkeit zu vereinbaren sei, vgl. *ebd.*, 219 ff.

und politischer Folgen bedenken zu müssen.⁴⁵⁹⁰ Auf Bundesebene wird der Beizug von Gutachten entsprechend nur eingeschränkt zugelassen. Insbesondere wird gestützt auf das geltende Verfahrensrecht nur zur Feststellung des Sachverhalts auf Gutachten abgestellt, nicht aber zur Überprüfung der Ermessensausübung und Rechtsanwendung.⁴⁵⁹¹

3. Gerichtliche Nachprüfung von Verwaltungsverordnungen?

- 1634 Wie gesehen, kommen den Aufsichtsbehörden regelmässig rechtsetzende Aufgaben zu, die sie oftmals mittels Verwaltungsverordnungen weitgehend selbstständig wahrnehmen, d.h. ohne Gesetzesdelegation und oftmals auch ohne gesetzliche Grundlage.⁴⁵⁹² Lehre und Praxis begegnen solchen Rechtsetzungsbefugnissen der Verwaltung z.T. mit Skepsis und, wie gesehen, ist der Rechtsschutz gegenüber Verwaltungsverordnungen nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung eingeschränkt.⁴⁵⁹³ Verwaltungsverordnungen vermögen nach klassischer Auffassung insb. keine Verfügungsgrundlage zu bilden und sie können auch nicht abstrakt auf ihre Rechtmässigkeit überprüft werden; ihnen wird der Rechtsquellen- und Rechtssatzcharakter damit abgesprochen und ein Verstoss gegen eine Verwaltungsverordnung somit nur im Ausnahmefall als Beschwerdegrund anerkannt.⁴⁵⁹⁴

⁴⁵⁹⁰ B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 474 m.w.H.

⁴⁵⁹¹ Für die Verfahren vor Bundesgericht vgl. etwa Art. 55 Abs. 1 BGG i.V.m. Art. 57 Abs. 1 BZP. – Vgl. aus der Lehre: KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 770; Kommentar VwVG-AUER/BINDER, Art. 12 N 61; vgl. auch B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 474. Kritisch zu dieser Differenzierung BINDER, Expertenwissen, 229 m.w.H. insb. auf die Rechtsweggarantie. Deren Verwirklichung erfordere, dass ein Gerichtsgutachten in Bezug auf jede Fachfrage eingeholt werden dürfe, die ein Gericht nicht selbstständig beantworten könne. Relevantes Unterscheidungskriterium solle nicht sein, ob sich eine Fachfrage aus einer Rechts- oder Sachverhaltsfrage ergebe, sondern ob das Gericht auf zusätzliche Sachkenntnis angewiesen sei, um die Frage beantworten zu können.

⁴⁵⁹² Zu aufsichtsrechtlichen Verwaltungsverordnungen vgl. vorne N 441 ff.

⁴⁵⁹³ Dazu vorne N 1578 ff.

⁴⁵⁹⁴ Vgl. Urteil BVGer, B-8009/2010, 29.11.2011, E. 4.3. – Allerdings kann ein Verstoss gegen eine Verwaltungsverordnung unter dem Gesichtspunkt der Unangemessenheit nach Art. 49 lit. c VwVG geprüft werden (vgl. etwa Urteil BVGer, A-509/2011, 18.7.2011, E. 4.2). Ferner kann ein Verstoss gegen das Gebot der Rechtsgleichheit gerügt (Urteil BVGer, B-8009/2010, 20.11.2011, E. 4.3) und u.U. der Vertrauensschutz angerufen werden (vgl. zum Ganzen KÖLZ/HÄNER/BERTSCH, N 1040 m.w.H.; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 87). Auch eine vorfrageweise Anfechtung von Verwaltungsverordnungen gilt als zulässig (vgl. etwa BGE 131 I 166, E. 7.2). Schliesslich ist eine Verwaltungsverordnung wie eine Rechtsverordnung zu behandeln, wenn sie sich auf die Rechtsstellung Privater auswirkt und Aussenwirkungen zeitigt (so be-

Die Folgen sind ein lückenhafter Rechtsschutz im Aufsichtsrecht,⁴⁵⁹⁵ lückenhaft v.a. auch deswegen, weil sich Verwaltungsverordnungen regelmässig sehr wohl prägend auf die Rechtsstellung der Beaufsichtigten auswirken.

Das dieser Praxis zugrunde liegende Bild der Verwaltungsbehörden als programmgebundener, die Normen der Gesetzgebung lediglich vollziehender, d.h. verfeinernder bzw. individuell-konkret anwendender Behörden⁴⁵⁹⁶ blendet allerdings die gelebte Realität gerade im Aufsichtsrecht weitgehend aus. Aufsichtsbehörden sind zu wichtigen Akteuren des Verwaltungsrechts geworden, die in grossem Umfang «programmgebend» und gestaltend tätig sind, besonders in komplexen und technischen Regelungsbereichen.⁴⁵⁹⁷ Die traditionelle Auffassung einer «abgeleiteten, unselbständigen Rolle und Funktion der Verwaltung» passt nur noch beschränkt.⁴⁵⁹⁸ Aufsichtsbehörden übernehmen vielmehr wichtige Rechtssetzungs- und Steuerungsrollen im Verwaltungsrecht, was durch den Erlass von eigenständigen Verwaltungsverordnungen geradezu belegt wird.

In Anerkennung dieser Entwicklung fordert etwa M. MÜLLER, dass der Verwaltung eine entsprechend autonome Stellung im Gewaltengefüge einzuräumen sei.⁴⁵⁹⁹ Ferner schlägt er eine angepasste Dogmatik der Verwaltungsverordnungen vor.⁴⁶⁰⁰ Gestützt auf ein umfassendes und einheitliches Rechts(satz)verständnis⁴⁶⁰¹ sei «die Verwaltungsverordnung zum *rechtlichen* (Selbst-)Steuerungsinstrument zu erheben», d.h. dogmatisch «zur allseits verbindlichen «Rechtsverordnung der Verwaltung» fortzuentwickeln.⁴⁶⁰² Er fordert dafür ihre Qualifizierung als Rechtssatz und Rechtsquelle sowie die Anerkennung ihrer allseitigen Rechtsverbindlichkeit – auch für die Gerichte.⁴⁶⁰³ BIAGGINI fordert ebenfalls, dass Verwaltungsverordnun-

reits BGE 128 I 67, E. 4.3. – Vgl. dazu KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 1040; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 87; M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, 292 f. und 295 [Fn. 170] m.w.H.).

⁴⁵⁹⁵ Vgl. etwa auch HETTICH, Kooperative Risikoversorge, N 509.

⁴⁵⁹⁶ Vgl. zu diesem Bild (wenn auch nicht im Kontext des Aufsichtsrechts, sondern mit Blick auf die Rechtsfigur des besonderen Rechtsverhältnisses) M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, 227 f. m.w.H.

⁴⁵⁹⁷ *Ebd.*, 226 ff.; vgl. dazu etwa auch BIAGGINI, Theorie und Praxis, 57 f.

⁴⁵⁹⁸ M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, 229.

⁴⁵⁹⁹ *Ebd.*, u.a. 231 m.w.H.; vgl. dazu auch bereits vorne N 504.

⁴⁶⁰⁰ M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, 230 ff.

⁴⁶⁰¹ *Ebd.*, 232 ff.

⁴⁶⁰² *Ebd.*, 292 (Hervorhebung im Original).

⁴⁶⁰³ *Ebd.*, 292 ff.

gen einer gerichtlichen Prüfung zugeführt werden können, und zwar im Rahmen der Geltendmachung einer (Bundes-)Rechtsverletzung.⁴⁶⁰⁴ Die Verwaltungsverordnungen seien jeweils am Massstab von Gesetz und Verfassung zu messen.⁴⁶⁰⁵ Dass sich Verwaltungsverordnungen innerhalb der Schranken des Rechts bewegen müssen, ist unstrittig. In den Worten des Bundesgerichts:

«Da sie [die Verwaltungsverordnungen] nicht vom verfassungsmässigen Gesetzgeber stammen, sondern von einer Verwaltungsbehörde, können sie keine von der gesetzlichen Ordnung abweichenden Bestimmungen vorsehen.»⁴⁶⁰⁶

- 1637 Liessen sich Verwaltungsverordnungen richterlich überprüfen, würde dies zusätzliche Rechtsschutzmöglichkeiten eröffnen. Gleichzeitig mündet aber gerade die Anerkennung der massgeblichen Rechtssetzungs- und Steuerungskompetenzen der Verwaltung und das Bestreben, ihr im Gewaltengefüge eine entsprechend autonome Stellung einzuräumen,⁴⁶⁰⁷ nicht zuletzt auch in der Forderung, ihre Ermessens- und Selbststeuerungsspielräume zu respektieren; die gerichtliche Überprüfung habe mit entsprechender Zurückhaltung zu erfolgen.⁴⁶⁰⁸ Insgesamt würde die gerichtliche Überprüfbarkeit von Verwaltungsverordnungen somit noch nichts über den *Grad* ihrer Überprüfbarkeit aussagen. Ferner ist zu bedenken, dass den Beaufsichtigten i.d.R. sehr viel an einem guten Einvernehmen mit «ihren» Aufsichtsbehörden liegt, auf welche sie in verschiedener Hinsicht angewiesen sind. Inwiefern in der Praxis somit eine effektive Bereitschaft besteht, Verwaltungsverordnungen der Aufsichtsbehörden anzufechten, steht deshalb auf einem anderen Blatt.⁴⁶⁰⁹

⁴⁶⁰⁴ Vgl. BIAGGINI, Verwaltungsverordnung, 22 ff. und insb. 27, wo er den Standpunkt vertritt, dass der Wortlaut der einschlägigen Verfahrensvorschriften (heute Art. 95 lit. a BGG) gewöhnlich Raum für ein erweitertes Verständnis des Begriffs «Bundesrecht» lasse, was jedoch nicht bedeute, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichts betreffend die nur ausnahmsweise gegebene direkte Anfechtbarkeit von Verwaltungsverordnungen (abstrakte Normenkontrolle) aufgegeben werden müsse.

⁴⁶⁰⁵ *Ebd.*, 26 f.

⁴⁶⁰⁶ BGE 120 Ia 343, E. 2a, sowie BGE 121 II 473, E. 2b. Vgl. eingehend dazu PFISTERER, 59 ff. sowie 103 ff.

⁴⁶⁰⁷ Vgl. M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, 363 ff., der etwa von einem «administrativen Letztentscheidungsrecht» spricht; vgl. auch M. MÜLLER, Rechtsweggarantie, 193 ff.; dazu auch vorne N 1590.

⁴⁶⁰⁸ M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, 295 (Fn. 171), der dabei mit einer schwergewichtigen gerichtlichen Kontrolle der «Einhaltung prozeduraler Regeln sowie «klarer» materieller Rechtsvorschriften (insb. Grundrechte und Verfassungsprinzipien)» rechnet.

⁴⁶⁰⁹ Zu einer solchen Einschätzung kommt bspw. auch HETTICH, Kooperative Risikovor-sorge, N 385 (Fn. 1286 m.w.H.) sowie N 509.

4. Anpassung der Behördenorganisation

Weitere Vorschläge zur Verbesserung des Rechtsschutzes der Beaufsichtigten richten sich nicht an die Gerichte, sondern an die Aufsichtsbehörden, indem die Gesetzgebung aufgefordert wird, u.a. die nötigen organisationsrechtlichen Strukturen zu schaffen, um den Aufsichtsbehörden die optimale Erfüllung ihrer Aufgaben zu ermöglichen, gleichzeitig aber auch Missbräuche präventiv zu verhindern bzw. repressiv zu korrigieren.⁴⁶¹⁰ So wird bspw. gefordert, dass die Behörden das intern zur Verfügung stehende Fachwissen effektiv auch nutzen und umsetzen.⁴⁶¹¹ Zum Bedürfnis nach fachlicher Eignung der Behörden kommt ausserdem das Bedürfnis nach ihrer demokratischen Legitimation hinzu.⁴⁶¹² Und schliesslich ist eine unabhängige behördliche Entscheidungsfindung verlangt. Dabei wird der Ruf nach institutioneller Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde vielfach um die Forderung nach (personeller) Unparteilichkeit der in die Entscheidungsfindung involvierten Personen ergänzt.⁴⁶¹³ 1638

Zur Entschärfung von Kompetenzakkumulationen wird, wie gesehen, für einige der grösseren Behörden eine organisatorische interne Trennung zwischen den ermittelnden und «anklagenden» Abteilungen einerseits sowie den entscheidenden Abteilungen andererseits angestrebt,⁴⁶¹⁴ nicht zuletzt inspiriert durch die Funktionentrennung, wie sie im Strafverfahren gefordert wird und auch der sog. «*quasi-judicial decisionmaking*» in den USA zugrunde liegt.⁴⁶¹⁵ So besteht bspw. eine Funktionentrennung zwischen der Überwachungstätigkeit der FINMA und dem Enforcementverfahren sowie zwischen der Verfahrensführung und der Entscheidungsfällung. Zu diesem Zweck werden für die laufende Aufsicht und Verfahrensfüh- 1639

⁴⁶¹⁰ Vgl. so mit Blick auf die Verwaltung generell B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 535 f.

⁴⁶¹¹ Vgl. *ebd.*, N 455 f.; zur Sicherung von Fachwissen und Sachverstand durch die personelle Besetzung der Behörden vgl. auch vorne insb. N 701 ff. sowie N 861 ff.

⁴⁶¹² Vgl. B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 457; dazu vorne insb. N 506, N 507 ff. und N 644 ff.

⁴⁶¹³ B. SCHINDLER (Verwaltungsermessen, N 460 ff.) spricht dabei von einer «Angleichung des erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens an das gerichtliche Verfahren». Eingehend zum Anspruch auf unabhängige und unbefangene Beurteilung im Aufsichtsverfahren vgl. hinten N 1669 ff.

⁴⁶¹⁴ Dazu vorne N 1476 ff.

⁴⁶¹⁵ Vgl. auch B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 461 (inkl. Beispiel 20) m.w.H.; B. SCHINDLER, Regierung, § 152 N 51; vgl. zum «*quasi-judicial decisionmaking*» in den USA eingehend in deutscher Sprache etwa FEHLING, Verwaltung, 100 ff.

rung andere Geschäftsbereiche und Personen für zuständig erklärt als für das Enforcement.⁴⁶¹⁶

- 1640 B. SCHINDLER gibt zu Recht zu bedenken, dass eine solche «kontradiktorische Ausgestaltung des erstinstanzlichen Verfahrens»⁴⁶¹⁷ teuer und zeitaufwendig sein könne sowie zu einem erhöhten Bedarf an qualifiziertem Personal führe. Ferner würden die nicht anwaltschaftlich vertretenen Verfahrensparteien benachteiligt. Aus diesem Grund fordert er eine entsprechende Verfahrensausgestaltung für Bereiche wie das Finanzmarkt-, Wettbewerbs- und Fernmelderecht, nicht aber für Geschäfte der Massenverwaltung, wie etwa das Sozialversicherungsrecht.⁴⁶¹⁸ Aus dogmatischer Sicht vermag eine solche rechtsbereichsspezifische Begrenzung zusätzlicher Verfahrensanforderungen jedoch nicht vollends zu überzeugen. Wie nachfolgend noch eingehender dargestellt wird, ist die unabhängige und unbefangene Aufsichtsausübung von massgeblicher Bedeutung für eine als legitim empfundene Aufsicht.⁴⁶¹⁹ Die Funktionentrennung innerhalb der entscheidenden Behörden leistet dazu zusätzlich einen wichtigen Beitrag.⁴⁶²⁰

5. Fokus auf das nichtstreitige Aufsichtsverfahren

- 1641 Zwecks Verbesserung der Rechtsstellung der Betroffenen wird schliesslich an das nichtstreitige Aufsichtsverfahren (vor den Aufsichtsbehörden) angeknüpft. Gewissermassen zur Kompensation der eingeschränkten materiell-rechtlichen richterlichen Nachkontrolle wird sowohl von der Lehre als auch vom Bundesgericht in etablierter Rechtsprechung gefordert, dass das Aufsichtsverfahren insgesamt hohen verfahrensrechtlichen Standards genügen müsse, sodass der Rechtsweggarantie bereits im erstinstanzlichen Verfahren nachgelebt werde. Ist es den Gerichten nicht möglich, nachträglich eine eingehende inhaltliche Ergebniskontrolle durchzuführen, sollen sie umso genauer prüfen, ob der Entscheid in einem fairen Verfahren und unter Einhaltung hoher verfahrensrechtlicher Standards zustande gekommen sei. An die Stelle einer (schwierig messbaren) gerichtlichen Richtigkeitskontrolle über einen gefällten Entscheid tritt somit die richterliche Überprü-

⁴⁶¹⁶ Dazu vorne etwa N 1480.

⁴⁶¹⁷ B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 462.

⁴⁶¹⁸ *Ebd.*; vgl. so auch BGE 132 V 93, E. 6.5, wo das Bundesgericht davor warnte, das medizinische Abklärungsverfahren i.S.v. Art. 43 ff. ATSG zu judikalisieren, was zu einer Verlängerung des Verfahrens führen würde. – Zu den Besonderheiten von Massenverfahren vgl. etwa KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N 881 ff.; BINDER, Expertenwissen, 99 f.

⁴⁶¹⁹ Dazu hinten N 1669 ff.

⁴⁶²⁰ Dazu hinten N 1738 ff.

fung der Verfahrensgerechtigkeit, d.h. der verfahrensrechtlichen Rahmenbedingungen, die einen richtigen Entscheid gewährleisten sollen.⁴⁶²¹

In diesem Sinne äusserte sich etwa auch das Bundesgericht zu Interkonnectionsstreitigkeiten. Weil der ComCom bei der inhaltlichen Festlegung von Interkonnectionsbedingungen erhebliche Beurteilungs- und Ermessensspielräume zukommen, in die das Bundesgericht nur mit Zurückhaltung eingreife, messe das Bundesgericht «[a]ls Ausgleich dazu (...) den verfahrensrechtlichen Regeln besonderes Gewicht bei, um über hohe prozessuale Standards dafür zu sorgen, dass ein materiell möglichst einwandfreier Entscheid zustande kommt».⁴⁶²²

Dies hat zur Folge, dass bspw. die Rüge, es seien Verfahrensfehler gemacht worden, stets ohne einschränkende Zurückhaltung gerichtlich geprüft wird.⁴⁶²³ Ausserdem wird in der Lehre die Möglichkeit der vermehrten gerichtlichen Rückweisung einer Streitsache an die Vorinstanz insb. wegen ungenügender Begründungsdichte oder mangelhafter Sachverhaltsabklärungen diskutiert.⁴⁶²⁴ 1642

Die Betonung der Relevanz adäquater Entscheidstrukturen und verfahrensrechtlicher Abläufe zum Schutz bestimmter materieller Inhalte ist bereits aus der Grundrechtsliteratur bekannt,⁴⁶²⁵ welche dafür auf die Theorie des «*structural due process*» aus dem US-amerikanischen Verfassungsrecht zurückgreift.⁴⁶²⁶ 1643
Der Gedanke, dass das Verfahren sich zudem – über den Individualrechtsschutz

⁴⁶²¹ Vgl. zum Ganzen B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 458, 472 und N 208 f.; Kommentar VwVG-SCHINDLER, Art. 49 N 20 m.w.H.; B. SCHINDLER, Regierung, § 152 N 50; vgl. auch BINDER, Expertenwissen, 170; HETTICH, Kooperative Risikoversorge, N 478; GRIFFEL, Rechtsschutz, N 8 f.; vgl. auch M. MÜLLER, Rechtsweggarantie, 195 f., der zusätzlich fordert, dass die Gesetzgebung primär an die Sachgesetzgebung anknüpft und der Verwaltung bewusst «Letztentscheidungsrechte» einräumt.

⁴⁶²² BGE 132 II 257, E. 3.3.5. Vgl. bereits in diesem Sinne Urteile BGer, 2A.586/2003 und 2A.610/2003, 1.10.2004, insb. E. 3.5, sowie Urteile BGer, 2A.587/2003 und 2A.588/2003, 1.10.2004, E. 3.5 (beide Urteile äusserten sich ebenfalls zu Interkonnectionsstreitigkeiten). Bestätigt wurde diese Rechtsprechung in den Urteilen BGer, 2A.451/2005, 21.4.2006, E. 2.3.5, und 2A.450/2005, 21.4.2006, E. 3.3.5, ebenso (wenn auch weniger ausdrücklich) in BGE 136 II 61, E. 1.1.1.

⁴⁶²³ Vgl. etwa Urteil BVGer, B-5333/2009, 10.11.2010, E. 3.2; BVGE 2011/32, E. 5.6.6.1; BVGE 2008/14, E. 3.3 m.w.H.

⁴⁶²⁴ Vgl. dazu etwa M. BLATTER, 143 ff. m.w.H.

⁴⁶²⁵ Vgl. J.P. MÜLLER, Entscheidstrukturen, 171 ff.; vgl. mit einem Überblick auch THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, N 21 m.w.H.

⁴⁶²⁶ Insb. mit dem 1975 veröffentlichten Beitrag «*Structural Due Process*» begründete LAURENCE H. TRIBE die gleichnamige Theorie.

hinaus – auch legitimierend auf das konkrete Verfahrensergebnis sowie auf den behördlichen Entscheidungsprozess auswirke, lässt sich mitunter auf LUHMANN zurückführen⁴⁶²⁷ und fusst nicht zuletzt auch auf der von HABERMAS mitbegründeten Diskursethik sowie, darauf aufbauend, der *Procedural-justice*-Forschung: Danach wird das Verfahrensergebnis von den Beteiligten umso eher als «gerecht» akzeptiert und als «legitim» erachtet, je mehr ein Verfahren als fair oder gerecht eingeschätzt wird.⁴⁶²⁸

- 1644 Die Verlagerung des Fokus auf das nichtstreitige Verwaltungsverfahren drückt das Verständnis aus, dass der gerichtliche Rechtsschutz zwar ein massgeblicher Grundpfeiler des modernen Rechtsstaats sei, aber bei Weitem nicht der einzige. Vor allem beginnt der «Schutz des Rechts» nicht erst im verwaltungsexternen Rechtsmittelverfahren, sondern setzt bereits früher, nämlich schon im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren, ein.⁴⁶²⁹ Im Rahmen der Rechtsaufsicht ist er ja Grundintention des Aufsichtsmechanismus. Eine Stärkung der Verfahrensgarantien im Verwaltungsverfahren vor Aufsichtsbehörden ist somit zu begrüßen.⁴⁶³⁰
- 1645 Die Lehre verspricht sich davon auch einen Ausgleich der Rechtsschutzdefizite.⁴⁶³¹ Sosehr allerdings eine Stärkung der Verfahrensgarantien im Verwaltungsverfahren wünschenswert ist, sowenig kann sie die Verwirklichung der Verfahrensgarantien in einem unabhängigen Gerichtsverfahren kompensieren oder gar ersetzen.⁴⁶³² Die Aufsichtsbehörden sind oftmals stärker in die politischen Prozesse eingebunden als die Gerichte. Besonders im Hinblick auf die verschiedenen Aufgaben

⁴⁶²⁷ LUHMANN'S Werk «Legitimation durch Verfahren» erschien erstmals 1969.

⁴⁶²⁸ Vgl. THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, N 27 m.w.H. – Zur Diskursethik vgl. etwa HABERMAS, Vorbereitende Bemerkungen, 136; HABERMAS, Theorie, 61 f. zur Übertragbarkeit der Postulate der Diskurstheorie auf das rechtliche Verfahren. – Massgeblich für die *procedural justice*-Forschung: THIBAUT/WALKER, Procedural Justice, sowie THIBAUT/WALKER, Theory, 541 ff. – Auf ausgewählte im Aufsichtsverfahren zu beachtende und besonders diskutierte Verfahrensgarantien wird im Folgenden näher eingegangen (§ 3, N 1646 ff.).

⁴⁶²⁹ Pointiert M. MÜLLER, Rechtsweggarantie, 177 f.

⁴⁶³⁰ Vgl. B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, N 411 und 459; vgl. auch BINDER, Expertenwissen, 125.

⁴⁶³¹ Vgl. etwa M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, 369 f. (wenn auch zu den besonderen Rechtsverhältnissen), der der «Verfahrensgerechtigkeit» die Funktion zuschreibt, Rechtsschutzdefizite auszugleichen.

⁴⁶³² Vgl. BINDER, Expertenwissen, 125 f.; PH. EGLI, Garantien, 210 f.; PH. EGLI, Verwaltungsverfahren, 68, der die Vorverlagerung der Verfahrensgarantien als «strukturelles Manko» bezeichnet.

und Funktionen der Aufsichtsbehörden kann von ihnen nicht eine Verfahrensführung erwartet werden, die rein objektiv und insb. frei von Aufsichtsinteressen erfolgt.⁴⁶³³ Ferner lässt es sich kaum mit Sinn und Zweck der Verfahrensgarantien in Einklang bringen, wenn ihre Geltung auf das Verwaltungs- oder das Gerichtsverfahren aufgeteilt werden würde.⁴⁶³⁴ Auch aus Sicht der Rechtsweggarantie erscheint fraglich, inwiefern eine «Vorverlagerung der Fairnessgarantien»⁴⁶³⁵ ins Verwaltungsverfahren die richterliche Zurückhaltung im Beschwerdeverfahren zu rechtfertigen vermag, verlangt Art. 29a BV doch die Verwirklichung «eines *qualifizierten* Rechtsschutzes durch ein *unabhängiges Gericht*».⁴⁶³⁶

⁴⁶³³ Dazu vorne N 547 ff. und hinten N 1697.

⁴⁶³⁴ Vgl. BINDER, Expertenwissen, 125 f., die vor einem solchen «*Splitting*» der Verfahrensgarantien warnt.

⁴⁶³⁵ PH. EGLI, Garantien, 210.

⁴⁶³⁶ Vgl. Botschaft BV, BBl 1997 I 502 (Hervorhebungen im Original).

§ 3 **Verfahrensgarantien im nichtstreitigen Aufsichtsverfahren**

I. Vorbemerkungen

A. Überblick

- 1646 Sind die Aufsichtsbehörden rechtsanwendend tätig,⁴⁶³⁷ stellt sich die Frage, welche Verfahrensgarantien zur Anwendung gelangen. Zu deren Beantwortung wird auf eine funktionelle Betrachtungsweise des konkret vorliegenden Verfahrens und der durch die zuständige Aufsichtsbehörde darin eingenommenen Rollen abgestützt. Abhängig davon, ob eine Behörde ihre Aufsichtsaufgaben mittels Realakten oder im Rahmen eines formell eröffneten Verfahrens wahrnimmt, «quasirichterlich» Entscheide zu fällen hat oder nicht und/oder mit zivil- oder strafrechtlichen Angelegenheiten i.S.v. Art. 6 EMRK konfrontiert ist, sind unterschiedliche Verfahrensgarantien zu beachten. Insgesamt gehen Lehre und Rechtsprechung von höheren Anforderungen aus, wenn die entscheidende Instanz in richterlicher Funktion tätig wird,⁴⁶³⁸ und ebenso, wenn es um sog. strafrechtliche Angelegenheiten geht.⁴⁶³⁹
- 1647 Bewusst wird nachfolgend der Begriff der «Verfahrensgarantien» verwendet, kommen doch neben den verfassungsrechtlich verankerten «Verfahrensgrundrechten» (im Vordergrund der nachfolgenden Untersuchung stehen insb. Art. 29 und Art. 30 sowie Art. 32 BV) auch weitere normative Vorgaben zur Anwendung.⁴⁶⁴⁰ Dazu gehören die prozessualen Rechte gemäss Art. 14 UNO-Pakt II und Art. 6 EMRK, zudem die gesetzlichen Verfahrensordnungen (namentlich das BGG, VGG, VwVG und VStrR) sowie einzelne spezialgesetzlich geregelte ver-

⁴⁶³⁷ Dazu vorne N 531 ff. Von der rechtsanwendenden Aufsichtstätigkeit erfasst wird die Aufsicht über den Marktzugang ebenso wie die (Markt-)Beobachtung, den Erlass von Durchsetzungsmassnahmen sowie den Entscheid über bestimmte Streitfragen. Hier hingegen nicht weiter untersucht werden die anwendbaren Verfahrensgarantien im Hinblick auf rechtsetzende Tätigkeiten der Aufsichtsbehörden (dazu vorne N 411 ff.).

⁴⁶³⁸ Dazu etwa hinten N 1680 ff.

⁴⁶³⁹ Dazu vorne N 1294 ff. und hinten N 1666 ff.

⁴⁶⁴⁰ Vgl. auch THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, N 1, die mit ebendieser Begründung für die Verwendung des Begriffs «Verfahrensgrundrechte» plädiert, wenn es um die aus der Verfassung abgeleiteten Verfahrensrechte der Einzelnen geht; vgl. zu dieser Begriffsverwendung auch GRIFFEL, Rechtsschutz, N 10.

fahrensrechtliche Vorgaben,⁴⁶⁴¹ ebenso behördeninterne Normen, wie bspw. Verhaltenskodizes und Geschäftsreglemente, die auch gewisse Verfahrensfragen einer Regelung zuführen.⁴⁶⁴²

Der vorliegende Abschnitt ist folgendermassen aufgebaut: Vorab wird der Geltungsbereich von Verfahrensgarantien im Hinblick auf Handlungsformen der Aufsichtsbehörden untersucht, die nicht «klassisch» auf den Erlass einer Verfügung gerichtet sind.⁴⁶⁴³ Das hier angewandte «breiter[e], handlungsformenübergreifend[e] Verfahrensverständnis»⁴⁶⁴⁴ betrifft das Aufsichtsverfahren mit seinen vielfältigen Handlungsmöglichkeiten in besonderem Masse. 1648

Sodann wird die Geltung von Art. 6 EMRK im Aufsichtsverfahren näher untersucht. Weil sich gewisse Aufsichtsverfahren auch als Zivil- oder Strafverfahren i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK qualifizieren lassen, gelangen die daraus abgeleiteten Verfahrensvorgaben ebenfalls zur Anwendung.⁴⁶⁴⁵ 1649

Darauffolgend ist der Frage nachzugehen, inwiefern ausgewählte Verfahrensgarantien im Aufsichtsverfahren Geltung beanspruchen und ob sie *tel quel* auf das Aufsichtsverfahren übertragen werden können oder ob das Aufsichtsrecht eine besondere verfahrensrechtliche Behandlung verlangt oder nicht. Zu diesem Zweck werden zunächst die gerichtlichen Verfahrensgarantien nach Art. 30 BV und dabei insb. der Anspruch auf unabhängige und unbefangene Beurteilung im Aufsichtsverfahren näher beleuchtet.⁴⁶⁴⁶ Abgerundet wird das vorliegende Kapitel mit einer Untersuchung zum Nemo-tenetur-Grundsatz, der auch im Aufsichtskontext zur Anwendung gelangen kann. Diskutiert wird der grundsätzliche Widerspruch zwischen den im Aufsichtsrecht weitverbreiteten Mitwirkungspflichten der Beaufsichtigten einerseits und der strafprozessualen Mindestgarantie der Selbst- 1650

⁴⁶⁴¹ Die einschlägigen Aufsichtserlasse enthalten i.d.R. keine besonderen Verfahrensvorschriften, sondern verweisen unter dem Kapitel «Rechtsschutz» auf die allgemeinen Erlasse der Bundesrechtspflege. Punktuell sind jedoch gewisse Sondervorschriften vorgesehen, bspw. zur Klärung der Parteistellung (Art. 54 Abs. 2 FINMAG oder Art. 64 Abs. 3 KEG) oder zur Regelung des Bewilligungs- und Konzessionsverfahrens (vgl. z.B. Art. 14 Abs. 3 FMG oder Art. 38 ff. und Art. 43 ff. RTVG).

⁴⁶⁴² So finden sich etwa Ausstandsregeln für das eigene Aufsichtspersonal sowohl im Verhaltenskodex FINMA (Art. 13 ff.) als auch im Verhaltenskodex Swissmedic (Art. 13 ff.); dazu hinten N 1723 f.

⁴⁶⁴³ Dazu sogleich N 1651 ff.

⁴⁶⁴⁴ THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, N 2.

⁴⁶⁴⁵ Dazu hinten N 1659 ff.

⁴⁶⁴⁶ Dazu hinten N 1669 ff.

belastungsfreiheit andererseits.⁴⁶⁴⁷ Die Auseinandersetzung mit diesen beiden «Kernelement[en] der Verfahrensgerechtigkeit»⁴⁶⁴⁸ soll helfen, die Thematik der Verfahrensgarantien im Aufsichtskontext zu veranschaulichen.

B. Aufsichtshandeln und Aufsichtsverfahren – Sachlicher Geltungsbereich der Verfahrensgarantien

- 1651 Herrschende Lehre und Rechtsprechung verstehen das Verwaltungsverfahren als auf den Erlass einer Verfügung ausgerichtet. Die Verfügung ist nach dieser Auffassung «Ziel und Endpunkt»⁴⁶⁴⁹ bzw. «Finalität und Essenz»⁴⁶⁵⁰ eines Verwaltungsverfahrens. «Kontrollhandlungen», die einen «Schritt im Hinblick auf den Erlass einer Verfügung»⁴⁶⁵¹ darstellen, werden somit als «verfügungsvorbereitende Realakte»⁴⁶⁵² von den entsprechenden Verfahrensgesetzen erfasst, sofern sich der Erlass einer Verfügung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit abzeichnet.⁴⁶⁵³ Nicht gesetzlich geregelte verwaltungsrechtliche Handlungsformen hingegen, die nicht in einer Verfügung oder einem Entscheid münden, sind nach dieser Auffassung im Grundsatz vom Anwendungsbereich der Verfahrensgesetze sowie der Verfahrensgarantien ausgeschlossen.⁴⁶⁵⁴

⁴⁶⁴⁷ Dazu hinten N 1757 ff.

⁴⁶⁴⁸ Vgl. zur Wortwahl THURNHERR, Verwaltungshandeln, N 196, die dazu allerdings neben dem Unbefangenheitsgebot den Gehörsanspruch sowie die prozedurale Waffengleichheit zählt.

⁴⁶⁴⁹ KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 313.

⁴⁶⁵⁰ UHLMANN, Einleitung, 4.

⁴⁶⁵¹ BJ, Gutachten vom 31.1.2005, VPB 70.46, E. 3.2. Vgl. auch UHLMANN, Einleitung, 4; THURNHERR, Verwaltungshandeln, N 929.

⁴⁶⁵² THURNHERR, Verwaltungshandeln, N 929.

⁴⁶⁵³ Vgl. HÄNER, Prozessieren 175, die im Kontext von Kontrollhandlungen von «Sanktionsverfahren» spricht. Nach ihrer Auffassung muss ein Verfahren als eingeleitet gelten, «wenn sich aus den Vorabklärungen die überwiegende Wahrscheinlichkeit ergibt, dass mit einer für die betroffene Person nachteiligen Verfügung zu rechnen ist».

⁴⁶⁵⁴ Grundlegend dazu THURNHERR, Verwaltungshandeln, N 27, N 500 sowie N 356 ff. mit einer Diskussion der einschlägigen Rechtsprechung; vgl. auch RHINOW ET AL., N 266 f. sowie N 312 f.; UHLMANN, Einleitung, 8 f. und 14. – Im Kontext von Art. 26 KG wurde diese Diskussion kontrovers geführt. Vgl. für einen Überblick aus der kartellrechtlichen Literatur etwa BEURET, DIKE-KG, Art. 26 N 6 m.w.H.; vgl. auch die Hinweise in Fn. 3245 (vorne N 1089). – Vgl. zur Rechtsprechung insb. die Hinweise in N 1459.

Übertragen auf das nichtstreitige Aufsichtsverfahren und insb. auf das laufende 1652
Aufsichtsverfahren bedeutet ein solch limitiertes und verfügungszentriertes Ver-
waltungsverfahrensverständnis, dass die Verfahrensgarantien im Regelfall für die
individuell-konkrete Anordnung von aufsichtsrechtlichen Durchsetzungsmass-
nahmen⁴⁶⁵⁵ zu beachten sind. Ebenfalls dem Verwaltungsverfahren zugeordnet
wird etwa die Erteilung von Bewilligungen und Konzessionen,⁴⁶⁵⁶ die verfahrens-
rechtlich häufig spezialgesetzlich geregelt sind.⁴⁶⁵⁷ Demgegenüber würden sämt-
liche Handlungsformen der Rechtsanwendung, derer sich die Aufsichtsbehörden
bedienen und die nicht auf den Erlass einer Verfügung gerichtet sind, nicht in den
Anwendungsbereich der Verfahrensgarantien fallen.

Eine schematische Anwendung einer solchen Grundregel würde im Aufsichts- 1653
kontext allerdings zu fragwürdigen Ergebnissen führen, da im Aufsichtsver-
fahren – wie bereits vorne skizziert⁴⁶⁵⁸ – unterschiedliche Formen tatsächlicher
Verwaltungshandlungen besonders häufig anzutreffen sind und somit ein mass-
geblicher Teil der aufsichtsrechtlichen Handlungsformen von den Verfahrensge-
setzen ausgeklammert werden würde. Ferner werden Fragen aufgeworfen, weil
tatsächliche und formelle Verwaltungshandlungen oft nahe beieinanderliegen
und zuweilen nahtlos ineinander übergehen, insb. wenn die gleiche Behörde im
jeweiligen Sachgebiet sowohl die «einfachen» Verwaltungstätigkeiten ausübt,
zusätzlich aber auch Verfügungen erlässt und allenfalls sogar Verwaltungsstra-
funtersuchungen durchführen kann.⁴⁶⁵⁹ Zu denken ist bspw. sowohl an Marktbeob-
achtungen als auch an laufende Überwachungstätigkeiten der Aufsichtsinstanzen,
die z.B. auf Inspektionen, Probeentnahmen und Dokumentenprüfungen sowie auf
Befragungen beruhen und damit auf Realakten, die im Vorfeld eines förmlichen
Verwaltungsverfahrens getätigt und durch die Mitwirkung der Beaufsichtigten
unterstützt werden, nicht zuletzt mit dem Ziel, abzuklären, ob überhaupt ein for-
melles Verfahren eröffnet werden soll oder nicht.⁴⁶⁶⁰

⁴⁶⁵⁵ Dazu vorne N 1162 f.

⁴⁶⁵⁶ Vgl. so auch KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N 322 sowie N 1033 ff.; zu Bewilligungen und Konzessionen vgl. vorne N 980 ff., N 995 ff. und N 1030 ff.

⁴⁶⁵⁷ So etwa die Zulassung von Arzneimitteln nach Art. 9 ff. HMG oder die Vergabe von Funkkonzessionen im Fernmelderecht, die in Art. 22a ff. FMG einer Spezialregelung zugeführt wurde.

⁴⁶⁵⁸ Dazu vorne insb. N 1155 ff.

⁴⁶⁵⁹ Vgl. so auch BJ, Gutachten vom 31.1.2005, VPB 70.46, Ziff. 3.1.

⁴⁶⁶⁰ Dazu vorne insb. N 1059 ff.

Solche informellen Voruntersuchungen der FINMA waren bspw. Thema im Entscheid B-5527/2016 vom 10.7.2019, wo das Bundesverwaltungsgericht allerdings festhielt, dass diese im Gesetz nicht geregelt seien und auch die Vorgaben des VwVG in diesem Stadium noch nicht anwendbar seien. Ferner würden die betroffenen Personen in dieser Phase des Verfahrens auch noch nicht von den Parteirechten profitieren. In den Worten des Bundesverwaltungsgerichts: *«Si on lui signale de possibles violations des dispositions légales, elle [FINMA] se procurera alors les informations nécessaires auprès des personnes concernées, de leurs sociétés de révision ou de tiers (...). Cette collecte d'informations se déroule de manière informelle. La FINMA n'est, à ce stade, pas tenue au respect de la PA; les personnes concernées ne bénéficient pas des droits de parties (...).»*⁴⁶⁶¹

- 1654 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung fällt auch die Tätigkeit von Untersuchungsbeauftragten zur Sachverhaltsabklärung gemäss Art. 36 FINMAG nicht in den Anwendungsbereich des VwVG. Das Gericht begründete dies damit, dass die Handlungen von Untersuchungsbeauftragten keinen zwingenden Charakter aufweisen würden und ihnen darüber hinaus keine Verfügungskompetenz zukomme.⁴⁶⁶² Allerdings unterstehen die Beaufsichtigten gegenüber den Beauftragten der gleichen Mitwirkungspflicht wie gegenüber der Aufsichtsbehörde und es gelangen dieselben Strafandrohungen nach Art. 45 FINMAG zur Anwendung. Dass Untersuchungsbeauftragte ausserdem direkt der FINMA berichten und ihr u.U. auch Quelldokumente auszuhändigen haben und die FINMA wiederum nicht ohne Weiteres von den Berichten der Untersuchungsbeauftragten abweicht (und im Übrigen ihrerseits verbindliche Anordnungen treffen kann), hat an dieser Rechtsprechung bislang nichts geändert. Dies führt zu einer stossenden Rechtslage. So können etwa Befragungen der Mitarbeitenden formlos erfolgen ohne Beachtung des rechtlichen Gehörs, gleichwohl aber zu weitreichenden Folgen sowohl für die Mitarbeitenden als auch für das beaufsichtigte Institut führen.⁴⁶⁶³
- 1655 Zu beachten ist, dass auch die nach erfolgter Sachverhaltsabklärung geäusserten Warnungen und Empfehlungen seitens der Behörden ebenso wie vorläufige Einschätzungen, ja selbst einzelne Anordnungen an ein Unternehmen nicht immer

⁴⁶⁶¹ Urteil BVGer, B-5527/2016, 10.7.2019, E. 4.1.1. m.w.H.

⁴⁶⁶² Vgl. BGE 130 II 351, E. 3.3.2.

⁴⁶⁶³ Vgl. zur Problematik C. BECK, N 142 ff. m.w.H., die u.a. fordert, dass die Kompetenzen der Untersuchungsbeauftragten diejenigen der FINMA nicht übersteigen (*ebd.*, N 145) und die FINMA beim Erlass der Endverfügung sicherzustellen hat, dass die verwaltungsrechtlichen Verfahrensgrundrechte Beachtung finden (*ebd.*, N 146).

in Form einer Verfügung ergehen, sondern bspw. in Briefform.⁴⁶⁶⁴ Massnahmen wurden auch schon in einer Aktennotiz festgehalten,⁴⁶⁶⁵ oder der Umfang der angewandten Vollstreckungsmodalitäten wird durch die zugrunde liegende individuell-konkrete Anordnung nicht vollständig abgedeckt.⁴⁶⁶⁶ Vorabsprachen, z.B. im Vorfeld einer Bewilligungserteilung, ergehen ebenfalls, ohne eine bestimmte Verfahrensform einzuhalten. Selbst die in den Spezialgesetzen vorgesehenen Meldepflichten leiten nicht zwingend Verwaltungsverfahren ein, sondern bilden nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung u.U. eine verfahrensrechtliche Vorstufe.⁴⁶⁶⁷

Unabhängig von ihrer Informalität weisen auch tatsächliche Handlungsformen 1656 grundsätzlich das Potential auf, Private in rechtlich geschützten Interessen zu tangieren. Das Schutzbedürfnis der Betroffenen ist denn auch nicht strittig.⁴⁶⁶⁸ Trotzdem ist nicht hinreichend geklärt, inwiefern das informelle *Verwaltungshandeln* vom Geltungsbereich der Verfahrensgesetze erfasst wird und auch die verfahrensrechtlichen Mindestgarantien auf Realakte zur Anwendung gelangen. Bislang konnte sich eine vollumfängliche *Ex-ante*-Erweiterung des verfahrens(grund)rechtlichen Schutzes auf die diversen administrativen Handlungsformen und Verfahrensarten informeller Natur, d.h. eine Anerkennung ihrer Geltung bereits während des laufenden (Vorabklärungs-)Verfahrens, nicht durchsetzen – weder in der herrschenden Lehre noch in der Rechtsprechung.⁴⁶⁶⁹

Lehre und Rechtsprechung anerkennen immerhin, dass das Legalitätsprinzip, das öffentliche Interesse sowie das Verhältnismässigkeitsprinzip auch dem Verwaltungshandeln Grenzen setzen.⁴⁶⁷⁰ Entsprechend sind auch im

⁴⁶⁶⁴ Vgl. etwa die Beispiele aus der Rechtsprechung vorne N 1156 ff.

⁴⁶⁶⁵ Vgl. HÄNER, Verfahrensrechtliche Aspekte, 99 f.

⁴⁶⁶⁶ Vgl. zu solchen Fragestellungen auch THURNHERR, Verwaltungshandeln, N 950.

⁴⁶⁶⁷ Vgl. Urteil BGer, 2C_1024/2016, 23.2.2018, E. 2, wo das Bundesgericht insb. zwischen dem Meldeverfahren nach Art. 29 Abs. 1 RTVG und dem Verfügungsverfahren nach Art. 29 Abs. 2 RTVG differenzierte; dazu auch vorne N 1467 ff.

⁴⁶⁶⁸ Dazu auch vorne N 1568 ff.

⁴⁶⁶⁹ Vgl. auch THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, N 42 f.; THURNHERR, Verwaltungshandeln, N 27 ff.; vgl. auch C. BECK, N 71 ff. m.w.H.; UHLMANN, Einleitung, 8 f., der sich auf den Standpunkt stellt, dass der Geltungsbereich des Verfahrensrechts ja gerade mit Blick auf den Begriff des Verwaltungsverfahrens definiert sei. Sei ein solches noch nicht eingeleitet worden, erscheine es zumindest als seltsam, den Geltungsbereich des Verfahrensrechts einfach auszudehnen.

⁴⁶⁷⁰ Vgl. im Allgemeinen dazu UHLMANN, Einleitung, 9 f.; vgl. auch spezifisch mit Blick auf das Finanzmarktrecht BSK FINMAG-LEBRECHT, Art. 53 N 7. – Aus der Rechtsprechung vgl. etwa BGE 136 II 304, E. 6.3; vgl. auch Urteil BVGer, B-5527/2016, 10.7.2019, E. 4.1.1 (zweiter Abschnitt). Vgl. dazu auch vorne insb. N 1357 ff.

Rahmen informeller Aufsichtshandlungen nur die wirklich erforderlichen Massnahmen zulässig, wobei im Hinblick auf Massnahmen, die natürliche Personen betreffen, besondere Zurückhaltung gefordert wird.⁴⁶⁷¹

- 1657 In der neueren Lehre etabliert sich jedoch allmählich ein um die *Verwaltungshandlungen* erweiterter Verfahrensbegriff, der insb. von einer grundsätzlichen Anwendbarkeit der Verfahrensgarantien auch auf solche Handlungsformen ausgeht.⁴⁶⁷² Massgebend ist die grundlegende Prämisse, «dass nicht primär die Handlungsform, sondern vielmehr das durch behördliches Tätigwerden generierte Rechtsschutzinteresse die Reichweite der Verfahrensgrundrechte determiniert».⁴⁶⁷³
- 1658 Diese Entwicklung ist mit Blick auf die zahlreichen nicht in Verfügungsform ergehenden Verwaltungshandlungen, die im Aufsichtsverfahren als besonders verbreitet erscheinen, zu begrüssen. Nicht nur würde ein auf das formelle Verfahren verkürztes Verfahrensverständnis einen grossen Bereich des Aufsichtsrechts ausblenden, es würde auch rechtsstaatliche Schutzbedürfnisse in einem von staatlichen Eingriffen besonders geprägten Rechtsbereich ignorieren. Das Subordinationsverhältnis zwischen den staatlichen Aufsichtsbehörden und den beaufsichtigten Privaten und die damit einhergehende Machtasymmetrie impliziert *per se*, dass die Aufsichtshandlungen weitgehend in die Rechtsstellung der Beaufsichtigten eingreifen können.⁴⁶⁷⁴ Aufsichtshandlungen bewirken deshalb regelmässig aufsei-

⁴⁶⁷¹ Vgl. etwa Urteil BVGer, B-5527/2016, 10.7.2019, E. 4.1.1 f.

⁴⁶⁷² Eingehend zu diesem handlungsformübergreifenden, erweiterten Verfahrensverständnis vgl. THURNHERR, Verwaltungshandeln, N 27 ff. und N 34 ff., die eine viergliedrige Definition vorschlägt: Danach wird das nichtstreitige Verwaltungsverfahren verstanden als «Vorgang der Informationsgewinnung und -verarbeitung, der in der Verantwortung eines Trägers der öffentlichen Verwaltung abläuft, ein konkretes Verfahrensziel in der Form einer Verwaltungshandlung oder -entscheidung intendiert und nicht in der Überprüfung eines bereits ergangenen Entscheids besteht» (*ebd.*, N 35). Das letzte Element bezieht sich auf die Beurteilung von Rechtsstreitigkeiten durch Verwaltungsbehörden (*ebd.*, N 42), womit das nichtstreitige Aufsichtsverfahren von dieser Definition mehrheitlich erfasst wird (nicht so aber etwa das Beschwerdeverfahren vor der UBI nach Art. 94 ff. RTVG).

⁴⁶⁷³ THURNHERR, Verwaltungshandeln, N 528 sowie etwa N 484 mit Verweis auf rechtsvergleichende Erkenntnisse. Ein solches Verständnis liegt bspw. auch dem «Recht auf eine gute Verwaltung» gemäss Art. 41 EU-Grundrechtecharta zugrunde, womit auf internationaler Ebene verfahrensrechtliche Vorgaben auch für nichtstreitige Verwaltungsverfahren statuiert und von der Handlungsform, in die diese Verfahren münden, abgekoppelt werden (vgl. *ebd.*, N 1028). Vgl. so auch bereits RICHLI, Rechtsschutz, 1437; M. MÜLLER, Grenzsituationen, 316 f.; WALDMANN, Anordnungen, 505 ff.

⁴⁶⁷⁴ Dazu auch vorne N 56 sowie N 1338 ff. zu regelmässig bewirkten Grundrechtseingriffen.

ten der betroffenen Beaufsichtigten ein spezifisches sog. «subjektives Schutzinteresse», das THURNHERR als Betroffenheit einer bestimmten Qualität und Intensität auslegt, das nicht oder zumindest nicht ausschliesslich mittels nachträglichen Rechtsschutzes befriedigt werden kann.⁴⁶⁷⁵ Auf einer höheren Abstraktionsebene lässt sich von der «Gefahr einer Degradierung zum Objekt» sprechen, die den Ausgangspunkt für den Ruf nach verfahrensakzessorischen Schutzmassnahmen bildet.⁴⁶⁷⁶ – Die nachfolgende Untersuchung ausgewählter Verfahrensgarantien (Anspruch auf unabhängige und unbefangene Beurteilung sowie Nemo-tenetur-Grundsatz) verdeutlicht, dass im Aufsichtsbereich im Grundsatz von einem weiten – auch die Aufsichtshandlungen erfassenden – Verfahrensbegriff ausgegangen werden muss, wenn ein angemessener Schutz der Rechtsstellung der Beaufsichtigten erreicht werden soll.

II. Art. 6 EMRK im Aufsichtsverfahren

Die in Art. 6 Ziff. 1 EMRK gewährleisteten Verfahrensgarantien kommen dann zur Anwendung, wenn der Geltungsbereich dieser Norm betroffen ist. Dies ist einerseits der Fall bei Streitigkeiten bezüglich «zivilrechtlicher Ansprüche und Verpflichtungen», andererseits bei «strafrechtlichen Anklagen». Diese Begriffe werden vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) autonom ausgelegt, d.h. unter Berücksichtigung der vom EGMR entwickelten Rechtsprechung, die jeweils an die in den Konventionsstaaten herrschenden Auffassungen angelehnt ist, jedoch unabhängig vom innerstaatlichen Recht erfolgt.⁴⁶⁷⁷ Erfasst

⁴⁶⁷⁵ Nicht die Handlungsformen an sich, sondern das sog. «subjektive Schutzinteresse» bildet nach THURNHERR den Ausgangspunkt für eine Ausdehnung des Geltungsbereichs der Verfahrensgrundrechte. Daraufgehend sei jeweils zu prüfen, ob die fragliche Verfahrensart inhärente Schutzmechanismen vorzuweisen habe, die zusätzliche Verfahrensgrundrechte – wie bspw. zusätzliche Gehörsansprüche – obsolet machen würden (sog. «verfahrensinhärente funktionale Äquivalenten»). In einem nächsten Schritt sei zu klären, ob in der konkreten Konstellation spezifische Interessen gegen eine Gewährung verfahrensgrundrechtlichen Schutzes sprächen (sog. «objektive Schutzwürdigkeit»), wozu auch eine Berücksichtigung des Kriteriums der «Justiziabilität» gehöre. Vgl. zu diesem methodischen Vierschritt THURNHERR, Verwaltungshandeln, N 526 ff. und insb. N 531; vgl. auch den Überblick bei THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, N 43.

⁴⁶⁷⁶ Vgl. THURNHERR, Verwaltungshandeln, N 540 und N 543 ff., insb. zum «Verhältnis spezifisch gearteter Subordination», das sie insb. nicht an einer bestimmten Handlungsform festmacht.

⁴⁶⁷⁷ Vgl. auch RHINOW ET AL., N 113.

werden dadurch auch Angelegenheiten, die in den einzelnen Mitgliedstaaten dem öffentlichen Recht bzw. Verwaltungsrecht zugeordnet werden.⁴⁶⁷⁸ Dazu gehören insb. aufsichtsrechtliche Konstellationen.

A. «Zivilrechtliche» Aufsichtsverfahren i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK

1660 Als «*zivilrechtlich*» i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK gelten nicht nur privatrechtliche Angelegenheiten im Sinne des innerstaatlichen Rechts, sondern auch zahlreiche «privatrechtsnahe» Streitigkeiten, die mitunter dem öffentlichen Recht⁴⁶⁷⁹ und dabei dem Aufsichtsrecht zugeordnet werden können:

1661 – Streitigkeiten über die Bewilligung oder Einschränkung einer gewerblichen Tätigkeit oder eines freien Berufs fallen in den Anwendungsbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Verwiesen werden kann bspw. auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Verfahren vor den kantonalen Aufsichtsbehörden über die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte.

In BGE 125 I 417 hatte das Bundesgericht über ein Disziplinarverfahren gegen einen Rechtsanwalt zu befinden, das mit einer Busse wegen standeswidriger Werbung abgeschlossen worden war. Das Gericht differenzierte in diesem Fall dahin gehend, dass «Disziplinarrechtsstreitigkeiten, welche zur Einstellung oder zum Entzug der Berufsausübungsbewilligung führen, (...) in der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der Organe der Europäischen Menschenrechtskonvention als zivilrechtlich im Sinne von Art. 6 EMRK [gelten] (...). Nicht zivilrechtlicher Natur ist jedoch nach konstanter Praxis die Ausfällung einer Busse wegen Verletzung von Berufspflichten – dies grundsätzlich unabhängig von der Höhe der ausgesprochenen Busse; es wird einzig als entscheidend betrachtet, ob das Recht des Betroffenen, seinen Beruf auszuüben, eingeschränkt wird.»⁴⁶⁸⁰

⁴⁶⁷⁸ Vgl. für einen Überblick über die Auslegung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK z.B. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 74 ff.; vgl. FROWEIN/PEUKERT, Art. 6 N 5 ff. und N 25 ff.; vgl. eingehend GRABENWARTER/PABEL, § 24 N 4 ff.

⁴⁶⁷⁹ KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 39 N 2027.

⁴⁶⁸⁰ BGE 125 I 417, E. 2b. Vgl. auch BGE 126 I 228, E. 2a/aa; 131 I 467, E. 2.9, wo es um eine richterliche Überprüfung der Berufszulassungsprüfung (d.h. des Anwaltspatents) ging. Das Bundesgericht gelangte zum Schluss, dass Art. 6 Ziff. 1 EMRK nicht auf Prüfungen anwendbar sei, soweit es um die Beurteilung der zur Berufsausübung notwendigen Kenntnisse und Erfahrungen gehe und keine (justiziable) «Streitigkeit» vorliege. Das Gericht schlussfolgerte, «[d]a der Beschwerdeführer ausschliesslich materielle Rügen gegen die Bewertung seiner Prüfungsleistung vorbringt, kommt Art. 6 Ziff. 1 EMRK vorliegend nicht zur Anwendung. Ob die Basler Advokaten-Prüfungskommission ein unabhängiges Gericht im Sinn von Art. 6 Ziff. 1 EMRK ist, kann daher

- Auch Streitigkeiten um Konzessionen ordnete das Bundesgericht dem Anwendungsbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu, allerdings unter der Voraussetzung, dass ein Rechtsanspruch auf diese besteht oder der Entzug in Frage steht.⁴⁶⁸¹ 1662
- Finanzmarktrechtliche Streitigkeiten gelten ebenfalls grundsätzlich als «zivilrechtlich» im Sinne der englischen Verwendung des Begriffs «*civil rights*» in Art. 6 Ziff. 1 EMRK.⁴⁶⁸² 1663
- Schliesslich gehören auch Fälle im Bereich der Staatshaftung in den Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK.⁴⁶⁸³ 1664

Streitigkeiten im Hinblick auf angeordnete Aufsichtsmassnahmen hingegen fallen i.d.R. nicht in die Kategorie der «zivilrechtlichen» Angelegenheiten.⁴⁶⁸⁴ 1665

B. «Strafrechtliche» Aufsichtsverfahren i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK

Ebenfalls in den Anwendungsbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK fallen «strafrechtliche Anklagen». Der Begriff setzt allerdings keine formelle Anklageerhebung voraus; erfasst sind auch strafrechtsähnliche Verwaltungsverfahren. Wie in Kapitel III ausgeführt, liegen «strafrechtliche Anklagen» nach der gefestigten, lang-

offen bleiben.» – Vgl. auch (zur Bewilligung der freiberuflichen ärztlichen Tätigkeit) EGMR, *Gautrin und andere gegen Frankreich*, Nr. 21257/93, 21258/93, 21259/93 und 21260/93, Urteil vom 20.5.1998, Reports 1998-III, § 33; *Kraska gegen die Schweiz*, Nr. 13942/88, Urteil vom 19.4.1993, Serie A254-B, §§ 23 ff.

⁴⁶⁸¹ Vgl. BGE 142 I 99, E. 2.3; 132 II 485, E. 1.4; 125 II 293, E. 5b m.w.H.

⁴⁶⁸² Vgl. Urteil BGer, 2A.111/2004, 15.7.2004, E. 1.2.1 mit Verweis auf BGE 126 II 71, nicht veröffentlichte Erwägung 3; vgl. auch BSK FINMAG-HSU/BAHAR/FLÜHMANN, Art. 32 N 13 zum Verwaltungsverfahren vor der FINMA zum Erlass einer Feststellungsverfügung gemäss Art. 32 FINMAG; C. BECK, N 294 m.w.H.

⁴⁶⁸³ Vgl. BGE 136 II 187, E. 8.2.1; 134 I 331, E. 2.1; Urteil BGer, 2C_58/2016, 27.3.2017, E. 5.5; 2C_84/2012, 15.12.2012, E. 3.1 (nicht publiziert in BGE 139 IV 137). – Zur Verantwortlichkeit der FINMA im Besonderen und zur Anwendbarkeit von Art. 6 Ziff. 1 EMRK vgl. Urteil BVGer, A-3504/2016, 8.11.2017, E. 4.1.1, E. 4.3.2 und E. 4.3.4, sowie Urteil BVGer, A-698/2018, 6.12.2018, E. 4.1.

⁴⁶⁸⁴ Vgl. GRABENWARTER/PABEL, § 24 N 14; vgl. auch KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 39 N 2027, die grundsätzlich nicht von «zivilrechtlichen» Angelegenheiten ausgehen, wenn der subordinationsrechtliche Charakter des Rechtsverhältnisses im Vordergrund steht. Sie bezeichnen denn auch in allgemeiner Weise als «zivilrechtlich», «was einen Bezug zu geldwerten oder vermögenswerten Ansprüchen, zur Persönlichkeit oder zu Verträgen zwischen grundsätzlich gleichgeordneten Parteien hat und nicht Verhältnisse betrifft, in denen das Individuum staatlicher Regierungs- oder Rechtsdurchsetzungsgewalt untersteht».

jährigen Rechtsprechung des EGMR sowie des Bundesgerichts dann vor, wenn (1) das nationale Recht eine staatliche Massnahme dem Strafrecht zuordnet oder (2) die Natur der Zuwiderhandlung und deren Folgen oder aber (3) die Art und Schwere der angedrohten Sanktion für ihren strafrechtlichen Charakter spricht.⁴⁶⁸⁵ Die nach der Rechtsprechung als sog. Engel-Kriterien bekannten Voraussetzungen sind alternativ zu verstehen; ist eines erfüllt, wird von einer «strafrechtlichen Anklage» ausgegangen und gilt Art. 6 Ziff. 1 EMRK als anwendbar, auch wenn das betreffende Zwangsmittel aus der Sicht des innerstaatlichen Rechts nicht dem Strafrecht zuzuordnen ist.⁴⁶⁸⁶

- 1667 Im Aufsichtsverfahren findet Art. 6 Ziff. 1 EMRK bspw. Anwendung im Zusammenhang mit Normen, die von Verwaltungsbehörden ausgesprochene strafrechtliche Sanktionen für Rechtsverletzungen vorsehen. Wie vorne ausgeführt, sind es die Aufsichtsbehörden – und damit Verwaltungsbehörden –, welche für die entscheidend einzuleitenden Strafverfahren i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK zuständig sind.⁴⁶⁸⁷
- 1668 Zusätzlich lassen sich – wie in Kapitel III aufgezeigt wurde⁴⁶⁸⁸ – unterschiedliche Aufsichtsmassnahmen im konkreten Einzelfall als «Strafe» im Sinne der Engel-Kriterien auffassen. Ist dies der Fall, sind für das «strafrechtsähnliche», aber «eigentliche» Verwaltungsverfahren ebenfalls die strafrechtlichen Verfahrensgarantien nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu beachten und kommen im Übrigen auch die Mindestgarantien nach Art. 6 Ziff. 2 und 3 EMRK zur Anwendung.⁴⁶⁸⁹

⁴⁶⁸⁵ Dazu vorne N 1296 ff.

⁴⁶⁸⁶ Dazu vorne N 1302; vgl. aus der Rechtsprechung EGMR *Chambaz gegen die Schweiz*, Nr. 11663/04, 5.4.2012, § 41, wo das Gericht ausführte: «*A cet égard, la Cour rappelle que la Convention doit être interprétée de manière à garantir le caractère concret et effectif des droits qui y sont garantis (...). Elle irait à l'encontre de ce but, si elle s'estimait liée par les qualifications contenues dans l'ordre juridique interne, car cela aurait pour conséquence que l'application de l'article 6 de la Convention à certaines catégories de litiges serait subordonnée à la volonté souveraine des Etats membres.*»

⁴⁶⁸⁷ Dazu vorne N 1286.

⁴⁶⁸⁸ Dazu vorne N 1294 ff.

⁴⁶⁸⁹ Der Begriff der strafrechtlichen Anklage gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK gilt auch für den Geltungsbereich von Ziff. 2 und 3 dieser Bestimmung. Art. 6 EMRK wird nämlich als Einheit begriffen; die Unschuldsvermutung in Art. 6 Ziff. 2 EMRK und die Verfahrensgarantien in Strafsachen nach Art. 6 Ziff. 3 EMRK werden als spezifische Anwendungsfälle der allgemeinen Verfahrensgarantien nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK aufgefasst. Vgl. dazu HÄNER, Mindestgarantien, 31 f.; TOPHINKE, 136 m.w.H. auf die Rechtsprechung des EGMR; HARRENDORF/KÖNIG/VOIGT, Handkommentar EMRK, Art. 6 N 103 und N 237.

III. Gerichtliche Verfahrensgarantien im Aufsichtsverfahren? – Der Anspruch auf unabhängige und unbefangene Beurteilung im Besonderen

A. Vorbemerkungen

1. Überblick

Der Anspruch auf unabhängige und unbefangene Beurteilung gilt als unverzichtbare Voraussetzung für ein korrektes und faires Verfahren, das in einen gerechten Entscheid mündet, wirkt er doch insb. darauf hin, dass die Rechtsanwendung ohne sachfremde Beeinflussung erfolgt.⁴⁶⁹⁰ Als Rechtsgrundlage dieser Verfahrensgarantie dient primär Art. 30 Abs. 1 BV, eine Norm die auf sog. «gerichtliche» Verfahren zur Anwendung gelangt.⁴⁶⁹¹ Der Anspruch wird ferner auch aus Art. 29 Abs. 1 BV abgeleitet.⁴⁶⁹² 1669

In grundsätzlicher Weise hielt das Bundesgericht in BGE 114 Ia 50 zu Art. 58 Abs. 1 aBV 1874 als Vorläuferbestimmung von Art. 30 BV sowie zu den in Art. 6 Ziff. 1 EMRK festgeschriebenen Garantien fest, dass sie «zu der für einen korrekten fairen Prozess notwendigen Offenheit des Verfahrens im Einzelfall beitragen und damit letztlich ein gerechtes Urteil ermöglichen. Offenheit des Verfahrens und Möglichkeit eines gerechten Urteils werden aber gefährdet, wenn ausserhalb des Prozesses liegende Umstände in sachwidriger Weise auf das Verfahren einwirken.»⁴⁶⁹³ 1670

⁴⁶⁹⁰ Vgl. etwa BGE 114 Ia 50, E. 3c; vgl. auch THURNHERR, Verwaltungshandeln, N 201; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 42 N 2191 zum Recht auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht.

⁴⁶⁹¹ Art. 30 Abs. 1 BV lautet folgendermassen: «Jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, hat Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht. Ausnahmegerichte sind untersagt.»

⁴⁶⁹² Art. 29 Abs. 1 BV verpflichtet die Behörden generell auf «gleiche und gerechte» und damit faire Behandlung der Verfahrensbeteiligten. Aus dieser Bestimmung ebenfalls abgeleitet werden das Verbot der (formellen) Rechtsverweigerung, das Verbot der Rechtsverzögerung und das Verbot des überspitzten Formalismus. Punktuell anerkannt wird ausserdem das Gebot der Waffengleichheit sowie ein verfahrensrechtliches Treuegebot. Aufgrund der offenen Tragweite von Art. 29 Abs. 1 BV wird diese Bestimmung auch als «Auffanggrundrecht» oder «Auffangtatbestand» bezeichnet (MÜLLER/SCHEFER, 821 ff.; STEINMANN/SCHINDLER/WYSS, SG-Kommentar BV, Art. 29 N 29; RHINOW ET AL., N 275). Art. 6 EMRK und Art. 14 UNO-Pakt II enthalten ähnliche Garantien, sind jedoch auf einen engeren Geltungsbereich beschränkt (vgl. etwa RHINOW ET AL., N 275 sowie N 108 ff. und N 148 ff.).

⁴⁶⁹³ BGE 114 Ia 50, E. 3c.

- 1671 Unabhängig und unbefangen ergangene Entscheidungen schaffen ausserdem Vertrauen in das konkrete Verfahren sowie in die dahinterstehenden Behörden. Dadurch wird wiederum die Akzeptanz und damit auch die Geltungskraft und Legitimation der erlassenen Entscheidungen bei den Betroffenen – das Bundesgericht sprach von der «inneren Anerkennung» des Urteils⁴⁶⁹⁴ –, aber auch innerhalb der Rechtsgemeinschaft generell gefördert.⁴⁶⁹⁵
- 1672 Der Anspruch umfasst zwei Aspekte: die Garantie einer (organisatorisch und institutionell) unabhängigen Entscheidungsinstanz einerseits und den personenbezogenen Anspruch auf unbefangene Beurteilung durch die Entscheidungsträger andererseits.⁴⁶⁹⁶ Beide konkretisieren und sichern den gewaltenteiligen Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit nach Art. 191c BV.⁴⁶⁹⁷
- 1673 Wie nach einigen terminologischen Vorbemerkungen⁴⁶⁹⁸ aufzuzeigen sein wird, sind beide Aspekte auch im Aufsichtskontext grundsätzlich von Relevanz und können von beaufsichtigten juristischen Personen geltend gemacht werden.⁴⁶⁹⁹ Allerdings stellt sich dabei die Frage nach der Anwendbarkeit von Art. 30 Abs. 1 BV auf Aufsichtsverfahren.⁴⁷⁰⁰
- 1674 Das Verfahren vor Aufsichtsbehörden wird unbestrittenermassen als Verwaltungsverfahren klassifiziert und damit dem Anwendungsbereich von Art. 29 BV zuge-

⁴⁶⁹⁴ *Ebd.*

⁴⁶⁹⁵ *Ebd.* Vgl. ebenfalls zur Funktion der Garantien von Art. 30 BV KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 42 N 2177; vgl. auch vorne N 627.

⁴⁶⁹⁶ Beeinflusst von der Rechtsprechung des EGMR, findet man auch die Unterscheidung zwischen der «objektiven» und der «subjektiven» Unabhängigkeit (vgl. insb. EGMR, *Cooper gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 48843/99, 16.12.2003, § 104). Vgl. zum Ganzen KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, 13 f.; BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N 35 f.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCH, N 193; vgl. auch KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 42 N 2192.

⁴⁶⁹⁷ Vgl. auch KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 42 N 2192.

⁴⁶⁹⁸ Dazu sogleich N 1677 ff.

⁴⁶⁹⁹ Grundsätzlich können sich beaufsichtigte Unternehmen auf sämtliche Verfahrensgarantien berufen. Ausnahmen gelten nur, soweit eine Garantie auf natürliche Personen zugeschnitten ist, wie bspw. die verfahrensrechtlichen Ansprüche gemäss Art. 31 BV (vgl. etwa KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 39 N 2016; STEINMANN/SCHINDLER/WYSS, SG-Kommentar BV, Art. 29 N 20 f.; BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N 10). Ferner gilt die Anwendbarkeit des Nemo-tenetur-Grundsatzes auf juristische Personen als umstritten (dazu hinten N 1767 ff.).

⁴⁷⁰⁰ Dazu sogleich N 1680 ff.

wiesen. Diese Bestimmung erfasst die grundlegenden, «allgemeinen» Verfahrensrechte, die in sämtlichen Verfahren Anwendung finden.⁴⁷⁰¹

Wie gesehen, hat sich das Bundesgericht inzwischen mit zahlreichen Aufsichtsbehörden auseinandergesetzt und dabei in ständiger Rechtsprechung festgehalten, dass sämtliche der untersuchten Behörden zur Verwaltung und nicht etwa zur Judikative gehören, trotz verschiedenen z.T. «quasi-richterlichen» Aufgaben und Kompetenzen, denen einige ebenfalls nachkommen.⁴⁷⁰²

Im Grundsatz wurde sowohl in der Lehre als auch in der Gerichtspraxis bereits 1675 aus dem Wortlaut von Art. 29 und Art. 30 BV wiederholt abgeleitet, dass für Verwaltungsverfahren nicht die gleich strengen Anforderungen gelten wie für Gerichtsverfahren. Insbesondere die Anforderungen an die *institutionelle Unabhängigkeit* von Gerichten gemäss Art. 30 Abs. 1 BV könne nicht ohne Weiteres auf Verwaltungsbehörden übertragen werden.⁴⁷⁰³ Hingegen leitet das Bundesgericht aus Art. 29 Abs. 1 BV einen weitgehend mit Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK übereinstimmenden und auch auf der Rechtsprechung zu diesen Artikeln beruhenden Anspruch auf *unbefangene Beurteilung* ab, der von den Verwaltungsbehörden zu beachten ist.⁴⁷⁰⁴

Was generell für Verwaltungsbehörden inzwischen als etablierte Praxis anerkannt 1676 ist, ist im Aufsichtskontext jedoch zu relativieren. Die folgende Untersuchung zeigt auf, dass es Konstellationen gibt, in denen auch gewisse Aufsichtsbehörden als «materielle Gerichte» anerkannt und verfahrensrechtlich behandelt werden.⁴⁷⁰⁵ Hinzu kommt, dass Aufsichtsbehörden, wie gesehen, nicht selten Kompetenzen zugewiesen erhalten, «zivil-» oder «strafrechtliche» Massnahmen anzuordnen, was wiederum zur Massgeblichkeit insb. von Art. 30 und Art. 32 BV bzw. Art. 6

⁴⁷⁰¹ Vgl. KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 40 N 2045; vgl. auch STEINMANN/SCHINDLER/Wyss, SG-Kommentar BV, Art. 29 N 28 f. – Im Gegensatz zu Art. 29 BV sind Art. 30, Art. 31 und Art. 32 BV auf bestimmte Verfahren beschränkt: Art. 30 BV betrifft das gerichtliche Verfahren, Art. 31 BV nennt Mindestgarantien im Kontext des Freiheitsentzugs und Art. 32 BV enthält strafprozessuale Garantien. – Vgl. zum Ganzen KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 39 N 2023 f.; RHINOW ET AL., N 267; MÜLLER/SCHEFER, 818 und 851. Vgl. aus der Rechtsprechung etwa BGE 130 I 269, E. 2.3.

⁴⁷⁰² Vgl. dazu insb. die Rechtsprechungsübersicht vorne N 562 ff.

⁴⁷⁰³ Vgl. Urteil BGer, 2C_931/2015, 12.10.2016, E. 5.1; 2C_695/2014, 16.1.2015, E. 4.2; 2C_732/2008, 24.3.2009, E. 2.2.1; vgl. auch Urteil BVGer, A-3504/2016, 8.11.2017, E. 4.1.1; vgl. dazu auch hinten N 1698 m.w.H.

⁴⁷⁰⁴ Dazu hinten N 1711 ff.

⁴⁷⁰⁵ Dazu sogleich N 1682 ff. und N 1695 ff.

Ziff. 1 EMRK führt.⁴⁷⁰⁶ Ferner verlangen die spezialgesetzlichen Aufsichtsbestimmungen regelmässig eine unabhängige institutionelle Ausgestaltung auch von Aufsichtsbehörden, die nicht rechtsprechend tätig sind – wie dies in Kapitel II eingehend dargelegt worden ist.⁴⁷⁰⁷ Dies führt zur Fragestellung, ob neben dem Anspruch auf eine unbefangene Entscheidungsinstanz nicht auch ein Anspruch auf eine institutionell unabhängig ausgestaltete Aufsichtsbehörde i.S.v. Art. 30 Abs. 1 BV besteht⁴⁷⁰⁸ – eine Frage, die allerdings bislang weder in der Lehre noch in der Rechtsprechung so pointiert ausformuliert, geschweige denn beantwortet worden ist.

2. Terminologische Differenzierungen

- 1677 Im Folgenden wird die hier interessierende Garantie als Anspruch auf *unabhängige* und *unbefangene* Beurteilung formuliert. Damit kommt die Art. 30 Abs. 1 BV zugrunde liegende Differenzierung zwischen einem Anspruch auf eine gewisse organisatorische und institutionelle, «objektive» Ausgestaltung der Entscheidungsinstanz sowie einem Anspruch auf bestimmte personenbezogene, «subjektive» Anforderungen zum Ausdruck. Der Begriff der Unabhängigkeit bezieht sich nach dem hier verwendeten Verständnis auf ersteren.⁴⁷⁰⁹ An ihm wird festgehalten,⁴⁷¹⁰

⁴⁷⁰⁶ Dazu vorne N 1294 ff. und N 1659 ff. sowie hinten N 1705 f.

⁴⁷⁰⁷ Zur Unabhängigkeit als Kernkriterium der Aufsicht vgl. vorne N 627 ff. Zu organisationsrechtlichen Vorgaben an die unabhängige Ausgestaltung von dezentralen Aufsichtsbehörden vgl. ausserdem vorne N 704 ff., N 746 ff., N 772 ff. und N 795 ff. (zu Aufsichtsbehörden in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Anstalten) sowie N 869 ff., N 894 ff. und N 900 ff. (zu Aufsichtsbehörden in der Rechtsform von Behördenkommissionen). Vgl. dazu auch hinten N 1700 ff.

⁴⁷⁰⁸ Dazu hinten N 1707 ff.

⁴⁷⁰⁹ Vgl. ebenso B. SCHINDLER, Befangenheit, 6 f.; vgl. auch THURNHERR, Verwaltungshandeln, N 315. Beide Autoren führen aus, dass solche institutionellen Anforderungen im (nichtstreitigen) Verwaltungsverfahren – anders als in Verfahren gerichtlicher Natur – nicht vorausgesetzt werden könnten, da die Verwaltungsbehörden eingegliedert seien in die Verwaltungshierarchie und gegenüber den vorgesetzten Stellen i.d.R. weisungsgebunden agierten. Wie aufzuzeigen sein wird, nehmen Aufsichtsbehörden diesbezüglich aber eine Sonderstellung ein (dazu hinten N 1695 ff.).

⁴⁷¹⁰ Vgl. hingegen THURNHERR, Verwaltungshandeln, N 315, die auf die Verwendung dieses Begriffs verzichtet. Sie führt dazu aus, dass die institutionellen Anforderungen an ein Gericht im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren nicht vorausgesetzt werden könnten. Vgl. ebenso HÄNER, Organisationsrecht, N 28.27.

nicht zuletzt, weil insb. die aufsichtsrechtlichen Organisationserlasse regelmässig diese Terminologie verwenden.⁴⁷¹¹

In der Literatur kursieren im Zusammenhang mit den «subjektiven» Anforderungen an die involvierten Amtsträger unterschiedliche Terminologien.⁴⁷¹² Es ist – wohl anknüpfend an den Wortlaut von Art. 30 Abs. 1 BV – von Unparteilichkeit⁴⁷¹³ die Rede, wiederum von Unabhängigkeit⁴⁷¹⁴ sowie von Unvoreingenommenheit⁴⁷¹⁵ und Unbefangenheit⁴⁷¹⁶. 1678

Vom in Art. 30 Abs. 1 BV verwendeten Begriff der «Unparteilichkeit» wird im Rahmen dieser Untersuchung Abstand genommen. Zwar bringt dieser den Schutz vor Partikularinteressen zum Ausdruck, er passt jedoch nicht genügend auf das Aufsichtsverfahren, in dem die Behörden regelmässig nicht nur objektiv rechtsanwendend tätig sind, sondern darüber hinaus – *«per definitionem»* «parteilich» oder «parteisch»⁴⁷¹⁷ – die dem Aufsichtsregime zugrunde liegenden öffentlichen Interessen vertreten.⁴⁷¹⁸ Aus diesem Grund ist u.a. mit THURNHERR dafür zu plädieren, die für das Verwaltungsverfahren treffenderen deutschen Begriffe der Unbefan- 1679

⁴⁷¹¹ Vgl. dazu die Hinweise auf einschlägige Bestimmungen vorne in N 704 ff., N 746 ff., N 772 ff. und N 795 ff. (zu Aufsichtsbehörden in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Anstalten) sowie N 869 ff., N 894 ff. und N 900 ff. (zu Aufsichtsbehörden in der Rechtsform von Behördenkommissionen).

⁴⁷¹² Vgl. den Überblick bei THURNHERR, Verwaltungshandeln, N 314 ff.; B. SCHINDLER, Befangenheit, 6 ff.; KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, 56 f., die sich allerdings für eine offene Begriffsverwendung im Kontext von Justizverfahren ausspricht.

⁴⁷¹³ MÜLLER/SCHEFER, 931 (wo sie allerdings neben der Unparteilichkeit auch die Unbefangenheit nennen) und 947; vgl. die Überschriften in KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 40 II.2, § 42 V und § 42 V.3; STEINMANN/SCHINDLER/WYSS, SG-Kommentar BV, Art. 30 N 22 und N 26; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 193; vgl. ebenfalls zur Abgrenzung der Begriffe «Unabhängigkeit» und «Unparteilichkeit» D. FISCHER, 67 ff.; vgl. zum Begriff der «Unparteilichkeit» insb. im deutschen Recht FEHLING, Verwaltung, 4 ff.

⁴⁷¹⁴ MÜLLER/SCHEFER, 936 ff., 947; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 42 V (die Überschrift) sowie N 2190 ff. und N 2193; vgl. auch KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 193.

⁴⁷¹⁵ Vgl. dazu z.B. STEINMANN/SCHINDLER/WYSS, SG-Kommentar BV, Art. 30 N 22.

⁴⁷¹⁶ B. SCHINDLER, Befangenheit, 6 f.; so auch mit begründeter Differenzierung THURNHERR, Verwaltungshandeln, 314 ff.; HÄNER, Organisationsrecht, N 28.27.

⁴⁷¹⁷ B. SCHINDLER, Befangenheit, 7 (eigene Hervorhebung).

⁴⁷¹⁸ Dazu vorne N 95 ff. und N 547 ff. sowie hinten N 1697. Vgl. auch THURNHERR, Verwaltungshandeln, N 315.

genheit und der Unvoreingenommenheit auch im hier interessierenden Kontext zu verwenden, wobei der Terminus der Unbefangenheit meist vorgezogen wird.⁴⁷¹⁹

B. Anspruch auf eine (institutionell) unabhängige Aufsichtsbehörde?

1. Materieller Anwendungsbereich von Art. 30 Abs. 1 BV

1680 Der Anspruch auf eine institutionell unabhängige Entscheidungsinstanz lässt sich übersetzen als Anspruch auf eine organisatorisch eigenständig ausgestaltete entscheidende Behörde, die ihre Tätigkeiten frei von sachfremden Einwirkungen – ausgehend von den anderen Staatsgewalten oder aber den Verfahrensparteien – ausüben kann.⁴⁷²⁰ Wie gesehen, stellt der Anspruch eine massgebliche verfassungsrechtliche Anforderung an die Gerichte. Es soll nicht jemand in richterlicher Funktion tätig sein, der unter sachfremden Einflüssen steht und deshalb kein «rechter Mittler» (mehr) sein kann.⁴⁷²¹

1681 Stellt man auf die Formulierung von Art. 30 Abs. 1 BV ab, wird die Frage, ob diese Bestimmung auch auf Aufsichtsverfahren anwendbar sein soll, verneint, denn die gewählte Formulierung erfasst ausschliesslich «gerichtliche Verfahren».⁴⁷²² Art. 29 Abs. 1 BV hingegen bezieht sich bereits vom Wortlaut her sowohl auf Verfahren vor Gerichts- als auch vor Verwaltungsinstanzen.⁴⁷²³ Die beiden Normen enthalten unterschiedliche materielle Gehalte: Art. 29 Abs. 1 BV verankert den «Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung», Art. 30 Abs. 1 BV hingegen einen «Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht». Ausgehend vom Wortlaut von Art. 29 und Art. 30 BV

⁴⁷¹⁹ So auch THURNHERR, *Verwaltungshandeln*, N 315; vgl. in diesem Sinne auch HÄNER, *Organisationsrecht*, N 28.27; vgl. auch STEINMANN/SCHINDLER/WYSS, *SG-Kommentar BV*, Art. 29 N 47.

⁴⁷²⁰ Vgl. so etwa auch KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 42 N 2193; vgl. auch vorne N 634 ff. zum Begriff der Unabhängigkeit im Aufsichtszusammenhang.

⁴⁷²¹ BGE 33 I 143, E. 2; vgl. auch BGE 114 Ia 50, E. 3b; vgl. auch BIAGGINI, *Kommentar BV*, Art. 30 N 7.

⁴⁷²² Die Norm ist wiedergegeben in Fn. 4691 (N 1669).

⁴⁷²³ Der Wortlaut von Art. 29 Abs. 1 BV lautet: «Jede Person hat in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist.»

findet sich in der Rechtsprechung wiederholt das Argument, dass für Verwaltungsverfahren nicht die gleichen Anforderungen gelten wie für Gerichtsverfahren.⁴⁷²⁴

Gleichwohl hat es sich in der Rechtsprechung etabliert, dass von der Anwendbarkeit der Verfahrensanforderungen i.S.v. Art. 30 BV auszugehen ist, sobald die entscheidende Behörde die erforderlichen funktionellen sowie institutionellen Kriterien eines «Gerichts» im Verfassungssinne erfüllt, auch wenn sie sich von einem «ordentlichen Gericht klassischer Natur» unterscheidet. Ob ein Spruchkörper ein «Gericht» i.S.v. Art. 30 BV ist, hängt in solchen Fällen insb. nicht von seinem Namen oder seiner Bezeichnung ab.⁴⁷²⁵ Massgeblich für diese Entwicklung zeigte sich die Rechtsprechung des EGMR zu den Verfahrensgarantien der Konvention.⁴⁷²⁶ Danach muss eine Behörde, um als konventionskonformes, «materielles Gericht» anerkannt zu werden, (i) einerseits eine *rechtsprechende Funktion* wahrnehmen und (ii) andererseits *unabhängig* sein:

- Die *rechtsprechende Funktion* wird erfüllt, wenn die Behörde die in ihre Zuständigkeit fallenden Angelegenheiten «auf der Grundlage von Rechtsvorschriften nach Durchführung eines geregelten Verfahrens» entscheidet.⁴⁷²⁷ Dass die Behörde zusätzlich zur rechtsprechenden auch noch andere Funktionen – administrative, disziplinarische oder beratende – zu erfüllen hat, schliesst die Verwendung eines materiellen Gerichtsbegriffs noch nicht aus.⁴⁷²⁸ 1683
- Mit dem Erfordernis der Unabhängigkeit angesprochen wird die *institutionelle Unabhängigkeit* der Behörde gegenüber den anderen Staatsgewalten, anderen Gerichten, den Verfahrensparteien sowie gegenüber gesellschaftlichen Kräften. 1684

⁴⁷²⁴ Vgl. etwa die vorne in Fn. 4703 aufgeführte Rechtsprechung (N 1675).

⁴⁷²⁵ Vgl. etwa KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 42 N 2180 ff. m.w.H.; KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, 230.

⁴⁷²⁶ Vgl. KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, 230 ff. mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung des EGMR.

⁴⁷²⁷ EGMR, *Demicoli gegen Malta*, Nr. 13057/87, 27.8.1991, Serie A210, § 39 (Übersetzung der Verfasserin).

⁴⁷²⁸ Vgl. KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, 231 f.; vgl. auch G. MÜLLER, Gerichtliche Beschwerdeinstanz, 61 f.

Gestützt auf Art. 191c BV sind die Gerichte und ihre Mitglieder in ihrer Rechtssprechungstätigkeit «nur dem Recht verpflichtet»; sie dürfen – mit Ausnahme der Rechtsmittelentscheide einer übergeordneten Instanz – keine Befehle oder Weisungen der übrigen Staatsgewalten entgegennehmen.⁴⁷²⁹ Ihre organisatorisch eigenständige Ausgestaltung soll gewährleisten, dass sie ihre Tätigkeit frei von sachfremden Einwirkungen ausüben können.⁴⁷³⁰ Wie gesehen, werden verschiedene «institutionenbezogene» Unabhängigkeitsdimensionen unterschieden,⁴⁷³¹ die Literatur zur gerichtlichen Unabhängigkeit nennt v.a. die funktionale, die personelle sowie die organisatorische Unabhängigkeit.⁴⁷³²

Damit bildet das Kriterium der Unabhängigkeit sowohl eine Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Art. 30 Abs. 1 BV als auch ein «Ergebnis» bzw. ein «Ziel» der Anwendbarkeitsprüfung dieser Bestimmung. Teilweise begründen lässt sich dieser Zirkelschluss mit der Tatsache, dass der Frage, ob eine bestimmte Behörde ein unabhängiges Gericht sei, i.d.R. dann nachgegangen wird, wenn ein Anspruch auf gerichtliche Überprüfung (und nicht etwa eine Überprüfung durch eine Verwaltungsbehörde) geltend gemacht wird.⁴⁷³³

- 1685 Das Bundesgericht hat sich der Praxis des EGMR ausdrücklich angeschlossen, sodass die konventionsrechtlichen Grundsätze inzwischen auch als Mindeststandards für den innerstaatlichen Gerichtsbegriff anerkannt und heute als selbstständige Gehalte von Art. 30 BV aufgefasst werden.⁴⁷³⁴ In den Worten des Bundesgerichts:

⁴⁷²⁹ Vgl. eingehend dazu EICHENBERGER, richterliche Unabhängigkeit, 43 ff.; zusammenfassend KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 194; BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 30 N 7; STEINMANN/SCHINDLER/WYSS, SG-Kommentar BV, Art. 30 N 23.

⁴⁷³⁰ Vgl. so etwa auch KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 42 N 2193.

⁴⁷³¹ Dazu vorne N 654 ff.

⁴⁷³² Eingehend dazu KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, 235 ff.; vgl. auch MÜLLER/SCHEFER, 931. Zuweilen werden auch nur die organisatorische und die personelle Unabhängigkeit genannt (vgl. etwa RHINOW ET AL., N 463) oder die funktionelle und die organisatorische Unabhängigkeit (KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N 261). Die im Aufsichtskontext verwendete finanzielle Unabhängigkeit wird in der Literatur zur gerichtlichen Unabhängigkeit der organisatorischen Unabhängigkeit zugeordnet (vgl. etwa KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, 309 f.).

⁴⁷³³ Vgl. KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, 230.

⁴⁷³⁴ Vgl. MÜLLER/SCHEFER, 932; KIENER, Richterliche Unabhängigkeit 234 m.w.H., die insb. auch festhält, dass die Begriffe nicht deckungsgleich sind.

«Als Gericht im Sinne der Menschenrechtskonvention bzw. von Art. 30 Abs. 1 BV gilt eine Behörde, die nach Gesetz und Recht in einem justizförmigen, fairen Verfahren begründete und bindende Entscheidungen über Streitfragen trifft. Sie braucht nicht in die ordentliche Gerichtsstruktur eines Staates eingegliedert zu sein; sie muss jedoch organisatorisch und personell, nach der Art ihrer Ernennung, der Amtsdauer, dem Schutz vor äusseren Beeinflussungen und nach ihrem Erscheinungsbild sowohl gegenüber anderen Behörden als auch gegenüber den Parteien unabhängig und unparteiisch sein.»⁴⁷³⁵

So berücksichtigt das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung jeweils neben der gesetzlich vorgegebenen auch die tatsächlich eingenommene Funktion und Organisation der fraglichen Behörde. Sind die massgeblichen Kriterien erfüllt, gelten die fraglichen Behörden als «Gerichte» i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK bzw. Art. 30 BV.⁴⁷³⁶ Die höchstrichterliche Rechtsprechung äusserte sich entsprechend im Hinblick auf eine Vielzahl von Behörden.

Namentlich mit Blick auf die verschiedenen Funktionen, die die Staatsanwaltschaft in unterschiedlichen Stadien eines Strafverfahrens einnimmt, hat das Bundesgericht schon früh entschieden, dass der Anspruch auf Beurteilung einer Streitsache durch einen unabhängigen und unbefangenen Richter «nicht mehr nur für ein Gericht oder einen Richter im streng formellen Sinne» gelte, «sondern unter bestimmten Voraussetzungen auch für Strafuntersuchungs- und Anklagebehörden (...), und zwar dann, wenn diese in richterlicher Funktion tätig sind».⁴⁷³⁷ Dies sei hingegen nicht der Fall, wenn sie in ihrer Eigenschaft als Untersuchungs- und Anklagebehörde auftreten würden.⁴⁷³⁸ In BGE 141 IV 178 bestätigte es diese Dif-

⁴⁷³⁵ So BGE 126 I 228, E. 2a/bb; 123 I 87, E. 4a; 119 Ia 81, E. 3.

⁴⁷³⁶ Vgl. etwa BGE 126 I 228, E. 2a/bb; 123 I 87, E. 4a; 119 Ia 81, E. 3. – In der Lehre stiess diese Differenzierung insgesamt auf Zustimmung: vgl. zum Ganzen KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 42 N 2180 f.; RHINOW ET AL., N 461 ff.; MÜLLER/SCHEFER, 928 f. m.w.H., 931 f. sowie 948; Praxiskommentar VwVG-BREITENMOSER/WEYENETH, Art. 10 N 10 ff. m.w.H. und auch Kritik an dieser Praxis; vgl. auch EICHENBERGER, richterliche Unabhängigkeit, 1 f., der die Massgeblichkeit der wahrgenommenen Funktionen für die Unterscheidung spezifischer staatlicher «Organgruppen» betonte. – Zurückhaltend äussern sich allerdings STEINMANN/SCHINDLER/WYSS, wenn sie auf Unschärfen in der Rechtsprechung verweisen (vgl. STEINMANN/SCHINDLER/WYSS, SG-Kommentar BV, Art. 30 N 5 m.w.H.).

⁴⁷³⁷ BGE 112 Ia 142, E. 2a.

⁴⁷³⁸ *Ebd.* mit Verweis auf unveröffentlichte Urteile aus dem Jahre 1985; vgl. auch BGE 138 IV 142, E. 2.2; 127 I 196, E. 2b; 119 Ia 13, E. 3a, sowie BGE 118 Ia 95, E. 3b, wo ebenfalls für die auf Strafbehörden anwendbaren Verfahrensgarantien an das Kriterium der «richterlichen Funktion» angeknüpft wurde.

ferenzierung, als es zum Schluss kam, dass Art. 30 Abs. 1 BV sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK bei der Ablehnung eines Staatsanwalts zu beachten seien, «wenn er ausnahmsweise in richterlicher Funktion tätig wird, wie das bei Erlass eines Strafbefehls zutrifft (...)».⁴⁷³⁹

Das Bundesgericht unterschied in diesem Fall zwischen verschiedenen Etappen des Strafverfahrens. Es führte aus, dass im Vorverfahren die Staatsanwaltschaft verfahrensleitend bis zur Anklageerhebung tätig sei und dabei eine gesetzmässige und geordnete Verfahrensdurchführung nach Art. 62 Abs. 1 StPO zu gewährleisten habe (wobei sie belastende und entlastende Umstände mit gleicher Sorgfalt zu untersuchen habe und keine Partei zum Nachteil einer anderen bevorzugen dürfe). Ihre Funktion ändere sich aber nach Erhebung der Anklage. Danach werde die Staatsanwaltschaft «wie die beschuldigte Person und die Privatklägerschaft zur Partei (Art. 104 Abs. 1 StPO). In diesem Verfahrensstadium ist die Staatsanwaltschaft definitionsgemäss nicht mehr zur Unparteilichkeit verpflichtet und hat sie grundsätzlich die Anklage zu vertreten (Art. 16 Abs. 2 StPO). Insoweit gewähren weder Art. 29 Abs. 1 noch Art. 30 Abs. 1 BV noch Art. 6 Ziff. 1 EMRK dem Beschuldigten einen besonderen Schutz, der es ihm erlauben würde, sich über die Haltung des Staatsanwalts und dessen Äusserungen in den Verhandlungen zu beschweren (...)».⁴⁷⁴⁰

- 1688 In Weiterführung dieser Praxis bejahte das Bundesgericht in BGE 139 III 98 auch die Frage, ob der Zürcher Bezirksrat als Gericht im materiellen Sinne anerkannt und vom kantonalen Recht als Beschwerdeinstanz gegenüber Entscheiden der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) i.S.v. Art. 450 Abs. 1 ZGB eingesetzt werden dürfe.⁴⁷⁴¹ Das Bundesgericht führte insb. aus: «[a]ls Gericht im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK bzw. von Art. 30 Abs. 1 BV gilt eine Behörde, die nach Gesetz und Recht in einem justizförmigen, fairen Verfahren begründete und bindende Entscheidungen über Streitfragen trifft. Sie braucht nicht in die ordentliche Gerichtsstruktur eines Staates eingegliedert zu sein, muss jedoch organisa-

⁴⁷³⁹ BGE 141 IV 178, E. 3.2.2.

⁴⁷⁴⁰ *Ebd.*

⁴⁷⁴¹ BGE 139 III 98, E. 4.2 ff. und E. 4.5. Das Gericht kam zu diesem Ergebnis, obwohl G. MÜLLER im Rahmen seines im Vorfeld des bundesgerichtlichen Verfahrens publizierten Gutachtens zum gegenteiligen Schluss gekommen war. Er leitete insb. aus der Tatsache, dass der Bezirksrat bei der Ausübung der nichtrichterlichen Funktionen von den Weisungen der übergeordneten Exekutivbehörden abhängig ist, einen möglichen Befangenheitsgrund ab. Dies gelte umso mehr, als es zu Interessenkollisionen kommen könne bei der Wahrnehmung der Aufgaben als Beschwerdeinstanz und als Aufsichtsinstanz (vgl. G. MÜLLER, Gerichtliche Beschwerdeinstanz, 67 sowie 70 f.). Vgl. auch KIENER, Urteilsbesprechung, 274 ff., die sich kritisch zum Entscheid BGE 139 III 98 äussert.

torisch und personell, nach der Art ihrer Ernennung, der Amtsdauer, dem Schutz vor äusseren Beeinflussungen und nach ihrem äusseren Erscheinungsbild sowohl gegenüber anderen Behörden als auch gegenüber den Parteien unabhängig und unparteiisch sein (...).»⁴⁷⁴²

Es hielt ausserdem fest: «Nebst den Merkmalen der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit gehört zu seinem Wesen, dass ein Gericht die rechtserheblichen Tatsachen selber erhebt, die Rechtssätze auf diesen in einem rechtsstaatlichen Verfahren ermittelten Sachverhalt anwendet und für die Parteien bindende Entscheidungen in der Sache fällt (...). Es muss über umfassende Kognition in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht verfügen.»⁴⁷⁴³ 1689

Bestätigt wurden diese Ausführungen – grösstenteils wortwörtlich⁴⁷⁴⁴ – in 1690 BGE 142 III 732, wo das Bundesgericht auch die KESB des Kantons Thurgau – eine staatliche Aufsichtsbehörde – als «(materielles) Gericht» qualifizierte.⁴⁷⁴⁵ Unter Verweis auf die Rechtsprechung des EGMR statuierte das Bundesgericht, dass die Wahl der KESB-Mitglieder durch den Regierungsrat statt durch den Grossen Rat bzw. durch das Volk für sich allein genommen nicht genüge, um der KESB die Eigenschaft des unabhängigen Gerichts abzuerkennen.⁴⁷⁴⁶ Darüber hinaus war für den Entscheid des Gerichts massgeblich, dass die Kompetenzen der KESB auf einem Gesetz beruhten und sie gegenüber anderen Behörden und den Parteien

⁴⁷⁴² BGE 139 III 98, E. 4.2; weitestgehend ebenso bereits BGE 126 I 228, E. 2a/bb; 123 I 87, E. 4a.

⁴⁷⁴³ BGE 139 III 98, E. 4.2. Vgl. dazu BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 30 N 3a, der zu bedenken gibt, dass, wenn man diesen Zusatz wörtlich nehme, «das Bundesgericht (das in Sachverhaltsfragen selbst nur über beschränkte Befugnisse verfügt, [...]) sich selbst die Gerichtqualität (ungewollt) abgesprochen» habe. Er schliesst daraus, dass die Definition entsprechend reduziert werden müsse.

⁴⁷⁴⁴ Vgl. etwa die Ausführungen in BGE 142 III 732, E. 3.3, die wortwörtlich den Ausführungen in E. 4.2 von BGE 139 III 98 entsprechen. – Jüngst haben diese Erwägungen eine Bestätigung in BGE 149 I 343 (E. 5.3) erfahren, wo die Rechtsnatur der Rekurskommission der Gemeinde Aigle für kommunale Steuern und Abgaben als «Gericht» im Sinne von Art. 30 Abs. 1 BV verneint wurde.

⁴⁷⁴⁵ Das Bundesgericht hatte in diesem Fall zu prüfen, ob es sich bei der KESB um ein Gericht im materiellen Sinne handelte, das nach Art. 439 Abs. 1 i.V.m. Abs. 1 Ziff. 3 ZGB gegen die Abweisung des Entlassungsgesuchs durch die Einrichtung angerufen werden konnte (vgl. BGE 142 III 732, E. 3.2).

⁴⁷⁴⁶ *Ebd.*, E. 3.4.1. Das Gericht knüpfte damit für die Bestellung der Behördenmitglieder an das Kriterium der institutionenbezogenen, personellen Unabhängigkeit an. – Vgl. etwa zur Bestellung der Richterinnen und Richter KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, 255 ff.

unabhängig und in der Rechtsprechung nicht weisungsgebunden war.⁴⁷⁴⁷ Mit Verweis auf die einschlägige Bestimmung des Einführungsgesetzes zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch des Kantons Thurgau (EG ZGB/TG) hielt das Bundesgericht fest: «[u]m die gerichtliche Unabhängigkeit zu wahren, übt denn auch nicht der Regierungsrat, sondern das Obergericht die fachliche Aufsicht über die KESB aus und erlässt die nötigen Bestimmungen (...). Einzig die administrative Aufsicht obliegt dem Regierungsrat (...).»⁴⁷⁴⁸

1691 Das Gericht fasste zusammen:

«Der streitgegenständliche Entscheid fällt in ihre sachliche Zuständigkeit; das Verfahren ist justizmässig durchgeführt worden und war nicht *per se* unfair. Ausserdem beruht der Entscheid der KESB auf vollständiger Sachverhaltsermittlung und freier umfassender Rechtsanwendung, mithin auf einer umfassenden Kognition in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht. Schliesslich hat die KESB einen begründeten bzw. bindenden Entscheid über eine konkrete Streitfrage – hier: die Entlassung aus der Klinik – getroffen. Sie ist somit – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin – ein Gericht im Sinn von Art. 30 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 bzw. Art. 5 Ziff. 4 EMRK und Art. 439 Abs. 1 ZGB.»⁴⁷⁴⁹

1692 Demgegenüber wurde die Berner KESB vom Bundesgericht im kurz darauffolgenden Urteil BGE 143 III 193 als Verwaltungseinheit bezeichnet.⁴⁷⁵⁰ Massgeblich für diesen Entscheid war v.a. die ihr abgesprochene institutionelle Unabhängigkeit aufgrund der Tatsache, dass im Kanton Bern die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion die Aufsicht über die administrative und organisatorische Führung der KESB ausübt. Das Bundesgericht führte dazu Folgendes aus:

«In Bezug auf die Organisation und das äussere Erscheinungsbild der KESB im Kanton Bern stechen markante Unterschiede gegenüber der in E. 5.1 beschriebenen Thurgauer Situation ins Auge, und zwar bereits unmittelbar aus dem Entscheid, um welchen es vorliegend geht; dort ist links oben auf der ersten Seite als entscheidende Instanz aufgeführt: «Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern» sowie unmittelbar darunter «Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Bern». Dies erweckt gegen aussen den klaren Anschein einer Integration des Entscheidungsträgers in die kantonale Verwaltung.»⁴⁷⁵¹

⁴⁷⁴⁷ BGE 142 III 732, E. 3.4.2.

⁴⁷⁴⁸ *Ebd.*, E. 3.4.1.

⁴⁷⁴⁹ *Ebd.*, E. 3.4.2 (Hervorhebung im Original).

⁴⁷⁵⁰ BGE 143 III 193, E. 5.3.

⁴⁷⁵¹ *Ebd.*

Dass es sich bei der KESB im Kanton Bern nicht nur dem Anschein nach, sondern auch tatsächlich um eine (dezentrale) Verwaltungseinheit handelte, ergab sich aus verschiedenen kantonalen Gesetzesbestimmungen, die das Gericht in der Folge aufführte. 1693

«Was die Entscheidungsfindung anbelangt, sind die KESB gemäss Art. 2 Abs. 3 KESG/BE unabhängig. In die gleiche Richtung deutet der bezüglich Wahl, Organisation und Kompetenzen erfolgende Verweis in Art. 1 Abs. 2 KESG/BE auf das GSOG/BE (BSG 161.1), das in Art. 4 die Unabhängigkeit der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft deklariert. In gewissem Widerspruch dazu stehen jedoch Art. 4 Abs. 3 lit. a, f und g KESV/BE, wonach das Kantonale Jugendamt (KJA) in eigener Verantwortung die fachliche Beratung und Unterstützung der KESB wahrnimmt, Richtlinien sowie Weisungen erlässt und die Mitarbeitergespräche mit den KESB-Präsidien führt. Angesichts dieser schillernden Rechtslage ist zweifelhaft, ob die KESB im Kanton Bern in fachlicher Hinsicht bzw. bei ihrer Entscheidungsfindung wirklich vollständig unabhängig ist. Jedenfalls in personeller Hinsicht ist nach der aktuellen Rechtslage ein Subordinationsverhältnis nicht wegzudiskutieren. Klar ist sodann die organisatorische Einbindung, indem die KESB im Kanton Bern als dezentrale Verwaltungseinheit ausgestaltet ist.»⁴⁷⁵²

Vor diesem Hintergrund sei nicht zu erkennen, wie die KESB im Kanton Bern als unabhängiges Gericht i.S.v. Art. 30 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK gelten könne.⁴⁷⁵³

Übertragen auf das Aufsichtsverfahren im Allgemeinen lässt sich aus dieser Rechtsprechung ableiten, dass durchaus gute Gründe bestehen können, um in gewissen Konstellationen von der Massgeblichkeit der gerichtlichen Verfahrensgarantien auszugehen. Allerdings sind unter Berücksichtigung der jeweils fraglichen Aufsichtsbehörde und der ihr zufallenden Kompetenzen diverse Differenzierungen nötig. 1694

2. Notwendige Differenzierungen im Aufsichtskontext

2.1 Aufsichtsbehörden in rechtsprechender Funktion und Aufsichtsausübung zwecks Wahrung öffentlicher Interessen

Wie bereits in Kapitel II ausgeführt worden ist, bestehen einige Gemeinsamkeiten zwischen Aufsichtsbehörden und Gerichten, aber auch zu beachtende Unterschiede: Beide sind im Rahmen ihrer Haupttätigkeit *rechtsanwendend* tätig.⁴⁷⁵⁴ Die Tätigkeit 1695

⁴⁷⁵² Ebd.

⁴⁷⁵³ Ebd., E. 5.4. Vgl. zum Ganzen (und insgesamt die Rechtsprechung des Bundesgerichts stützend) AUER, Urteilsbesprechung, 498 f.

⁴⁷⁵⁴ Dazu vorne N 531 ff.

der Gerichte zeichnet sich dabei regelmässig zusätzlich dadurch aus, dass sie als unabhängige Instanzen zwischen zwei Konfliktparteien vermittelnd einen Streitfall zu entscheiden haben.⁴⁷⁵⁵ Nehmen Aufsichtsbehörden ebenfalls eine *rechtsprechende Funktion* (im vorne dargelegten Sinne) wahr,⁴⁷⁵⁶ können somit grundsätzlich die Verfahrensvorgaben nach Art. 30 BV zur Anwendung gelangen, die sonst den Gerichten vorbehalten sind.⁴⁷⁵⁷ Allerdings muss in solchen Konstellationen die effektive Unabhängigkeit der Behörden in einem weiteren Schritt geprüft werden.⁴⁷⁵⁸

1696 Von einer rechtsprechenden Tätigkeit der Aufsichtsbehörden ist – wie bereits in Kapitel II ausgeführt wurde – etwa im Kontext netzgeprägter Infrastrukturbereiche auszugehen, wo Aufsichtsbehörden wie die ComCom, die ElCom oder auch die UBI als neutrale Instanzen autoritativ Streitigkeiten zwischen Privaten zu entscheiden haben.⁴⁷⁵⁹ Auch im soeben erwähnten BGE 142 III 732 erfolgte die Qualifikation der KESB des Kantons Thurgau als «Gericht», u.a. im Hinblick auf ihre rechtsprechende Funktion «einen begründeten bzw. bindenden Entscheid über eine konkrete Streitfrage – hier: die Entlassung aus der Klinik»⁴⁷⁶⁰ zu treffen und damit einen Konflikt zwischen zwei Parteien zu lösen, nämlich der betroffenen Beschwerdeführerin einerseits, die mit ärztlicher Verfügung fürsorglerisch in eine psychiatrische Klinik untergebracht worden war, und der Klinik andererseits, die ein Entlassungsgesuch abgewiesen hatte.⁴⁷⁶¹

1697 In Abgrenzung zu solchen Konstellationen stehen die Aufsichtsbehörden in der grossen Mehrheit der Fälle typischerweise für ein öffentliches Interesse ein und erlassen auch aufgrund dessen ihre Anordnungen. Damit kommt ihnen eine parteiähnliche Stellung im Verwaltungsverfahren zu.⁴⁷⁶² Wie gesehen, wurden denn auch zahlreiche der hier näher betrachteten staatlichen Aufsichtsbehörden vom Bundesgericht als dezentralisierte Verwaltungsbehörden qualifiziert und ausdrücklich den Justizbehörden gegenübergestellt.⁴⁷⁶³

⁴⁷⁵⁵ BGE 123 I 87, E. 4e; vgl. auch BGE 126 I 228, E. 2c/aa; dazu auch vorne etwa N 547.

⁴⁷⁵⁶ Dazu vorne insb. N 1682 f.

⁴⁷⁵⁷ Die Anwendbarkeit von Art. 30 BV auf das vor ihnen stattfindende Verfahren ändert jedoch nichts an der grundsätzlichen Zuordnung auch solcher Aufsichtsbehörden zur Verwaltung und damit zur Exekutive (dazu vorne N 400 ff.).

⁴⁷⁵⁸ Dazu vorne insb. N 1682 und N 1684.

⁴⁷⁵⁹ Dazu vorne N 540 ff.

⁴⁷⁶⁰ BGE 142 III 732, E. 3.4.2.

⁴⁷⁶¹ Vgl. *ebd.*, Sachverhaltsabschnitte A–C.

⁴⁷⁶² Dazu vorne N 95 ff. und N 547 ff.

⁴⁷⁶³ Dazu vorne N 562 ff.

Generell wird ausgeführt, dass für verwaltungsinterne Verfahren nicht der gleich strenge Massstab gelte wie für Verfahren vor unabhängigen richterlichen Behörden. Die Anforderungen von Art. 30 Abs. 1 BV könnten – so heisst es – nicht unbesehen auf verwaltungsinterne Verfahren übertragen werden.⁴⁷⁶⁴ Begründet wird dies insb. damit, dass die Verwaltungsbehörden nicht nur mit der neutralen Rechtsanwendung oder Streitentscheidung betraut sind, sondern sich regelmässig auch in der Rolle als Träger politischer Aufgaben und öffentlicher (Eigen-) Interessen sowie als Entscheidungsinstanzen wiederfinden und nicht selten Mehrfachzuständigkeiten unter einen Hut zu bringen haben.⁴⁷⁶⁵ Ausserdem sind Verwaltungsbehörden oftmals derart in die Exekutive eingebunden und administrativ und organisatorisch mit ihr verflochten, wie es das Gewaltenteilungsprinzip für die Gerichte nicht zulassen würde.⁴⁷⁶⁶ 1698

Kommt einer Verwaltungsbehörde keine rechtsprechende Aufgabe zu, wird das funktionale Kriterium nicht erfüllt und gelangt Art. 30 BV im Ergebnis grundsätzlich nicht zur Anwendung. Solche Behörden gelten nicht als «Gerichte» i.S.v. Art. 30 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK, sondern werden von den allgemein anwendbaren Verfahrensgarantien nach Art. 29 BV erfasst. Für die Mehrheit der hier untersuchten Aufsichtsbehörden wird aus Art. 29 Abs. 1 BV *de lege lata* insb. keine Art. 30 BV entsprechende Organisationsmaxime abgeleitet und somit auch kein Anspruch auf eine i.S.v. Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK (institutionell) unabhängig ausgestaltete Verwaltungsbehörde anerkannt.⁴⁷⁶⁷ 1699

⁴⁷⁶⁴ Vgl. aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung etwa Urteil BGer, 2C_1009/2022, 17.1.2024, E. 3.2; 6B_1055/2020, 13.6.2022, E. 5.3.1; 2C_399/2020, 28.12.2020, E. 5.2 f.; 6B_1285/2019, 22.12.2020, E. 6.3.1; 2C_110/2019, 9.12.2019, E. 5.1; 2C_931/2015, 12.10.2016, E. 5.1; 2C_695/2014, 16.1.2015, E. 4.2; BGE 141 IV 178, E. 3.2.2; 140 I 326, E. 5.2; 137 II 431, E. 5.2; 127 I 196, E. 2b; 125 I 119, E. 3. – Vgl. aus der Lehre: STEINMANN/SCHINDLER/WYSS, SG-Kommentar BV, Art. 29 N 47 m.w.H.; BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N 36 m.w.H.; RHINOW ET AL., N 303; TANQUEREL, Manuel, N 1520.

⁴⁷⁶⁵ Dazu etwa vorne N 548 m.w.H.

⁴⁷⁶⁶ Dazu etwa vorne N 535 m.w.H.

⁴⁷⁶⁷ Vgl. dazu etwa Urteil BGer, 2C_110/2019, 9.12.2019, E. 5.1; 9C_773/2018, 3.4.2019, E. 2; 9C_499/2013, 20.2.2014, E. 5.2. Allerdings spricht das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung die «unabhängige», institutionelle Organisation i.d.R. nicht getrennt an, sondern meist zusammen mit den Anforderungen an eine «unbefangene» bzw. «unparteiische Ausgestaltung» («l'indépendance et l'impartialité comme maxime d'organisation»). Vgl. aus der Lehre ausdrücklich MÜLLER/SCHEFER, 947; Kommentar VwVG-FELLER/KUNZ-NOTTER, Art. 10 N 1.

2.2 Institutionelle Unabhängigkeit in den Sachgesetzen

- 1700 Die Aufsichtsbehörden nehmen allerdings eine vergleichsweise besondere Stellung innerhalb der Verwaltung ein: Wie in Kapitel II aufgezeigt wurde, wird ihre organisatorisch-institutionell unabhängige Ausgestaltung in verschiedener Hinsicht⁴⁷⁶⁸ als besonders wichtig hervorgehoben⁴⁷⁶⁹ und regelmässig gesetzlich verankert. So heisst es etwa im FINMAG, im HMG sowie im ENSIG, dass die jeweiligen Aufsichtsbehörden ihre Aufsichtstätigkeit selbstständig und unabhängig ausüben;⁴⁷⁷⁰ Art. 19 Abs. 1 KG statuiert, dass die WEKO von den Verwaltungsbehörden unabhängig ist, und auch das RTVG sieht in Art. 84 vor, dass die Beschwerdeinstanz (UBI) «unabhängig und an keine Weisungen von Bundesversammlung, Bundesrat und Bundesverwaltung gebunden» ist. Die Unabhängigkeit der Aufsicht wird oftmals gar als Ziel und Grund für die dezentrale Ausgestaltung der Behörden angeführt und dabei als Argument für die Wahl sowohl der Rechtsform der öffentlich-rechtlichen Anstalt als auch jener der Behördenkommissionen vorgebracht.⁴⁷⁷¹ Ferner wirkt sich die anvisierte unabhängige Ausgestaltung der Aufsicht regelmässig und in verschiedener Hinsicht auf die interne Organisation der Behörden aus.⁴⁷⁷²
- 1701 Insofern unterscheiden sich Aufsichtsbehörden deutlich von verwaltungsinternen Rechtspflegeorganen wie Regierungsräten, Departementen oder Beschwerdediensten, die der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur zurückhaltenden Ausweitung des Geltungsbereichs von Art. 30 Abs. 1 BV auf Verwaltungsbehörden zugrunde liegen. Entsprechend berechtigt erscheint die Fragestellung, inwiefern sich die Praxis zu Verwaltungsbehörden im Allgemeinen auf Aufsichtsbehörden im Besonderen übertragen lasse. Die aufgeführten (und nach Art. 190 BV im Übrigen auch massgebenden) Gesetzesbestimmungen würden toter Buchstabe bleiben, würde davon ausgegangen, dass der Anspruch auf eine institutionell unabhängige Ausgestaltung für Aufsichtsbehörden prinzipiell nicht zum Tragen käme.⁴⁷⁷³

⁴⁷⁶⁸ Zu den verschiedenen Dimensionen der Unabhängigkeit vgl. N 654 ff.

⁴⁷⁶⁹ Dazu vorne N 627 ff. In der Lehre wird sogar von einer «quasi-richterlichen Unabhängigkeit» gesprochen. Vgl. etwa B. SCHINDLER, Befangenheit, 36; vgl. auch THURNHERR, Verwaltungshandeln, Fn. 1062 (S. 204).

⁴⁷⁷⁰ Vgl. Art. 21 Abs. 1 FINMAG; Art. 81a Abs. 1 HMG; Art. 18 Abs. 1 ENSIG.

⁴⁷⁷¹ Dazu vorne N 605 ff.

⁴⁷⁷² Dazu vorne N 704 ff., N 746 ff., N 772 ff. und N 795 ff. (zu Aufsichtsbehörden in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Anstalten) sowie N 869 ff., N 894 ff. und N 900 ff. (zu Aufsichtsbehörden in der Rechtsform von Behördenkommissionen).

⁴⁷⁷³ Auch wenn die spezialgesetzlichen Organisationserlasse der Aufsichtsbehörden (wie etwa das FINMAG, HMG und ENSIG) die Unabhängigkeitsanforderungen nicht als Ansprüche formulieren, wie dies Art. 30 Abs. 1 BV tut, müssen sich solche aus den

Allerdings bestehen zum Teil erhebliche Unterschiede in der institutionellen Ausgestaltung der einzelnen Behörden, die es gerade mit Blick auf das Kriterium der Unabhängigkeit besonders zu beachten gilt. Wie bereits ausgeführt wurde, kam etwa die PVK in ihrem Bericht vom 2. Februar 2015 zur Evaluation der Unabhängigkeit von Aufsichts- und Regulierungsbehörden der dezentralen Bundesverwaltung zum Schluss, dass v.a. die effektiv wahrgenommenen Aufgaben und Funktionen der jeweils untersuchten Behörden die normative Ausgestaltung ihrer Unabhängigkeit stark prägen würden.⁴⁷⁷⁴ 1702

Auch die Rechtsform kann einen Einfluss auf die Unabhängigkeit der Behörden haben. Aufsichtsbehörden, die als Behördenkommissionen ausgestaltet sind, verfügen – wie gesehen – nicht über eigene Rechtspersönlichkeit⁴⁷⁷⁵ und führen auch keine eigene Rechnung.⁴⁷⁷⁶ Beide Aspekte können sich negativ auf ihre Unabhängigkeit auswirken.⁴⁷⁷⁷ Als problematisch werden insb. die institutionellen Verflechtungen zwischen der ComCom und dem BAKOM betrachtet. Wie vorne aufgezeigt wurde, bereitet das BAKOM die Geschäfte der Kommission vor, stellt ihr Anträge, führt für sie Verfahren durch und vollzieht auch ihre Entscheide. Zudem kann die ComCom dem BAKOM Weisungen erteilen, was dazu führt, dass Mitarbeitende des BAKOM den Weisungen sowohl der ComCom als auch des Generalsekretariats des Departements unterstehen.⁴⁷⁷⁸ Weil der Bundesrat und die Verwaltung versucht sein könnten, über die Mitarbeitenden im BAKOM Einfluss 1703

Rechtsgrundlagen ableiten lassen. Andernfalls würden die Gesetzesvorgaben – wenn niemand sie geltend machen könnte – unwirksam bleiben.

⁴⁷⁷⁴ So gilt z.B. die funktionale Unabhängigkeit der UBI, die justizähnliche Aufgaben erfüllt, als stark ausgeprägt, während Behörden der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht, wie z.B. die FINMA, RAB und ENSI, wiederum in personeller und finanzieller Hinsicht besonders unabhängig ausgestaltet sind. Vgl. dazu PVK, Evaluation Unabhängigkeit, BBl 2016 1738 f.; vgl. auch GPK-S, Unabhängigkeit 2015, BBl 2016 1714.

⁴⁷⁷⁵ Dazu vorne N 833 ff.

⁴⁷⁷⁶ Dazu vorne N 894 ff.

⁴⁷⁷⁷ Mit solchen Argumenten wurde denn auch schon die Rechtsform der öffentlich-rechtlichen Anstalt einer Ausgestaltung der Aufsichtsbehörde als Behördenkommission vorgezogen (dazu vorne N 922 ff.). – Aber auch die Unabhängigkeit von Aufsichtsbehörden in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Anstalten kann im Einzelfall fraglich sein, so z.B. angesichts weitreichender Aufsichtsbefugnisse des Bundesrates (dazu vorne insb. N 795 ff.).

⁴⁷⁷⁸ Dazu vorne N 594 m.w.H.

auf die Entscheidungen der ComCom zu nehmen, werden im Hinblick auf ihre Unabhängigkeit empfindliche Fragen aufgeworfen.⁴⁷⁷⁹

- 1704 Anlässlich der geschilderten Evaluation durch die PVK wurde dazu allerdings festgehalten, dass die Abläufe insb. aufgrund der nötigen Sensibilität der Beteiligten gut funktionieren würden und auch keine negativen Einflüsse auf die Unabhängigkeit der Behörden festgestellt werden könnten.⁴⁷⁸⁰ Betont wurde im Anschluss von der GPK-S, dass für die tatsächliche Unabhängigkeit der Behörde die für sie tätigen Personen ganz entscheidend seien.⁴⁷⁸¹ Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kommt es massgeblich darauf an, inwiefern die befassen Instanzen effektiv unabhängig entscheiden und die sich stellenden Sachverhalts- und Rechtsfragen frei würdigen können. Die «Organisationsmodalitäten» der Behörden⁴⁷⁸² spielen in dieser Hinsicht so lange keine Rolle, wie sie die unabhängige und korrekte Ausübung der Entscheidungsfindung nicht tangieren.⁴⁷⁸³ Im Rahmen dieser Untersuchung wurde die massgebliche Bedeutung der Unabhängigkeits-sensibilisierung innerhalb der Behörden ebenfalls hervorgehoben.⁴⁷⁸⁴ Allerdings ist auch klar, dass für Behörden, die in richterlicher Funktion tätig sind, strengere Anforderungen an die institutionelle Unabhängigkeit gemäss Art. 30 Abs. 1 BV gelten, als sie im Hinblick auf die ComCom verwirklicht wurden.

2.3 Erhöhte Unabhängigkeitsanforderungen aufgrund weitgehender Aufsichtskompetenzen

- 1705 Wie in Kapitel III aufgezeigt wurde, treffen Aufsichtsbehörden regelmässig Anordnungen, die mit Eingriffen in die Grundrechte der beaufsichtigten Privaten verbunden sind.⁴⁷⁸⁵ Handelt es sich um Massnahmen mit strafrechtlichem bzw. «strafrechtsähnlichem» Charakter, gelangen insb. Art. 6 Ziff. 1 EMRK sowie Art. 32 BV

⁴⁷⁷⁹ So ausdrücklich GPK-S, Unabhängigkeit 2015, BBl 2016 1719; dazu auch vorne N 904 f. und N 942.

⁴⁷⁸⁰ PVK, Evaluation Unabhängigkeit, BBl 2016 1745 f.

⁴⁷⁸¹ GPK-S, Unabhängigkeit 2015, BBl 2016 1719.

⁴⁷⁸² Dazu zählte das Bundesgericht bspw. die Wahl der Schiedsrichterinnen und -richter der Schiedsstelle für kollektive Arbeitsstreitigkeiten ebenso wie die Wahl ihres Sitzes, des für ihre Entscheidungen verwendeten Briefpapiers sowie ihre Bankverbindung (vgl. BGE 119 Ia 81, E. 4a).

⁴⁷⁸³ Vgl. *ebd.*, wenn auch zur Unabhängigkeit eines Schiedsgerichts.

⁴⁷⁸⁴ Dazu vorne N 962 ff.

⁴⁷⁸⁵ Dazu vorne N 1338 ff.

zur Anwendung.⁴⁷⁸⁶ Die Behörden sind auf diesen Grundlagen u.a. auch gehalten, den Anforderungen an eine institutionell-unabhängige Ausgestaltung zu genügen.

Das Bundesgericht hatte sich in BGE 139 I 72 mit entsprechenden Fragestellungen zu befassen. Die WEKO hatte die Publigroupe SA gestützt auf Art. 49 Abs. 1 KG mit einem Betrag von CHF 2,5 Mio. belastet. Unter Hinweis auf zahlreiche Lehrmeinungen und die Rechtsprechung gelangte das Gericht zum Schluss, dass Art. 6 EMRK und Art. 30 BV auf das fragliche Sanktionsverfahren nach Art. 49a KG anwendbar gewesen seien.⁴⁷⁸⁷ In der Folge hatte es zu beantworten, ob es sich bei der WEKO um ein Art. 6 EMRK bzw. Art. 30 BV konformes Gericht handle. Es verwies zur Beantwortung dieser Frage auf Art. 18 und Art. 19 KG, wonach die WEKO vom Bundesrat bestellt wird, von diesem und der Verwaltung aber unabhängig ist und als Behördenkommission lediglich administrativ dem Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement zugeordnet ist.⁴⁷⁸⁸ «Abgesehen davon» hielt es allerdings fest, dass hinsichtlich der Qualifikation der WEKO als richterliche Behörde «auch Hindernisse in Bezug auf die Gewaltenteilung (Einsatz von «Chefbeamten» in die WEKO) und die Unabhängigkeit (Einsatz von Interessenvertretern in die WEKO)» bestehen.⁴⁷⁸⁹ Aus diesem Grund befand das Bundesgericht, dass das Sanktionsverfahren vor der WEKO die Anforderungen von Art. 6 EMRK und Art. 30 BV nicht erfülle⁴⁷⁹⁰ – eine Schlussfolgerung, die ja auch der damals laufenden Kartellrechtsrevision zugrunde lag, die inzwischen allerdings gescheitert ist.⁴⁷⁹¹

⁴⁷⁸⁶ Dazu vorne N 1294 ff. sowie N 1659 ff.

⁴⁷⁸⁷ BGE 139 I 72, E. 2.2.2.

⁴⁷⁸⁸ *Ebd.*, E. 4.3.

⁴⁷⁸⁹ *Ebd.*

⁴⁷⁹⁰ *Ebd.* – Interessant ist dieser Entscheid auch, weil die Rechtsprechung paritätisch zusammengesetzte Gerichte auch schon als mit Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 EMRK vereinbar erachtet hat (vgl. etwa Urteil BVGer, A-816/2019, 9.4.2020, E. 5.5.7 [zur Eidg. Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten] mit Verweis insb. auf BGE 126 I 235, E. 2b [zum paritätisch besetzten Mietgericht]).

⁴⁷⁹¹ Dazu vorne N 882 ff. – Viel Beachtung kam diesem Entscheid aber auch deshalb zu, weil das Bundesgericht darin festhielt, dass die Anforderungen von Art. 6 EMRK und Art. 30 BV auch erst im Rechtsmittelverfahren gültig erfüllt werden könnten (BGE 139 I 72, E. 4.4; vgl. dazu hinten N 1749 ff.).

3. Fazit

- 1707 Zusammengefasst muss die in der Rechtsprechung vielfach wiederholte Grundregel, wonach die Anforderungen an die institutionelle Unabhängigkeit von Gerichten gemäss Art. 30 Abs. 1 BV grundsätzlich nicht auf Verwaltungsbehörden übertragen werden können, mit Blick auf Aufsichtsbehörden hinterfragt und relativiert werden. Zum einen nehmen gewisse Aufsichtsbehörden rechtsprechende Funktionen wahr und lassen sich dadurch als «materielle Gerichte» im Anwendungsbereich von Art. 30 Abs. 1 BV qualifizieren. Zum anderen nehmen sie eine (verglichen mit anderen Verwaltungsbehörden) besondere Stellung ein – dies insb. aufgrund ihrer oftmals weitreichenden Kompetenzen zur Anordnung auch strafender Massnahmen, v.a. aber im Hinblick auf den Umstand, dass der institutionellen Unabhängigkeit in den Aufsichtsgesetzen regelmässig eine massgebliche Bedeutung zukommt. Würde der Anspruch auf eine institutionell unabhängige Aufsichtsbehörde generell verneint, würde dies in der Tat den Bestimmungen zahlreicher Aufsichtsgesetze widersprechen, die die unabhängige Ausgestaltung der für ihren Bereich zuständigen Aufsichtsbehörden vorschreiben.
- 1708 Was allerdings genau mit «Unabhängigkeit» im jeweils einschlägigen Aufsichtsbereich gemeint ist, muss im Einzelfall ausgelegt und bestimmt werden. Die gesetzliche Normierung der institutionell-organisatorischen Ausgestaltung jeder Aufsichtsbehörde bringt vielfältige Regelungen zu Tage, die zur genaueren Konkretisierung der einschlägigen Unabhängigkeitsvorgaben zu beachten sind.
- 1709 Es fehlt eine Gegenüberstellung der Unabhängigkeitsbegriffe, wie sie für Gerichte und Aufsichtsbehörden verwendet werden. Eine rechtsbereichsübergreifende Auseinandersetzung mit den Unabhängigkeitsanforderungen im Aufsichtsrecht wurde im Zusammenhang mit dem Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates gestartet. Allerdings erfolgten diese Bemühungen mit dem Ziel, bessere Grundlagen für die Auslagerung von Aufgaben an und einheitliche Steuerung von verselbstständigten Einheiten des Bundes zu erarbeiten.⁴⁷⁹² Auch die von PVK und GPK-S durchgeführten Evaluationen zur Sicherstellung der Unabhängigkeit von Aufsichts- und Regulierungsbehörden der dezentralen Bundesverwaltung setzten sich eingehend mit dem Unabhängigkeitsbegriff im Aufsichtskontext auseinander.⁴⁷⁹³ Die Untersuchungen wurden jedoch nicht mit Blick auf die verfahrensrechtliche Garantie einer

⁴⁷⁹² Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8234.

⁴⁷⁹³ Für einen Überblick über die erlassenen Berichte vgl. vorne N 633 (auf sie wurde im Verlaufe dieser Untersuchung immer wieder Bezug genommen).

unabhängigen und unbefangenen Behandlung gemäss Art. 30 Abs. 1 und Art. 29 BV ausgeführt und wohl auch nicht in diesem Zusammenhang gedacht.

Die Rechtsprechung macht es sich jedenfalls zu leicht, wenn sie Aufsichtsbehörden 1710 grundsätzlich als Verwaltungsbehörden von den Vorgaben nach Art. 30 Abs. 1 BV befreit, ohne näher auf die jeweils massgeblichen Normen des aufsichtsrechtlichen Spezialbereichs einzugehen. Ausgehend vom Grundgedanken, dass eine staatliche Behörde ihre Entscheide frei von sachfremden Einflüssen fällen sollte, sodass letztlich ein ausgewogener, korrekter Entscheid ermöglicht wird (was wiederum dessen Akzeptanz fördert und das Vertrauen in das rechtsstaatliche Verfahren generell ebenso wie dessen Legitimation stärkt⁴⁷⁹⁴), sprechen starke Argumente dafür, im Einzelfall die konkrete institutionelle Ausgestaltung einer Aufsichtsbehörde zu prüfen und an den anwendbaren (gesetzlichen) Unabhängigkeitsvorgaben zu messen.⁴⁷⁹⁵ Ein Anspruch auf eine institutionell unabhängige Aufsichtsbehörde i.S.v. Art. 30 Abs. 1 BV lässt sich vor diesem Hintergrund nicht leichthin verneinen.

C. Anspruch auf eine unbefangene Aufsichtsbehörde

1. Überblick

Auf der «verfassungsrechtlichen Minimalgarantie»,⁴⁷⁹⁶ «dass niemand in eigener 1711 Sache Richter sein kann»,⁴⁷⁹⁷ und in Weiterentwicklung seiner Judikatur zur richterlichen Unabhängigkeit nach Art. 30 Abs. 1 BV baute das Bundesgericht eine Rechtsprechung auf, die auch einen Anspruch auf *Unbefangenheit* der Verwaltungsinstanzen anerkennt und sich dabei auf Art. 29 BV stützt.⁴⁷⁹⁸ Inzwischen ist

⁴⁷⁹⁴ Dazu auch vorne N 627.

⁴⁷⁹⁵ Für die Beurteilung der Befangenheit eines Behördenmitglieds spricht sich die bundesgerichtliche Rechtsprechung bereits für eine Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls aus. Insbesondere seien die Funktion und Organisation der betroffenen Verwaltungsbehörden, die Verfahrensart und der Streitgegenstand der Verfahren jeweils differenzierend zu beachten. Vgl. etwa Urteil BGer, 2C_399/2020, 28.12.2020, E. 5.3 m.w.H.; vgl. auch BGE 137 II 431, E. 5.2; 140 I 326, E. 5.2.

⁴⁷⁹⁶ KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, 77.

⁴⁷⁹⁷ Das Bundesgericht bezeichnete diese Grundregel schon früh «als Fundamentalsatz einer geordneten Rechtspflege» (vgl. dazu die zitierte Rechtsprechung in Fn. 4556 [N 1619]).

⁴⁷⁹⁸ Seit 1981 anerkennt das Bundesgericht den Mindestanspruch auf Unbefangenheit der Verwaltung in konstanter Rechtsprechung. Die höchstrichterliche Rechtsprechung stützte sich dafür zunächst auf die Garantie der Rechtsgleichheit nach Art. 4 aBV 1874 (vgl. etwa BGE 107 Ia 135, E. 2a und b; 114 Ia 278, E. 3b; 119 Ia 13, E. 3a). –

unbestritten, dass Art. 29 Abs. 1 BV ein mit Art. 30 Abs. 1 BV weitgehend identischer Gehalt zukommt, wenn es um die personell-individuelle Unbefangenheit⁴⁷⁹⁹ geht.⁴⁸⁰⁰ Kern der Garantie der Unbefangenheit ist sowohl bei Mitgliedern von Verwaltungsbehörden wie auch bei Gerichtspersonen, dass sie sich in Bezug auf die Beurteilung eines Sachverhalts nicht bereits festgelegt haben.⁴⁸⁰¹ Art. 29 und Art. 30 BV verfolgen somit die gleichen Ziele, wenn sie ein Verfahren zu ermöglichen suchen, in dem ein unbefangenes Gremium ohne Einwirken sachfremder Umstände einen gerechten Entscheid fällt.⁴⁸⁰² Getragen ist diese Auffassung vom Grundgedanken, dass es für Betroffene nicht zumutbar sein kann, Entscheide von Instanzen in Kauf nehmen zu müssen, die als befangen erscheinen, bevor sie Zugang zu einer unbefangenen Beurteilung durch ein Gericht erhalten.⁴⁸⁰³

Das Bundesgericht äusserte sich ausdrücklich zum deckungsgleichen Gehalt von Art. 29 und Art. 30 BV, als es etwa um das Verbot des Urteilens in eigener Sache ging⁴⁸⁰⁴ oder um die Befangenheit aufgrund einer beson-

Vgl. zum Ganzen MÜLLER/SCHEFER, 948 m.w.H. Zu den historischen Hintergründen vgl. KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, 23 f.; B. SCHINDLER, Befangenheit 34 ff.; THURNHERR, Verwaltungshandeln, N 255 ff., N 260 ff., N 318.

⁴⁷⁹⁹ THURNHERR, Verwaltungshandeln, N 380.

⁴⁸⁰⁰ Vgl. BGE 141 IV 178, E. 3.2.2; 127 I 196, E. 2b; 120 Ia 184, E. 2a; 119 Ia 13, E. 3a (beide zu Art. 4 aBV 1874). – Aus der Lehre so bereits KÖLZ in: Kommentar aBV 1874, Art. 58a N 27; vgl. auch KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 428 m.w.H.; BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N 35 f.; MÜLLER/SCHEFER, 948 f. m.w.H.; THURNHERR, Verwaltungshandeln, N 383; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 40 N 2062 ff. sowie § 42 N 2196; KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, 78 f.; Praxiskommentar VwVG-BREITENMOSER/WEYENETH, Art. 10 N 18 ff.; Kommentar VwVG-FELLER/KUNZ NOTTER, Art. 10 N 1.

⁴⁸⁰¹ BGE 140 I 326, E. 5.2, sowie diese Rechtsprechung bestätigend Urteil BGER, 2C_399/2020, 28.12.2020, E. 5.3; 2C_649/2021, 21.10.2021, E. 4.1; 2C_883/2021, 14.12.2022, E. 4.1.

⁴⁸⁰² Vgl. KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, 78 f. m.w.H.; Praxiskommentar VwVG-BREITENMOSER/WEYENETH, Art. 10 N 19.

⁴⁸⁰³ MÜLLER/SCHEFER, 949; vgl. auch Praxiskommentar VwVG-BREITENMOSER/WEYENETH, Art. 10 N 19, die als Begründung, weshalb die Befangenheit von Entscheidungsträgern der Verwaltung am gleich strengen Massstab zu messen ist wie bei Gerichten, auf die «Kohärenz der Verfassung und ihrer grundlegenden rechtsstaatlichen Verfahrensgrundsätze» sowie auf das Prinzip der Verfahrensökonomie verweisen. Vgl. auch D. HÄNNI, N 1097 und N 1129 f., die die «Integrität» der öffentlichen Verwaltung als Verfassungsprinzip auffasst.

⁴⁸⁰⁴ Vgl. BGE 90 I 65, E. 4; vgl. auch Urteil der Staatsrechtlichen Kammer des Bundesgerichts, 21.9.1966, in: ZBl 68 (1967), 53 ff., E. 2. – Aus der Lehre: MÜLLER/SCHEFER, 948; B. SCHINDLER, Befangenheit, 97 ff.

ders nahen Beziehung zu einer Partei⁴⁸⁰⁵. Das Bundesverwaltungsgericht verwies in einem aufsichtsrechtlich relevanten Fall spezifisch auf die Aufsichtsinstrumente, die es der FINMA gestatteten, in schwerwiegender Weise in die Rechte der Beaufsichtigten einzugreifen, und schloss daraus, dass «die Anforderungen an die (persönliche) Unabhängigkeit der Mitarbeiter der FINMA an einem ähnlich strengen Massstab zu messen [seien] wie jene, welche für Gerichtspersonen nach dem hier nicht unmittelbar anwendbaren Art. 30 BV gelten».⁴⁸⁰⁶

Der Anspruch auf Unbefangenheit resultiert für die Träger des Verfahrensgrundrechts (und damit in erster Linie für die Parteien⁴⁸⁰⁷) in einem Anspruch, den Ausstand einer befangenen Person verlangen zu können – KIENER/KÄLIN/WYTENBACH sprechen von einem «Anspruch auf Ablehnung».⁴⁸⁰⁸ Der Anspruch wird mittels Ausstandsbegehren geltend gemacht, regelmässig gestützt auf Art. 10 VwVG. Dabei bezieht sich ein Ausstandsbegehren jeweils auf einzelne natürliche Personen, welche die Behörden ausmachen, nicht aber auf die Behörde als Ganzes.⁴⁸⁰⁹ Ein Ausstandsbegehren, das gegen eine Behörde als Ganzes gerichtet ist, kann gemäss der höchstrichterlichen Rechtsprechung als Ausstandsbegehren gegen jedes einzelne Mitglied der Behörde entgegengenommen werden.⁴⁸¹⁰ 1712

Von einer Voreingenommenheit bzw. Befangenheit wird ausgegangen, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung geeignet sind, («von aussen») Misstrauen in die Unbefangenheit zu erwecken. Dabei reicht das persönliche Empfinden einer Verfahrenspartei nicht aus. Das Misstrauen muss vielmehr in objektiver Weise begründet erscheinen, d.h., es müssen Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den äusseren Anschein der Befangenheit und Voreingenommenheit erwecken. Für die Ablehnung ist hingegen nicht erforderlich, dass 1713

⁴⁸⁰⁵ Vgl. etwa BGE 121 I 225, E. 3; 114 V 61, E. 2a. – Vgl. auch MÜLLER/SCHEFER, 948; eingehend dazu B. SCHINDLER, Befangenheit, 101 ff.; THURNHERR, Verwaltungshandeln, N 383.

⁴⁸⁰⁶ Urteil BVGer, B-2703/2010, 6.7.2010, E. 2.1.

⁴⁸⁰⁷ Die Parteistellung gewährleistet die erforderliche Beziehungsnähe zum jeweiligen Verfahrensgegenstand. Vgl. dazu THURNHERR, Verwaltungshandeln, N 362 f.

⁴⁸⁰⁸ Vgl. die Überschrift in KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 42 V.3.b.

⁴⁸⁰⁹ Vgl. Urteil BGer, 2C_790/2019, 14.9.2020, E. 9.1 betreffend die FINMA (u.a. mit Verweis auf BGE 122 II 471, E. 3b betreffend die UBI); vgl. auch Urteil BGer, 2C_110/2019, 9.12.2019, E. 5.3 f. betreffend die FINMA.

⁴⁸¹⁰ Urteil BGer, 2C_110/2019, 9.12.2019, E. 5.3; 2C_1124/2015, 31.3.2017, E. 4.2; 9C_499/2013, 20.2.2014, E. 5.4; 2C_831/2011, 30.12.2011, E. 3.1 m.w.H.

der Entscheidungsträger oder die Entscheidungsträgerin tatsächlich («innerlich» bzw. «subjektiv»⁴⁸¹¹) befangen ist.⁴⁸¹²

- 1714 Weil die Geltendmachung des Anspruchs auf unabhängige und unbefangene Beurteilung Kenntnisse über die personelle Zusammensetzung des entscheidenden Gremiums voraussetzt, wird aus Art. 29 Abs. 1 bzw. Art. 30 Abs. 1 BV zudem ein Recht auf Bekanntgabe der entscheidenden Behördenmitglieder abgeleitet.⁴⁸¹³ Dies bedeutet allerdings nicht, dass die Namen der tatsächlich entscheidenden Personen den Rechtsuchenden ausdrücklich genannt werden müssen. Auch müssen die Namen nicht im Rubrum des Entscheids selbst aufgeführt sein. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung genügt die Bekanntgabe «in irgendeiner Form». Sie gilt selbst dann als gewahrt, wenn die Namen einer allgemein zugänglichen Publikation oder auch dem Internet entnommen werden können.⁴⁸¹⁴

Bei grösseren Behörden reicht es aus Sicht der Rechtsprechung, wenn die Behördenmitglieder bekannt sind und offengelegt ist, wie viele Behördenmitglieder an einem spezifischen Entscheid mitwirken. Gemäss Art. 18 Abs. 2 und Art. 21 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 6 des Geschäftsreglements der WEKO ist die Behörde beschlussfähig, wenn mindestens die Hälfte der 11–15 Mitglieder der WEKO anwesend ist und mehr als die Hälfte der Anwesenden unabhängige Sachverständige sind. Die WEKO-Mitglieder legen ihre Interessen zudem in einem Interessenbindungsregister gemäss Art. 18 Abs. 2^{bis} KG offen, und diese werden ausserdem auf der Homepage der WEKO bekannt gegeben.⁴⁸¹⁵ Daraus schloss das Bundesverwaltungsgericht im Urteil B-463/2010: «Demnach sind nicht nur die Mitglieder der Vorinstanz bekannt, auch ihre Interessenbindungen – welche allenfalls zum Ausstand führen könnten – sind öffentlich. Angesichts des Geschäftsreglements der Vorinstanz musste die Beschwerdeführerin damit rechnen, dass

⁴⁸¹¹ Zur Unterscheidung zwischen «innerer», «äusserer» bzw. «subjektiver» und «objektiver» Unabhängigkeit vgl. eingehend D. FISCHER, 65 ff.; vgl. dazu etwa auch THURNHERR, Verwaltungshandeln, N 383.

⁴⁸¹² BGE 144 I 234, E. 5.2; 141 IV 178, E. 3.2.1; 140 I 326, E. 5.1; 138 IV 142, E. 2.1. – Vgl. aus der Lehre etwa KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 195 und N 423 zum nichtstreitigen Verwaltungsverfahren; vgl. auch Kommentar VwVG-FELLER/KUNZ-NOTTER, Art. 10 N 15 f.; Praxiskommentar VwVG-BREITENMOSER/WEYENETH, Art. 10 N 2; MÜLLER/SCHEFER, 937 f.; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 42 N 2195 ff.

⁴⁸¹³ KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 42 N 2211; MÜLLER/SCHEFER, 948 f.; vgl. auch Urteil BGer, 1C_388/2009, 17.2.2010, E. 4.1.

⁴⁸¹⁴ Vgl. Urteil BGer, 8F.5/2013, 9.7.2013, E. 2.1.1; 1C_388/2009, 17.2.2010, E. 4.1; BGE 117 Ia 322, E. 1c; 114 Ia 278, E. 3b f.

⁴⁸¹⁵ Eingehend zur Offenlegung der Interessen im Sinne einer «*déclaration d'intérêts*» vgl. D. HÄNNI, N 560 ff.

mindestens die Hälfte der Mitglieder am Entscheid mitwirken würden. Ihr hätte es freigestanden, jederzeit eine Anfrage an die Vorinstanz zu ihrer Zusammensetzung im vorliegenden Fall zu richten. Da die Zusammensetzung der Beschwerdeführerin als bekannt vorauszusetzen ist, kann auch in diesem Punkt keine Verletzung der beschwerdeführerischen Verfahrensrechte erblickt werden.»⁴⁸¹⁶

2. Zum Unbefangenheitsanspruch im Kontext informellen Aufsichtshandelns

In sachlicher Hinsicht beschränken Lehre und Praxis den Anspruch auf Ausstand Befangener – dem Geltungsbereich des VwVG gemäss Art. 1 Abs. 1 VwVG entsprechend – bislang mehrheitlich auf förmliche Verwaltungsverfahren, die in einer Verfügung resultieren.⁴⁸¹⁷ Die spezialgesetzlichen Vorgaben zur Unabhängigkeit von mit dem Aufsichtsvollzug beauftragten Dritten, die ausserhalb eines formellen Verwaltungsverfahrens tätig sind, belegen jedoch einen weiteren Geltungsbereich des Unbefangenheitsanspruchs im Verwaltungsverfahren. Ausserdem zeigen sie auf, dass die Ausstandspflichten auf sämtliche auch private Personen anwendbar sind, die öffentliche Aufgaben zu erfüllen haben.⁴⁸¹⁸ 1715

So verlangt etwa Art. 36 Abs. 1 FINMAG nicht nur, dass Untersuchungsbeauftragte fachkundig, sondern auch unabhängig sind,⁴⁸¹⁹ und regelt etwa Art. 7 der Finanzmarktprüfverordnung (FINMA-PV) unvereinbare Tätigkeiten von Prüfungsgesellschaften mit einem Prüfmandat. 1716

⁴⁸¹⁶ Urteil BVGer, B-463/2010, 19.12.2013, E. 7.3.4. Vgl. in diesem Sinne auch BGE 132 II 485, E. 4.4, wo es um die Frage ging, inwiefern und ab welchem Zeitpunkt die Mitwirkung des Präsidenten der ComCom am angefochtenen Entscheid für die Beschwerdeführerin ersichtlich war.

⁴⁸¹⁷ Vgl. THURNHERR, Verwaltungshandeln, N 318 m.w.H. sowie eingehend zum Reflexionsdefizit in der Rechtswissenschaft N 500 ff. mit Hinweisen auf die Literatur; vgl. insb. B. SCHINDLER, Befangenheit, 78 ff. und 83 f.; vgl. auch KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, 24; Kommentar VwVG-FELLER/KUNZ-NOTTER, Art. 10 N 7 und 9.

⁴⁸¹⁸ Vgl. eingehend dazu D. HÄNNI, N 697 ff. und N 1123, die die Anwendbarkeit solcher Vorgaben auf Private, die zunehmend für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben beigezogen werden, begrüsst.

⁴⁸¹⁹ Gemäss Lehre und Rechtsprechung wird dabei auf den Moment der Mandatserteilung an die Untersuchungsbeauftragten abgestellt (vgl. Urteil BGer, 2C_790/2019, 14.9.2020, E. 8.2 mit Verweis u.a. auf VOISARD, 291 [N 434]; generell zum Erfordernis der Unabhängigkeit der Aufsichtsgehilfen vgl. *ebd.*, N 729 ff.).

Gemäss Art. 7 Abs. 1 FINMA-PV gelten als «unvereinbar mit einem Prüfmandat» «Tätigkeiten von Prüfgesellschaften bei einer oder einem zu prüfenden Beaufsichtigten, die eine objektive Durchführung der Prüfung beeinträchtigen können, insbesondere: (a) aufsichtsrechtliche Beratungen; (b) Beratung bei Transaktionen sowie Prüfung und Beurteilung von Transaktionen, die von der FINMA zu bewilligen oder zu genehmigen sind; (c) Entwicklung und Einführung von Systemen zur Unterstützung von Funktionen in den Bereichen Compliance, Recht, Risikokontrolle, Risikomanagement oder Investmentkontrolle; (d) Mitwirkung und Beratung bei der Einstellung, der Beförderung oder der Entlassung von Gewährsträgerinnen und Gewährsträgern oder weiteren Personen mit aufsichtsrechtlich relevanten Schlüsselfunktionen, namentlich in den Bereichen Finanzen, Compliance, Risikokontrolle oder interne Revision; (e) Tätigkeit als verantwortliche Aktuarin oder verantwortlicher Aktuar; (f) Durchführung der internen Revision».

Gemäss Art. 7 Abs. 2 FINMA-PV darf eine Prüfgesellschaft, «die von einer oder einem Beaufsichtigten mit der Prüfung im Rahmen eines Bewilligungsverfahrens beauftragt worden ist, (...) während drei Jahren nach Erteilung der Bewilligung für die betreffende Beaufsichtigte oder den betreffenden Beaufsichtigten keine Prüfung im Rahmen der laufenden Aufsicht durchführen».

- 1717 Auch Art. 3 Abs. 4 und 5 LMVV sehen vor, dass die für die amtliche Kontrolle von Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen eingesetzten Vollzugsbehörden oder nach Art. 55 LMG beauftragten Dritten «die Unparteilichkeit, die Qualität und die Kohärenz der Kontrollen» auf allen Stufen sicherstellen und «von den Betrieben, die sie inspizieren oder kontrollieren, unabhängig sein» müssen. Art. 3 Abs. 5 LMVV verweist für die auf sie anwendbaren Ausstandsgründe auf Art. 10 Abs. 1 VwVG.⁴⁸²⁰
- 1718 Fehlt eine spezialgesetzliche Vorschrift, schlagen FELLER/KUNZ-NOTTER vor, für die Bestimmung des sachlichen Geltungsbereichs der Ausstandsvorschrift von Art. 10 VwVG im Einzelfall zwischen den unterschiedlichen Handlungsformen zu differenzieren: Während das schlichte oder informelle Verwaltungshandeln zwar dem unmittelbaren Zugriff des VwVG und dessen Ausstandsvorschriften entzogen sei, werde es von der fortwirkenden grundrechtlichen Dimension des Unbefangenheitsgebots durchaus tangiert. Dies eröffne den betroffenen Privaten die Möglichkeit, den Ausstand von Behördenmitgliedern etwa im Rahmen informeller Absprachen zu verlangen. Vollstreckungshandlungen hingegen, die insb.

⁴⁸²⁰ Zur Unabhängigkeit und Unbefangenheit von «Hilfspersonen» der Behörden im Aufsichtskontext vgl. eingehend VOISARD, N 299 ff. sowie N 729 ff. m.w.H. auch auf entsprechende normative Vorgaben.

nicht auf die Begründung von Rechten und Pflichten abzielen, klammern sie vom Geltungsbereich des gesetzlichen Unbefangenheitsgebots aus, ebenso alle übrigen Realakte, über welche jedoch eine Verfügung nach Art. 25a VwVG (im Rahmen eines eigenständigen und an die Vorgaben von Art. 10 VwVG gebundenen Verwaltungsverfahrens) verlangt werden könne.⁴⁸²¹ Damit stellt sich allerdings die Frage nach der Abgrenzung zwischen «informellem Verwaltungshandeln» einerseits und «Realakten» andererseits.

Gestützt auf den Wortlaut von Art. 10 VwVG kann von einem grundsätzlich weiten und wohl auch die meisten aufsichtsrechtlichen Handlungsformen im laufenden nichtstreitigen Verfahren umfassenden Geltungsbereich dieser Bestimmung ausgegangen werden. Insbesondere erfasst er die Phase der Vorbereitung von Verfügungen, auch wenn noch nicht feststeht, ob tatsächlich eine Verfügung ergehen wird.⁴⁸²² Dies bestätigt auch die Rechtsprechung, allerdings gestützt auf unterschiedliche Begründungsansätze: so etwa das Bundesverwaltungsgericht, als es einen grundsätzlichen Anspruch auf unbefangene Beurteilung durch das WEKO-Sekretariat im Rahmen einer kartellrechtlichen Untersuchung nach Art. 27 KG bejahte.⁴⁸²³ Ebenso urteilte es, als es sich mit den Vorgaben an unabhängige und unbefangene Untersuchungsbeauftragte i.S.v. Art. 36 FINMAG zu befassen hatte, deren Einsatz die Sachverhaltsabklärung bezweckte, nicht aber den Erlass einer Verfügung.⁴⁸²⁴ Dabei kam auch deutlich zum Ausdruck, dass das Gericht von einer grundsätzlichen Anwendbarkeit von Ausstandsgründen auf die mit öffentlichen Aufgaben betrauten und dazu eingesetzten privaten Sachverständigen ausging.

1719

⁴⁸²¹ Kommentar VwVG-FELLER/KUNZ-NOTTER, Art. 10 N 11.

⁴⁸²² *Ebd.*, Art. 10 N 12; vgl. auch B. SCHINDLER, Befangenheit, 84.

⁴⁸²³ Urteil BVGer, B-7483/2010, 9.6.2011, insb. E. 2 und 3, wo sich das Gericht mit Äusserungen über den Verfahrensausgang von zwei Angehörigen des Sekretariats mit Blick auf Art. 10 Abs. 1 lit. d VwVG befasste. Die Beschwerdeführerin hatte ihnen vorgeworfen, sie hätten sich vorzeitig eine feste Meinung über das Verfahrensergebnis gebildet. In diesem Verfahren bestätigte das Bundesverwaltungsgericht, dass Art. 22 KG (mit seinem Verweis auf die Ausstandsgründe nach Art. 10 VwVG) lediglich den Ausstand von Kommissionsmitgliedern regle, nicht aber denjenigen von Angehörigen des Sekretariats. Über den Verweis von Art. 39 KG auf die Bestimmungen des VwVG für wettbewerbsrechtliche Verfahren kam es jedoch zum Schluss, dass für den Ausstand von Sekretariatsangehörigen (ebenfalls) die Regeln des VwVG und damit Art. 10 VwVG zu beachten sei (*ebd.*, E. 2.2; vgl. ebenso Urteil BGer, 2C_732/2008, 24.3.2009, E. 2.1) – dies, obwohl sich Art. 10 VwVG nach eigenem Wortlaut wohl bemerkt an «Personen» richtet, «die eine Verfügung zu treffen oder diese vorzubereiten haben».

⁴⁸²⁴ Urteil BVGer, B-5518/2016, 10.7.2019, E. 9.1 f.

Das Gericht hielt fest, dass das VwVG jedoch keine Bestimmungen enthalte, die den Ausstand und die Ablehnung von durch die Verwaltungsbehörden eingesetzten Spezialistinnen und unabhängigen Experten regeln würden. Der generelle Verweis von Art. 53 FINMAG, wonach sich «das Verfahren» nach den Bestimmungen des VwVG richte, und auch die Ausstandsgründe gemäss Art. 10 VwVG kamen nicht zur Anwendung, hingegen diejenigen nach Art. 34 BGG analog (und zwar über den Verweis von Art. 19 VwVG u.a. auf Art. 58 BZP, der für die Ernennung von Sachverständigen auf diese Ausstandsgründe verweist). Das Bundesverwaltungsgericht führte ausserdem aus, dass die für ein Mandat als Untersuchungsbeauftragte Kandidierenden über die Anforderungen an ihre Unabhängigkeit sowie über ihre Pflicht, allfällige Interessenkonflikte gegenüber der FINMA offenzulegen, informiert seien. Die Bewerbungsformulare, die für die Kandidatur auszufüllen seien,⁴⁸²⁵ würden Hinweise auf die einzuhalten Vorgaben enthalten, und ausserdem komme in diesem Fall, in dem es um die Einsetzung eines Anwalts als Untersuchungsbeauftragten ging, Art. 12 BGFA zur Anwendung.⁴⁸²⁶

3. Befangenheits- und Ausstandsgründe

- 1720 Verschiedene Gründe können zur Befangenheit führen. Sie lassen sich grob in (i) Interessenkonflikte einerseits und (ii) Vorbefassung andererseits differenzieren, wenn auch Überschneidungen vorkommen.⁴⁸²⁷ Wer an einer Sache persönlich interessiert oder voreingenommen ist, hat wegen Befangenheit in den Ausstand zu treten und darf somit nicht mehr an einem Entscheid in dieser Sache mitwirken.
- 1721 Unzulässige Interessenkonflikte lassen sich in erster Linie auf Umstände zurückführen, die in der persönlichen Sphäre eines Behördenmitglieds liegen.⁴⁸²⁸ Ausstandsgründe können namentlich in der besonderen persönlichen Nähe eines Entscheidungsträgers oder einer Entscheidungsträgerin zu einer der Verfahrensparteien (z.B. Verwandtschaft⁴⁸²⁹) oder zum Verfahren (z.B. Richter in eigener Sache) begründet sein oder sich aus ihrem Verhalten ergeben. Bei Sachgeschäften,

⁴⁸²⁵ Diese sind abrufbar unter <<https://www.finma.ch> → FINMA → Beauftragte der FINMA → Bewerbung> (besucht am 15.8.24).

⁴⁸²⁶ Urteil BVGer, B-5518/2016, 10.7.2019, E. 9.1.1; vgl. auch BGE 137 V 210, E. 2.1.3. – Zur Ausweitung von Ausstands- bzw. «Integritätspflichten» auf sämtliche Personen, die in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben involviert sind, vgl. D. HÄNNI, N 697 ff. und N 1123.

⁴⁸²⁷ Vgl. THURNHERR, Verwaltungshandeln, N 382, N 383 ff. sowie N 388 ff., zu diesen beiden Kategorien; vgl. auch KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 42 N 2194, die zusätzlich noch die Parteilichkeit mitauführen; vgl. auch RHINOW ET AL., N 303 f.

⁴⁸²⁸ THURNHERR, Verwaltungshandeln, N 383 f.

⁴⁸²⁹ Vgl. etwa BGE 119 V 456, E. 5 und insb. 5c.

an welchen sie Eigeninteressen haben und/oder zu wenig distanziert sind, haben sie in den Ausstand zu treten.

Auch die ausgeübte amtliche Tätigkeit kann zu einem Interessenkonflikt führen.⁴⁸³⁰ 1722 Allerdings zeigt sich die bundesgerichtliche Praxis zurückhaltend, in solchen Konstellationen von einem Befangenheitsgrund auszugehen. Grundsätzlich gilt es als zulässig, dass ein Behördenmitglied mehrere Funktionen innerhalb seines amtlichen Tätigkeitsbereichs parallel wahrnimmt.⁴⁸³¹ Alleine aus dem Umstand, dass eine Behörde öffentliche und verwaltungseigene Interessen zu wahren hat, resultiert noch keine Befangenheit.⁴⁸³² Allerdings ändert die Tatsache, dass eine Behörde öffentliche Interessen zu berücksichtigen hat, auch «nichts am rechtsstaatlichen Erfordernis, dass sie die zu beurteilende Sachlage im Einzelfall unparteiisch und unbefangen handhaben muss».⁴⁸³³ Ferner stellen sich Fragen zur (nachfolgend näher zu beleuchtenden) Vorbefassung der Behördenmitglieder, wenn die amtlichen Funktionen zeitlich nacheinander ausgeübt werden.⁴⁸³⁴

Die Ausstandsbegehren stützen sich im nichtstreitigen Verfahren vor den Aufsichtsbehörden grundsätzlich auf die Ausstandsgründe gemäss Art. 10 VwVG.⁴⁸³⁵ 1723 Die Geschäftsreglemente und Verhaltenskodizes der als Behördenkommissionen ausgestalteten Aufsichtsbehörden enthalten auch regelmässig entsprechende Verweise auf diese Norm.⁴⁸³⁶

⁴⁸³⁰ THURNHERR, Verwaltungshandeln, N 385 ff.

⁴⁸³¹ Vgl. dazu *ebd.*, N 387 m.w.H.

⁴⁸³² Vgl. etwa BR, Entscheid vom 20.3.1995, VPB 60.2, E. 1.1 m.w.H.

⁴⁸³³ Urteil BVGer, B-2703/2010, 6.7.2010, E. 2.1 mit Verweis auf KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, 129.

⁴⁸³⁴ Dazu hinten N 1727 ff.

⁴⁸³⁵ Vgl. etwa Art. 53 FINMAG, Art. 22 Abs. 1 KG, Art. 84 Abs. 1 HMG und Art. 19 ENSIG, die alle auf die anwendbaren Bestimmungen des VwVG verweisen.

⁴⁸³⁶ Vgl. etwa Art. 9 des Geschäftsreglements UBI und Art. 17 Abs. 1 des Geschäftsreglements der ElCom bezüglich der Kommissionsmitglieder und der beigezogenen Fachleute. – Bezüglich der ComCom werden Interessenkonflikte und Ausstand in Ziff. 6 ihres Verhaltenskodex (S. 5 f.) aufgegriffen und es wird dabei auf die Ausstandsgründe nach Art. 10 VwVG (für die Mitglieder und Mitarbeitenden der ComCom) bzw. Art. 94a BPV (für die Mitarbeitenden des Sekretariats) verwiesen. – Auch Ziff. 2.4 des Verhaltenskodex WEKO (S. 4 f.) verweist auf Art. 22 Abs. 1 KG bzw. Art. 10 VwVG (für Mitglieder der WEKO) sowie Art. 94a BPV (für die Mitarbeitenden des Sekretariats). Ferner sind im Verhaltenskodex spezifische Meldepflichten vorgesehen (S. 5), die in einem konkreten Verfahren zur Ausstandspflicht der betreffenden Person führen können. Gemäss Art. 18 Abs. 2^{bis} KG legen die WEKO-Mitglieder ihre Interessen zusätzlich in einem Interessenbindungsregister offen.

- 1724 Über Art. 10 VwVG hinaus gehen die Organisationsreglemente und Verhaltenskodizes der Aufsichtsbehörden in der Rechtsform öffentlich-rechtlicher Anstalten.⁴⁸³⁷ Sie verlangen zusammengefasst, dass die für die Aufsichtsbehörde tätigen Personen insb. bei Geschäften und Entscheiden in den Ausstand zu treten haben,
- an welchen sie ein persönliches Interesse haben,⁴⁸³⁸
 - an welchen ihnen nahestehende Personen ein persönliches Interesse haben (und von dem die für die Aufsichtsbehörde tätige Person Kenntnis hat),
 - an welchen Personen beteiligt sind, mit denen sie in naher persönlicher Beziehung stehen,⁴⁸³⁹
 - in denen sie vor ihrer Tätigkeit bei der Aufsichtsbehörde bereits selber involviert waren sowie
 - bei welchen sie auch aus anderen Gründen befangen sein könnten oder ein Anschein der Befangenheit besteht.⁴⁸⁴⁰
- 1725 Haben die Beamten eine strafrechtliche Untersuchung zu führen und einen entsprechenden Entscheid zu treffen oder vorzubereiten, sind sodann die Ausstandsgründe nach Art. 29 VStrR sowie Art. 56 StPO zu beachten. In diesem Zusammenhang kommt die unterschiedliche Rolle der Aufsichtsbehördenmitarbeitenden und Justizpersonen besonders deutlich zum Tragen. In einem Entscheid vom 25. Juli 2018

⁴⁸³⁷ Der folgende Katalog von Ausstandsgründen entspricht Art. 14 Verhaltenskodex FINMA, Art. 10 Verhaltenskodex ENSI sowie Art. 15 Verhaltenskodex Swissmedic. Den Ausstandsregeln ist in den einzelnen Verhaltenskodizes jeweils ein eigener Abschnitt gewidmet. Für das Personal von Swissmedic ist auch Art. 48 der Swissmedic-Personalverordnung zu beachten. Auch wenn diese Vorschrift nicht sämtliche in Art. 10 VwVG aufgeführten Verwandtschafts- und Verbundenheitsgrade nennt, werden diese wohl durch die «Auffangklausel» in Abs. 1 lit. d erfasst. Eingehend zum Instrument der Verhaltenskodizes zwecks Förderung der Integrität der Verwaltung vgl. auch D. HÄNNI, N 704 ff.

⁴⁸³⁸ Dies sieht auch Art. 10 Abs. 1 lit. a VwVG vor.

⁴⁸³⁹ Art. 10 Abs. 1 lit. b und b^{bis} VwVG schränken den Kreis der «nahestehenden Personen» auf Ehegatten, eingetragene Partner oder Lebenspartner bzw. Verwandte und Verschwägerter ein, die überdies Parteien im Verfahren sein müssen; Art. 10 Abs. 1 lit. c VwVG anvisiert die Konstellationen, in denen eine Person als Vertreterin einer Partei oder für sie in derselben Angelegenheit tätig war.

⁴⁸⁴⁰ Dies entspricht wieder Art. 10 Abs. 1 lit. d VwVG. – Im Gegensatz zum VwVG führt etwa Art. 34 Abs. 1 lit. b BGG als Ausstandsgrund im Gerichtsverfahren die Situation auf, dass ein Richter/eine Richterin in einer anderen Stellung, «insbesondere als Mitglied einer anderen Behörde, als Rechtsberater oder Rechtsberaterin einer Partei, als sachverständige Person oder als Zeuge beziehungsweise Zeugin, in der gleichen Sache tätig war».

griff das Bundesstrafgericht die Unterschiede zwischen der Rolle der Richterinnen und Richter sowie der Untersuchungsbehörden im Zusammenhang mit einem Ausstandsbegehren auf, das sich gegen Mitarbeitende von Swissmedic richtete, die für die Untersuchung verantwortlich zeichneten. Es führte dazu Folgendes aus:

*«Au contraire du juge appelé à s'exprimer en fait et en droit sur le fond de la cause, lequel doit en principe s'en tenir à une attitude parfaitement neutre, l'autorité d'instruction peut être amenée, provisoirement du moins, à adopter une attitude plus orientée à l'égard du prévenu dans la phase de l'enquête; elle peut faire état de ses doutes quant à la version des faits présentée, mettre le prévenu en face de certaines contradictions et tenter de l'amener aux aveux, pour autant qu'il ne soit pas fait usage de moyens déloyaux. C'est en particulier le cas lorsqu'elle décide de l'ouverture d'une instruction ou lorsqu'elle ordonne des mesures de contrainte. L'autorité d'instruction doit se voir reconnaître, dans le cadre de ses investigations, une certaine liberté, limitée par l'interdiction des procédés déloyaux. Ses déclarations doivent ainsi être interprétées de manière objective, en tenant compte de leur contexte, du ton sur lequel elles sont faites, et du but apparemment recherché par leur auteur.»*⁴⁸⁴¹

Zum fraglichen Ausstandsbegehren hielt das Gericht fest, dass das Heilmittelinstitut seiner Funktion entsprechend zu untersuchen habe, ob ein hinreichender Verdacht auf eine Verletzung des HMG bestehe. In einem solchen Kontext ein Ausstandsbegehren zuzulassen, würde die Untersuchung lahmlegen und damit auch mögliche Zwangsmassnahmen blockieren, was – wie das Gericht festhielt – nicht vertretbar sei. Aus diesem Grund schätzte es die Stellungnahmen des Instituts, die im Verlaufe der Untersuchung in einem Briefwechsel ausgetauscht wurden, als üblich ein. Es gehöre dazu, dass die Aufsichtsbehörde und die beaufsichtigte Partei ihre Standpunkte austauschen würden. Dass die Behörde dabei eine Position einnehme, die aus Sicht der Beaufsichtigten ungünstig sei und die Verletzungsvermutung stütze, bilde noch keinen Ausstandsgrund.⁴⁸⁴² 1726

4. Zur Vorbefassung im Besonderen

4.1 Mehrfachzuständigkeiten und Vorbefassung

Wie gesehen, sind Aufsichtsbehörden regelmässig in unterschiedlichen Funktionen tätig. Oftmals übernimmt dieselbe Behörde Überwachungs-, Verfolgungs-, Weisungs- und Sanktionsaufgaben, vielfach auch gegenüber denselben Beauf- 1727

⁴⁸⁴¹ Urteil BStGer, BV.2018.4, 25.7.2018, E. 3.3 mit Verweis auf Urteil BGer, 1B_22/2008, 11.4.2008, E. 3.1.

⁴⁸⁴² Urteil BStGer, BV.2018.4, 25.7.2018, E. 3.4.

sichtigten, wobei die einzelnen Kompetenzen zum Teil fließend ineinander übergehen bzw. aufeinander aufbauen. Wenn sich ein Behördenmitglied mehrmals mit demselben Verfahrensgegenstand zu befassen hat, können Fragen zur gebotenen Unbefangenheit aufgeworfen werden.

- 1728 Als unzulässig gilt eine Vorbefassung, wenn die unbefangene Beurteilung der Streitsache durch unvoreingenommene Entscheidungsträgerinnen und -träger nicht mehr gewahrt ist.⁴⁸⁴³ Das Verfahren darf in Bezug auf den konkreten Sachverhalt und die konkret zu entscheidenden Rechtsfragen nicht als vorbestimmt erscheinen,⁴⁸⁴⁴ «würde der Prozess der Informationssammlung und -verarbeitung ansonsten doch zur reinen Farce».⁴⁸⁴⁵ Ist ein Gericht mit einer Rüge der unzulässigen Vorbefassung konfrontiert, prüft es somit, ob durch die vorgängige Tätigkeit der Anschein einer Voreingenommenheit begründet wurde und inwiefern die Beurteilung im späteren Verfahrensverlauf als noch offen erscheint. Dafür wird auf die konkreten Umstände des Einzelfalls abgestellt. Insbesondere werden der Grad der Deckungsgleichheit der zu stellenden Fragen, der Entscheidungsspielraum der Behörde sowie die Bedeutung der Entscheidungen für den Fortgang und das Ergebnis des Verfahrens untersucht.⁴⁸⁴⁶
- 1729 Aufgrund der häufigen Mehrfachzuständigkeiten von Verwaltungsbehörden geht die Rechtsprechung für dadurch bewirkte Fälle der Vorbefassung prinzipiell von einem weniger strengen Unbefangenheitsmassstab und damit weniger strengen Ausstandsvorschriften aus als für Richterinnen und Richter.⁴⁸⁴⁷ Wie gesehen, verlangt Art. 29 Abs. 1 BV nicht die gleich strenge unabhängige Ausgestaltung einer Behörde wie Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK.⁴⁸⁴⁸ Ferner gilt, dass die für Gerichte geltenden Ausstandsregeln nicht ohne Weiteres auf erstinstanzliche Verwaltungsverfahren übertragen werden können. Angesichts der Kompetenzakkumulation vor den erstinstanzlichen Verwaltungsbehörden müssen die Anforderungen an die Unbefangenheit von Verwaltungs- und Exekutivbehörden in jedem Fall unter Berücksichtigung der ihnen von der Gesetzgebung übertragenen

⁴⁸⁴³ Vgl. BGE 114 Ia 50, E. 3.

⁴⁸⁴⁴ So das Bundesgericht in BGE 140 I 326, E. 6.3.

⁴⁸⁴⁵ THURNHERR, Verwaltungshandeln, N 388 m.w.H.

⁴⁸⁴⁶ STEINMANN/SCHINDLER/WYSS, SG-Kommentar BV, Art. 30, insb. N 38 m.w.H.; vgl. insb. BGE 114 Ia 50, E. 3d (zur Vorbefassung von Gerichtspersonen).

⁴⁸⁴⁷ So ausdrücklich etwa Urteil Verwaltungsgericht (ZG), V 2019 114, 12.4.2022, E. 2.1.2.; vgl. auch Urteil BGer, 2C_110/2019, 9.12.2019, E. 5.1 und 5.6; 137 II 431, E. 5.2.

⁴⁸⁴⁸ Dazu vorne N 1675.

Funktionen und ihrer Organisation ermittelt werden.⁴⁸⁴⁹ Die Praxis stellt sich insgesamt auf den Standpunkt, im Interesse einer beförderlichen Rechtspflege seien Ablehnungs- und Ausstandsbegehren gegen nichtrichterliche Justizpersonen bzw. gegen Personen, die an einem Verwaltungsentscheid in irgendeiner Form beratend oder instruierend mitwirken, nicht leichthin gutzuheissen.⁴⁸⁵⁰

Nach der Rechtsprechung liegt insb. keine unzulässige Vorbefassung vor, wenn die amtliche Mehrfachbefassung als «systembedingt», zur «normalen» Ausübung der Amtstätigkeit gehörend, ja sogar als «unvermeidlich» erscheint,⁴⁸⁵¹ würde doch sonst das Verwaltungsverfahren seines Sinns entleert werden.⁴⁸⁵² Wiederholt stellen sich die Gerichte etwa auf den Standpunkt, dass eine möglicherweise voreingenommene Haltung, die jedoch dem System inhärent und damit unvermeidlich sei, grundsätzlich keine unzulässige Befangenheit i.S.v. Art. 29 Abs. 1 BV begründe:

*«En règle générale, les prises de position qui s'inscrivent dans l'exercice normal de fonctions gouvernementales, administratives ou de gestion, ou dans les attributions normales de l'autorité partie à la procédure, ne permettent pas de conclure à l'apparence de la partialité et ne justifient pas la recusation.»*⁴⁸⁵³

In Bezug auf die verschiedenen Funktionen der FINMA führte etwa das Bundesverwaltungsgericht aus:

*«En effet, le simple fait que la FINMA soit appelée à intervenir à diverses reprises auprès des mêmes assujettis s'avère parfaitement conforme aux dispositions légales et inhérent au système voulu par le législateur; ce que le recourant ne conteste au demeurant pas. Or, conformément à la jurisprudence précitée, ce simple fait ne constitue pas encore un motif valable susceptible de nier à l'autorité inférieure ou à ses collaborateurs l'impartialité et l'indépendance requise dans le cadre de la procédure d'enforcement ayant mené à la décision dont est recours.»*⁴⁸⁵⁴

⁴⁸⁴⁹ Urteil BGer, 1C_197/2022, 15.12.2022, E. 3.1; 2C_110/2019, 9.12.2019, E. 4.2, E. 5.1 und E. 5.6; BGE 142 I 172, E. 3.1; 140 I 326, E. 5.2; 137 II 431, E. 5.2; 127 I 196, E. 2b; 125 I 119, E. 3f. – Vgl. dazu ausserdem BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N 36 m.w.H.

⁴⁸⁵⁰ Vgl. so etwa BGE 137 II 431, E. 5.2; Urteil BGer, 1B_22/2007, 29.5.2007, E. 3.3; vgl. in diesem Sinne auch 2C_732/2008, 24.3.2009, E. 2.2.1; Urteil BVGer, A-3972/2019, 22.3.2021, E. 2.1.3; B-4762/2017, 27.2.2020, E. 10.3.

⁴⁸⁵¹ Vgl. etwa BGE 125 I 119, E. 3f; Urteil BGer, 1P48/2007, 11.6.2007, E. 4.3; 1C_150/2009, 8.9.2009, E. 3.5; 2C_931/2015, 12.10.2016, E. 5.1 m.w.H.

⁴⁸⁵² Vgl. Urteil BGer, 2C_931/2015, 12.10.2016, E. 5.1 m.w.H.

⁴⁸⁵³ So Urteil BVGer, B-5527/2016, 10.7.2019, E. 3.3.1 mit Verweis auf Urteil BGer, 2C_643/2010, 1.2.2011, E. 5.5.1, sowie BGE 125 I 119, E. 3f.

⁴⁸⁵⁴ Urteil BVGer, B-5566/2016, 10.7.2019, E. 3.2.2.2.

- 1732 Es entspricht somit der etablierten Rechtsprechung, dass allein der Umstand, dass sich eine Verwaltungsbehörde in verschiedener Hinsicht mit einer Angelegenheit zu befassen hat, nicht genügt, um ihre Voreingenommenheit zu begründen.
- 1733 Im Aufsichtskontext liess das Bundesgericht entsprechend zu, dass ein Behördenmitglied an einem Beschwerdeentscheid teilnahm, obwohl es in die Ausarbeitung des angefochtenen vorinstanzlichen Entscheids involviert war. Dabei ging es (u.a.) um ein Mitglied der Stiftungsaufsicht, die im betreffenden Kanton vom Regierungsrat wahrgenommen wurde. Aus diesem Grund sah sich das Bundesgericht veranlasst, sich zum Ausstand politischer Behördenmitglieder zu äussern. Es führte aus:

«Politische Behörden (Kantonsregierungen, Gemeindeexekutiven usw.) sind auf Grund ihres Amtes, anders als ein Gericht, nicht allein zur neutralen Rechtsanwendung oder Streitentscheidung berufen. Sie tragen zugleich eine besondere Verantwortung für die Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben. Zu politisch bedeutsamen Streitfällen oder umstrittenen Projekten haben sich die betreffenden Behördenmitglieder – sei es als Politiker oder im Rahmen ihrer bisherigen Amtstätigkeit – häufig schon vor oder ausserhalb der Durchführung eines förmlichen Verwaltungsverfahrens eine bestimmte Meinung gebildet und diese unter Umständen in politischen Gremien oder in der Öffentlichkeit auch bereits geäussert. Dies allein kann verfassungsrechtlich noch nicht eine Ausstandspflicht begründen, würde doch sonst die Verwaltungsrechtspflege (bzw. die Rechtsanwendung überhaupt) durch politische Behörden in vielen Fällen geradezu verunmöglicht.»⁴⁸⁵⁵

- 1734 Ebenfalls als zulässig erachtet wurde es, dass sich Behördenmitglieder schon vor oder ausserhalb eines Verwaltungsverfahrens eine Meinung bilden, diese kundtun und dennoch in der Folge förmlich über den Streitfall oder das fragliche Projekt entscheiden.⁴⁸⁵⁶
- 1735 Auch das Bundesverwaltungsgericht intervenierte nicht, als ein FINMA-Mitarbeiter mit führender Rolle bei den Sachverhaltsabklärungen während der laufenden Aufsicht, ebenfalls bei einem späteren, dieselbe Unternehmensgruppe betreffenden eingreifenden Verfahren (Enforcementverfahren) mitwirkte. Allerdings spiel-

⁴⁸⁵⁵ Vgl. Urteil BGer, 5P.284/2000, 8.9.2000, E. 4. Vgl. zur Praxis, wonach ein Rekursentscheid der zuständigen Direktion durch die gleiche kantonale Amtsstelle vorbereitet wird, die bereits die erstinstanzliche Anordnung getroffen hat, B. SCHINDLER, Befangenheit, 162 ff.

⁴⁸⁵⁶ Vgl. Urteil BGer, 2C_831/2011, 30.12.2011, E. 3.2; BGE 125 I 209, E. 8a; vgl. zu sich vorab äussernden Richterinnen und Richtern etwa BGE 140 I 326, E. 6.3; 137 I 227, E. 2.6.2 ff. – Kritisch zu dieser Rechtsprechung: MÜLLER/SCHEFER, 950 f.; THURNHERR, Verwaltungshandeln, N 388.

te in diesem Fall auch eine Rolle, dass er im Enforcementverfahren eine untergeordnete Rolle spielte und insb. nicht alleine Entscheidungen zu fällen hatte.⁴⁸⁵⁷

In BGE 137 II 431 hingegen bejahte das Bundesgericht aufgrund der konkreten Umstände den Anschein der Befangenheit des ehemaligen Präsidenten der EBK und der FINMA, als er am Entscheid über die Lieferung von Kundendaten der UBS an die USA mitwirkte – er war nämlich zuvor Kadermitglied bei der UBS gewesen.⁴⁸⁵⁸ Es führte jedoch aus:

«Die Tatsache, dass der ehemalige Präsident der FINMA während Jahrzehnten bei der UBS AG gearbeitet hat, begründet für sich allein noch keinen Anschein einer möglichen Befangenheit: Gemäss Art. 11 Abs. 1 des Reglements vom 18. Dezember 2008 über die Organisation der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA (...), welches am 1. Januar 2009 in Kraft getreten ist, müssen die Mitglieder des Verwaltungsrats der FINMA fachkundig und von den Beaufsichtigten unabhängig sein. Die Aufgaben an der Spitze der Finanzmarktaufsichtsbehörde setzen eingehende Kenntnisse des Banken- und Wirtschaftssystems auch in praktischer Hinsicht voraus, was regelmässig dazu führt, dass die betroffenen Personen entsprechende einschlägige Berufserfahrungen mitbringen. Solche können nicht bereits als Ausstandsgrund gelten, auch wenn ein einzelnes Mitglied seine Karriere – wie hier – weitgehend in der Organisation eines bestimmten beaufsichtigten Unternehmens gemacht hat.»⁴⁸⁵⁹

Die mangelnde Strenge der Rechtspraxis für Verwaltungsbehörden ist in der Literatur auf Kritik gestossen.⁴⁸⁶⁰ Sie ist im Hinblick auf Aufsichtsbehörden besonders zu hinterfragen. Es spricht vieles dafür, anhand der jeweils tatsächlich in Frage stehenden Funktionen der Aufsichtsbehörden im konkreten Einzelfall zu differenzieren. Dabei sollte klar zwischen der Mehrfachbefassung durch die *Aufsichtsbehörde* einerseits und der tatsächlichen *Vorbefassung einzelner Behördenmitglieder*

⁴⁸⁵⁷ Urteil BVGer, B-1583/2011, 8.6.2011, E. 5.1 und 5.4 f.; vgl. auch diesen Entscheid bestätigend BVGE 2012/10, E. 2.1 f.; vgl. dazu auch hinten N 1739.

⁴⁸⁵⁸ Vgl. BGE 137 II 431, E. 5.3.3 sowie E. 5.4. Auch die Tatsache, dass der FINMA-Verwaltungsrat den Entscheid seinerseits bestätigt hatte und die Vorsteher des EFD sowie des EJPD «den Einbezug des Präsidenten in diesem zunehmend schwieriger werdenen Dossier» gewünscht hatten, änderte nichts am Entscheid des Bundesgerichts, dass der damalige Präsident der FINMA beim Erlass der Verfügung vom 18.2.2009 in den Ausstand hätte treten müssen.

⁴⁸⁵⁹ BGE 137 II 431, E. 5.3.1.

⁴⁸⁶⁰ Vgl. etwa MÜLLER/SCHEFER, 949 f. m.w.H.: KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, 141 ff.; B. SCHINDLER, Befangenheit, 145 und 162 ff.; THURNHERR, Verwaltungshandeln, N 388; HÄNER, Organisationsrecht, N 28.27 mit dem Hinweis, dass neben einer möglichen Vorbefassung auch Interessenkonflikte problematisch sein könnten.

andererseits (Vorbefassung im engeren Sinne) unterschieden werden.⁴⁸⁶¹ Bloss weil eine Vorbefassung systembedingt ist, eine Aufsichtsbehörde sich somit mehrfach mit einer bestimmten Sache zu befassen hatte, bedeutet dies noch nicht zwingend, dass sich auch die einzelnen Behördenmitglieder wiederholt mit derselben Sache auseinandersetzen mussten, und ist somit auch noch nichts über die (Un-) Befangenheit der am fraglichen Entscheid bzw. der fraglichen Amtshandlung effektiv mitwirkenden Behördenmitglieder gesagt.⁴⁸⁶² Dafür müssen vielmehr fallweise die konkreten Umstände berücksichtigt werden.⁴⁸⁶³

4.2 Behördeninterne Organisation und Kompetenzverteilung zwecks Gewährleistung unvoreingenommener Entscheide

- 1738 Problematisch erscheint die Darstellung der Vorbefassung als «unvermeidbar» in der vorne zitierten Gerichtspraxis. Ausgeklammert wird damit nämlich die Tatsache, dass behördenintern durchaus (organisatorisch-institutionell) auf eine unbefangene und unvoreingenommene Entscheidfindung hingewirkt werden kann, trotz bzw. gerade in Konstellationen mit systembedingter Vorbefassung. Auf das Risiko einer innerinstitutionellen Befangenheit wird bei Swissmedic beispielsweise u.a. so reagiert, dass Mitarbeitenden der Aufsichtsbehörde ausserhalb des Bereichs «Recht» keinen Zugang zu den Informations- und Dokumentationssystemen der Abteilung «Strafrecht» gewährt wird. Letztere beschäftigt sich als einzige Abteilung behördenintern möglichst isoliert mit den strafrechtlichen Aufgaben

⁴⁸⁶¹ Generell gilt, dass der Tatbestand der Vorbefassung nur durch die Mehrfachbefassung ein und derselben Person erfüllt sein kann (vgl. KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, 142, die dazu festhielt: «dies ist offensichtlich nicht der Fall, wenn die erneute Beschäftigung mit der Angelegenheit zwar durch die formell gleiche [Behörde], aber in anderer personeller Zusammensetzung erfolgt»). Entsprechend hat sich ein Ausstandsbegehren immer gegen eine einzelne, natürliche Person zu richten und nicht gegen eine Gesamtbehörde (vgl. dazu B. SCHINDLER, Befangenheit, 75 ff.).

⁴⁸⁶² So auch B. SCHINDLER, Befangenheit, 164 ff., der sich für eine klare Trennung ausspricht zwischen den Fragen, ob eine Person tatsächlich am Entscheid mitgewirkt hat oder ob sie «lediglich eine systembedingte Nähe zum Entscheidträger aufweist», weil sie etwa derselben Verwaltungseinheit angehört oder dieser vorsteht.

⁴⁸⁶³ Vgl. auch BGE 114 Ia 50, E. 3d, wo das Bundesgericht in einem die Vorbefassung von Gerichtspersonen betreffenden Fall zum Schluss kam, es könne nicht generell gesagt werden, ob eine Vorbefassung verfassungsrechtlich generell zulässig oder generell unzulässig sei: «Eine allgemeine Aussage, in welchen einzelnen Fällen ein Richter, der sich in einem früheren Zeitpunkt bereits mit der Angelegenheit beschäftigt hat und demnach Vorkenntnisse besitzt, den Anforderungen von Art. 58 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK genügt, ist nicht möglich.»

von Swissmedic.⁴⁸⁶⁴ Auch über Strafentscheide und Gerichtsurteile wird Swissmedic-intern nur in anonymisierter Form informiert.⁴⁸⁶⁵ Die Errichtung solcher behördeninterner «Chinese Walls» kann dazu beitragen, dass die in die Untersuchung involvierten Mitarbeitenden nicht die Entscheidungsfindung beeinflussen – auch wenn ein gewisses Risiko des internen Informationsaustauschs wohl kaum gänzlich ausgeschlossen werden kann.

Die Rechtsprechung zu unterschiedlichen Aufsichtsbereichen knüpft ausserdem 1739 regelmässig an das Kriterium der Entscheidungskompetenzen an: Im vorne erwähnten Entscheid B-1583/2011 des Bundesverwaltungsgerichts war bspw. entscheidend, dass der betreffende FINMA-Mitarbeiter, der sowohl bei den Sachverhaltsabklärungen als auch im Enforcementverfahren mitwirkte, für das Enforcementverfahren nicht völlig unabdingbar war und die Aufgabe und die Befugnis, zu entscheiden, nicht bei ihm lag, sondern beim Enforcementausschuss (ENA) der FINMA.⁴⁸⁶⁶

Auch für die Beurteilung der gerügten Befangenheit des Präsidenten der ComCom 1740 und vormaligen Direktors des BAKOM kam es für das Bundesgericht wesentlich auf seine Entscheidungskraft an.⁴⁸⁶⁷ Das Bundesgericht stellte fest, dass das BAKOM zwar den Entscheid der ComCom vorbereitet, es aber deren Weisungen unterlag. Insofern handelten die beiden Behörden «nicht in aufeinander folgenden und organisatorisch getrennten Funktionen der Rechtsprechung, was erforderlich wäre, soll aus der Mitwirkung derselben Person eine den Ausstand erzwingende Vorbefassung abgeleitet werden».⁴⁸⁶⁸ Im Übrigen seien im Verfahren über die Konzessionserteilung und im Aufsichtsverfahren inhaltlich unterschiedliche

⁴⁸⁶⁴ Vgl. dazu sowie zum behördeninternen Verhältnis zwischen der Abteilung Strafrecht von Swissmedic und den Fachabteilungen BURRI, 108 ff.

⁴⁸⁶⁵ *Ebd.*, 111.

⁴⁸⁶⁶ Urteil BVGer, B-1583/2011, 8.6.2011, E. 5.4 f. Vgl. auch, diese Rechtsprechung bestätigend, BVE 2012/10, E. 2.

⁴⁸⁶⁷ Die Beschwerdeführerin rügte in BGE 132 II 485 eine Verletzung von Art. 29 Abs. 1 BV bzw. Art. 10 VwVG aufgrund der Befangenheit des Präsidenten der ComCom, die sie daraus ableitete, dass er vor seiner Tätigkeit bei der ComCom Direktor des BAKOM gewesen sei und mithin für die Vorbereitung der Auktion über die strittigen UMTS-Konzessionen verantwortlich zeichnete. Ferner sei ein wesentlicher Teil der Vorabklärungen und Verhandlungen in der strittigen Sache in seine Amtszeit als Direktor des BAKOM gefallen. Zudem habe er als neu gewählter Präsident der ComCom in einem Interview erklärt, die Beschwerdeführerin verletze die Konzessionsauflagen (*ebd.*, E. 4.1).

⁴⁸⁶⁸ *Ebd.*

Rechtsfragen zu behandeln, sodass auch aus diesem Grund keine Vorbefassung angenommen wurde.⁴⁸⁶⁹

1741 Im Urteil B-6830/2015 befasste sich das Bundesverwaltungsgericht ebenfalls mit Entscheidungskompetenzen, als es festhielt, dass eine Befangenheit des WEKO-Sekretariats infolge klarer vorgängiger Meinungsäusserung wohl nur in Betracht kommen würde, wenn es zum Ausdruck bringe, seine Meinung ungeachtet allfälliger neuer Sachverhaltselemente nicht mehr ändern zu wollen, da dem Sekretariat keine Entscheidungsbefugnis zukomme.⁴⁸⁷⁰ Ein Antrag des Sekretariats an die WEKO stellt nämlich «nur den Ausgangspunkt für die Fortführung des Erkenntnisprozesses dar».⁴⁸⁷¹ Unter Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts führte das Bundesverwaltungsgericht aus, dass es die Praxis jeweils abgelehnt habe, «[a]ngesichts der weitreichenden Korrekturmöglichkeiten seitens der abschliessend verfügenden WEKO (...), ohne konkrete Anhaltspunkte für eine Befangenheit bei den einzelnen Instruktionshandlungen des Sekretariats diese auf Vorrat wiederholen zu lassen (...). Da die WEKO an den Antrag des Sekretariats nicht gebunden sei, bleibe der Ausgang des Verfahrens unbesehen der jeweiligen Äusserungen offen und könne nicht als ausschlaggebend vorbestimmt betrachtet werden.»⁴⁸⁷² Zudem kam das Gericht zum Schluss, dass die Mitwirkung von zwei Sekretariatsmitarbeitenden sowohl an der Stellungnahme des stellvertretenden Direktors des Sekretariats als auch an einem Zwischenentscheid des Präsidenten der WEKO den Ausstandsgrund der Vorbefassung nicht erfülle, zumal die Sekretariatsmitarbeitenden auf Anweisung und nach Instruktion Letzterer handelten. Sie bereiteten Entscheidungsgrundlagen vor, ohne aber eine Entscheidfunktion einzunehmen.⁴⁸⁷³

1742 Zusammengefasst lässt sich diesem Urteil entnehmen, dass klar geregelte Zuständigkeiten und abgesteckte Kompetenzbereiche der verschiedenen Einheiten innerhalb der Aufsichtsbehörden sinnvoll sind, wenn es darum geht, dem Vorwurf der Befangenheit wegen Vorbefassung zu entgehen. Obwohl sie wichtige Indizien über den Hergang der Entscheidungsfindung liefern können, darf der Fokus auf diese «formellen» Kriterien jedoch nicht ausser Acht lassen, dass auch Personen, die nicht über Entscheidungskompetenzen verfügen, massgeblich auf die Entscheidungsfindung Einfluss nehmen können. Dies gilt bspw. ganz besonders für die Sekre-

⁴⁸⁶⁹ *Ebd.*

⁴⁸⁷⁰ Urteil BVGer, B-6830/2015, 12.2.2016, E. 5.2.

⁴⁸⁷¹ *Ebd.*, E. 5.1.

⁴⁸⁷² *Ebd.* mit Verweis auf Urteil BGer, 2C_732/2008, 24.3.2009, E. 2.3.3; Urteil BVGer, B-7483/2010, 9.6.2011, E. 5.7.

⁴⁸⁷³ Urteil BVGer, B-6830/2015, 12.2.2016, E. 6.3.

tariatsmitarbeitenden der WEKO; ihrem Fachwissen und ihrer Erfahrung sowie ihrer «Nähe» zum konkreten Sachverhalt kommt im Entscheidungsprozess jeweils besonderes Gewicht zu.⁴⁸⁷⁴

Das Verhältnis des WEKO-Sekretariats als Untersuchungsbehörde zur WEKO 1743 als Entscheidungsbehörde gilt als entsprechend problematisch insb. mit Blick auf den Anspruch auf eine unabhängige und unbefangene Behörde.⁴⁸⁷⁵ So rügte die beschwerdeführende Swisscom etwa in BVGE 2011/32 u.a., «das Sekretariat sei – als untersuchende Behörde – in unzulässigem Masse mit der WEKO – als erkennender Behörde – organisatorisch-funktionell verflochten. Deshalb habe sich die WEKO auch systematisch in die laufende Untersuchung des Sekretariats eingemischt und zu Unrecht die Mitwirkung von Mitarbeitern des Sekretariats bei der Entscheidungsfindung geduldet. In Verletzung des Anklageprinzips hätten Sekretariat und Wettbewerbskommission einen Inquisitionsprozess ohne klare Trennung zwischen Ankläger und Richter geführt. Diese gegenseitigen Einwirkungsmöglichkeiten stünden nicht im Einklang mit Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 30 Abs. 1 BV.»⁴⁸⁷⁶ In der Lehre ist diese Frage umstritten.⁴⁸⁷⁷ Das Bundesverwaltungsgericht hat sie in diesem Fall letztlich offengelassen.⁴⁸⁷⁸

4.3 Zu Art. 19 VG im Besonderen

In einem wiederum die FINMA betreffenden Fall (A-3504/2016 vom 8. November 2017) betonte das Bundesverwaltungsgericht die Tragweite der behördeninternen Ausgestaltung der Aufsichtsbehörde besonders. Das Gericht bemängelte die interne Zuständigkeitsordnung der Behörde, die die mit Art. 19 des Verantwortlichkeitsgesetzes (VG) einhergehende Gefahr der Befangenheit in diesem Fall wahrscheinlich mit wenigen Anpassungen hätte entschärfen können. Nach Art. 19 1744

⁴⁸⁷⁴ Art. 10 Abs. 1 VwVG sieht denn auch vor, dass die Ausstandsgründe auf Personen anwendbar sind, «die eine Verfügung zu treffen *oder diese vorzubereiten haben*» (eigene Hervorhebung).

⁴⁸⁷⁵ Dazu vorne N 857 ff.

⁴⁸⁷⁶ BVGE 2011/32, E. 5.3 (erster Absatz).

⁴⁸⁷⁷ Vgl. BSK KG-BANGERTER Art. 23 N 28 m.w.H. insb. auf KOBEL, 1157; vgl. auch SOMMER/RAEMY, 759.

⁴⁸⁷⁸ Vgl. so explizit BVGE 2011/32, E. 5.5.6. – Das Gericht hat im konkreten Fall schliesslich eine Verletzung von Parteirechten verneint mit der Begründung, dass es genüge, wenn im Rahmen des Instanzenzugs eine einmalige Überprüfung durch ein institutionell und hinsichtlich der Kognition den Anforderungen von Art. 6 Ziff. 1 EMRK genügendes Gericht erfolge, was somit auch im Rechtsmittelverfahren der Fall sein könne (vgl. *ebd.*, E. 5.4.4 und E. 5.5). Dazu hinten N 1749 ff.

Abs. 3 VG sind Staatshaftungsansprüche gegen eine Aufsichtsbehörde nämlich regelmässig direkt bei ihr einzureichen.⁴⁸⁷⁹ Sie erlässt über streitige Ansprüche eine Verfügung, gegen die wiederum nach den allgemeinen Bestimmungen der Bundesrechtspflege vorgegangen werden kann.⁴⁸⁸⁰ Mit Art. 19 Abs. 3 VG lässt der Gesetzgeber somit zu, ja sieht sogar vor, dass die in der Sache zuständige Behörde auch über streitige Verantwortlichkeitsansprüche entscheidet, und nimmt in Kauf, dass dadurch grundsätzliche Fragen aufgeworfen werden.⁴⁸⁸¹

- 1745 In diesem Fall war der FINMA-Direktor gestützt auf das damals geltende Geschäftsreglement der FINMA⁴⁸⁸² Mitglied des Enforcementausschusses⁴⁸⁸³ und wirkte in dieser Position auch im darauffolgenden Staatshaftungsverfahren mit.⁴⁸⁸⁴ Das Bundesverwaltungsgericht wählte deutliche Worte, als es eine Verletzung der Ausstandsvorschriften bejahte:

⁴⁸⁷⁹ Art. 19 Abs. 1 FINMAG verweist explizit auf das anwendbare VG hinsichtlich der «Verantwortlichkeit der FINMA, ihrer Organe, ihres Personals sowie der von der FINMA Beauftragten». – Zu Art. 19 VG vgl. auch vorne N 757 ff.

⁴⁸⁸⁰ Vgl. Art. 19 Abs. 3 VG.

⁴⁸⁸¹ Trotz deutlich geäusselter Kritik (vgl. etwa HANGARTNER, Rechtsschutz, 140 [bzw. Fn. 138], 148, der von einer «groteske[n] – um nicht zu sagen perverse[n] – Regelung» spricht bzw. von einer «staatsrechtliche[n] Perversion, den Bock [die «zuständige», d.h. involvierte Behörde] zum Gärtner zu machen»; die Entscheidung durch eine Partei sei das Gegenteil rechtsstaatlicher Streiterledigung) scheinen sich Lehre und Rechtsprechung inzwischen weitgehend mit dieser Vorschrift arrangiert zu haben. So wird ausgeführt, die dadurch ermöglichte «Selbststrafung» schaffe Wiedergutmachungsmöglichkeiten. Darüber hinaus wird betont, dass die Verfügungen der entscheidenden Organisationen an zwei unabhängige Gerichtsinstanzen weitergezogen werden könnten und somit der Organisation ermöglichen, zu den Schadenersatz- und Genugtuungsansprüchen Stellung zu nehmen. Dabei wird allerdings davon ausgegangen, dass in aller Regel nicht dieselbe Abteilung für die Behandlung der Schadenersatzbegehren zuständig ist, die sie selbst ausgelöst hat, und zudem involvierte Personen in den Ausstand treten. – Vgl. WÜRMLI, N 423; vgl. auch Eidg. Rekurskommission für die Staatshaftung, Entscheid HRK 2001-004, 15.2.2002, VPB 66.52, E. 3a; OGer BE, ZK 17 176, 2.11.2017, E. 21.3; KGer BL, 820 16 31, 7.9.2016, E. 4.5.3–4.5.5.

⁴⁸⁸² Diese Version des Geschäftsreglements ist nicht öffentlich zugänglich.

⁴⁸⁸³ Als ENA-Mitglied war der FINMA-Direktor, zusammen mit den Leitern der Geschäftsbereiche «Strategische Grundlagen» und «Enforcement», an der Eröffnung der Enforcemententscheide beteiligt. – Generell zum ENA vgl. TANNER, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 477 f.

⁴⁸⁸⁴ Dem ENA oblag gemäss Geschäftsreglement der FINMA auch die Durchführung des Staatshaftungsverfahrens.

«[F]orce est de constater que dite autorité [FINMA] a mis en place une organisation qui ne respecte aucunement la garantie constitutionnelle et légale du droit à voir sa cause traitée équitablement (...). En effet, en confiant à l'organe chargé de prendre des décisions d'enforcement – lesquelles sont de nature à potentiellement créer des dommages de grande ampleur (pouvant s'élever à plusieurs milliards de francs suisses) – le soin de juger s'il a lui-même occasionné un dommage en violation d'un devoir essentiel de fonction en rendant dites décisions, la FINMA a organisé ses services de façon à ce que l'organe mis en cause juge son propre travail, ne garantissant ainsi en aucune façon le droit à une procédure équitable. En effet, l'on ne perçoit pas comment dit organe peut juger de manière impartiale et équitable quant à savoir s'il a lui-même correctement agi. A tout le moins, il y a lieu de reconnaître que le comité d'enforcement a une opinion préconçue dans les procédures d'indemnisations introduites consécutivement à son prononcé de décisions.»⁴⁸⁸⁵

Das Bundesverwaltungsgericht ging so weit, auszuführen, dass nicht nachvollziehbar sei, wie die Mitglieder des ENA unter der damals geltenden internen Zuständigkeitsordnung jemals auf faire und unvoreingenommene Weise über die im Verantwortlichkeitsverfahren aufgeworfenen Fragen hätten befinden können.⁴⁸⁸⁶ Ein Mitglied des ENA, das an einem Enforcemententscheid mitgewirkt habe, könne nicht auch am darauffolgenden Verantwortlichkeitsprozess beteiligt sein und über Entschädigungsforderungen befinden, ohne befangen zu sein, stehe doch letztendlich die Frage nach der Richtigkeit der im Enforcementverfahren gefällten Entscheide im Raum und damit die Frage, ob die mitwirkenden Personen ihre Aufgaben korrekt erfüllt hätten. Wie das Bundesverwaltungsgericht ausführte, lag zudem nicht nur eine organisationsbedingte Kumulierung der Aufgaben des Enforcementausschusses vor, sondern waren auch persönliche Eigeninteressen der involvierten Personen betroffen.⁴⁸⁸⁷ Abschliessend und zusammenfassend hielt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass die interne Organisation der FINMA es verunmögliche, Staatshaftungsbegehren fair und unparteiisch unter Einhaltung der Verfahrensgarantien von Art. 6 EMRK und Art. 29 BV zu behandeln.⁴⁸⁸⁸ Darüber

⁴⁸⁸⁵ Urteil BVGer, A-3504/2016, 8.11.2017, E. 4.3.2.

⁴⁸⁸⁶ *Ebd.*, E. 4.3.3.

⁴⁸⁸⁷ *Ebd.*, E. 4.3.3 zweiter Absatz.

⁴⁸⁸⁸ In den eigenen Worten des Gerichts: *«Il peut donc déjà ici être constaté qu'en raison de son organisation interne, la FINMA, en tant qu'autorité fédérale, n'offre pas la garantie que les procédures d'indemnisation introduites contre elle en raison de décisions de son comité d'enforcement soient menées de manière équitable et impartiale»* (Urteil BVGer, A-3504/2016, 8.11.2017, E. 4.3.2 sowie E. 4.3.4). Bestätigt wurde dieser Entscheid mit Urteil BVGer, A-698/2018, 6.12.2018, vgl. etwa Sachverhaltsabschnitt F.

hinaus kam das Gericht zum Schluss, dass der Direktor der FINMA im vorliegenden Fall verpflichtet gewesen wäre, in den Ausstand zu treten.⁴⁸⁸⁹ Die Beschwerde wurde somit – wenig überraschend⁴⁸⁹⁰ – gutgeheissen.⁴⁸⁹¹

- 1747 Das Urteil führte dazu, dass die FINMA die Zuständigkeiten für die Beurteilung von Staatshaftungsansprüchen neu regelte und die überarbeiteten Organisations- und Geschäftsreglemente auf der FINMA-Website veröffentlichte.⁴⁸⁹²

Staatshaftungsansprüche werden nun von einem Ausschuss des FINMA-Verwaltungsrates beurteilt, dem «Übernahme- und Staatshaftungsausschuss», dessen Mitglieder nicht an Enforcementverfahren beteiligt sind. Die Gruppe «Recht und Compliance» führt die Staatshaftungsverfahren; die Verfügungen des Übernahme- und Staatshaftungsausschusses gestützt auf das VG werden von dessen Vorsitzenden zusammen mit einem Mitarbeitenden von Recht und Compliance unterzeichnet.⁴⁸⁹³

Weil die Leitung von Recht und Compliance in beratender Funktion (neu mit Antragsrecht, aber ohne Stimmrecht) an den Sitzungen des ENA teilnimmt, zu dessen Sitzungsgeschäften Stellung zu nehmen hat und ausserdem dessen Sekretariat sowie das Protokoll führt,⁴⁸⁹⁴ vermag allerdings

⁴⁸⁸⁹ Urteil BVGer, A-3504/2016, 8.11.2017, E. 4.3.4.

⁴⁸⁹⁰ Nicht zuletzt in Anbetracht der quasi lehrbuchartigen Gesamtumstände dieses Falles (einschneidende Aufsichtsmassnahmen der FINMA führen zu einem Staatshaftungsverfahren; der Vorwurf der Ausstandspflichtverletzung trifft niemand Geringeren als den Direktor der FINMA und damit eine Person, die die FINMA wie keine andere nach aussen repräsentiert) war die gerichtliche Feststellung einer Ausstandspflicht des Direktors zum Schluss keine Überraschung (GROSZ, Urteilsbesprechung, 1276 ff.).

⁴⁸⁹¹ Die FINMA hat das Urteil akzeptiert. Die Gegenpartei, die das Staatshaftungsbegehren ursprünglich eingereicht hatte, reichte indessen Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen die zugesprochene Parteientschädigung beim Bundesgericht ein. Das Bundesgericht ist nicht auf die Beschwerde eingetreten mit der Begründung, dass die Voraussetzungen für die Anfechtung eines selbstständigen Zwischenentscheides i.S.v. Art. 93 BGG nicht erfüllt gewesen seien (Urteil BGer, 2C_1054/2017, 15.5.2018, vgl. insb. E. 1.4 und E. 2).

⁴⁸⁹² Vgl. auch Urteil BGer, 2C_110/2019, 9.12.2019, Sachverhaltsabschnitt A.c; vgl. dazu auch TANNER, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 480 f.

⁴⁸⁹³ Vgl. VR FINMA, Mandat des Übernahme- und Staatshaftungsausschusses, verabschiedet vom FINMA-Verwaltungsrat am 7.12.2017, Abschnitt B (abrufbar unter <<https://www.finma.ch>>). Vgl. dazu auch die Beschreibung im Urteil BVGer, A-698/2019, 6.12.2018, E. 4.3, sowie im Urteil BGer, 2C_110/2019, 9.12.2019, E. 5.5.

⁴⁸⁹⁴ Vgl. Art. 11 Abs. 1 und 2 sowie Art. 12 Abs. 2 und 3 Geschäftsreglement FINMA.

auch diese Lösung Fragen aufzuwerfen.⁴⁸⁹⁵ Der Bundesrat – im Rahmen einer Interpellation mit entsprechender Kritik konfrontiert⁴⁸⁹⁶ – führte dazu aus, dass sich Recht und Compliance aufgrund des Bundesverwaltungsgerichtsurteils so organisiert habe, dass Mitarbeitende fix entweder Staatshaftungsverfahren führen oder den ENA betreuen würden. Dadurch soll gewährleistet werden, dass keine Mitarbeitenden von Recht und Compliance Staatshaftungsverfahren betreuen, wenn sie bereits in die entsprechenden Enforcementverfahren involviert waren.⁴⁸⁹⁷

Dass es schwierig ist, eine effektive Trennung zwischen den involvierten Stellen derselben Behörde so durchzusetzen, dass den Anforderungen an einen unabhängigen und unvoreingenommenen Spruchkörper Genüge getan wird, liegt auf der Hand. Das Risiko, dass auch unter der neuen Regelung den Erwägungen des «hauseigenen» ENA tendenziell gefolgt wird und dessen Entscheide grundsätzlich Bestätigung finden, bleibt bestehen.⁴⁸⁹⁸ Wie das Bundesverwaltungsgericht andeutete und auch das Bundesgericht im darauffolgenden Verfahren festhielt,⁴⁸⁹⁹ würde die Situation wohl erst dann entschärft, wenn die Legislative die Kompetenz für Haftungsklagen gegen die mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben des Bundes betrauten und ausserhalb der ordentlichen Bundesverwaltung stehenden Organisationen neu delegieren würde. Der Rechtsanwalt der Beschwerdeführerin schlug vor, in Fällen, die die FINMA betreffen, bspw. das Eidgenössische Finanzdepartement miteinzubeziehen⁴⁹⁰⁰ – ein Vorschlag, der in der Folge auch in einer Interpellation von Nationalrat Keller aufgegriffen wurde.⁴⁹⁰¹ Wie der Bundesrat zu Recht ausführte, müsste ein derartiger Systemwechsel allerdings die Rechtslage sämtli-

⁴⁸⁹⁵ Das Bundesgericht hatte sich im Urteil BGer, 2C_110/2019, 9.12.2019, mit der Befürchtung auseinanderzusetzen, dass die Direktion der FINMA theoretisch Einfluss auf die Beauftragten von «Recht und Compliance» ausüben könnte und auf diesem Weg auch auf den in der Sache zuständigen ständigen Ausschuss des Verwaltungsrates (vgl. *ebd.*, E. 5.6). – Entschärft wurde die Situation etwas dadurch, dass der Leitung von Recht und Compliance kein Stimmrecht mehr zukommt.

⁴⁸⁹⁶ Vgl. Interpellation Zanetti (18.3213); vgl. auch Interpellation Zanetti (17.4022).

⁴⁸⁹⁷ Vgl. Stellungnahme des BR vom 9.5.2018 zur Interpellation Zanetti (18.3213).

⁴⁸⁹⁸ Vgl. auch KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, 129 f.; THURNHERR, Verwaltungshandeln, 388 f.

⁴⁸⁹⁹ So in Urteil BGer, 2C_110/2019, 9.12.2019, E. 5.4.

⁴⁹⁰⁰ Vgl. BROUZOS. Vor Bundesgericht verlangte die Beschwerdeführerin u.a., dass das Gericht die Bezeichnung einer Ersatzbehörde durch den Bundesrat anordne, um über den Entschädigungsanspruch zu entscheiden (vgl. Urteil BGer, 2C_110/2019, 9.12.2019, Sachverhaltsabschnitt C).

⁴⁹⁰¹ Interpellation Keller (17.4082).

cher ausgelagerter Organisationen des Bundes berücksichtigen.⁴⁹⁰² Viele stemmen zahlreiche Aufgaben parallel, was ähnliche Fragen zur Vorbefassung aufzuwerfen vermag. Eine gesetzgeberische Anpassung von Art. 19 VG ist derzeit aber nicht in Sicht. Selbst wenn von einer Verfassungswidrigkeit dieser Regelung auszugehen ist, bindet sie gemäss Art. 190 BV die Gerichte.⁴⁹⁰³ Dies führt zur Einschätzung, dass, solange die Aufsichtsbehörden verschiedene, auch aufeinander aufbauende Funktionen unter einen Hut zu bringen haben, der behördeninternen Aufgabenverteilung und Organisationsstruktur entscheidende Bedeutung zukommt, um aus ihrer Sicht Ausstandsbegehren wegen Vorbefassung entgegentreten zu können.

D. Rechtsfolgen einer Verletzung – Heilbarkeit eines verletzten Anspruchs auf unabhängige und unbefangene Beurteilung?

- 1749 Der Anspruch auf unabhängige und unbefangene Beurteilung bzw. auf Einhaltung der Ausstandsnormen ist formeller Natur. Der Anspruch schützt die Parteien somit unabhängig davon, ob sie ein materielles Interesse an der Aufhebung dartun. Ferner entbindet er vom Nachweis eines Kausalzusammenhangs zwischen der Verletzung der Ausstandspflicht und dem Inhalt des Entscheids.⁴⁹⁰⁴
- 1750 Nach der Rechtsprechung müssen sämtliche Verfahrenshandlungen, die sich auf einen Entscheid auswirken können, aufgehoben werden, wenn sie unter Mitwirkung eines ausstandspflichtigen Behördenmitglieds zustande gekommen sind; entsprechende Akten sind aus dem Verfahren zu entfernen.⁴⁹⁰⁵ Tritt ein Behördenmitglied trotz bestehender Pflicht nicht in den Ausstand, ist der Behördenentscheid anfechtbar. Stellt die Rechtsmittelinstanz in der Folge fest, dass eine Anspruchsverletzung vorliegt, wird sie den angefochtenen Entscheid regelmässig unabhängig von den

⁴⁹⁰² Der Bundesrat führte aus, die neue Regelung der Zuständigkeit für streitige Staatshaftungsansprüche der FINMA gewährleiste «die für Verwaltungsbehörden geforderte Unabhängigkeit und Unbefangenheit im Rahmen des rechtlich Möglichen». Insofern sei eine eigenständige Lösung für das Verantwortlichkeitsverfahren vor der FINMA nicht angezeigt (vgl. Stellungnahmen des BR vom 31.1.2018 zur Interpellation Keller [17.4082] sowie vom 9.5.2018 zur Interpellation Zanetti [18.3213]).

⁴⁹⁰³ So ausdrücklich Urteil BGer, 2C_110/2019, 9.12.2019, E. 5.4.

⁴⁹⁰⁴ Vgl. Kommentar VwVG-FELLER/KUNZ-NOTTER, Art. 10 N 36 m.w.H.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 197 sowie N 440; B. SCHINDLER, Befangenheit, 214 f.; B. SCHINDLER, formelle Natur, 171 f.; Urteil BVGer, B-3923/2012, 21.5.2013, E. 3.3.

⁴⁹⁰⁵ Vgl. BGE 119 Ia 13, E. 3a; Urteil BVGer, B-8282/2007, 1.9.2008, E. 6.1 und E. 6.3.3.

Erfolgsaussichten in der Sache selber aufheben,⁴⁹⁰⁶ abändern oder – soweit nötig – die Wiederholung der fehlerhaften Verfahrensabschnitte anordnen.⁴⁹⁰⁷ Von einer Rückweisung an die Vorinstanz kann allerdings abgesehen werden, wenn diese zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde.⁴⁹⁰⁸ Schwere Verstösse können zudem zur Nichtigkeit der betreffenden Entscheidung führen, was jedoch nicht leichthin anzunehmen ist.⁴⁹⁰⁹ Ausserdem lässt sich die Frage aufwerfen, ob sie als «schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen» Ausgangspunkt für weitere Aufsichtsmassnahmen sein können.⁴⁹¹⁰ Ferner diskutiert wird, ob und inwiefern ein Verstoss gegen einen so wesentlichen Verfahrensgrundsatz im weiteren Verfahrensverlauf «geheilt» werden, d.h. mit anderen Worten von der Rechtsmittelinstanz selbst nachgebessert werden könne.

Dabei stehen sich zwei Positionen gegenüber: Während im Interesse des Individualrechtsschutzes unabhängig von der Ergebnisrelevanz des Fehlers die Aufhebung des Entscheids gefordert wird, tendiert eine eher instrumentale und an der Zweck-Mittel-Relation orientierte Sichtweise zu einer Heilung oder gar Unbeachtlichkeit von Verfahrensfehlern.⁴⁹¹¹ 1751

Die bundesgerichtliche Praxis bejaht die Möglichkeit einer Heilung und sieht im Interesse der Verwaltungseffizienz von einer Aufhebung des Entscheids ausnahmsweise dann ab, wenn die Ausstandspflichtverletzung bzw. die Verletzung von Art. 29 BV nicht besonders schwer wiegt und ein Einfluss auf den Inhalt der 1752

⁴⁹⁰⁶ Vgl. Praxiskommentar VwVG-BREITENMOSER/WEYENETH, Art. 10 N 114; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 197; aus der Rechtsprechung vgl. statt vieler BGE 127 I 128, E. 4d; Urteil BGer, 2C_732/2008, 24.3.2009, E. 2.2.2.

⁴⁹⁰⁷ Vgl. Kommentar VwVG-FELLER/KUNZ-NOTTER, Art. 10 N 36 m.w.H.; vgl. etwa Urteil BVGer, A-3864/2014 und A-3920/2014, 7.4.2015, E. 3.4.4; Urteil BVGer, B-8282/2007, 1.9.2008, E. 6. Vgl. auch Praxiskommentar VwVG-BREITENMOSER/WEYENETH, Art. 10 N 113, die im Grundsatz von einer Wiederholung sämtlicher Verfahrenshandlungen ausgehen, an denen eine befangene Person mitgewirkt hat.

⁴⁹⁰⁸ Vgl. Kommentar VwVG-FELLER/KUNZ-NOTTER, Art. 10 N 36. – Aus der Rechtsprechung vgl. etwa BGE 112 V 206, E. 2b; Urteil BGer, 1C_388/2009, 17.2.2010, E. 4.2 m.w.H.; Urteil BVGer, A-3864/2014, A-3920/2014, 7.4.2015, E. 3.4.1.

⁴⁹⁰⁹ Kommentar VwVG-FELLER/KUNZ-NOTTER, Art. 10 N 36; Praxiskommentar VwVG-BREITENMOSER/WEYENETH, Art. 10 N 115 m.w.H. – Vgl. etwa aus der Rechtsprechung BGE 136 II 383, E. 4.5.

⁴⁹¹⁰ Bejaht wurde dies etwa in BVGE 2012/10, E. 8.2.

⁴⁹¹¹ Vgl. so THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, N 30.

Entscheidung praktisch ausgeschlossen werden kann.⁴⁹¹² Vorausgesetzt wird, dass die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei und damit mit voller Kognition überprüfen kann⁴⁹¹³ und auch institutionell den Vorgaben nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu genügen vermag.⁴⁹¹⁴ Dies ist vor dem Bundesverwaltungsgericht regelmässig der Fall.⁴⁹¹⁵

1753 In diesem Sinne kam das Bundesgericht im bereits erwähnten BGE 139 I 72 – nachdem es festgestellt hatte, dass das Sanktionsverfahren vor der WEKO den Anforderungen nach Art. 6 EMRK und Art. 30 BV nicht genüge⁴⁹¹⁶ – unter Hinweis auf die Rechtsprechung des EGMR sowie des EFTA Court und des EuGH zum Schluss, dass die Anforderungen von Art. 6 EMRK nicht zwingend im nicht-streitigen Verwaltungsverfahren, sondern auch erst im Verwaltungsgerichts- bzw. Rechtsmittelverfahren erfüllt werden können.⁴⁹¹⁷ Mit anderen Worten sei eine «Heilung» des Anspruchs auf ein unabhängiges Gericht auch erst im Verlaufe eines auf das Verwaltungsverfahren folgenden Gerichtsverfahrens möglich, vorausgesetzt dieses genüge den Vorgaben von Art. 6 EMRK. Bemerkenswert war auch der Hinweis des Bundesgerichts, dass es insoweit «aus Sicht der Europäischen Menschenrechtskonvention keiner institutionelle[n] Strukturänderung des schweizerischen Kartellverfahrens [bedürfe], wie sie etwa der Bundesrat in seiner Botschaft vom 22. Februar 2012 zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde (...) vorgeschlagen habe»⁴⁹¹⁸ – im Zeitpunkt des Urteils war die damalige Kartellrechtsrevision noch im Gange.

1754 Das Urteil vermag aus unterschiedlichen Gründen zu erstaunen. Zwar trifft es zu, dass der EGMR seine Rechtsprechung zum sog. Öztürk-Entscheid von 1984, der Bagatelldelikte im Strassenverkehrsrecht betraf, mehrfach bestätigt und präzisiert

⁴⁹¹² Urteil BGER, 1C_325/2018, 15.3.2019, E. 3.5; 1C_96/2014, 5.5.2014, E. 2.5; Urteil BGER, 2C_732/2008, 24.3.2009, E. 2.2.2 mit Verweis u.a. auf 1C_378/2008, 27.1.2009, E. 2.7. – Vgl. dazu auch KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 440; Kommentar VWVG-FELLER/KUNZ-NOTTER, Art. 10 N 36.

⁴⁹¹³ Vgl. etwa Urteil BGER, 1C_388/2009, 17.2.2010, E. 4.2; vgl. so auch BVGE 2011/32, E. 5.5 f.

⁴⁹¹⁴ Vgl. BVGE 2011/32, E. 5.5 f.

⁴⁹¹⁵ *Ebd.*

⁴⁹¹⁶ BGE 139 I 72, E. 4.3.

⁴⁹¹⁷ *Ebd.*, E. 4.3 f.

⁴⁹¹⁸ *Ebd.*, E. 4.4 *in fine*.

hat und zunehmend auf weitere Verwaltungs- und Disziplinarbereiche ausweitete.⁴⁹¹⁹ Danach ist es grundsätzlich zulässig, dass Bagatelldelikte von Verwaltungsbehörden untersucht und bestraft werden, vorausgesetzt, dass die betroffene Person die gegen sie ergangene Verfügung an ein Gericht weiterziehen kann, das die Garantie von Art. 6 EMRK einhält.⁴⁹²⁰ Je schwerer die in Frage stehenden Strafen jedoch wiegen, desto mehr Zurückhaltung ist angezeigt.⁴⁹²¹ Der festgestellte strafrechtliche bzw. strafrechtsähnliche Charakter der im bundesgerichtlichen Verfahren in Frage stehenden Busse in der Höhe von CHF 2,5 Mio. führte diesen Fall (schon im Stadium des erstinstanzlichen Verfahrens vor der WEKO) dem Anwendungsbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu.⁴⁹²² Eine «Heilung» einer Verletzung von Verfahrensgarantien ist zudem nur ausnahmsweise möglich.⁴⁹²³

Generell tendiert die Lehre zu Skepsis, wenn es um die Möglichkeit einer Heilung geht.⁴⁹²⁴ Sollen die prozessualen Garantien nicht ihren Sinn verlieren, dürfe nicht leichtfertig eine Heilung angenommen werden, damit Behörden Verfahrensmängel nicht von vornherein in Kauf nehmen und darauf vertrauen würden, «dass solche Verfahrensmängel in einem vom durch den Verwaltungsakt Betroffenen allfällig angehobenen Gerichtsverfahren dann schon behoben würden».⁴⁹²⁵ Immerhin führt eine «Heilung» durch die Rechtsmittelinstanz immer auch zu einer

⁴⁹¹⁹ So u.a. auch auf Sanktionen im Bereich der Banken-, Börsen- und Spielbankenaufsicht (EGMR, *Dubus S.A. gegen Frankreich*, Nr. 5242/04, Urteil vom 11.6.2009, §§ 35–38 und §§ 53–61; *Vernes gegen Frankreich*, Nr. 30183/06, Urteil vom 20.1.2011, § 25 und insb. § 32; vgl. auch *Kingsley gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 35605/97, Urteil vom 28.5.2002, Reports 2002-IV, §§ 32–34). – Vgl. den Überblick über die Rechtsprechung des EGMR zu dieser Frage in unterschiedlichen Verwaltungsbereichen WILDHABER, Wettbewerbsrecht, N 42 m.w.H.

⁴⁹²⁰ Vgl. EGMR, *Öztürk gegen Deutschland*, Nr. 8544/79, Urteil vom 21.2.1984, Serie A73, § 56; vgl. auch BVGE 2011/32, E. 5.5.3 mit Verweis u.a. auf BGE 133 IV 278, E. 2.2; 124 IV 234, E. 3c.

⁴⁹²¹ Vgl. WILDHABER, Wettbewerbsrecht, N 47 m.w.H.

⁴⁹²² BGE 139 I 72, E. 2.2.2; vgl. zu diesem Mechanismus vorne N 1294 ff.

⁴⁹²³ Vgl. Urteil BGer, 1C_325/2018, 15.3.2019, E. 3.5; 1C_96/2014, 5.5.2014, E. 2.5; 2C_732/2008, 24.3.2009, E. 2.2.2; vgl. auch (allerdings jeweils zur Heilung einer Gehörsverletzung) BGE 126 I 68, E. 2; 126 II 111, E. 6b/aa; 126 V 130, E. 2b.

⁴⁹²⁴ Vgl. etwa Praxiskommentar VwVG-BREITENMOSER/WEYENETH, Art. 10 N 117 m.w.H.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 440 und N 548 ff.; SCHEFER, 545; B. SCHINDLER, formelle Natur, 175 ff.

⁴⁹²⁵ BGE 116 V 182, E. 3c.

Verkürzung des Instanzenzugs.⁴⁹²⁶ Von WILDHABER wurde zusammenfassend etwa gefordert, je nach Einzelfall zu differenzieren und insb. eine Heilung von Verfahrensmängeln nur dann zuzulassen, «wenn die Mängel nicht allzu schwer wiegen, wenn kein besonders schwerer Fall vorliegt, wenn die Eingriffe in die Parteirechte nicht allzu tiefgreifend sind, und/oder wenn das kontrollierende Gericht sich der Problematik mit der gebührenden Nachhaltigkeit und Einschränkung seiner Kognition stellt».⁴⁹²⁷

- 1756 In der Tat erscheint es aus rechtsstaatlicher Sicht alles andere als unproblematisch, wenn in einem so einschneidenden Verfahren wie dem Kartellsanktionsverfahren vor der WEKO die Garantien nach Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK «vergessen werden können», weil ja noch eine Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht möglich ist.⁴⁹²⁸ Die Verfahrensgarantien werden zur Farce, wenn ihre Einhaltung auf «zeitlich später» verschoben werden kann. Insbesondere ist mit Blick auf den Unbefangenheitsanspruch zu beachten, dass Behördenmitglieder, die sich nicht an die Ausstandspflichten halten, u.U. in der Lage sind, auf die fraglichen Verwaltungshandlungen oder Entscheide einzuwirken und sie zu prägen. Aus diesem Grund wird auch verlangt, dass unter Mitwirkung ausstandspflichtiger Behördenmitglieder zustande gekommene Verfahrenshandlungen aufgehoben werden und entsprechende Akten zu entfernen sind.⁴⁹²⁹ Schliesslich erscheint es ganz grundsätzlich im Hinblick auf die durch einen solchen Verfahrensablauf gesetzten Anreize nicht als sachrichtig oder «fair», im Falle einer nicht beachteten Ausstandspflicht durch die Behördenmitglieder der betroffenen (privaten) Partei das Risiko und die Kosten für das Rechtsmittel aufzubürden, um auf diesem Weg eine Heilung zu erreichen.

⁴⁹²⁶ Vgl. etwa WILDHABER, Wettbewerbsrecht, N 55 (m.w.H. auf die Lehre), der zu bedenken gibt, dass dadurch regelmässig auch der Argumentationsaufwand erhöht wird, der erforderlich ist, um vor einer Zweitinstanz den vorinstanzlich gefassten Entscheid umzustossen. BREITENMOSER/WEYENETH leiten aus der Verkürzung des Instanzenzugs ab, dass eine Heilung «wohl aber stets und ganz auszuschliessen» sei (Praxiskommentar VwVG-BREITENMOSER/WEYENETH, Art. 10 N 117; vgl. diese Argumentation aufnehmend auch Urteil BVGer, A-505/2010, 7.12.2010, E. 2.5).

⁴⁹²⁷ WILDHABER, Wettbewerbsrecht, N 64, der dies allerdings in Frageform vorbringt.

⁴⁹²⁸ So auch *ebd.*, N 66.

⁴⁹²⁹ Dazu vorne N 1750 m.w.H.

IV. Strafrechtliche Verfahrensgarantien im Aufsichtskontext – Zur strafprozessualen Selbstbelastungsfreiheit im Besonderen

A. Vorbemerkungen

Als «strafrechtliche Anklagen» qualifizierbare Aufsichtsmaßnahmen fallen in den Anwendungsbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK und lösen die grundsätzliche Anwendbarkeit der strafrechtlichen Mindestgarantien nach dieser Bestimmung aus.⁴⁹³⁰ Zusätzlich sind in «strafrechtlichen Konstellationen» auch die verfassungsrechtlich verankerten Garantien nach Art. 32 BV zu beachten, die an dieselben Anwendbarkeitsvoraussetzungen wie Art. 6 Ziff. 1 EMRK bzw. Art. 14 UNO-Pakt II anknüpfen und damit ein Verfahren über eine «strafrechtliche Anklage» voraussetzen.⁴⁹³¹ 1757

Zu den strafrechtlichen Mindestgarantien bzw. verfahrensrechtlichen Kerngehalten eines fairen Verfahrens wird auch die Selbstbelastungsfreiheit bzw. das Selbstbelastungsverbot – oder auf Lateinisch «*nemo tenetur se ipsum prodere vel accusare*»⁴⁹³² – gezählt.⁴⁹³³ Nach diesem etablierten Grundsatz darf eine beschuldigte Person nicht gezwungen werden, sich selbst durch Aussagen oder sonstiges Verhalten zu belasten; sie muss nicht aktiv an ihrer strafrechtlichen Überführung mitwirken.⁴⁹³⁴ 1758

Angesichts der zahlreichen spezialgesetzlich vorgesehenen Mitwirkungspflichten im Verwaltungsrecht wird die Selbstbelastungsfreiheit im Aufsichtskontext besonders kontrovers diskutiert. 1759

Nicht Gegenstand der folgenden Untersuchung ist hingegen die spezifische Geltung von *nemo tenetur* für die Arbeitnehmenden der beaufsichtigten Unternehmen, die grundsätzlich gestützt auf ihre Treuepflicht nach Art. 321a Abs. 2 OR unternehmensintern uneingeschränkt zur Auskunft

⁴⁹³⁰ Dazu vorne N 1294 ff. und N 1666 ff.

⁴⁹³¹ Vgl. KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 44 N 2277; VEST, SG-Kommentar BV, Art. 32 N 2; BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 32 N 2.

⁴⁹³² Diese Begriffe werden – auch im Rahmen dieser Untersuchung – als Synonyme verwendet und oftmals wird auch vom «Nemo-tenetur-Grundsatz» die Rede sein.

⁴⁹³³ Vgl. etwa EGMR, *J.B. gegen die Schweiz*, Nr. 31827/96, 3.5.2001, Reports 2001-III, § 64; *Schmid-Laffer gegen die Schweiz*, Nr. 41269/08, 16.6.2015, § 37.

⁴⁹³⁴ EICKER/FRANK/ACHERMANN, 150, 160, 187 und 231; JOSITSCH/SCHMID, N 672; vgl. auch zu den Hintergründen dieses Grundsatzes ZULAUF, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 428 ff. m.w.H.; vgl. auch eingehend aus der deutschen Lehre TEIXEIRA, 254 ff.

verpflichtet sind, zugleich aber ebenfalls dem Risiko einer strafrechtlichen Verfolgung ausgesetzt sein können.⁴⁹³⁵ Diese zusätzliche (privatrechtliche) Ebene fällt aus dem Rahmen des hier analysierten aufsichtsrechtlichen Verhältnisses.⁴⁹³⁶

- 1760 Nach einem Überblick über die rechtlichen Grundlagen der Selbstbelastungsfreiheit,⁴⁹³⁷ ihren persönlichen und sachlichen Geltungsbereich⁴⁹³⁸ und ihren Gehalt⁴⁹³⁹ soll nachfolgend der diametrale Widerspruch zu den aufsichtsrechtlichen Mitwirkungspflichten besonders beleuchtet werden⁴⁹⁴⁰ unter Berücksichtigung verschiedener in Lehre und Rechtsprechung diskutierter Lösungsansätze.⁴⁹⁴¹

B. Rechtliche Grundlagen

- 1761 Die Selbstbelastungsfreiheit ist in Art. 14 Abs. 3 lit. g UNO-Pakt II ausdrücklich verankert,⁴⁹⁴² nicht aber in der BV oder in der EMRK. Nichtsdestotrotz ist sie als allgemeiner Grundsatz des Strafprozessrechts schon lange anerkannt⁴⁹⁴³ und genießt nach Lehre und Rechtsprechung verfassungsrechtlichen Rang⁴⁹⁴⁴. Bevor sie mit dem Inkrafttreten der StPO eine eigene gesetzliche Grundlage in Art. 113

⁴⁹³⁵ Vgl. dazu C. BECK, insb. N 567 ff.

⁴⁹³⁶ Dazu vorne N 31 ff.

⁴⁹³⁷ Dazu sogleich N 1761 ff.

⁴⁹³⁸ Dazu hinten N 1767 ff. und N 1779 ff.

⁴⁹³⁹ Dazu hinten N 1786 ff.

⁴⁹⁴⁰ Dazu hinten N 1810 ff.

⁴⁹⁴¹ Dazu hinten N 1816 ff.

⁴⁹⁴² Art. 14 Abs. 3 lit. g UNO-Pakt II lautet: «Jeder wegen einer strafbaren Handlung Angeklagte hat in gleicher Weise im Verfahren Anspruch auf folgende Mindestgarantien: (...) er darf nicht gezwungen werden, gegen sich selbst als Zeuge auszusagen oder sich schuldig zu bekennen.» Vgl. ausserdem auch Art. 55 Abs. 2 lit. b sowie Art. 67 Abs. 1 lit. g des Römer Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs.

⁴⁹⁴³ Das Aussageverweigerungsrecht als Teilgehalt der Selbstbelastungsfreiheit lässt sich bspw. in seiner religiösen Ausprägung bis in die Antike zurückverfolgen. – Vgl. aus der Lehre etwa SK StPO-LIEBER, Art. 113 N 5 m.w.H.; vgl. auch BERTOSSA, 143 ff. – Vgl. aus der Rechtsprechung: BGE 103 IV 8, E. 3a, sowie 106 Ia 7, E. 4, wo das Bundesgericht von einem «klaren, unumstrittenen Rechtsgrundsatz» sprach.

⁴⁹⁴⁴ Vgl. aus der Lehre etwa SK StPO-LIEBER, Art. 113 N 5 m.w.H.; vgl. auch C. BECK, N 689 m.w.H. Aus der Rechtsprechung: BGE 106 Ia 7, E. 4; 121 II 257, E. 4a; 131 IV 36, E. 3.1.

erhielt,⁴⁹⁴⁵ wurde sie von Lehre und Praxis aus konventions- und verfassungsrechtlich verankerten Prinzipien abgeleitet – und an diese wird nach wie vor angeknüpft, wenn die Vorgaben der StPO nicht zur Anwendung gelangen.⁴⁹⁴⁶

Ausgegangen wird gewissermassen von der «Kehrseite» der Unschuldsvermutung gemäss Art. 32 Abs. 1 BV sowie Art. 6 Ziff. 2 EMRK: Weil es Sache des Staates sei, den Schuldnachweis zu führen, könne die beschuldigte Person nicht verpflichtet sein, eine möglicherweise belastende Aussage zu machen.⁴⁹⁴⁷ Das Bundesgericht stützte sich in seiner früheren Rechtsprechung zum Nemo-tenetur-Grundsatz auf Art. 4 aBV 1874.⁴⁹⁴⁸ Die neueren Entscheide liessen die Frage offen, ob Art. 32 Abs. 1 BV als Grundlage der Selbstbelastungsfreiheit herangezogen werden könne. Bisweilen wurde sie von der Lehre auch aus dem Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung nach Art. 29 Abs. 1 BV hergeleitet.⁴⁹⁴⁹ Mehrheitlich griff das Bundesgericht jedoch den Zusammenhang mit der Unschuldsvermutung ausdrücklich auf,⁴⁹⁵⁰ ebenso wie den Grundsatz der Verfahrensfairness i.S.v. Art. 6 EMRK,⁴⁹⁵¹ womit es der Rechtsprechung des EGMR folgte. Dieser betrachtet die Selbstbelastungsfreiheit nämlich als Teil-

⁴⁹⁴⁵ Art. 113 StPO lautet: «(1) Die beschuldigte Person muss sich nicht selbst belasten. Sie hat namentlich das Recht, die Aussage und ihre Mitwirkung im Strafverfahren zu verweigern. Sie muss sich aber den gesetzlich vorgesehenen Zwangsmassnahmen unterziehen. (2) Verweigert die beschuldigte Person ihre Mitwirkung, so wird das Verfahren gleichwohl fortgeführt.»

⁴⁹⁴⁶ Vgl. SK StPO-LIEBER, Art. 113 N 6 m.w.H.; vgl. auch BGE 142 IV 207, E. 8.1 ff.; 142 II 243, E. 3.2 f., wo das Bundesgericht an Art. 6 Ziff. 1 EMRK sowie Art. 14 Abs. 3 lit. g UNO-Pakt II anknüpfte. Noch im Urteil BGer, 8G.55/2000, 14.3.2001 (E. 3a), verwies das Bundesgericht für das Recht des Beschuldigten zu schweigen, bzw. das Recht, sich zur Sache nicht äussern zu müssen, neben Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Abs. 3 lit. g UNO-Pakt II auf Art. 4 aBV 1874.

⁴⁹⁴⁷ MÜLLER/SCHEFER, 984; TOPHINKE, 272 ff.; OTT, 90 ff.; SK StPO-LIEBER, Art. 113 N 7 m.w.H.

⁴⁹⁴⁸ Vgl. etwa BGE 121 II 257, E. 4a; 131 IV 36, E. 3.1. Vgl. zur einschlägigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 4 aBV 1874 TOPHINKE, 280 ff.

⁴⁹⁴⁹ Vgl. SK StPO-LIEBER, Art. 113 N 9 m.w.H. – Auch die persönliche Freiheit gemäss Art. 10 Abs. 2 BV ebenso wie Art. 10 EMRK kommt in der Literatur als rechtliche Grundlage des Nemo-tenetur-Grundsatzes vor (vgl. etwa SCHEFER, 453; vgl. auch SK StPO-LIEBER, Art. 113 N 5 ff. m.w.H., der sich allerdings gegen Art. 31 Abs. 2 BV bzw. Art. 32 Abs. 2 BV als Verfassungsgrundlagen ausspricht).

⁴⁹⁵⁰ BGE 144 I 242, E. 1.2.1 m.w.H.; vgl. auch Urteil BGer, 1P.641/2000, 24.4.2001, E. 3 m.w.H. auf entsprechende Lehrmeinungen.

⁴⁹⁵¹ Vgl. ebenfalls BGE 144 I 242, E. 1.2.1 m.w.H.; Urteil BGer, 1P.641/2000, 24.4.2001, E. 3 f.; vgl. auch 6B_1297/2017, 26.7.2018, E. 3.1.

gehalt eines fairen Verfahrens i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK,⁴⁹⁵² anerkennt jedoch auch den Bezug zur Unschuldsvermutung.⁴⁹⁵³ In der Lehre wird ausgeführt, *nemo tenetur* fusse auf einer Vielzahl unterschiedlicher Zweckbegründungen, die auf verschiedene Art und Weise zusammenspielen.⁴⁹⁵⁴

- 1763 Für das Aufsichtsverfahren sind solche Differenzierungen durchaus wesentlich, sind doch im Verwaltungsverfahren nicht die gleichen Verfahrensgarantien anwendbar wie im Strafverfahren. Wie gesehen, gelten zwar die Vorgaben an ein faires Verfahren nach Art. 29 BV und oftmals auch nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK⁴⁹⁵⁵ und kommt zudem regelmässig der Anspruch auf ein unabhängiges und unbefangenes Entscheidungsgremium i.S.v. Art. 30 Abs. 1 BV zur Anwendung.⁴⁹⁵⁶ Hingegen sind weder die Unschuldsvermutung gemäss Art. 32 Abs. 1 BV noch der Nemo-tenetur-Grundsatz im regulären Verwaltungsverfahren ohne Weiteres anwendbar. Vielmehr bestehen im Verwaltungsverfahren zahlreiche Verpflichtungen, mit den Behörden zu kooperieren und Informationen offenzulegen.⁴⁹⁵⁷

⁴⁹⁵² Vgl. EGMR, *De Legé gegen die Niederlande*, Nr. 58342/15, 4.10.2022, §§ 47 f. sowie §§ 60 ff.; *John Murray gegen das Vereinigte Königreich*, 8.2.1996, Reports 1996-I, § 45; *Saunders gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 19187/91, 17.12.1996, Reports 1996-VI, § 68; *Heaney and McGuinness gegen Irland*, Nr. 34720/97, 21.12.2000, Reports 2000-XII, § 40; *J.B. gegen die Schweiz*, Nr. 31827/96, 3.5.2001, Reports 2001-III, § 64; *Jalloh gegen Deutschland*, Nr. 54810/00, 11.7.2006, Reports 2006-IX, § 100; *O'Halloran and Francis gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 15809/02 und 25624/02, 29.6.2007, Reports 2007-III, §§ 53 ff. (vgl. dazu auch WOHLERS, Anmerkungen); *Chambaz gegen die Schweiz*, Nr. 11663/04, 5.4.2012, § 52; *Weh gegen Österreich*, Nr. 38544/97, 8.4.2004, § 39. – Vgl. dazu etwa auch WOHLERS, Nemo tenetur, insb. 704 f. sowie 691 ff.; SK StPO-WOHLERS, Art. 3 N 25; SK StPO-WOHLERS, Art. 10 N 3; vgl. auch OTT, 106 ff.

⁴⁹⁵³ EGMR, *De Legé gegen die Niederlande*, Nr. 58342/15, 4.10.2022, § 66; *Marttinen gegen Finnland*, Nr. 19235/03, 21.4.2009, § 60; *Saunders gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 19187/91, 17.12.1996, Reports 1996-VI, § 68.

⁴⁹⁵⁴ Vgl. etwa OTT, 74 ff. und 103 f.; SCHLAURI, 101 f.

⁴⁹⁵⁵ Dazu vorne insb. N 1294 ff. und N 1659 ff.

⁴⁹⁵⁶ Dazu vorne N 1669 ff.

⁴⁹⁵⁷ Zu den Mitwirkungspflichten der Beaufsichtigten im laufenden Aufsichtsverfahren vgl. vorne N 1127 ff. – Vgl. zum Ganzen auch EICKER/FRANK/ACHERMANN, 144 f.; KELLER/SUTER, 2. Teil, 4; vgl. auch ROTH, Zum Zweiten, N 37 ff., wo er im Rahmen seiner Besprechung von BGE 140 II 384 ausführte, dass viele der klassischen aufsichtsrechtlichen Instrumente gar keine strafrechtlichen Sanktionen i.S.v. Art. 6 EMRK darstellen, weshalb der Nemo-tenetur-Grundsatz im Aufsichtskontext oftmals gar nicht berührt sei. Vielmehr stehe den Aufsichtsbehörden eine breite Palette von

Demgegenüber wird im Verwaltungs*straf*verfahren von einem weiteren Geltungsbereich dieser Prinzipien ausgegangen; die für das ordentliche Strafverfahren geltenden Verfahrensgarantien wirken grundsätzlich auch im Verwaltungsstrafverfahren.⁴⁹⁵⁸ So kommt etwa die Unschuldsvermutung zum Tragen, womit die Beweislast für den Nachweis aller vom jeweiligen Tatbestand geforderten Kriterien beim Staat liegt.⁴⁹⁵⁹ Auch der Nemo-tenetur-Grundsatz ist zu beachten, sobald sich eine Massnahme als «strafrechtliche Anklage» i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK qualifizieren lässt und die strafprozessualen Bestimmungen in Verwaltungssachen einschlägig sind.⁴⁹⁶⁰ 1764

Dies unabhängig davon, dass etwa im Anwendungsbereich des VStrR eine Bestimmung wie Art. 113⁴⁹⁶¹ oder Art. 185 Abs. 5 StPO⁴⁹⁶² fehlt. Immerhin sieht Art. 39 Abs. 4 VStrR vor, dass die Aussageverweigerung «des Beschuldigten» aktenkundig zu machen ist, womit auch das VStrR ausdrücklich anerkennt, dass von diesem Recht Gebrauch gemacht werden kann.⁴⁹⁶³

Hinzu kommt, dass der EGMR die Anwendbarkeit von Art. 6 Ziff. 1 EMRK u.U. 1765 auch ohne formelle Strafverfahrenseröffnung bejaht, und zwar insb. für parallel zu einem Strafverfahren geführte *Verwaltungs*verfahren in unterschiedlichen Rechtsbereichen. Vorausgesetzt wird, dass eine spätere Strafverfolgung mit einer

Aufsichtsinstrumenten zur Verfügung, mit denen die Beaufsichtigten zur Mitwirkung angehalten werden können, selbst wenn sich diese zu ihrem Nachteil auswirke.

⁴⁹⁵⁸ Dazu vorne insb. N 1287 sowie N 1294 ff. und N 1666 ff. zum Geltungsbereich von Art. 6 EMRK.

⁴⁹⁵⁹ EICKER/FRANK/ACHERMANN, 149 f.

⁴⁹⁶⁰ Dazu vorne N 1294 ff. und N 1666 ff. – Im Zusammenhang mit den aufsichtsrechtlichen Mitwirkungspflichten ist besonders zu beachten, dass die Sachgesetze für den Fall der Mitwirkungsverweigerung oftmals gewisse Sanktionen vorsehen – Sanktionen, die wiederum selber ein strafähnliches Verwaltungsverfahren auslösen, weshalb das Nemo-tenetur-Prinzip dann direkt zur Anwendung gelangt (vgl. so auch MACULA, Mitwirkungspflichten, 45 ff. und 49; dazu vorne N 1152 m.w.H. und N 1811).

⁴⁹⁶¹ Die Norm ist wiedergegeben in Fn. 4948 (N 1761).

⁴⁹⁶² Nach dieser Bestimmung können «bei Erhebungen durch [eine] sachverständige Person», «die beschuldigte Person und, im Umfang ihres Verweigerungsrechts, Personen, die zur Aussage- oder Zeugnisverweigerung berechtigt sind, die Mitwirkung oder Aussage (...) verweigern. Die sachverständige Person weist die betroffenen Personen zu Beginn der Erhebungen auf dieses Recht hin.»

⁴⁹⁶³ Vgl. so auch Urteil BGer, 8G.55/2000, 14.3.2001, E. 3a. – Beim Erlass des VStrR war der Gedanke prägend, dass den beschuldigten Personen, insb. bei Anwendung von Zwangsmassnahmen durch die Untersuchungsbehörden, dieselben rechtsstaatlichen Garantien zur Verfügung stehen sollten wie im ordentlichen Strafverfahren, auch wenn der Gesetzgeber diesem selbst formulierten Anspruch nicht immer gerecht wurde (vgl. etwa EICKER/FRANK/ACHERMANN, 139 f.).

gewissen Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, ein Anfangsverdacht besteht und die Situation der Betroffenen als «erheblich beeinträchtigt» («*substantially affected*») anzusehen ist.⁴⁹⁶⁴ Dabei stellt der Gerichtshof darauf ab, ob die Fairness des Verfahrens insgesamt gefährdet wäre, wenn die Garantien von Art. 6 EMRK nicht auf die behördlichen Handlungen zur Anwendung gelangen würden,⁴⁹⁶⁵ was unter Berücksichtigung der Gegebenheiten des konkreten Einzelfalles relativ grosszügig bejaht wird.⁴⁹⁶⁶ So hat der EGMR wiederholt das Kriterium der «erheblichen Beeinträchtigung» auch angewandt, wenn ein verwaltungsrechtliches Verfahren einen gewissen Bezug zu einem laufenden oder ernsthaft absehbaren Strafverfahren aufwies.⁴⁹⁶⁷ In solchen Konstellationen sieht sich das Gericht veranlasst, die Verfahren «umfassend» mit Blick auf Art. 6 EMRK zu beurteilen, sofern sie genügend miteinander verbunden sind («*suffisamment liées entre elles*») und im Ergebnis den Schutzbereich von Art. 6 EMRK (und damit auch des Nemo-tenetur-Grundsatzes) auf das dem Strafverfahren vorangehende Verwaltungsverfahren auszuweiten.⁴⁹⁶⁸ Sobald ein ausreichender Bezug zu einer strafrechtlichen Anklage i.S.v. Art. 6 EMRK vorliegt, sind somit die strafprozessualen Verfahrensrechte und damit auch *nemo tenetur* bereits im Verwaltungsverfahren zu beachten.⁴⁹⁶⁹

⁴⁹⁶⁴ Vgl. aus der Rechtsprechung etwa EGMR, *Deweere gegen Belgien*, Nr. 6903/75, 27.2.1980, Serie A35, § 46; *Heaney and McGuinness gegen Irland*, Nr. 34720/97, 21.12.2000, Reports 2000-XII, § 41; *Ibrahim und andere gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 50541/08, 50571/08, 50573/08 und 40351/09, 13.9.2016, § 249; *Simeonovi gegen Bulgarien*, Nr. 21980/04, 12.5.2017, § 110. – Vgl. dazu auch KELLER/SUTER, 2. Teil, 5 m.w.H.; OTT, 110 ff. m.w.H.; C. BECK, N 694 sowie N 726 ff. und N 763.

⁴⁹⁶⁵ EGMR, *Ibrahim und andere gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 50541/08, 50571/08, 50573/08 und 40351/09, 13.9.2016, § 253.

⁴⁹⁶⁶ Vgl. z.B. EGMR, *Farzaliyev gegen Azerbaijan*, Nr. 29620/07, 28.5.2020, § 48.

⁴⁹⁶⁷ EGMR, *Georgiou gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 40042/98, Entscheidung der dritten Sektion vom 16.5.2000 über die Zulässigkeit, § 1; *Sträg Datatjänster AB gegen Schweden*, Nr. 50664/99, Entscheidung der zweiten Sektion vom 21.6.2005 über die Zulässigkeit, § 1; vgl. auch *Chambaz gegen die Schweiz*, Nr. 11663/04, 5.4.2012, § 42; vgl. dazu OTT, 111 f.; KELLER/SUTER, 2. Teil, 5 f. m.w.H.

⁴⁹⁶⁸ Vgl. EGMR, *Chambaz gegen die Schweiz*, Nr. 11663/04, 5.4.2012, § 43 und § 48; *Jussila gegen Finnland*, Nr. 73053/01, 23.11.2006, Reports 2006-XIV, § 45.

⁴⁹⁶⁹ Vgl. etwa FELLMANN/VETTERLI, 46; vgl. auch NOLL, 180 m.w.H. zur Vorwirkung des Nemo-tenetur-Grundsatzes auf vorgelagerte Verwaltungsverfahren in unterschiedlichen Rechtsgebieten; ZULAUF, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 430 ff. m.w.H. auf die Literatur zur Vorwirkung (v.a. in Fn. 1802–1805) und mit dem Hinweis, dass die Bedeutung dieser Frage im Finanzmarktbereich aufgrund verschiedener Faktoren zugenommen habe.

Im dieser Rechtsprechung zugrunde liegenden Fall *Chambaz gegen die Schweiz* ging es um ein (strafrechtliches) Ermittlungsverfahren wegen Steuerhinterziehung einerseits sowie um ein (verwaltungsrechtliches) Steuerveranlagungsverfahren zur Bestimmung der Einkommens- und Vermögenssteuer für die Jahre 1989 und 1990 andererseits, sodass sich die Frage stellte, ob Art. 6 EMRK auch auf das (vier Jahre zurückliegende⁴⁹⁷⁰) Verwaltungsverfahren anwendbar sei.⁴⁹⁷¹ Der EGMR führte mehrere Kriterien als Argumente für den erforderlichen Konnex zwischen beiden Verfahren auf, namentlich (i) die Verpflichtungen der involvierten Behörden, einander gegenseitig Rechtshilfe zu leisten; (ii) die sich teilweise überschneidenden Sachverhalte, die etwa dazu führten, dass Untersuchungsbeamte beauftragt worden waren, Unterlagen zu prüfen, welche die Steuerperiode 1989–1990 betrafen und u.a. einen Beizug derselben Unterlagen in beiden Verfahren zur Folge hatten; (iii) teilweise identische involvierte Personen und Behörden sowie (iv) den tatsächlich erfolgten Informationsaustausch und die Verfahrensbeeinflussung der Behörden untereinander.⁴⁹⁷² Der EGMR kam zum Schluss, dass sich das Steuerhinterziehungsverfahren an das verwaltungsrechtliche Verfahren angeschlossen habe und die zwei Verfahren derart eng miteinander verbunden gewesen seien, dass sich der eindeutig strafrechtliche Charakter der Untersuchung auf das Verwaltungsverfahren erstreckt habe. In der Folge gelangte Art. 6 EMRK – und auf dieser Grundlage der Nemo-tenetur-Grundsatz – auch auf das Verwaltungsverfahren zur Anwendung.⁴⁹⁷³

Der Entscheid stiess in der Lehre auf Kritik. Es wurde etwa bemängelt, dass der EGMR die Selbstbelastungsfreiheit zu einseitig berücksichtigt habe, ohne dem verwaltungsrechtlichen Kontext genügend Rechnung zu tragen, was mit Blick auf die Verwirklichung des materiellen Verwaltungsrechts höchst problematisch sei.⁴⁹⁷⁴ In seinem abweichenden Votum zum Urteil wies auch EGMR-Richter Zupančič darauf hin, dass die Mitwirkungspflichten für die Durchsetzung des Verwaltungsrechts bzw. die Suche nach der materiellen Wahrheit (*«la recherche de la vérité matérielle»*⁴⁹⁷⁵) zwingend erforderlich sei.⁴⁹⁷⁶ Richterin Power-Forde gab zudem zu bedenken, dass in diesem Fall die Mitwirkungsverweigerung das rein verwaltungs-

⁴⁹⁷⁰ EGMR, *Chambaz gegen die Schweiz*, Nr. 11663/04, 5.4.2012, § 51.

⁴⁹⁷¹ *Ebd.*, § 44.

⁴⁹⁷² *Ebd.*, §§ 45 ff.

⁴⁹⁷³ *Ebd.*, § 48.

⁴⁹⁷⁴ MACULA, Mitwirkungspflichten, 58 f. sowie 65 f.

⁴⁹⁷⁵ EGMR, *Chambaz gegen die Schweiz*, Nr. 11663/04, 5.4.2012, Sondervotum Richter Zupančič.

⁴⁹⁷⁶ *Ebd.*

rechtliche Steuerverfahren betroffen und noch kein strafrechtlicher Vorwurf gegen den Betroffenen im Raum gestanden habe. Damit stellte sie die Anwendung von *nemo tenetur* in diesem Stadium des Verfahrens in Frage.⁴⁹⁷⁷ In ihren Voten zogen letztlich beide Richter in Zweifel, ob sich die steuerrechtlichen Verpflichtungen, gewisse Unterlagen vorzubringen, als Selbstbelastung («*auto-incrimination*») qualifizieren liessen. Ferner zeigten sie sich ganz grundsätzlich zurückhaltend, die rein pekuniären Interessen im Steuerverfahren (bzw. «*questions de propriété*»⁴⁹⁷⁸) dem Bereich der Menschenrechte zuzuordnen.⁴⁹⁷⁹

C. Persönlicher Geltungsbereich der Selbstbelastungsfreiheit – Anwendbarkeit des Nemo-tenetur-Grundsatzes auf juristische Personen?

- 1767 Die Selbstbelastungsfreiheit entfaltet in persönlicher Hinsicht primär für die beschuldigte *natürliche* Person Wirkung sowie mittelbar auch für deren Strafverteidigung.⁴⁹⁸⁰ Die Geltung des Nemo-tenetur-Grundsatzes für juristische Personen in der Schweiz ist hingegen noch nicht abschliessend geklärt.⁴⁹⁸¹
- 1768 In der Lehre wird grundsätzlich davon ausgegangen, dass sich auch ein Unternehmen als beschuldigte Person auf das Nemo-tenetur-Prinzip berufen kann.⁴⁹⁸² In Art. 285 Abs. 2 StPO wurde es sogar zugunsten von Banken und/oder bankähnlichen Instituten ausdrücklich verankert⁴⁹⁸³ und gestützt auf Art. 265 Abs. 2 lit. c

⁴⁹⁷⁷ *Ebd.*, Sondervotum Richterin Power-Forde.

⁴⁹⁷⁸ *Ebd.*, Sondervotum Richter Zupančič.

⁴⁹⁷⁹ *Ebd.*, Sondervoten Richter Zupančič und Richterin Power-Forde.

⁴⁹⁸⁰ Vgl. SK StPO-LIEBER, Art. 113 N 18; C. BECK, N 696.

⁴⁹⁸¹ Für einen Überblick vgl. SK StPO-LIEBER, Art. 112 N 15 ff.

⁴⁹⁸² Vgl. dazu etwa GETH, Selbstbelastungsfreiheit, 107 ff. m.w.H.; GETH, Mitwirkungspflichten, 160 ff. m.w.H.; JOSITSCH/SCHMID, N 682; BERTOSSA, 145 ff.; NIGGLI/RIEDO, 62 f.; NIGGLI/MAEDER, 51; C. BECK, insb. N 697 ff.; vgl. auch BENEDICK, 175 f.; WOHLERS, Selbstregulierung, 295 f.; ROTH, Zum Zweiten, N 41 ff.; EICKER/GOLDENBERGER, Normensystem, 27 f. m.w.H.; FELLMANN/VETTERLI, 45; KELLER/SUTER, 2. Teil, 13; a.A. ARZT, Schutz, 456 ff. – Vgl. auch die Regelung in Art. 112 Abs. 1 i.V.m. Art. 178 lit. g sowie Art. 180 Abs. 1 StPO, die im Ergebnis den Vertretern des Unternehmens im Strafprozess ein (sinngemässes) Mitwirkungsverweigerungsrecht einräumt.

⁴⁹⁸³ Art. 285 StPO lautet: «(1) Stimmt das Zwangsmassnahmengericht dem Antrag zu, so erteilt es der Bank oder dem bankähnlichen Institut schriftliche Weisungen darüber: (a) welche Informationen und Dokumente zu liefern sind; (b) welche Geheimhaltungsmassnahmen zu treffen sind. (2) Die Bank oder das bankähnliche Institut haben keine

Ziff. 1 StPO lässt sich eine Herausgabepflicht von Unternehmen abwehren, «wenn sie sich durch die Herausgabe selbst derart belasten würden, dass sie (...) strafrechtlich verantwortlich gemacht werden könnten».

Auch Lehre und Rechtsprechung zur EMRK gehen von der grundsätzlichen Anwendbarkeit der strafprozessualen Verfahrensgarantien nach Art. 6 EMRK sowohl auf natürliche als auch auf juristische Personen aus,⁴⁹⁸⁴ ebenso der EuGH, der sich im Rahmen seiner gefestigten Rechtsprechung zum EU-Kartellverfahren allerdings eher zurückhaltend äusserte. Danach ist die EU-Kommission berechtigt, ein Unternehmen zu verpflichten, «ihr alle erforderlichen Auskünfte über ihm eventuell bekannte Tatsachen zu erteilen und ihr erforderlichenfalls die entsprechenden in seinem Besitz befindlichen Dokumente, die sich hierauf beziehen, zu übermitteln, selbst wenn sie dazu verwendet werden können, den Beweis für ein wettbewerbswidriges Verhalten des betreffenden oder eines anderen Unternehmens zu erbringen. Zwar darf die Kommission dem Unternehmen nicht die Verpflichtung auferlegen, Antworten zu geben, durch die es die Zuwiderhandlung eingestehen müsste, für die die Kommission den Beweis zu erbringen hat, jedoch kann das Unternehmen sich Verlangen nach Vorlage von Dokumenten nicht mit der Begründung entziehen, dass es sich selbst belasten müsste, wenn es ihnen nachkäme.»⁴⁹⁸⁵ 1769

Die schweizerische Praxis anerkennt ebenfalls die Geltung der strafprozessualen Mindestgarantien von Art. 6 EMRK und Art. 32 BV und damit auch des Nemo-tenetur-Grundsatzes für juristische Personen.⁴⁹⁸⁶ Das Bundesgericht hat sich vor nicht allzu langer Zeit allerdings auf den Standpunkt gestellt, der Nemo-tenetur-Grundsatz müsse bei juristischen Personen differenziert umschrieben werden. 1770

Informationen oder Dokumente zu liefern, wenn sie sich durch die Herausgabe selbst derart belasten würden, dass sie: (a) strafrechtlich verantwortlich gemacht werden könnten; oder (b) zivilrechtlich verantwortlich gemacht werden könnten, und wenn das Schutzinteresse das Strafverfolgungsinteresse überwiegt. (3) Die Kontoberechtigten werden nach Massgabe von Artikel 279 Absätze 1 und 2 nachträglich über die Massnahme informiert. (4) Personen, deren Bankverkehr überwacht wurde, können Beschwerde nach den Artikeln 393–397 führen. Die Beschwerdefrist beginnt mit Erhalt der Mitteilung zu laufen.»

⁴⁹⁸⁴ Vgl. GRABENWARTER/PABEL, § 17 N 5; FROWEIN/PEUKERT, Art. 6 N 4 m.w.H.; ROTH, Zum Zweiten, N 42 ff. m.w.H. insb. auch auf die Rechtsprechung des EGMR; DONATSCH/SMOKVINA, insb. 872; vgl. etwa auch HARRENDORF/KÖNIG/VOIGT, Handkommentar EMRK, Art. 6 N 4.

⁴⁹⁸⁵ Vgl. Urteil EuGH, 28.1.2021, *Qualcomm, Inc. und Qualcomm Europe, Inc./Kommission*, C-466/19 P, EU:C:2021:76, N 43.

⁴⁹⁸⁶ Vgl. etwa BGE 147 II 144, E. 5.2.1; 140 II 384, E. 3.2 und 3.3.4; 139 I 72, E. 2.2.2; vgl. auch BVGE 2018 IV/12, E. 4.3 m.w.H.

«Er geht nicht so weit, die Herausgabe von Unterlagen, deren Führung bzw. Anlage in einem konzessionsrechtlichen Aufsichtsverfahren gesetzlich vorgeschrieben sind, zu verunmöglichen (...). Unternehmen sind aus zahlreichen Gründen gehalten, bestimmte Dokumente und Unterlagen zu erstellen, zu führen und gegebenenfalls den Verwaltungsbehörden zur Verfügung zu stellen, z.B. Buchhaltungen oder Dokumentationen, welche die Einhaltung von Pflichten bezüglich Umweltschutz, Sozialversicherung, Arbeitssicherheit, Geldwäscherei usw. belegen (...). Könnte der Staat auf diese Unterlagen trotz entsprechender gesetzlicher Grundlagen nicht mehr zurückgreifen, würde eine aufsichts- bzw. damit verbundene strafrechtsähnliche Durchsetzung der materiellen gesetzlichen Pflichten in beaufsichtigten Wirtschaftsbereichen (Finanzmarkt, Spielbanken usw.) praktisch verunmöglicht.»⁴⁹⁸⁷

- 1771 Zudem hielt das Bundesgericht im selben Entscheid fest: «Bildet der [N]emo-tenetur-Grundsatz bei natürlichen Personen (auch) einen Ausfluss aus der Menschenwürde, fehlt dieser – spezifisch grundrechtliche – Aspekt bei gesetzlichen Herausgabepflichten von juristischen Personen und Unternehmen.»⁴⁹⁸⁸
- 1772 In BGE 147 II 144 präzisierte das Gericht, es gehe bei Unternehmen «einzig und allein» um die Gewährleistung eines effektiven Verteidigungsrechts der Untersuchungsbetroffenen. Solange den für das Unternehmen handelnden Organen nicht auch persönlich eine strafrechtliche oder strafrechtsähnliche Sanktionierung drohe, könnten sie nicht in eine ähnliche Zwangslage geraten wie natürliche Personen.⁴⁹⁸⁹ Spezifisch bezüglich ehemaliger Organe untersuchungsbetroffener Unternehmen kam das Gericht in der Folge zum Schluss, es sei kein Grund dafür ersichtlich, sie in den Genuss eines Aussageverweigerungsrechts kommen zu lassen.⁴⁹⁹⁰ Zwar wiesen sie u.U. «ein besonderes Näheverhältnis» zum untersuchungsbetroffenen Unternehmen auf, weshalb sie möglicherweise belastende Aussagen machen könnten. Der Nemo-tenetur-Grundsatz bezwecke jedoch nicht den generellen Schutz vor belastenden Aussagen. Im Vordergrund stehe vielmehr die Sicherstellung der Möglichkeit einer wirksamen Verteidigung für das untersuchungsbetroffene Unternehmen. Und inwiefern die Möglichkeit zu einer wirksamen Verteidigung dadurch beschnitten würde, dass ehemalige Organe aufgrund ihrer Pflicht zu wahrheitsgemässer Aussage belastende Aussagen treffen könnten, sei nicht ersichtlich. Insbesondere könnten sie sowie ihre Rechtsvertreter im Lau-

⁴⁹⁸⁷ BGE 140 II 384, E. 3.3.4 m.w.H.

⁴⁹⁸⁸ *Ebd.*

⁴⁹⁸⁹ BGE 147 II 144, E. 5.2.2.

⁴⁹⁹⁰ *Ebd.*, E. 5.2.3.

fe des Verfahrens ihre Aussagen in Frage stellen und sie ggf. auch zu widerlegen versuchen.⁴⁹⁹¹

Für das hier untersuchte Aufsichtsrechtsverhältnis ist die Geltung des Prinzips 1773 für Unternehmen selbstredend von grosser Bedeutung, fungieren doch im Bereich der staatlichen Aufsicht über private Akteure der Wirtschaft vorwiegend Unternehmen als Beaufichtigte. Entscheidend für die Frage, ob der Nemo-tenetur-Grundsatz auch für juristische Personen zur Anwendung gelangen solle oder nicht, ist die Legitimationsgrundlage des Grundsatzes: Fasst man ihn einzig als menschenrechtliche Garantie auf, stellen sich effektiv Fragen nach dessen Bedeutung für Unternehmen.⁴⁹⁹² Versteht man den Grundsatz hingegen auch oder v.a. als «grundlegendes Strukturprinzip eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens»⁴⁹⁹³ und als «Ausdruck einer rechtsstaatlichen Grundhaltung»⁴⁹⁹⁴, muss der Grundsatz auch für Unternehmen gelten.⁴⁹⁹⁵

In der Lehre wurde die höchstrichterliche Argumentation denn auch kritisch auf- 1774 gefasst,⁴⁹⁹⁶ und zwar insb. von denjenigen Autorinnen und Autoren, die den Nemo-tenetur-Grundsatz als wichtigen Aspekt des prozessualen Fairnessgebots auffassen, an dem ein beachtliches öffentliches Interesse besteht.⁴⁹⁹⁷ Danach soll der Grundsatz

⁴⁹⁹¹ Ebd. – Kritisch zu diesem Entscheid äusserten sich RIEDO/MEILE (49), die sich auf den Standpunkt stellen, das aus *nemo tenetur* fließende Aussageverweigerungsrecht der Unternehmen werde ausgehöhlt, wenn ein ehemaliges Organ uneingeschränkt zu Vorgängen befragt werden dürfe, die sich während der Zeit seiner Organstellung zugetragen haben.

⁴⁹⁹² Vgl. etwa ARZT, Schutz, 456 ff.

⁴⁹⁹³ WOHLERS, Selbstregulierung, 295. Vgl. auch PIETH/GETH, 285 m.w.H., die das Prinzip auffassen «als Teil eines gewachsenen Gleichgewichts der widerstreitenden Prozessprinzipien, als wesentliches Element der Balance (...), das angesichts der Zumutung für die Behörde, gleichzeitig «Gas zu geben» (den Verdacht zu überprüfen) und zu «bremsen» (die Justizmässigkeit des Verfahrens zu wahren), notwendiger Ausgleichsfaktor ist».

⁴⁹⁹⁴ So das deutsche Bundesverfassungsgericht etwa in BVerfGE 56, 37 (43). Vgl. dazu WOHLERS, Nemo tenetur, 691.

⁴⁹⁹⁵ WOHLERS, Selbstregulierung, 295; WOHLERS, Börsenaufsicht, 76 f.; GETH, Selbstbelastungsfreiheit, 108 f.; REISER, Durchsetzung, N 244; vgl. auch zum deutschen Recht QUECK, 214 ff.

⁴⁹⁹⁶ FELLMANN/VETTERLI, 45 m.w.H.; ebenfalls ablehnend ROTH, Zum Zweiten, N 40 ff.; KELLER/SUTER, 2. Teil, 13; vgl. auch für einen Überblick SK StPO-LIEBER, Art. 112 N 15b; RIEDO/MEILE, 47 ff. und insb. 49.

⁴⁹⁹⁷ FELLMANN/VETTERLI, 45; vgl. in diesem Sinne auch OTT, 103 f.; SCHLAURI, 101 f.; NIGGLI/RIEDO, 62 f.; C. BECK, N 700.

einen fairen Ausgleich zwischen den weitreichenden strafprozessualen Staatskompetenzen einerseits und den Verteidigungsmöglichkeiten der beschuldigten Person andererseits sicherstellen helfen.⁴⁹⁹⁸ FELLMANN und VETTERLI folgern daraus, der «Wesensgehalt» der Selbstbelastungsfreiheit passe gleichermassen auf juristische wie natürliche Personen.⁴⁹⁹⁹ Darüber hinaus werde die Selbstbelastungsfreiheit nach wohl herrschender Lehre im Zusammenhang mit der Unschuldsvermutung und der Beweislastverteilung im Strafverfahren gesehen.⁵⁰⁰⁰ Eine wirksame Unschuldsvermutung setze die Geltung von *nemo tenetur* voraus.⁵⁰⁰¹

- 1775 Andere Stimmen geben zu bedenken, der Nemo-tenetur-Grundsatz vermöge für Unternehmen durchaus andere Fragen aufzuwerfen als für natürliche Personen. Verfahrensrechtlich sei z.B. zu bedenken, dass Unternehmen ja nicht *per se* handlungsfähig seien, sondern durch eine natürliche Person vertreten werden müssten. Entsprechend seien Differenzierungen nötig und sei jeweils zu klären, wer von einer Auskunft- und Mitwirkungspflicht einerseits erfasst sei und andererseits von einem allfälligen Aussageverweigerungsrecht profitieren solle.⁵⁰⁰²

Art. 29 Abs. 1 FINMAG wird etwa dahin gehend ausgelegt, dass neben dem primär auskunftspflichtigen beaufsichtigten Unternehmen auch natürliche Personen mit Organfunktionen vom persönlichen Anwendungsbe- reich der Norm erfasst werden. Selbst wenn ihnen keine Parteistellung in einem Verfahren zukommt, haben sie der FINMA somit die notwendigen

⁴⁹⁹⁸ FELLMANN/VETTERLI, 45; OTT, 93 ff.

⁴⁹⁹⁹ FELLMANN/VETTERLI, 45. Vgl. so auch DONATSCH/SMOKVINA, 871 ff.; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 44 N 2276 m.w.H.; vgl. auch GRABENWARTER/PABEL, § 17 N 5; FROWEIN/PEUKERT, Art. 6 N 4; HARRENDORF/KÖNIG/VOIGT, Handkommentar EMRK, Art. 6 N 4 sowie N 161 m.w.H. auf die Rechtsprechung.

⁵⁰⁰⁰ FELLMANN/VETTERLI, 45 m.w.H.; vgl. etwa auch DONATSCH/SMOKVINA, 873; SCHLAURI, 98 ff.; OTT, 32 ff., 86 ff. und 107; SK StPO-LIEBER, Art. 113 N 7. – Vgl. auch aus der Rechtsprechung EGMR, *Saunders gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 19187/91, 17.12.1996, Reports 1996-VI, § 68; *Martinen gegen Finnland*, Nr. 19235/03, 21.4.2009, § 60.

⁵⁰⁰¹ ROTH, Zum Zweiten, N 46 ff.; vgl. auch FELLMANN/VETTERLI, 45; SK StPO-LIEBER, Art. 113 N 7; C. BECK, N 700.

⁵⁰⁰² Vgl. etwa GETH, Selbstbelastungsfreiheit, 107 ff. m.w.H.; GETH, Mitwirkungspflichten, 160 ff., insb. 163 u.a. mit Verweis auf die besondere Problematik im Kontext vorverlagerter aufsichtsrechtlicher Auskunftspflichten, wenn noch kein Unternehmensvertreter i.S.v. Art. 112 Abs. 1 StPO bestellt ist und i.d.R. noch kein Strafverfahren eingeleitet wurde. Vgl. auch C. BECK, N 89 ff., N 265 ff., N 528 ff. und N 567 ff. (insb. zu Art. 29 Abs. 1 FINMAG sowie spezifisch zur Situation der Arbeitnehmenden in internen Untersuchungen im Finanzmarktbereich).

Auskünfte zu erteilen und Unterlagen herauszugeben.⁵⁰⁰³ Verweigern sie die Aussage, kann die FINMA dies wiederum zulasten des Instituts würgen und zusätzlich auch ein Gewährsverfahren oder ein Individualverfahren gegen die Organperson eröffnen.⁵⁰⁰⁴ Allerdings können auch sie sich in einem gegen sie gerichteten Strafverfahren auf ein Verwertungsverbot berufen.⁵⁰⁰⁵ Mitarbeitende der beaufsichtigten Institute, die unterhalb der Gewährsschwelle tätig sind, sind jedoch weder auskunfts- noch herausgabepflichtig.⁵⁰⁰⁶

Die neuere Lehre spricht sich vermehrt für eine Differenzierung zwischen natürlichen und juristischen Personen mit Blick auf den Nemo-tenetur-Grundsatz aus. 1776 MACULA argumentiert, dass «die Kosten- und Effizienzgesichtspunkte des Staates bei der Durchsetzung des materiellen Rechts» aufgrund der Gewinnausrichtung von Unternehmen stärker zu gewichten seien⁵⁰⁰⁷ als das Privileg der Selbstbelastungsfreiheit. Zudem geht sie von einem deutlich relativierten Geständnisdruck bei Unternehmen aus.⁵⁰⁰⁸ Auch ZULAUF sieht die Möglichkeit als gegeben, Individuen im Grundsatz von der Aussagepflicht zu befreien, und verweist dazu auf die bereits seit Jahren bestehende Praxis der FINMA, Individuen nicht mehr zu Aussagen zu verpflichten, wenn die Gefahr besteht, dass sie sich selbst strafrechtlich belasten könnten.⁵⁰⁰⁹

Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass sich im Aufsichtskontext unterschiedliche Beaufsichtigte auf den Nemo-tenetur-Grundsatz berufen können – verschiedene Unternehmen, aber auch einzelne natürliche Personen –, hat die Frage, ob sie alle gemäss dem Verbot der Selbstbelastung gleichbehandelt werden sollen, ihre Berechtigung. Macht es nicht doch einen Unterschied, ob ein systemrelevantes Finanzinstitut oder eine kleine Bank, ein möglicherweise marktmächtiges und wirtschaftlich erfolgreiches Pharmaunternehmen, eine Rechtsanwältin, ein Fahrzeughalter oder eine gewöhnliche Steuerzahlerin einer Aufsichtsbehörde 1777

⁵⁰⁰³ Botschaft FINMAG, BBl 2006 2880.

⁵⁰⁰⁴ Vgl. zum Ganzen C. BECK, N 99 ff., N 265 ff., N 269 f. und N 325 ff. zum Gewährsverfahren sowie N 782.

⁵⁰⁰⁵ *Ebd.*, N 782.

⁵⁰⁰⁶ *Ebd.*, N 99 ff. m.w.H. u.a. auch auf den Umstand, dass in der Praxis die Institute darum besorgt sein dürften, dass auch Mitarbeitende ohne Organfunktionen gegenüber der FINMA Auskünfte erteilen.

⁵⁰⁰⁷ MACULA, Mitwirkungspflichten, 20.

⁵⁰⁰⁸ *Ebd.* mit Verweis auf ARZT, Interessenkonflikte, 359 ff., der sich auf den Standpunkt stellt, Straftaten und die Verhinderung von deren Aufklärung lägen nicht im Interesse von Unternehmen.

⁵⁰⁰⁹ ZULAUF, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 453 f.

gegenübersteht? Und zwar nicht nur, weil das Argument der Menschenwürde bei Unternehmen *per definitionem* nicht zur Anwendung gelangt, sondern auch unter Berücksichtigung des Ziels, ein faires Verfahren zu gewährleisten. Der Nemo-tenetur-Grundsatz soll die Betroffenen ja ganz grundsätzlich vor einer Übermacht des Staates schützen. Allerdings variiert das dem Aufsichtsrecht zugrunde liegende Machtgefälle zwischen Staat und Privaten je nach Konstellation im Einzelfall. Entsprechend unterschiedlich kann sich auch das Schutzbedürfnis der Beaufsichtigten präsentieren. So lässt sich durchaus argumentieren, dass das Schutzbedürfnis eines professionell geführten beaufsichtigten Unternehmens, das u.U. über eine eigene Rechtsabteilung verfügt (die wohl auch die effektive Wahrnehmung von allfälligen Auskunft- und Mitwirkungspflichten begleitet), oftmals ein anderes sein wird als dasjenige einer beaufsichtigten natürlichen Person. Zu warnen ist aber vor einer Bedienung von Stereotypen. Auch die Kategorie der «natürlichen Personen» erfasst selbstredend ein Sammelsurium an unterschiedlichen Menschen mit divergierenden Schutzbedürfnissen.

- 1778 Fraglich bleibt letztlich, wie solche Erkenntnisse rechtlich zu berücksichtigen sind. Soll es bei der Anwendung des Nemo-tenetur-Grundsatzes einen Unterschied machen dürfen, wer genau beaufsichtigt wird, müsste jeweils eine Interessenabwägung im konkreten Einzelfall zugelassen werden. Ein solch kasuistischer Ansatz – wie ihn etwa das Bundesgericht und auch der EGMR in seiner neueren Rechtsprechung vertreten⁵⁰¹⁰ – vermag dogmatisch jedoch kaum zu befriedigen. Im Rahmen dieser Untersuchung wird deshalb dafür plädiert, die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit grundsätzlich sowohl gegenüber natürlichen als auch gegenüber juristischen Personen zur Anwendung zu bringen. Nicht gelöst wird damit die weiterführende und in der Folge zu vertiefende Frage nach der Vereinbarkeit von *nemo tenetur* und den verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten.⁵⁰¹¹

D. (Sachliche) Anwendbarkeit der strafprozessualen Selbstbelastungsfreiheit im Vorfeld eines Strafverfahrens

- 1779 Der vorliegend verwendete weite, auch Verwaltungshandlungen umfassende Verfahrensbegriff ist im strafverfahrensrechtlichen Kontext weitgehend unproblematisch. Gemäss der Rechtsprechung des EGMR stehen die Verteidigungsrechte ei-

⁵⁰¹⁰ Dazu hinten N 1791 ff. m.w.H.

⁵⁰¹¹ Dazu hinten N 1810 ff.

ner Person zu, sobald sie verdächtigt oder gegen sie ermittelt wird,⁵⁰¹² mit anderen Worten, sobald im Anwendungsbereich der StPO ein materieller, personalisierter Anfangsverdacht i.S.v. Art. 306 Abs. 2 lit. b i.V.m. Art. 111 Abs. 1 StPO oder eine Strafanzeige bzw. ein Strafantrag vorliegt.⁵⁰¹³ So entspricht es dem Verfassungs- und Völkerrecht, dass beschuldigte Personen möglichst rasch über ihre Rechte zu orientieren sind, damit sie die Möglichkeit haben, ihre Verteidigungsrechte unverzüglich geltend zu machen. Dazu gehört insb. auch ihr Schweigerecht. Nach Art. 31 Abs. 2 BV gilt dies spezifisch für Personen, denen die Freiheit entzogen wird, und nach Art. 6 Ziff. 3 lit. a EMRK, Art. 14 Ziff. 3 lit. a UNO-Pakt II sowie Art. 32 Abs. 2 BV für sämtliche angeklagten Personen.⁵⁰¹⁴

Die weitergehenden Vorgaben nach Art. 158 StPO⁵⁰¹⁵ sind auf Stufe Verfassungs- und Völkerrecht nicht explizit vorgesehen, werden jedoch im Rahmen der Auslegung von Lehre und Rechtsprechung berücksichtigt.⁵⁰¹⁶ Das Bundesgericht leitete insb. «[a]us dem in Art. 31 und Art. 32 BV sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK verankerten Anspruch auf ein faires Verfahren» eine Pflicht der Strafverfolgungsbehörden ab, auch «die beschuldigte Person über ihre prozessualen Rechte im Allgemeinen

1780

⁵⁰¹² EGMR, *Aleksandr Zaichenko gegen Russland*, Nr. 39660/02, 18.2.2010, § 42 f.; *Pishchalnikov gegen Russland*, Nr. 7025/04, 24.9.2009, § 70; *Salduz gegen die Türkei*, Nr. 36391/02, 27.11.2008, Reports 2008, § 55; zum materiellen bzw. formellen Begriff des Beschuldigten vgl. Art. 111 Abs. 1 StPO; vgl. auch VEST, SG-Kommentar BV, Art. 32 N 26 m.w.H.

⁵⁰¹³ Vgl. S. SCHLEGEL, 72. Ein solcher Anfangsverdacht ergibt sich i.d.R. vor dem «hinreichenden Tatverdacht» nach Art. 309 Abs. 1 lit. a StPO und ist von diesem zu unterscheiden (vgl. SK StPO-DONATSCH, Art. 178 N 28 f.; SK StPO-BOSSHARD/LANDSHUT, Art. 309 N 25 f.; VEST, SG-Kommentar BV, Art. 32 N 26 m.w.H.).

⁵⁰¹⁴ Vgl. etwa SK StPO-GODENZI, Art. 158 N 3. – Nach dem Wortlaut von Art. 6 Ziff. 3 lit. a EMRK, Art. 14 Ziff. 3 lit. a UNO-Pakt II und Art. 32 Abs. 2 Satz 1 BV sollen sie möglichst rasch und umfassend in einer ihnen verständlichen Sprache über Art und Grund der gegen sie erhobenen Beschuldigung unterrichtet werden. Gemäss Art. 32 Abs. 2 Satz 2 BV müssen sie die Möglichkeit haben, die ihr zustehenden Verteidigungsrechte geltend zu machen.

⁵⁰¹⁵ Nach Art. 158 Abs. 1 lit. b bis d StPO sind Polizei oder Staatsanwaltschaft verpflichtet, *jede beschuldigte Person bereits zu Beginn der ersten Einvernahme* über ihr Schweigerecht, das Recht auf Beizug einer Verteidigung sowie den Anspruch auf einen oder eine unentgeltliche ÜbersetzerIn zu belehren.

⁵⁰¹⁶ Vgl. SK StPO-GODENZI, Art. 158 N 3; FLACHSMANN/WEHRENBURG, 318 f.; MÜLLER/SCHEFER, 991 f., die insb. eine Beschränkung von Art. 32 Abs. 2 BV auf das Hauptverfahren aufgrund der massgeblichen Bedeutung eines fairen Ermittlungs- und Untersuchungsverfahrens ablehnen. Vgl. aus der Rechtsprechung Urteil BGer, 6B_901/2008, 23.2.2009, E. 2.3; vgl. auch BGE 131 I 350, E. 4.

aufzuklären und sie insbesondere frühzeitig auf ihr Recht hinzuweisen, jederzeit einen Verteidiger beiziehen zu können».⁵⁰¹⁷ Damit wird von der Geltung der Verfahrensgarantien und der Orientierungspflicht im Besonderen bereits *im Vorfeld* eines formell eröffneten strafrechtlichen Hauptverfahrens (nach Anklageerhebung) ausgegangen; angeknüpft wird regelmässig an die erste Einvernahme im Rahmen des polizeilichen Ermittlungsverfahrens.⁵⁰¹⁸

- 1781 Ganz grundsätzlich spricht denn auch einiges dafür, die strafprozessualen Verfahrensgarantien vorsorglich «früh» anzuwenden, um die Fairness des Strafverfahrens sicherzustellen.⁵⁰¹⁹ Nicht nur vermögen die auf eine Verurteilung folgenden Strafen empfindlich in die Rechtsstellung der Betroffenen einzugreifen, einem Strafverfahren kommt auch deshalb eine massgebliche Bedeutung zu, weil erst nach seiner Durchführung eine Straftat (oder eben nicht) und damit die Schuld oder Nichtschuld der beschuldigten Partei feststeht.⁵⁰²⁰
- 1782 Während allerdings im gerichtlichen Verfahren versucht wird, dem Prinzip der Waffengleichheit zu entsprechen, wonach den Beschuldigten zur Wahrung ihrer Interessen möglichst gleich lange Spiesse zur Verfügung stehen müssten wie den sie verfolgenden staatlichen Behörden, erscheint dieses Ziel für das erste Stadium

⁵⁰¹⁷ Urteil BGer, 6B_901/2008, 23.2.2009, E. 2.3; vgl. auch BGE 131 I 350, E. 4.

⁵⁰¹⁸ Vgl. etwa MÜLLER/SCHEFER, 992 m.w.H.; vgl. auch KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 44 N 2279 m.w.H., N 7, wonach etwa das Aussageverweigerungsrecht bereits im polizeilichen Ermittlungsverfahren zur Anwendung gelangt. Die Europäische Kommission zur Verhütung von Folter fordert, dass Personen bereits ab Ankunft auf der Polizeidienststelle (nochmals) vollständig über ihre Rechte aufzuklären seien (CPT, Rapport Suisse, N 24 und 26).

⁵⁰¹⁹ Eine ähnliche Haltung nahm etwa auch das Bundesamt für Justiz im Rahmen eines anlässlich der Beratungen zum Transplantationsgesetz angestossenen Gutachtens ein. Mit Blick auf die Befugnisse der zuständigen Aufsichtsbehörden zur Durchführung von Kontrollen führte es aus: «Die Kontrolltätigkeit bewegt sich oftmals im Bereich eigentlicher Vorermittlungen, namentlich wenn ein Verdacht Auslöser einer Kontrolltätigkeit ist. Die zuständigen Behörden orientieren sich daher – gerade bei Kontrollen vor Ort – i.d.R. an den Vorschriften des Verwaltungsstrafrechtsgesetzes, auch wenn ihre Tätigkeit formell (noch) nicht in den Geltungsbereich dieses Gesetzes fällt» (BJ, Gutachten vom 31.1.2005, VPB 70.46, Ziff. 3.2.1). THURNHERR begrüsst diesen Ansatz, ein «[Minimum] an prozeduraler Gerechtigkeit» bereits greifen zu lassen, «wenn für den Betroffenen Nachteile von einer gewissen Intensität resultieren können» (THURNHERR, Verwaltungshandeln, 570). Sie klammert die strafrechtlichen Verfahrensgarantien von ihrer Untersuchung allerdings aus (vgl. *ebd.*, Fn. 18).

⁵⁰²⁰ WOHLERS, Selbstregulierung, 280 f.; vgl. auch KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 44 N 2275; RHINOW ET AL., N 616.

von Ermittlungs- und Untersuchungsverfahren kaum erreichbar. Im Strafprozess wäre es i.d.R. auch nicht erstrebenswert, soll die Feststellung der materiellen Wahrheit nicht verunmöglicht werden.⁵⁰²¹ Häufig sind aber genau in diesem frühen Stadium des Verfahrens, das die Grundlage für alle weiteren Verfahrensschritte bildet und insb. den Rahmen für die zur Last gelegten Straftaten setzt, die Rechte der Beschuldigten und ihre Menschenwürde besonders gefährdet und bedürfen des Schutzes.⁵⁰²² Insbesondere der Nemo-tenetur-Grundsatz als «grundlegende[s] materielle[s] Verteidigungsrecht jedes Beschuldigten»⁵⁰²³ – aber auch die Unschuldsvermutung generell sowie das Recht auf wirksame Verteidigung – machen nur Sinn, wenn sie in einem frühen Stadium zur Anwendung gelangen.⁵⁰²⁴

So lässt sich denn auch der Rechtsprechung des EGMR entnehmen, dass der Nemo-tenetur-Grundsatz nicht nur während der Dauer des Strafverfahrens zu beachten ist,⁵⁰²⁵ sondern u.U. schon im Vorfeld eines formell eröffneten Strafverfahrens greift, sofern aufgrund der Umstände des konkret vorliegenden Falles mit einem Strafverfahren zu rechnen ist. Verlangt wird nach dieser Praxis, dass die vorab erfolgte Mitwirkung einen gewissen Konnex zum formellen Strafverfahren aufweist.⁵⁰²⁶ Wie

1783

⁵⁰²¹ JOSITSCH/SCHMID, N 97.

⁵⁰²² *Ebd.* – Vgl. auch EGMR, *Ibrahim und andere gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 50541/08, 50571/08, 50573/08 und 40351/09, 13.9.2016, § 253, wo der Gerichtshof ausführte: «*The investigation stage may be of particular importance for the preparation of the criminal proceedings: the evidence obtained during this stage often determines the framework in which the offence charged will be considered at the trial and national laws may attach consequences to the attitude of an accused at the initial stages of police interrogation which are decisive for the prospects of the defence in any subsequent criminal proceedings. An accused may therefore find himself in a particularly vulnerable position at that stage of the proceedings, the effect of which may be amplified by increasingly complex legislation on criminal procedure, notably with respect to the rules governing the gathering and use of evidence.*»

⁵⁰²³ FLACHSMANN/WEHRENBURG, 319.

⁵⁰²⁴ Vgl. in diesem Sinne etwa VEST, SG-Kommentar BV, Art. 32 N 26; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 44 N 2279 und N 2281 ff.

⁵⁰²⁵ SK StPO-LIEBER, Art. 113 N 14 m.w.H.

⁵⁰²⁶ *Ebd.*, Art. 113 N 14a; vgl. in diesem Sinne auch GETH, Mitwirkungspflichten, 151; VEST, SG-Kommentar BV, Art. 32 N 6 m.w.H.; MACULA, Selbstbelastung, 39 ff. – Aus der Rechtsprechung des EGMR vgl. etwa *Corigliano gegen Italien*, Nr. 8304/78, 10.12.1982, Serie A57, § 34; *J.B. gegen die Schweiz*, Nr. 31827/96, 3.5.2001, Reports 2001-III, § 66; *Heaney and McGuinness gegen Irland*, Nr. 34720/97, 21.12.2000, Reports 2000-XII, §§ 41 f.; *Weh gegen Österreich*, Nr. 38544/97, 8.4.2004, §§ 50 ff., wo das Gericht allerdings zum Schluss kam, dass der «Link» zwischen der Pflicht des Beschwerdeführers, den Fahrer seines Fahrzeugs bekannt zu geben, und der Eröffnung

gesehen, geht die neuere Rechtsprechung ausserdem von der Geltung von *nemo tenetur* in einem dem Strafverfahren vorgelagerten Verwaltungsverfahren aus, sofern das Verwaltungs- und das Strafverfahren genügend verbunden sind.⁵⁰²⁷

- 1784 Massgeblich für die Qualifikation eines Verfahrens als strafrechtlich oder strafrechtsähnlich ist auch in solchen Fällen die sog. Engel-Rechtsprechung des EGMR. Entsprechend liegt eine «strafrechtliche Anklage» im Sinne der EMRK nicht nur dann vor, wenn gegen den Beschuldigten ein Strafverfahren läuft, sondern bereits dann, wenn Massnahmen eine solche Anklage implizieren und die Lage des Betroffenen massgeblich berühren.⁵⁰²⁸ Sind repressive, sanktionierende Massnahmen vorgesehen, ist somit die Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK zu prüfen, ebenso wenn ein Verwaltungsstrafverfahren zur Diskussion steht.⁵⁰²⁹
- 1785 Auf eine formelle Verfahrenseröffnung kommt es dabei nicht an.⁵⁰³⁰ Relevant ist, ob sich der behördliche Zwang zur Mitwirkung in einem konnexen Strafprozess selbstbelastend auswirken kann. Und diese Frage lässt sich auch für ein informelles «Vorabklärungsverfahren» bejahen, in dem Auskunft- und Herausgabepflichten gelten.⁵⁰³¹

eines möglichen Strafverfahrens gegen ihn wegen Geschwindigkeitsüberschreitung zu entfernt und hypothetisch sei; in diesem Fall war das Verfahren gegen unbekannt eröffnet worden und bestand kein Verdacht gegen den Beschwerdeführer. Das Gericht schlussfolgerte, ohne eine genügend konkrete Verbindung mit einem Strafverfahren sei auch das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit nicht tangiert.

⁵⁰²⁷ Vgl. EGMR, *Chambaz gegen die Schweiz*, Nr. 11663/04, 5.4.2012, § 43; vgl. etwa auch die Ausführungen in *Jussila gegen Finnland*, Nr. 73053/01, 23.11.2006, Reports 2006-XIV, § 45; dazu vorne N 1765 f.

⁵⁰²⁸ Vgl. etwa bereits EGMR, *Corigliano gegen Italien*, Nr. 8304/78, 10.12.1982, Serie A57, § 34, wo das Gericht ausführte: «*Whilst 'charge', for the purposes of Article 6 § 1 (...), may in general be defined as 'the official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence', it may in some instances take the form of other measures which carry the implication of such an allegation and which likewise substantially affect the situation of the suspect.*» Vgl. dazu auch BENEDICK, 173.

⁵⁰²⁹ Dazu vorne N 1294 ff. sowie N 1666 ff.; vgl. auch MACULA, Mitwirkungspflichten, 17 ff. m.w.H. Aus der Rechtsprechung vgl. BGE 138 IV 52, E. 2.6.1; EGMR, *J.B. gegen die Schweiz*, Nr. 31827/96, 3.5.2001, Reports 2001-III, §§ 47 ff.

⁵⁰³⁰ Vgl. so auch MACULA, Selbstbelastung, 42 f.

⁵⁰³¹ Dazu soeben N 1779 ff.; vgl. auch MACULA, Selbstbelastung, 42 f.

E. Gehalt der Selbstbelastungsfreiheit

1. Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrecht

Die Selbstbelastungsfreiheit bzw. der Nemo-tenetur-Grundsatz gewährleistet die Freiheit von Zwang hinsichtlich sämtlicher aktiver Mitwirkungsformen⁵⁰³² und umfasst damit sowohl das Recht auf Aussageverweigerung⁵⁰³³ als auch das Recht auf Mitwirkungsverweigerung.⁵⁰³⁴ 1786

Das *Aussageverweigerungsrecht* wird weit gefasst: Es berechtigt die beschuldigte Person, sich zu den erhobenen Vorwürfen nicht zu äussern und damit ohne Angabe von Gründen zu schweigen.⁵⁰³⁵ Inhaltlich umfasst das Aussageverweigerungsrecht sämtliche Aussagen in der Sache und damit nicht nur belastende, sondern auch vermeintlich entlastende. Potenziell liefern nämlich sämtliche Informationen, die von der beschuldigten Person preisgegeben werden, «einen Mosaikstein auf dem Weg zur (möglichen) Verurteilung und Bestrafung»,⁵⁰³⁶ weshalb sich auch zunächst neutrale oder entlastende Aussagen z.B. im Kontext der übrigen Beweismittel als belastend erweisen können.⁵⁰³⁷ 1787

Das Bundesgericht schützte bereits in einem älteren Entscheid die Argumentation, wonach der eigentliche Sinn des Aussageverweigerungsrechts zwar darin bestehe, dass sich die Beschuldigten durch ihre Aussagen nicht selbst belasten müssten. Jedoch könne auch «derjenige nicht zum Reden verpflichtet sein (...), der möglicherweise entlastende Tatsachen angeben könnte, ansonsten die Verweigerung der Aussage von vornherein zu einem belastenden Indiz würde».⁵⁰³⁸

⁵⁰³² Vgl. statt vieler etwa SK StPO-LIEBER, Art. 113 N 1; DONATSCH/SMOKVINA, 865; vgl. auch SK StPO-WOHLERS, Art. 3 N 25 ff.; JOSITSCH/SCHMID, N 671 ff.; vgl. auch zum deutschen Recht TEIXEIRA, 271 ff., der die Selbstbelastungsfreiheit des Beschuldigten aus einer unzumutbaren Erfüllung einer Zeugenpflicht ableitet.

⁵⁰³³ Zum Verhältnis Selbstbelastungsfreiheit–Aussageverweigerungsrecht vgl. SK StPO-LIEBER, Art. 113 N 1; SUMMERS, 650.

⁵⁰³⁴ SK StPO-LIEBER, Art. 113 N 2.

⁵⁰³⁵ *Ebd.*, Art. 113 N 14; BSK StPO-ENGLER, Art. 113 N 3 und N 4.

⁵⁰³⁶ SK StPO-LIEBER, Art. 113 N 15.

⁵⁰³⁷ *Ebd.*, Art. 113 N 15 m.w.H.; vgl. auch MACULA, Mitwirkungspflichten, 21 f.; FELLMANN/VETTERLI, 46, die eine Differenzierung zwischen einer «Auskunftspflicht über Sachverhaltselemente» und «impliziter Schuldanerkennung», die sie in BGE 140 II 384 erkennen, als strafrechtlich wenig sinnvoll einschätzen.

⁵⁰³⁸ BGE 109 Ia 166, E. 2b. Zur schulindizierenden Wirkung einer Aussage- oder Mitwirkungsverweigerung vgl. hinten N 1826.

- 1788 Das *Mitwirkungsverweigerungsrecht* wird dahin gehend ausgelegt, dass grundsätzlich keine Pflicht besteht, durch aktives Verhalten das Verfahren zu fördern und damit zur eigenen Überführung beizutragen.⁵⁰³⁹ Sowohl der EGMR als auch das Bundesgericht betonen in ihrer Rechtsprechung, aus der Selbstbelastungsfreiheit folge die Pflicht der Strafbehörden, ihre Ermittlungen nicht auf Beweismittel zu stützen, die durch Zwang oder Druck und in Missachtung des Willens der beschuldigten Person erlangt worden seien.⁵⁰⁴⁰ Ein wesentlicher Aspekt der Selbstbelastungsfreiheit besteht nämlich im Schutz der Willensfreiheit der Betroffenen, weshalb für die Strafbehörden ein sog. Verbot des Selbstbelastungszwangs gilt, d.h. ein Verbot, die Beschuldigten mit Mitteln zu einer Selbstbelastung zu zwingen, die ihre Willensfreiheit beeinträchtigen.⁵⁰⁴¹
- 1789 Damit die beschuldigte Person tatsächlich aus freiem Willen und in voller Kenntnis ihrer Rechte entscheiden kann, ob sie kooperieren möchte, sind die Strafverfolgungsbehörden im Strafverfahren verpflichtet, sie zu Beginn ihrer ersten Aussage auf ihr Verweigerungsrecht hinzuweisen (sog. *Miranda-Warning* i.S.v. Art. 158 Abs. 1 lit. b StPO), ansonsten die Unverwertbarkeit der Aussagen nach Art. 158 Abs. 2 StPO droht.⁵⁰⁴² Inwiefern auch Aufsichtsbehörden gehalten sind, die potenziell beschuldigte Person entsprechend zu belehren, ist nach heutigem Stand jedoch

⁵⁰³⁹ Vgl. etwa SK StPO-LIEBER, Art. 113 N 19; vgl. auch JOSITSCH/SCHMID, N 672 ff. – Als Folge des Mitwirkungsverweigerungsrechts gilt im materiellen Strafrecht, dass die bloße Selbstbegünstigung nach Art. 305 Abs. 1 StGB (*e contrario*) straflos bleibt, solange sie nicht auch einen anderen Straftatbestand erfüllt (vgl. dazu SK StPO-LIEBER, Art. 113 N 21; BSK StGB II-DELNON/RÜDY, Art. 305 N 11; BGE 101 IV 314, E. 2; 102 IV 29, E. 1). Die StPO enthält konkretisierende Bestimmungen, wonach die beschuldigte Person etwa nicht gehalten ist, bei Erhebungen durch sachverständige Personen mitzuwirken (Art. 185 Abs. 5 StPO), eine Schrift- oder Sprachprobe abzugeben (Art. 262 Abs. 2 StPO) oder Gegenstände und Vermögenswerte, die beschlagnahmt werden sollen, herauszugeben (Art. 265 Abs. 2 lit. a StPO).

⁵⁰⁴⁰ EGMR, *Saunders gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 19187/91, 17.12.1996, Reports 1996-VI, § 68; *Allan gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 48539/99, 5.11.2002, Reports 2002-IX, § 44; vgl. auch, sich ausdrücklich auf die Rechtsprechung des EGMR beziehend, BGE 131 IV 36, E. 3.1.

⁵⁰⁴¹ KELLER/SUTER, 2. Teil, 6 m.w.H.; SK StPO-LIEBER, Art. 113 N 37; MACULA, Mitwirkungspflichten, 22 f.

⁵⁰⁴² MACULA, Mitwirkungspflichten, 23; SK StPO-LIEBER, Art. 113 N 13 m.w.H.; vgl. zu Art. 158 StPO eingehend SK StPO-GODENZI, Art. 158 N 1 ff.; BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 158 N 1 ff.

umstritten.⁵⁰⁴³ Das Bundesgericht zeigte sich diesbezüglich bislang zurückhaltend; es vermochte eine generelle Pflicht der Untersuchungsbehörden, die beschuldigten Personen ausdrücklich auf ihre Aussageverweigerungsrechte hinzuweisen, weder aus der Bundesverfassung⁵⁰⁴⁴ noch aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK bzw. Art. 14 Ziff. 3 lit. g UNO-Pakt II oder Art. 39 VStrR abzuleiten.⁵⁰⁴⁵ Hingegen ist der Grundsatz gemäss Art. 40 VStrR unbestritten, dass wer aufgrund eines Zeugnisverweigerungsrechts eine Aussage verweigern kann, vorher auf dieses Recht aufmerksam zu machen ist.⁵⁰⁴⁶ Ausserdem hat das Bundesgericht im Falle eines Freiheitsentzugs wiederholt eine solche Pflicht der untersuchenden Beamten im Verwaltungsstrafverfahren bejaht, «[a]ngesichts der Bedeutung des Schweige- und Aussageverweigerungsrechts für die Gewährleistung eines fairen Verfahrens».⁵⁰⁴⁷

Die Lehre geht von der grundsätzlichen Geltung einer Aufklärungspflicht auch 1790 im Verwaltungsverfahren aus, insb. wenn sich das Nemo-tenetur-Prinzip auf das gewöhnliche Verwaltungsverfahren auswirkt. «In diesem Falle müsste die Belehrung wohl analog zu Art. 158 Abs. 1 StPO vor der ersten Mitwirkungshandlung des Betroffenen und spätestens zeitgleich mit der Information seitens der Behörden bezüglich der erforderlichen Mitwirkung erfolgen».⁵⁰⁴⁸ Offenbar versucht etwa die FINMA, vor einer Befragung die Betroffenen entsprechend auf ihr Mitwirkungsverweigerungsrecht hinzuweisen.⁵⁰⁴⁹

⁵⁰⁴³ Die FINMA allerdings belehrt Individuen vor Einvernahmen, dass sie keine Aussagen machen müssen, wenn diese sie strafrechtlich belasten könnten. Vgl. dazu ZULAUF, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 440 ff.

⁵⁰⁴⁴ Im Urteil BGer, 6B_746/2009, 22.12.2009, E. 2.3 wurde noch auf Art. 4 aBV 1874 verwiesen; vgl. auch Urteil BGer, 1P.261/2002, 20.1.2004, E. 3.2.

⁵⁰⁴⁵ Vgl. so Urteil BGer, 6B_746/2009, 22.12.2009, E. 2.3 mit Verweis auf Urteil BGer, 1P.261/2002, 20.1.2004, E. 3.2, sowie 8G.55/2000, 14.3.2001, E. 3b/aa. Insofern ist die Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht eindeutig (a.A. BURRI, 116 mit Verweis auf BGE 130 I 126).

⁵⁰⁴⁶ Vgl. so auch Urteil BStGer, BV.2010.46, 10.8.2010, E. 2.2 f.

⁵⁰⁴⁷ Vgl. Urteil BGer, 8G.55/2000, 14.3.2001, E. 3b/aa (bestätigt in Urteil BGer, 6P.164/2001, 9.1.2002, E. 3e, sowie BGE 130 I 126, E. 2.3 ff.). Es knüpfte dabei an eine mit Art. 31 Abs. 2 BV konforme Auslegung von Art. 39 Abs. 2 VStrR an.

⁵⁰⁴⁸ MACULA, Mitwirkungspflichten, 23. Vgl. auch BENEDICK, 177; FLACHSMANN/WEHRENBURG, 317 f.; NATTERER GARTMANN, 121 f., wonach in der Praxis ein solcher Hinweis regelmässig ergeht, auch ohne dass das VStrR einen solchen ausdrücklich vorschreibt; vgl. auch NIGGLI/RIEDO, 61 m.w.H.; BURRI, 116.

⁵⁰⁴⁹ Vgl. ZULAUF, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 453.

Weil die FINMA jedoch auch darauf hinweist, dass im Enforcementverfahren die Mitwirkungsverweigerung frei gewürdigt werden darf, sie das Schweigen somit zu Ungunsten der Betroffenen berücksichtigen kann, wird dieses Vorgehen als problematische Form des indirekten Zwangs qualifiziert.⁵⁰⁵⁰

2. Zulässiger und unzulässiger Selbstbelastungszwang

- 1791 Das Verbot des Selbstbelastungszwangs gilt sowohl aus Sicht des EGMR als auch aus Sicht des Bundesgerichts nicht absolut, sondern darf eingeschränkt werden.⁵⁰⁵¹ Damit werden allerdings Fragen dazu aufgeworfen, welcher Zwang noch als zulässig zu gelten hat und wann von unangemessenem, missbräuchlichem Zwang (*«improper compulsion»*)⁵⁰⁵² auszugehen ist. Die Abgrenzung zwischen zulässigem und unzulässigem Selbstbelastungszwang ist oftmals strittig. Dazu trägt auch die uneinheitliche Beurteilung in Lehre und Rechtsprechung des Bundesgerichts sowie des EGMR bei.
- 1792 Einigkeit besteht immerhin dahin gehend, dass Beweiserhebungen, die die Menschenwürde verletzen, mithin auf psychischen oder physischen (tatsächlichen⁵⁰⁵³) Zwang bis hin zu Gewalt gegenüber den Betroffenen setzen, im Strafverfahren grundsätzlich verboten sind.⁵⁰⁵⁴ Art. 140 Abs. 1 StPO zählt entsprechende, explizit verbotene Beweiserhebungsmethoden auf, «welche die Denkfähigkeit oder die Willensfreiheit einer Person beeinträchtigen können». Dazu gehören Zwangs-

⁵⁰⁵⁰ Vgl. C. BECK, N 788 m.w.H.; GETH, Mitwirkungspflichten, 156; PFLAUM/WOHLERS, 539.

⁵⁰⁵¹ Vgl. EGMR, *Saunders gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 19187/91, 17.12.1996, Reports 1996-VI, § 69; *Weh gegen Österreich*, Nr. 38544/97, 8.4.2004, §§ 44 f.; *O'Halloran and Francis gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 15809/02 und 25624/02, 29.6.2007, Reports 2007-III, § 53; *De Legé gegen die Niederlande*, Nr. 58342/15, 4.10.2022, § 68. – Vgl. aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung etwa BGE 140 II 384, E. 3.3.2 und insb. E. 3.3.5; vgl. auch BGE 144 I 242, E. 1.2.1, wo das Bundesgericht ausführte, «[d]as Recht zu schweigen ist indes kein absolutes Recht. Es ist im Rahmen der Verhältnismässigkeit beschränkbar, solange sein Wesensgehalt intakt bleibt.»

⁵⁰⁵² Vgl. EGMR, *Saunders gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 19187/91, 17.12.1996, Reports 1996-VI, § 68; vgl. auch *John Murray gegen das Vereinigte Königreich*, 8.2.1996, Reports 1996-I, § 45.

⁵⁰⁵³ Zur Abgrenzung zwischen tatsächlichem und rechtlichem bzw. informellem und formellem Zwang (allerdings im US-amerikanischen und deutschen Recht) SCHLAURI, 206 ff. m.w.H.

⁵⁰⁵⁴ Vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. d StPO und Art. 3 EMRK. – Vgl. dazu aus der Rechtsprechung des EGMR etwa *De Legé gegen die Niederlande*, Nr. 58342/15, 4.10.2022, § 77.

mittel, Gewaltanwendung, Drohungen, Versprechungen sowie Täuschungen; mit- hin Mittel, die verwendet werden, um den Willen der beschuldigten Person zu beugen.⁵⁰⁵⁵

Darüber hinaus werden unterschiedliche Ansätze gewählt, um zwischen zulässig- 1793- gem und unzulässigem Selbstbelastungszwang zu unterscheiden. Wie der nach- folgende Überblick zeigt, stellen Lehre und Rechtsprechung in der Schweiz insb. *unzulässige aktive* Mitwirkungspflichten *zulässigen passiven* Duldungspflichten gegenüber.⁵⁰⁵⁶ Die Rechtsprechung zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK scheint hingegen an- dere Abgrenzungskriterien zu wählen und dabei v.a. die im konkreten Einzelfall fragliche Zwangsausübung in den Vordergrund ihrer Überlegungen zu stellen. Auffällig ist die kasuistische Herangehensweise des EGMR, die eine klare Linie bislang weitgehend vermissen lässt.⁵⁰⁵⁷

2.1 Verbot aktiver Mitwirkungspflichten – Zulässigkeit passiver Duldungspflichten?

Die herrschende Lehre legt die Selbstbelastungsfreiheit dahin gehend aus, dass 1794- sie die betroffenen Personen primär davor bewahre, *aktiv* an ihrer Überführung mitwirken zu müssen. *Passive* Duldungspflichten gelten jedoch grundsätzlich als zulässig.⁵⁰⁵⁸ Art. 113 Abs. 1 Satz 3 StPO hält etwa fest, dass die beschuldigte Person die gesetzlich vorgesehenen Zwangsmassnahmen zu dulden hat. Auch das Bundesgericht scheint sich am Abgrenzungskriterium der Aktivität bzw. Passivität

⁵⁰⁵⁵ BSK StPO-GLESS, Art. 140 N 10 f. sowie N 29 ff.

⁵⁰⁵⁶ Dazu sogleich N 1794 ff.

⁵⁰⁵⁷ Vgl. so MACULA, Mitwirkungspflichten, 55; SK StPO-LIEBER, Art. 113 N 53a; vgl. auch KELLER/SUTER, 2. Teil, 18, die aus der Rechtsprechung des EGMR zwei verschie- dene Prüfungsverfahren ableiten, je nachdem ob «*vis compulsiva*» angewendet worden ist oder ob der Betroffene im Vorverfahren nicht auf sein Schweigerecht aufmerksam gemacht worden ist (*ebd.*, 6 ff.). – Zur Praxis des EGMR vgl. hinten N 1799 ff.

⁵⁰⁵⁸ Vgl. etwa MACULA, Mitwirkungspflichten, 25 f. m.w.H.; TRECHSEL, 260; OTT, 187 ff. m.w.H.; C. BECK, N 709 f.; SK StPO-LIEBER, Art. 113 N 42 sowie N 19a, wonach Art. 113 StPO zugunsten der beschuldigten Person «über den konventionsrechtlichen Minimalstandard hinaus (...) jede Form des Zwangs, die zu einer aktiven Mitwir- kung der beschuldigten Person an ihrer Verurteilung führt, unzulässig ist»; vgl. auch JOSITSCH/SCHMID, N 668 ff.; VEST, SG-Kommentar BV, Art. 32 N 8.

zu orientieren,⁵⁰⁵⁹ ebenso die Literatur zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK.⁵⁰⁶⁰ Im Einzelnen ist die Tragweite der Selbstbelastungsfreiheit mit Blick auf aktive und passive Verhaltenspflichten jedoch umstritten, insb. auch bezüglich Pflichten gegenüber Behörden, die sich allenfalls mittelbar selbstbelastend auswirken können (wozu z.B. auch Informationspflichten gehören).⁵⁰⁶¹ Für den konkreten Einzelfall bedarf es somit einer Auseinandersetzung mit der einschlägigen Kasuistik zu bestimmten verfahrensrechtlichen Zwangsmassnahmen:

- 1795 Im Aufsichtskontext von Relevanz sind etwa Durchsuchungs- und Beschlagnahmeanordnungen,⁵⁰⁶² die die beschuldigte Person nach der höchststrichterlichen Rechtsprechung im Grundsatz dulden muss (auch gegen ihren Willen), sofern keine aktive Mitwirkung oder Willensbetätigung ihrerseits verlangt wird, die Beweismittel also bereits vorliegen.⁵⁰⁶³ Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt dies im aufsichtsrechtlichen Verwaltungsverfahren insb., «wenn für den Editionsadressaten eine verwaltungsgesetzliche Pflicht besteht, entsprechende Dokumente zu erstellen, aufzubewahren und den zuständigen Behörden zur Verfügung zu stellen».⁵⁰⁶⁴ Nicht zulässig wäre hingegen die Statuierung einer allgemeinen Pflicht der beschuldigten Person, Beweismaterial aktiv herauszugeben, aktiv nach

⁵⁰⁵⁹ Vgl. etwa BGE 142 IV 207, E. 9.2, wo das Bundesgericht festhielt, dass beschuldigte Personen weder zu einer Aussage noch zu einer Edition von Unterlagen unter Strafandrohung gezwungen werden dürften. Verwiesen wurde dazu auf Art. 113 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 2 StPO sowie Art. 265 StPO. Dies bedeute jedoch nicht, dass sie «eine Duldung der gesetzlich vorgesehenen Zwangsmassnahmen abwenden könnten, die zur Aufklärung von Straftaten notwendig erscheint» (kritisch dazu: MACULA, Selbstbelastung, 44 ff.). Bestätigt wurde dieser in Entscheid z.B. in BGE 145 IV 273, E. 3.5.

⁵⁰⁶⁰ MACULA, Mitwirkungspflichten, 28 m.w.H.; OTT, 119 m.w.H. Die Rechtsprechung des EGMR scheint dieses Abgrenzungskriterium hingegen aufzugeben (dazu sogleich N 1799 ff.).

⁵⁰⁶¹ So ausdrücklich das Bundesgericht in BGE 131 IV 36, E. 3.1.

⁵⁰⁶² Die Beschlagnahme ist in Art. 46 f. VStrR geregelt, die Durchsuchung von Wohnungen, Personen und Papieren in Art. 48 ff. VStrR (wobei «Papiere» nach allgemeiner Auffassung in einem weiten Sinne zu verstehen sind und so auch weitere Informationsträger wie z.B. Filme, Datenträger etc. erfassen; vgl. etwa EICKER/FRANK/ACHERMANN, 206 m.w.H.).

⁵⁰⁶³ Vgl. etwa BGE 142 IV 207, E. 8.3.2, sowie BGE 140 II 384, E. 3.3.2.

⁵⁰⁶⁴ BGE 142 IV 207, E. 8.3.2 mit Verweis auf BGE 140 II 384, E. 3.3.4.

bestimmten Dateien auf einem Datenträger zu suchen oder einen Zugriffscode bekannt zu geben.⁵⁰⁶⁵

Ebenfalls von einer Beschlagnahme ausgenommen sind bestimmte besonders geschützte Unterlagen und Gegenstände. Bei persönlichen Aufzeichnungen wird eine Interessenabwägung zwischen dem Verfolgungsinteresse einerseits und dem Persönlichkeitsrecht der betroffenen Person andererseits verlangt.⁵⁰⁶⁶ Anerkannt ist demgegenüber, dass das Bankgeheimnis in aller Regel kein Aussageverweigerungsrecht gewährt und bei der Beschlagnahme kein Recht auf Verweigerung der Herausgabe von Akten gegenüber den Untersuchungsbehörden besteht.⁵⁰⁶⁷

Gemäss Art. 46 Abs. 3 VStrR dürfen ferner Gegenstände und Unterlagen aus dem Verkehr einer Person mit ihrem Anwalt grundsätzlich nicht beschlagnahmt werden, «sofern dieser nach dem Anwaltsgesetz (...) zur Vertretung vor schweizerischen Gerichten berechtigt ist und im gleichen Sachzusammenhang nicht selber beschuldigt ist». Auch Art. 50 Abs. 2 VStrR sieht vor, dass bei einer «Durchsuchung von Papieren» «das Amtsgeheimnis sowie Geheimnisse, die Geistlichen, Rechtsanwälten, Notaren, Ärzten, Apothekern, Hebammen und ihren beruflichen Gehilfen in ihrem Amte oder Beruf anvertraut wurden», zu wahren sind. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist diese Aufzählung abschliessend.⁵⁰⁶⁸ Vom Bundesgericht offengelassen wurde die Frage für Unternehmensanwälte.⁵⁰⁶⁹ Die WEKO geht in ihrem Merkblatt zu ausgewählten Ermittlungsinstrumenten allerdings davon aus, dass eine Beschlagnahme bei Unternehmensjuristen und Unternehmensanwältinnen möglich ist.⁵⁰⁷⁰ Diese Auffassung steht allerdings in der Kritik.⁵⁰⁷¹

Die Grenzen zwischen Aktivität und Passivität verlaufen allerdings oft fließend. Illustrativ sind etwa Duldungspflichten, die bei genauer Betrachtung auch einer gewissen Mitwirkung oder Willensbetätigung bedürfen, wozu bspw. das Aufschliessen einer Tür im Rahmen einer geduldeten Durchsuchung oder eines 1796

⁵⁰⁶⁵ Vgl. SK StPO-LIEBER, Art. 113 N 48 m.w.H. – Vgl. aus der Rechtsprechung (wenn auch ohne spezifischen Bezug zum Aufsichtsrecht) Urteil BGer, 1B_382/2017, 22.12.2017, E. 4.4; 1B_376/2019, 12.9.2019, E. 2.3 und 2.6.

⁵⁰⁶⁶ EICKER/FRANK/ACHERMANN, 198. Eine Gesetzesbestimmung wie Art. 264 Abs. 1 lit. b StPO sucht man im VStrR vergeblich.

⁵⁰⁶⁷ Vgl. aus der Rechtsprechung vgl. BGE 119 IV 175, E. 3; 123 IV 157, E. 5b; Urteil BGer, 6B_247/2019, 22.6.2020, E. 2.1.2.

⁵⁰⁶⁸ Urteil BGer, 1S.42/2005, 28.3.2006, E. 5.

⁵⁰⁶⁹ Urteil BGer, 1B_101/2008, 28.10.2008, E. 4.2.

⁵⁰⁷⁰ Vgl. WEKO-Sekretariat, Merkblatt Ermittlungsinstrumente, N 22.

⁵⁰⁷¹ Vgl. etwa EICKER/FRANK/ACHERMANN, 207 f.; vgl. auch NIGGLI, Berufsgeheimnis, 19.

Augenscheins zu zählen ist, um den erforderlichen Zutritt zu einem bestimmten Raum überhaupt zu gewähren. Ebenso kann die Erhebung von Proben vorgesehen sein – so etwa nach Art. 30 Abs. 3 LMG –, die wiederum den Zugang zu entsprechenden Infrastrukturen voraussetzt.⁵⁰⁷²

- 1797 Wenig überraschend legt bspw. auch das Sekretariat der WEKO die Duldungspflicht der Beaufsichtigten weit aus und hält in seinem Merkblatt zu ausgewählten Ermittlungsinstrumenten fest, dass dazu insb. gehöre, dass Zugang zu den zu durchsuchenden Räumen, Behältnissen und Computersystemen gewährt werde. Nach dieser Auslegung müssen Türen oder Tresore geöffnet und sogar – entgegen der höchst-richterlichen Rechtsprechung – Passwörter bekannt gegeben werden;⁵⁰⁷³ Verletzungen der Duldungspflicht können den strafrechtlichen Tatbestand der Hinderung einer Amtshandlung (Art. 286 StGB) erfüllen.⁵⁰⁷⁴ Hingegen sieht das Merkblatt keine grundsätzliche Kooperationspflicht der Betroffenen vor; sie sind entsprechend nicht verpflichtet, sich aktiv an der Durchsuchung zu beteiligen.⁵⁰⁷⁵

Eine Pflicht zur uneingeschränkten Kooperation entsteht allerdings dann, wenn sich das Unternehmen entschliesst, die sog. Bonusregelung nach Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 8 ff. SVKG in Anspruch zu nehmen und somit an der Aufdeckung und Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt, um einen Sanktionserlass oder zumindest eine -reduktion zu erreichen.⁵⁰⁷⁶

- 1798 Wie das Merkblatt des WEKO-Sekretariats illustriert, sehen die aufsichtsrechtlichen Spezialbestimmungen regelmässig Mitwirkungspflichten vor, die weit über passive Duldungspflichten hinausgehen. Entsprechend ist die Rede von einem «diametralen Widerspruch»⁵⁰⁷⁷ zwischen ihnen und dem strafprozessualen Aussage- bzw. Mitwirkungsverweigerungsrecht der beschuldigten Person.⁵⁰⁷⁸

⁵⁰⁷² Entsprechend hält etwa Art. 30 Abs. 4 LMG fest, dass die Vollzugsbehörden «im Rahmen ihrer Aufgabe Zugang zu Grundstücken, Gebäuden, Betrieben, Räumen, Anlagen, Fahrzeugen und sonstigen Infrastrukturen» haben müssen.

⁵⁰⁷³ WEKO-Sekretariat, Merkblatt Ermittlungsinstrumente, N 18.

⁵⁰⁷⁴ *Ebd.*, N 19.

⁵⁰⁷⁵ *Ebd.*, N 20.

⁵⁰⁷⁶ *Ebd.*

⁵⁰⁷⁷ SK StPO-LIEBER, Art. 113 N 56.

⁵⁰⁷⁸ Dazu hinten N 1810 ff.

2.2 Zulässiger und unzulässiger Selbstbelastungszwang in der Praxis des EGMR

Die Praxis des EGMR stützt die Unterscheidung zwischen unzulässigem Zwang zu aktiver Mitwirkung und zulässigen passiven Duldungspflichten in seiner Rechtsprechung nicht direkt. Die Lehre interpretiert u.a. das Urteil in Sachen *O'Halloran and Francis* dahin gehend, dass der Gerichtshof die Orientierung an den Abgrenzungskriterien aktiv/passiv inzwischen praktisch aufgegeben habe.⁵⁰⁷⁹ In diesem Fall kam der Gerichtshof insb. zum Schluss, dass bei einer erzwungenen Mitwirkung an der Sachverhaltsaufklärung die Selbstbelastungsfreiheit nicht ohne Weiteres verletzt sei, sondern immer eine Würdigung des Einzelfalls stattfinden müsse.⁵⁰⁸⁰ Trotz der einzelfallbezogenen und damit häufig auch widersprüchlichen Herangehensweise des Gerichtshofs⁵⁰⁸¹ nimmt auch das Bundesgericht regelmässig Bezug auf die Praxis des EGMR und auf die Abgrenzungsmassstäbe, die der Gerichtshof in einigen Leitentscheiden erarbeitet hat.⁵⁰⁸² 1799

Richtungsweisend war der Fall *Saunders gegen das Vereinigte Königreich*. In diesem Fall wurde der Beschwerdeführer der Kursmanipulation verdächtigt. Im Rahmen der Sachverhaltsabklärungen oblagen ihm gegenüber sog. «*inspectors*» des *Department of Trade and Industry* Mitwirkungspflichten, deren Verletzung mit bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe sanktioniert war. Fraglich vor dem EGMR war, ob seine Aussagen in einem späteren Strafverfahren als Beweismittel verwertet werden durften, was der Gerichtshof schliesslich verneinte. Er erachtete die strafbewehrten Mitwirkungspflichten in diesem Fall als unzulässigen Zwang zur Selbstbelastung und als eine Verletzung von *nemo tenetur*.⁵⁰⁸³ Gleichzeitig 1800

⁵⁰⁷⁹ DONATSCH/SUMMERS/WOHLERS, 33 f., vgl. auch OTT, 120 ff. (mit Hinweisen zur älteren Rechtsprechung des EGMR, die sich bereits von dieser Unterscheidung als Abgrenzungskriterium distanzierte) sowie 133 ff. (zum EGMR-Entscheid in Sachen *Jalloh gegen Deutschland*) und 142 ff. (zum EGMR-Entscheid in Sachen *O'Halloran and Francis gegen das Vereinigte Königreich*); vgl. auch SK StPO-LIEBER, Art. 113 N 53 f.; MACULA, Mitwirkungspflichten, 28; WOHLERS, *Nemo tenetur*, 704 f.; WOHLERS, Anmerkung, 7.

⁵⁰⁸⁰ EGMR, *O'Halloran and Francis gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 15809/02 und 25624/02, 29.6.2007, Reports 2007-III, § 53.

⁵⁰⁸¹ Mit einer solchen Einschätzung vgl. etwa MACULA, Mitwirkungspflichten, 28; C. BECK, N 717; SK StPO-LIEBER, Art. 113 N 53a; WOHLERS, *Nemo tenetur*, 697.

⁵⁰⁸² Vgl. für einen Überblick MACULA, Mitwirkungspflichten, 28 ff. sowie 56 ff.; vgl. auch REISER, Durchsetzung, N 240 ff.

⁵⁰⁸³ EGMR, *Saunders gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 19187/91, 17.12.1996, Reports 1996-VI, §§ 69 ff.

stellte der EGMR klar, dass der Nemo-tenetur-Grundsatz nicht die strafprozessuale Verwertung sämtlicher durch Zwang erlangten Beweismittel verbiete. In der sog. «Saunders-Formel» schränkte er die Reichweite des Nemo-tenetur-Grundsatzes ein: Während die zwangsweise Beschaffung von unabhängig vom Willen der beschuldigten Person bereits existierenden Beweismitteln als zulässig und nicht *nemo tenetur* verletzend erachtet wird (der Gerichtshof nennt etwa Blutproben sowie im Rahmen einer Hausdurchsuchung beschlagnahmte Dokumente⁵⁰⁸⁴), gilt die Verwertung von Beweisen, die von einer erzwungenen Willensbetätigung der beschuldigten Person abhängen (mithin ihrer Mitwirkung bedürfen, weil «es von vornherein ausgeschlossen ist, auf anderem Weg an das gesuchte Material heranzukommen»⁵⁰⁸⁵), als nicht erlaubt.⁵⁰⁸⁶

- 1801 Die sog. *Saunders-Formel* wird von der Lehre als nicht unproblematisch eingeschätzt.⁵⁰⁸⁷ Das Kriterium der Willensunabhängigkeit vermag mit Blick auf die erwähnten Beweismittel nicht recht zu überzeugen, sind doch gerade körperliche Beweismittel wie Atem- und Urinproben kaum je unabhängig vom Willen der beschuldigten Person erhältlich.⁵⁰⁸⁸ In der Tat wird die *Saunders-Formel* in der

⁵⁰⁸⁴ *Ebd.*, § 69.

⁵⁰⁸⁵ TRECHSEL, 260.

⁵⁰⁸⁶ EGMR, *Saunders gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 19187/91, 17.12.1996, Reports 1996-VI, § 69, wo der Gerichtshof in der sog. «Saunders-Formel» ausführte: «*[The right not to incriminate oneself] does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing.*» – Vgl. dazu TOPHINKE, 275 f.; SCHLAURI, 95 ff.; GLESS, 729; vgl. auch GETH, Mitwirkungspflichten, 153 ff.; vgl. auch zusammenfassend SK StPO-LIEBER, Art. 113 N 43 ff. sowie N 47 ff., zur Kasuistik (allerdings im Geltungsbereich der StPO); MACULA, Mitwirkungspflichten, 28 f.; TRECHSEL, 260; vgl. auch KELLER/SUTER, 2. Teil, 6 m.w.H., die zwischen «*vis absoluta*» und «*vis compulsiva*» unterscheiden.

⁵⁰⁸⁷ Vgl. den kurzen Überblick über die Reaktionen in der Lehre bei MACULA, Mitwirkungspflichten, 29 f. – Der *Saunders-Entscheid* widersprach denn auch der Rechtsprechung des Gerichts im älteren Fall *Funke gegen Frankreich*, im welchem der EGMR ohne nähere Begründung die Verpflichtung der beschuldigten Person zur aktiven Herausgabe von Unterlagen als unzulässig eingestuft hatte (vgl. EGMR, *Funke gegen die Niederlande*, Nr. 10828/84, 25.2.1993, Serie A256-A, § 44).

⁵⁰⁸⁸ REISER, Durchsetzung, N 240; OTT, 122 und 126 ff.; SCHLAURI, 170 f. m.w.H. Vgl. auch das Sondervotum von Richterin Power Forde im *Entscheid EGMR, Chambaz gegen die Schweiz*, Nr. 11663/04, 5.4.2012, wo sie die Frage aufwarf: «*L'existence d'un document n'est-elle pas aussi indépendante que l'existence d'un échantillon de*

Lehre mit den Kriterien der Aktivität/Passivität in Verbindung gebracht.⁵⁰⁸⁹ Ausserdem wurde der Entscheid dahin gehend interpretiert, relevant sei letztlich, ob der Körper oder das Wissen («der Geist») der beschuldigten Person vom Zwang betroffen sei, wobei lediglich die geistige Mitwirkung nicht erzwungen werden dürfe.⁵⁰⁹⁰

Der EGMR wiederholte seine Argumentation aus dem Fall *Saunders* in späteren Entscheiden. Im Urteil *Tirado Ortiz und Lozano Martin gegen Spanien* etwa verneinte der Gerichtshof, ebenfalls gestützt auf die *Saunders*-Formel, eine Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit, weil eine Atemprobe (ebenso wie z.B. Blut- oder Urinproben) im strassenverkehrsrechtlichen Kontext ein Beweismittel sei, das unabhängig vom Willen des Beschuldigten existiere.⁵⁰⁹¹ Im Fall *J.B. gegen die Schweiz* kam der EGMR, abweichend vom Bundesgericht im angefochtenen BGE 121 II 273, zum Schluss, es verstosse gegen Art. 6 Ziff. 1 EMRK, wenn Steuerpflichtige im Hinterziehungsverfahren mit Bussen gezwungen würden, Belege über hinterzogene Beträge zu erbringen. Die von der steuerrechtlichen Herausgabepflicht erfassten Unterlagen würden nicht unabhängig vom Willen des Beschuldigten existieren, weshalb die gerügte Mitwirkungspflicht in diesem Fall nach Ansicht des EGMR gegen die Selbstbelastungsfreiheit verstiesse.⁵⁰⁹² 1802

sang? Une obligation de produire un document joue sur la volonté du sujet, mais cela vaut également pour une obligation de se soumettre à un test sanguin. Bien entendu, le comportement antérieur du sujet (l'établissement de reçus ou la consommation d'alcool, par exemple) peut avoir une incidence sur le contenu du document comme de l'échantillon sanguin, mais je ne vois aucune raison valable de considérer l'un comme «indépendant de la volonté de la personne» et l'autre non. Voilà encore un domaine dans lequel il faudrait concilier des principes divergents.»

⁵⁰⁸⁹ Vgl. u.a. WOHLERS/GODENZI, 1058; C. BECK, N 743.

⁵⁰⁹⁰ Vgl. etwa OTT, 130 m.w.H. Nach dieser Auffassung wird die betroffene Person als «WissensträgerIn» geschützt. A.A. allerdings BÖSE, 169 m.w.H. zur deutschen Lehre, wonach die beschuldigte Person als «Verfahrens- und KommunikationsteilnehmerIn» geschützt wird. Es fehle eine überzeugende Begründung für die besondere Schutzwürdigkeit der bei der beschuldigten Person vorhandenen Information. Der Nemo-tenetur-Grundsatz schütze «den Einzelnen vor einem Zwang zur Offenbarung von Informationen nur insoweit, als diese seine Möglichkeiten zur verfahrensinernen Kommunikation und konsistenten Selbstdarstellung im Strafverfahren beeinträchtigen».

⁵⁰⁹¹ EGMR, *Tirado Ortiz and Lozano Martin gegen Spanien*, Nr. 43486/98, 15.6.1999, Reports 1999-V, § 1.

⁵⁰⁹² EGMR, *J.B. gegen die Schweiz*, Nr. 31827/96, 3.5.2001, Reports 2001-III, §§ 63 ff., insb. § 68 und § 71.

- 1803 Relativiert wurde die Tragweite dieses Entscheids aber in der darauffolgenden Rechtsprechung, insb. auch im relativ kürzlich ergangenen Entscheid *De Legé gegen die Niederlande*. Darin bestätigte das Gericht seinen Ansatz aus der *Saunders*-Rechtsprechung, führte aber aus, dass die Verwendung von Beweismitteln in finanzrechtlichen Angelegenheiten mit dem Nemo-tenetur-Grundsatz vereinbar sein könne, wenn sich die gerichtliche Anordnung zur Offenlegung von Unterlagen (unter Androhung einer Busse im Zuwiderhandlungsfall) auf spezifische, bereits bestehende Unterlagen beziehe, die insb. nicht aufgrund der Zwangsausübung erstellt worden seien und von deren Existenz die Behörden Kenntnis gehabt hätten. Anders als im Fall *J.B. gegen die Schweiz* habe es sich in diesem Fall nicht um eine Art «*fishing expedition*» gehandelt, bei welcher den Behörden im Vorfeld ihrer Anordnung nicht klar gewesen sei, ob und welche Unterlagen effektiv existierten.⁵⁰⁹³ Das Gericht kam zum Schluss, dass die Verwendung der fraglichen Kontoauszüge und Portfoliozusammenfassungen des Beschwerdeführers in diesem Fall nicht in den Schutzbereich des Selbstbelastungsprivilegs falle.⁵⁰⁹⁴
- 1804 In seinem Urteil *Jalloh gegen Deutschland* wählte der EGMR sodann einen neuen Ansatz: Er stellte zur Abgrenzung von zulässigem und unzulässigem Selbstbelastungszwang auf bestimmte, in diesem Fall herausgearbeitete Kriterien ab, die im Rahmen einer Interessenabwägung für die Entscheidung, ob die Selbstbelastungsfreiheit verletzt worden sei oder nicht, als massgeblich erachtet werden. Es handelte sich dabei um (i) die Art und das Ausmass des ausgeübten Zwangs zur Beweiserlangung, (ii) das Gewicht des öffentlichen Interesses an der Verfolgung der Straftat bzw. Bestrafung des Täters, (iii) die Existenz angemessener Verfahrensgarantien sowie (iv) die Verwendung der so erlangten Beweise.⁵⁰⁹⁵ In diesem Fall betonte der Gerichtshof ausserdem, die eigentlich zu beantwortende Frage sei, ob das Verfahren als Ganzes, und damit auch in Bezug auf die Art und Weise, wie Beweise erlangt worden seien, fair sei.⁵⁰⁹⁶

⁵⁰⁹³ EGMR, *De Legé gegen die Niederlande*, Nr. 58342/15, 4.10.2022, insb. § 75 f. sowie § 85.

⁵⁰⁹⁴ *Ebd.*, § 86.

⁵⁰⁹⁵ EGMR, *Jalloh gegen Deutschland*, Nr. 54810/00, 11.7.2006, Reports 2006-IX, § 117. – Weitere Verwendung fanden diese Kriterien bspw. auch in EGMR, *O'Halloran and Francis gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 15809/02 und 25624/02, 29.6.2007, Reports 2007-III, § 53 und § 55; *Allan gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 48539/99, 5.11.2002, Reports 2002-IX, § 44, wenn auch das Kriterium des öffentlichen Interesses fallengelassen wurde.

⁵⁰⁹⁶ EGMR, *Jalloh gegen Deutschland*, Nr. 54810/00, 11.7.2006, Reports 2006-IX, §§ 95 ff.

Dass sich der EGMR in diesem Entscheid von einer Interessenabwägung leiten liess, sogar unter Berücksichtigung öffentlicher Interessen, stiess in der Lehre auf Kritik, nicht zuletzt weil es der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofs widersprach⁵⁰⁹⁷ (auch wenn der EGMR diese Linie nicht konsequent beibehielt⁵⁰⁹⁸) und ausserdem den Eindruck bestärkte, dass der EGMR jeweils im konkreten Einzelfall eine Abwägung mit einem Kerngedanken des fairen Verfahrens zulasse, was selbstredend wenig Rechtssicherheit bietet.⁵⁰⁹⁹ 1805

Drei Kriterien zur Prüfung, ob eine Verletzung des Nemo-tenetur-Grundsatzes vorliegt – nämlich (i) Natur und Ausmass des ausgeübten Zwangs, (ii) Bestehen von verfahrensrechtlichen Sicherungsmechanismen sowie (iii) Verwendung der erhaltenen Beweismittel –, scheinen sich etabliert zu haben.⁵¹⁰⁰ Insbesondere in seiner Rechtsprechung zur Frage, unter welchen Voraussetzungen der Nemo-tenetur-Grundsatz auch im Verwaltungsverfahren zu beachten sei, hat der Gerichtshof wiederholt verfahrensrechtliche Sicherungen verlangt, die ausschliessen, dass im Verwaltungsverfahren zwangsweise verlangte oder erhaltene Informationen in das Strafverfahren einfließen können. Fehlten solche, stellte er wiederholt eine Verletzung des Nemo-tenetur-Grundsatzes fest, sofern ein konnexes Strafverfahren bestand, das die Stellung der Betroffenen bereits beeinträchtigte.⁵¹⁰¹ 1806

⁵⁰⁹⁷ Vgl. etwa EGMR, *Saunders gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 19187/91, 17.12.1996, Reports 1996-VI, § 74; *Heaney and McGuinness gegen Irland*, Nr. 34720/97, 21.12.2000, Reports 2000-XII, § 58; *Marttinen gegen Finnland*, Nr. 19235/03, 21.4.2009, insb. § 75; vgl. auch *O'Halloran and Francis gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 15809/02 und 25624/02, 29.6.2007, Reports 2007-III, Sondervotum Richter Pavlovski und Sondervotum Richter Myjer (Ziff. 6).

⁵⁰⁹⁸ Vgl. MACULA, Mitwirkungspflichten, 65, die aufgrund der jüngeren Rechtsprechung Hinweise auf die frühere «ständige Rechtsprechung» des EGMR als obsolet einschätzt.

⁵⁰⁹⁹ Vgl. so etwa MACULA, Mitwirkungspflichten, 61; vgl. auch SUMMERS, 655 ff.; vgl. auch OTT, 135 ff., die sich insgesamt dazu ausspricht, *Jalloh gegen Deutschland* als komplizierten Ausnahmefall zu verstehen, bei welchem sehr spezifische Begebenheiten zum Urteil des EGMR führten.

⁵¹⁰⁰ Vgl. zuletzt EGMR, *De Legé gegen die Niederlande*, Nr. 58342/15, 4.10.2022, § 68 und § 78. Vgl. auch KELLER/SUTER, 2. Teil, 6 ff. m.w.H. und insb. 10, die von einer entsprechenden dreiteiligen Prüfung ausgehen, die bei näherer Betrachtung auch den Fairness-Test prägt (vgl. auch KELLER/SUTER, 2. Teil, 8 ff.).

⁵¹⁰¹ KELLER/SUTER, 2. Teil, 8 m.w.H. insb. auf EGMR, *J.B. gegen die Schweiz*, Nr. 31827/96, 3.5.2001, Reports 2001-III; *Marttinen gegen Finnland*, Nr. 19235/03, 21.4.2009, sowie *Chambaz gegen die Schweiz*, Nr. 11663/04, 5.4.2012.

- 1807 Bemerkenswert ist auch die sich mit dem Urteil *O'Halloran and Francis gegen das Vereinigte Königreich* angedeutete Rechtsprechungsänderung.⁵¹⁰² Der Gerichtshof argumentierte, gestützt auf die Begründung Lord Bingham's im Fall *Brown v. Stott* – ein Entscheid des Privy Council des Vereinigten Königreichs aus dem Jahr 2001,⁵¹⁰³ der von den Vorinstanzen im Fall *O'Halloran* verwendet worden war, um den Antrag des Beschwerdeführers abzulehnen –, Fahrzeughalter würden sich wissentlich einem besonderen strassenverkehrsrechtlichen Regime unterstellen, das sich aufgrund der besonderen Gefährlichkeit des Strassenverkehrs etabliert habe. Aus diesem Regime würden besondere Pflichten fließen, wie etwa die in diesem Fall gerügte Pflicht, bei einem mutmasslichen Strassenverkehrsdelikt die Identität des Lenkers an die Behörden preiszugeben.⁵¹⁰⁴
- 1808 Allerdings war diese Argumentation innerhalb der Grossen Kammer umstritten.⁵¹⁰⁵ Richter Myjer kritisierte insb. die Konstruktion eines «konkludenten Verzichts» auf das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit und führte aus, dass ein solcher, wenn schon, dann ausdrücklich zu erfolgen habe.⁵¹⁰⁶ Aber auch die mit dieser Argumentation bewirkte implizite Anknüpfung an öffentliche Interessen wurde Gegenstand von Sondervoten.⁵¹⁰⁷ Richter Pavlovski und Richter Myjer wiesen darauf

⁵¹⁰² Vgl. zu dieser Einschätzung WOHLERS, Anmerkung, 8.

⁵¹⁰³ UK Privy Council, *Brown v. Stott*, [2001] 2 WLR 817. In diesem Fall führte Lord Bingham of Cornhill aus, dass «[a]ll who own or drive motor cars know that by doing so they subject themselves to a regulatory regime. This regime is imposed not because owning or driving cars is a privilege or indulgence granted by the State but because the possession and use of cars (like, for example, shotguns [...]) are recognised to have the potential to cause grave injury» (ebd., Ziff. 3; die Passage ist auch abgedruckt in EGMR, *O'Halloran and Francis gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 15809/02 und 25624/02, 29.6.2007, Reports 2007-III, § 31).

⁵¹⁰⁴ EGMR, *O'Halloran and Francis gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 15809/02 und 25624/02, 29.6.2007, Reports 2007-III, § 57. Nach Ansicht des EGMR unterscheiden sich solche Fälle von anderen Konstellationen, in denen etwa im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts die beschuldigten Personen zur Herausgabe weit umfassenderer Informationen aufgefordert werden dürfen (vgl. ebd., § 58 und § 62, sowie EGMR, *Weh gegen Österreich*, Nr. 38544/97, 8.4.2004, §§ 52–54).

⁵¹⁰⁵ Für eine Würdigung dieses Ansatzes vgl. hinten N 1860 ff.

⁵¹⁰⁶ EGMR, *O'Halloran and Francis gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 15809/02 und 25624/02, 29.6.2007, Reports 2007-III, Sondervotum Richter Myjer, insb. Ziff. 5 und 8.

⁵¹⁰⁷ Vgl. EGMR, *O'Halloran and Francis gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 15809/02 und 25624/02, 29.6.2007, Reports 2007-III, Sondervotum Richter Myjer, Ziff. 6: «In quoting and endorsing the views of Lord Bingham, the majority in fact also seem to play the 'public interest' card in the form of a rather tricky new criterion which was first stated in § 117 (but not in § 101) of *Jalloh v. Germany* (...).» Richter Myjer be-

hin, dass eine solche Argumentation der bisherigen Praxis des EGMR widerspreche.⁵¹⁰⁸ Richter Pavlovski warf ausserdem die Frage auf, was es für wirklich gefährliche Formen kriminellen Verhaltens bedeute, wenn öffentliche Interessen bereits eine Verletzung des Selbstbelastungsverbots rechtfertigen könnten, obwohl es bloss um Massen- oder Bagatelldelikte wie Geschwindigkeitsüberschreitungen im Strassenverkehr gehe.⁵¹⁰⁹ In seinen Worten:

«If the public interest in catching minor offenders (persons committing speeding or parking offences) is so great as to justify limitations on the privilege against self-incrimination, what would be the position when the issue concerned serious offences? Is the public interest in catching those who commit crimes which cost people's lives less great than in catching those who slightly exceed the speed limit? In my view it is illogical for persons who have committed minor offences to find themselves in a less favourable situation than those who have committed acts which are truly dangerous to society. I am very much afraid that if one begins seeking to justify departures from the basic principles of modern criminal procedure and the very essence of the notion of a fair trial for reasons of policy, and if the Court starts accepting such reasons, we will face a real threat to the European public order as protected by the Convention.»⁵¹¹⁰

In seiner jüngeren Praxis scheint der EGMR das Kriterium des öffentlichen Interesses denn auch wieder aufzugeben. So wurden etwa im Fall *Allan gegen das Vereinigte Königreich* mit Ausnahme des öffentlichen Interesses sämtliche Kriterien aus *Jalloh gegen Deutschland* wieder aufgegriffen,⁵¹¹¹ ebenso im Fall *De Legé gegen die Niederlande*.⁵¹¹² 1809

merkte, dass das Gericht allerdings bei der Aufzählung der *Jalloh*-Kriterien in diesem Fall einzig das Kriterium des öffentlichen Interesses nicht aufgeführt habe (vgl. *ebd.*, Ziff. 6 mit Verweis auf § 55 des Urteils. Vgl. dazu etwa auch ROTH, Verhältnis, 317 f. m.w.H.).

⁵¹⁰⁸ EGMR, *O'Halloran and Francis gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 15809/02 und 25624/02, 29.6.2007, Reports 2007-III, Sondervotum Richter Myjer, Ziff. 6, sowie Sondervotum Richter Pavlovski.

⁵¹⁰⁹ *Ebd.*, Sondervotum Richter Pavlovski.

⁵¹¹⁰ *Ebd.* – Vgl. in diesem Sinne auch MÜLLER/SCHEFER, 985; OTT, 147.

⁵¹¹¹ EGMR, *Allan gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 48539/99, 5.11.2002, Reports 2002-IX, § 44; auch die Ausführungen in *Marttinen gegen Finnland*, Nr. 19235/03, 21.4.2009, §§ 74 f.

⁵¹¹² EGMR, *De Legé gegen die Niederlande*, Nr. 58342/15, 4.10.2022, § 68 und § 78.

F. Aufsichtsrechtliche Mitwirkungspflichten und der diametrale Widerspruch zum Nemo-tenetur-Grundsatz

- 1810 Dem strafprozessualen Nemo-tenetur-Grundsatz stehen im Aufsichtsrecht zahlreiche Mitwirkungs- und Auskunftspflichten seitens der Beaufsichtigten gegenüber.⁵¹¹³ Wie in Kapitel III ausführlich dargelegt worden ist, finden viele von ihnen eine rechtliche Grundlage in den Aufsichtsgesetzen. Sie ergeben sich ferner auch aus Art. 13 VwVG, wonach die Parteien im allgemeinen Verwaltungsverfahren verpflichtet sind, an der Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts mitzuwirken, und lassen sich auch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) ableiten⁵¹¹⁴ sowie auf die Mitwirkungsrechte der Parteien im Rahmen ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör⁵¹¹⁵ zurückführen. Trotz der Geltung der Untersuchungsmaxime gilt es im Aufsichtsrecht als anerkannt, dass gewisse Tatsachen von den Behörden nicht oder nicht mit vernünftigem Aufwand selbst erhoben werden können, weshalb sie zuweilen auf die Mitwirkung der Parteien angewiesen sind.⁵¹¹⁶
- 1811 Dabei gehen die in aufsichtsrechtlichen Spezialgesetzen vorgesehenen Mitwirkungspflichten, wie gesehen, häufig besonders weit, da sie nicht nur der optimalen, effizienten sowie im Interesse der Parteien liegenden Sachverhaltsrekonstruktion und -beurteilung dienen, sondern letztlich auch den Schutz der dem Aufsichtsverhältnis zugrunde liegenden öffentlichen Interessen anvisieren.⁵¹¹⁷ Hinzu kommt, dass den Aufsichtsbehörden vielfach ein weiter Ermessensspielraum hinsichtlich der konkreten Bestimmung verbleibt, *wann* (bzw. in welchen zeitlichen Intervallen) *welche* Auskünfte und Unterlagen sie jeweils erhalten und einsehen möchten,⁵¹¹⁸ sofern die geltenden Normen die Informationsinhalte nicht näher spezifizieren⁵¹¹⁹

⁵¹¹³ Dazu vorne N 1127 ff.

⁵¹¹⁴ Dazu vgl. Kommentar VwVG-AUER/BINDER, Art. 13 N 30; Praxiskommentar VwVG-KRAUSKOPF/WYSSLING, Art. 13 N 3 und N 35 ff.

⁵¹¹⁵ Vgl. u.a. MACULA, Mitwirkungspflichten, 35 f. m.w.H.

⁵¹¹⁶ Dazu auch vorne N 1150 m.w.H.

⁵¹¹⁷ Vgl. dazu vorne N 95 ff.; vgl. auch MACULA, Mitwirkungspflichten, 40.

⁵¹¹⁸ Die Vorschriften sind jeweils allgemein gehalten und verpflichten zur Erteilung und Herausgabe aller Auskünfte und Unterlagen, die zur Erfüllung der Aufsichtsaufgaben oder für den Vollzug des Gesetzes «benötigt» werden bzw. «notwendig sind». Vgl. dazu vorne N 1132.

⁵¹¹⁹ Art. 18 RTVG sowie Art. 98 BGS sind in dieser Hinsicht bemerkenswert, nehmen sie doch Bezug auf ganz bestimmte Informationen und Unterlagen.

und auch nicht festlegen, *wie* diese Informationen einzuholen sind.⁵¹²⁰ Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gelangt zwar zur Anwendung und vermag etwas Abhilfe zu schaffen,⁵¹²¹ mit ihm geht aber immer eine Interessenabwägung einher. Der Druck auf die Beaufsichtigten steigt zudem aufgrund der Tatsache, dass zahlreiche Aufsichtssachgesetze zur Sicherung und Durchsetzung der Mitwirkungspflichten auf eigene Sanktionen abstellen; eine Verletzung der Auskunftspflicht oder Mitwirkungspflichten kann mit anderen Worten rechtliche Folgen haben.⁵¹²²

Ob sich eine Mitwirkungshandlung aufgrund belastender Informationen insgesamt zum Nachteil der Verpflichteten auswirken könnte, wird von den aufsichtsrechtlichen Vorgaben nicht berücksichtigt. Insbesondere erfahren die verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten keinerlei Einschränkungen, und auch das Bundesgericht hat solche Aspekte bislang nicht etwa unter dem Aspekt der Zumutbarkeit geprüft.⁵¹²³ Damit wird die Divergenz zwischen den Mitwirkungs- und Auskunftspflichten im Verwaltungsverfahren und dem strafprozessualen Aussage- bzw. Mitwirkungsverweigerungsrecht der beschuldigten Person deutlich. Die aufsichtsrechtlichen Mitwirkungspflichten und die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit stehen einander scheinbar unvereinbar gegenüber. Sie fassen auf unterschiedlichen Erwägungen aus anderen Rechtskontexten und verfolgen verschiedene und oftmals entgegengesetzte Ziele.⁵¹²⁴ Treffen sie aufeinander, sind aus Sicht der rechtsanwendenden Behörden heikle Fragen zu beantworten, insb. mit Blick auf die Verwertbarkeit von Beweisen im parallelen oder anschliessenden Strafverfahren, die ursprünglich aus dem Aufsichtsverfahren (mit geltenden Mitwirkungspflichten) stammen.⁵¹²⁵

⁵¹²⁰ Dazu vorne N 1149 ff. – Eine neue Dringlichkeit gewinnt die Klärung der Aufsichtsmodalitäten mit Blick auf die zunehmenden Bestrebungen, ganze Tätigkeitsbereiche der Aufsichtsbehörden zu digitalisieren und vermehrt zu automatisieren (dazu vorne N 388 ff.).

⁵¹²¹ Insbesondere zum Gebot der Erforderlichkeit vgl. vorne N 1433 ff.

⁵¹²² Dazu vorne N 1152 m.w.H. sowie Fn. 4960 (N 1764); vgl. auch ZULAUF, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 427 f. zur diesbezüglichen Praxis der FINMA.

⁵¹²³ Vgl. z.B. BGE 132 II 113, E. 3.2. – Aus der Lehre: SEILER, (Miss-)Verhältnis, 20; MACULA, Mitwirkungspflichten, 42.

⁵¹²⁴ Vgl. insb. GLESS, 733 f.; ZULAUF, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 424; TEIXEIRA, 279 ff.

⁵¹²⁵ Vgl. SK StPO-LIEBER, Art. 113 N 56; vgl. auch JOSITSCH/SCHMID, N 782; ZULAUF, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 426 f.

- 1813 Praktisch wird die Frage v.a. deshalb relevant, weil die Aufsichtsbehörden regelmässig gegenüber den Strafverfolgungsbehörden zur Rechts- und Amtshilfe sowie in gewissen Konstellationen zur Anzeige verpflichtet sind.⁵¹²⁶ Bei Verdacht auf Unregelmässigkeiten informieren sie somit die Strafverfolgungsbehörden und leiten dabei auch Informationen weiter, die u.U. das Ergebnis verwaltungsrechtlicher Mitwirkungspflichten sind.⁵¹²⁷ Dabei gilt die Pflicht zur Gewährung von Rechtshilfe allerdings nicht absolut; die FINMA darf bspw. gemäss Art. 40 FINMAG gewisse Informationen zurückbehalten.

Art. 40 FINMAG lautet:

«Die FINMA kann die Bekanntgabe von nicht öffentlich zugänglichen Informationen und die Herausgabe von Akten gegenüber Strafverfolgungsbehörden und anderen inländischen Behörden verweigern, soweit:

- a. die Informationen und die Akten ausschliesslich der internen Meinungsbildung dienen;
- b. deren Bekannt- oder Herausgabe ein laufendes Verfahren gefährden oder die Erfüllung ihrer Aufsichtstätigkeit beeinträchtigen würde;
- c. sie mit den Zielen der Finanzmarktaufsicht oder mit deren Zweck nicht vereinbar ist.»

- 1814 Eine Option der Aufsichtsbehörden, die Rechtshilfe aufgrund der Gefahr der strafrechtlichen Selbstbelastung der Betroffenen zu verweigern, ist in den Auf sightsgesetzen jedoch nicht vorgesehen.⁵¹²⁸ Ebenfalls steht den Aufsichtsbehörden

⁵¹²⁶ So lautet etwa Art. 38 FINMAG folgendermassen: «(1) Die FINMA und die zuständige Strafverfolgungsbehörde tauschen die im Rahmen der Zusammenarbeit und zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendigen Informationen aus. Sie verwenden die erhaltenen Informationen ausschliesslich zur Erfüllung ihrer jeweiligen Aufgaben. (2) Sie koordinieren ihre Untersuchungen, soweit möglich und erforderlich. (3) Erhält die FINMA Kenntnis von gemeinrechtlichen Verbrechen und Vergehen sowie Widerhandlungen gegen dieses Gesetz und die Finanzmarktgesetze, so benachrichtigt sie die zuständigen Strafverfolgungsbehörden.» – Für einen eingehenden Überblick über die Pflicht der FINMA zu Zusammenarbeit und Koordination mit den Strafbehörden vgl. BENNINGER, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 266 ff. – Art. 102 BGS enthält eine mit Art. 38 FINMAG vergleichbare Bestimmung, vgl. ausserdem Art. 13b FMG, Art. 37 LMG sowie Art. 63 und Art. 75a HMG.

⁵¹²⁷ Vgl. PFLAUM/WOHLERS, 538; vgl. auch MACULA, Mitwirkungspflichten, 19; MACULA, Selbstbelastung, 40; C. BECK, N 650 ff. zur Zusammenarbeit der Behörden im Finanzmarktstrafrecht.

⁵¹²⁸ Kritisch zu einem solchen Lösungsansatz äussert sich z.B. ZULAUF, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 443 f. m.w.H.

grundsätzlich nicht das Recht zu, etwa eine Siegelung der übermittelten Akten zu verlangen. Sie können lediglich formlos darauf aufmerksam machen, dass die Akten besonders schützenswerte Informationen beinhalten.⁵¹²⁹

Generell hilfreich kann eine frühzeitige Koordination zwischen den Aufsichtsbehörden und den Strafbehörden sein. Steht z.B. eine Befragung an, bei der eine Selbstbelastung erfolgen könnte, prüft die FINMA regelmässig, ob eine Strafbehörde die Befragung übernehmen könnte.⁵¹³⁰

Die Betroffenen müssen somit im Einzelfall entscheiden, ob sie im Verwaltungs- 1815
verfahren trotz drohender Verwertung ihrer Aussagen im Strafverfahren mitwirken wollen, womit allerdings ihr strafprozessuales Verweigerungsrecht unterlaufen wird, oder ob sie besser die Aussage und/oder Mitwirkung verweigern, was sich jedoch auf ihre Position im Verwaltungsverfahren auswirken und diese schwächen kann. Es ist die Rede von einem Aussagedilemma.⁵¹³¹

G. Lösungsansätze

Rechtsprechung und Lehre haben unterschiedliche Ansätze entwickelt, um das Di- 1816
lemma anzugehen. Ausgehend vom in der Rechtsprechung vorherrschenden Verständnis, dass die Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrechte nicht absolut gelten,⁵¹³² ist die Frage, wann von einer unzulässigen Zwangsausübung («*improper compulsion*») auszugehen ist, entscheidend. Sie wird aber nicht einheitlich beantwortet. – Nach einem Überblick über vorgeschlagene Lösungswege in der Rechtsprechung⁵¹³³ werden nachfolgend wichtige Positionen in der Lehre kurz dargestellt.⁵¹³⁴ Eine eigene Würdigung rundet diese Ausführungen ab.⁵¹³⁵

⁵¹²⁹ Vgl. zur Diskussion der Thematik im Finanzmarktbereich C. BECK, N 675 ff. m.w.H.

⁵¹³⁰ ZULAUF, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 440.

⁵¹³¹ Vgl. DONATSCH/SMOKVINA, 869; vgl. auch SK StPO-LIEBER, Art. 113 N 58; C. BECK, N 724; NOLL, 180 f.

⁵¹³² Dazu vorne N 1791.

⁵¹³³ Dazu sogleich N 1817 ff.

⁵¹³⁴ Dazu hinten N 1838 ff.

⁵¹³⁵ Dazu hinten N 1859 ff.

1. Lösungswege in der Rechtsprechung

1.1 Keine absolute Geltung von *nemo tenetur*

- 1817 Sowohl der EGMR als auch das schweizerische Bundesgericht haben sich mehrfach mit den sich widersprechenden verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten einerseits und dem Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit andererseits auseinandergesetzt. Obwohl dem Nemo-tenetur-Prinzip wiederholt Vorrang gegenüber verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten eingeräumt wurde, hat es sich in ihrer Rechtsprechung etabliert, dass der Grundsatz nicht absolut gilt, sodass nicht jede (allenfalls auch mit Strafe sanktionierbare) Pflicht, Informationen zur Verfügung zu stellen, verboten ist.⁵¹³⁶
- 1818 Zusammengefasst kam das Bundesgericht wiederholt zum Schluss, dass die Selbstbelastungsfreiheit durch gesetzliche Ausnahmen eingeschränkt werden dürfe.⁵¹³⁷ Eine grosse Zahl von Verhaltenspflichten aus dem materiellen Recht und insb. dem Verwaltungsrecht diene u.a. dazu, einen Straftäter zu überführen. Ihnen könnten sich die Betroffenen nicht mit dem Hinweis entziehen, dass sie sich allenfalls selbst einer strafrechtlichen Handlung bezichtigen müssten.⁵¹³⁸ Insbesondere in den Bereichen des Steuer- und Strassenverkehrsrechts findet sich eine vielfältige Kasuistik.⁵¹³⁹
- 1819 In Bezug auf die Bestimmungen des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer (DBG) und das Steuerharmonisierungsgesetz (StHG) hielt das Bundesgericht wiederholt und in grundsätzlicher Weise fest, dass das Selbstbelastungsverbot nicht auch ein Dahinfallen der Mitwirkungspflichten im Nachsteuerverfahren oder eine Pflicht zur Sistierung dieses Verfahrens zur Folge habe, auch wenn nicht ausgeschlossen werden könne, «dass im Fall einer Mitwirkung des Beschwerdeführers im Nachsteuerverfahren Sachverhaltselemente zu Tage treten könnten, die sich im Rahmen eines allenfalls zu einem späteren Zeitpunkt gegen ihn angehobenen Strafverfahrens wegen Steuerhinterziehung belastend auszuwirken vermöchten».⁵¹⁴⁰ Das Verbot des Zwangs zur Selbstbezichtigung finde auf rein

⁵¹³⁶ Dazu vorne N 1791.

⁵¹³⁷ Vgl. ebenso MACULA, Mitwirkungspflichten, 51 f. und 55 f.; vgl. auch BR, Pekuniäre Verwaltungssanktionen, BB1 2022 776, 73.

⁵¹³⁸ Vgl. so ausdrücklich BGE 121 II 273, E. 3c/cc mit Verweis auf verschiedene Bestimmungen insb. aus dem Strassenverkehrsrecht und dem Umweltschutzrecht.

⁵¹³⁹ Vgl. die Rechtsprechungsübersicht über die beiden Rechtsbereiche bei MACULA, Mitwirkungspflichten, 52 ff.

⁵¹⁴⁰ Urteil BGer, 2C_175/2010, 21.7.2010, E. 2.4 mit Verweis auf Urteil BGer, 2C_70/2008, 27.5.2008, E. 2.2; vgl. auch Urteil BVGer, A-2396/2022, 13.9.2023, E. 3.2.6 m.w.H. auf die Rechtsprechung.

fiskalrechtliche Verfahren – wie das Nachsteuerverfahren, das einzig die Nachforderung der zu wenig veranlagten Steuer bezwecke und nicht in einer Strafsanktion münde⁵¹⁴¹ – keine Anwendung.⁵¹⁴² Zum Schluss verwies das Bundesgericht «[f]ür solche Informationen» generell auf das Beweisverwertungsverbot im Strafverfahren, das garantiere, dass «die genannten verfassungs- und völkerrechtlichen Garantien nicht unterlaufen werden können».⁵¹⁴³

Im Hinblick auf strassenverkehrsrechtliche Mitwirkungspflichten statuierte das Bundesgericht ebenfalls mehrfach, dass etwa Art. 51 SVG, der das Verhalten bei Unfällen regelt, die Selbstbelastungsfreiheit nicht verletze. In seiner Begründung in BGE 131 IV 36 nahm das Bundesgericht eine Interessenabwägung vor und gewichtete das Interesse an einer Aufklärung von Strassenverkehrsunfällen mit Personen- oder Sachschäden höher als das «Selbstbegünstigungsinteresse» der beschuldigten Person.⁵¹⁴⁴ In neueren Urteilen knüpft das Bundesgericht an die Rechtsprechung des EGMR an, wenn es ausführt, «[g]emäss der neueren bundesgerichtlichen und konventionsrechtlichen Rechtsprechung ergeben sich für Halter und Lenker von Motorfahrzeugen aus ihrer Akzeptanz der Strassenverkehrsgesetzgebung sowie der Fahrberechtigung gewisse Obliegenheiten».⁵¹⁴⁵ 1820

Interessant ist auch der Ansatz des EuGH, der zwischen unterschiedlich schützenswerten Aussagen unterscheidet: In gefestigter Rechtsprechung verfügen die zur Mitwirkung verpflichteten Unternehmen in Wettbewerbsverfahren über kein absolut geltendes Aussageverweigerungsrecht, sondern nur über eines, das sich auf Fragen beschränkt, durch die das Unternehmen gezwungen werden würde, ein 1821

⁵¹⁴¹ Vgl. Urteil BGer, 2C_175/2010, 21.7.2010, E. 2.3 m.w.H.

⁵¹⁴² *Ebd.*; Urteil BGer, 2C_179/2016, 9.1.2017, E. 3.4.

⁵¹⁴³ Urteil BGer, 2C_175/2010, 21.7.2010, E. 2.4 mit Verweis auf Urteil BGer, 2C_70/2008, 27.5.2008, E. 2.2; vgl. auch 2C_179/2016, 9.1.2017, E. 3.4.

⁵¹⁴⁴ BGE 131 IV 36, E. 3.2; 124 IV 175, E. 4a; 121 II 273, E. 3c/cc; vgl. auch Urteil BGer, 6S.281/2004, 10.2.2005, E. 2.4.1. In diesem Fall verwies das Bundesgericht ausserdem auf die Ausführungen des Obergerichts des Kantons Solothurn als Vorinstanz, wonach die Rechtsprechung des EGMR im steuerrechtlichen Fall *J.B. gegen die Schweiz* nicht ohne Weiteres auf die strassenverkehrsrechtlichen Mitwirkungspflichten übertragen werden könne (*ebd.*, E. 2.2).

⁵¹⁴⁵ BGE 145 IV 50, E. 3.6; vgl. auch BGE 144 I 242, E. 1.2.3; Urteil BGer, 6B_439/2010, 29.6.2010, E. 5.3 mit Verweis auf die Praxis des EGMR sowie insb. E. 5.4. Zur angesprochenen Rechtsprechung des EGMR vgl. vorne N 1807; zum darauf aufbauenden Vorschlag insb. von MACULA vgl. hinten N 1853 ff.

wettbewerbswidriges Verhalten einzugestehen. Auskünfte «rein tatsächlicher Art» hingegen müssten immer gegeben werden.⁵¹⁴⁶

- 1822 Die schweizerische Praxis verlangt vor diesem Hintergrund, dass die zuständige Wettbewerbsbehörde mittels selbstständig anfechtbarer verfahrensleitender Verfügung die Auskunftspflicht sowie deren Umfang festlegt, insb. wenn diese mit Blick auf das Selbstbelastungsverbot bestritten wird. Gleichzeitig seien die kartellgesetzlichen Sanktionsfolgen anzudrohen.⁵¹⁴⁷ Sofern mit einer solchen Auskunftsverfügung versucht werde, unzulässige Fragen mit Sanktionsfolgen durchzusetzen, handle es sich um eine unerlaubte Ausübung von Zwang. Ansonsten gewichtet die Praxis die behördliche Sachverhaltsabklärung und die Anwendbarkeit der materiellen Bestimmungen des Kartellgesetzes als schützenswerter und setzt dem Selbstbelastungsverbot entsprechende Grenzen.⁵¹⁴⁸

1.2 Unzulässigkeit sanktionierbarer Mitwirkungspflichten

- 1823 Hatte das Bundesgericht in BGE 121 II 285 noch die Auffassung vertreten, mit Busse sanktionierbare Mitwirkungspflichten seien im Steuerhinterziehungsverfahren zulässig,⁵¹⁴⁹ musste es seine Rechtsprechung nach der Feststellung einer Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK durch den EGMR in diesem Fall revidieren.⁵¹⁵⁰ Inzwischen gilt als etabliert, dass ein *strafbewehrter Befehl*, potenziell belastende Beweisunterlagen herauszugeben oder belastende Aussagen zu machen, i.d.R. das aus der Selbstbelastungsfreiheit abgeleitete Verbot einer Herausgabe- und Aussageverpflichtung verletzt.⁵¹⁵¹ In diesem Sinne kam das Bundesgericht ausserdem

⁵¹⁴⁶ Vgl. etwa Urteil EuGH, 18.10.1989, *Orkem SA/Kommission*, C-374/87, EU:C:1989:387, N 27 sowie N 34 f.; Urteil EuGH, 29.6.2006, *Kommission/SGL Carbon AG*, C-301/04P, EU:C:2006:432, N 41 ff. und insb. N 48. Vgl. dazu auch BREITENMOSER, 428 f.

⁵¹⁴⁷ Vgl. etwa Urteil BVGer, B-2050/2007, 24.2.2010, E. 5.7.5.1.1 m.w.H.; vgl. auch BILGER, 248 f.; BORER, Kommentar KG, Art. 40 N 9.

⁵¹⁴⁸ Vgl. Urteil BVGer, B-2050/2007, 24.2.2010, E. 5.7.5.1.1 f. m.w.H.

⁵¹⁴⁹ Vgl. BGE 121 II 285, E. 3c/cc, wo das Bundesgericht ausführte: «In gleicher Weise muss aber der Steuerpflichtige unter Strafdrohung angehalten werden können, über seine finanziellen Verhältnisse Auskunft zu geben, auch wenn er damit allenfalls eine Steuerhinterziehung eingestehen müsste.»

⁵¹⁵⁰ EGMR, *J.B. gegen die Schweiz*, Nr. 31827/96, 3.5.2001, Reports 2001-III, § 71.

⁵¹⁵¹ Vgl. bereits BGE 106 Ia 7, E. 4, wo das Bundesgericht festhielt: «Der in einem Strafverfahren Beschuldigte ist nicht zu Aussagen verpflichtet. Er darf deshalb auch nicht mit Sanktionen belegt werden, wenn er die Aussage verweigert.» Vgl. auch – m.w.H. auf die Rechtsprechung des EGMR – BGE 144 II 427, E. 2.3.2; 142 IV 207, E. 8.3.1; 140 II 384, E. 3.3.2; 131 IV 36, E. 3.1. Als «*improper compulsion*» erachtete der

schon zum Schluss, dass sich die Mitwirkungsverweigerung der beschuldigten Person nicht auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen auswirken dürfe, könnte doch andernfalls auf dem Weg einer möglichen und drohenden Kostenaufgabe unerwünschter und unzulässiger Druck ausgeübt werden.⁵¹⁵²

Nicht gegen Art. 6 Ziff. 1 EMRK verstösst nach dieser Praxis hingegen die bloss 1824
se Aufforderung, in einem Verwaltungs- oder Strafverfahren gewisse Dokumente einzureichen, wenn sie *nicht* mit einer Strafdrohung wegen Ungehorsams verbunden ist. In BGE 142 IV 207 hielt das Bundesgericht fest, dies gelte «in einem aufsichtsrechtlichen Verwaltungsverfahren insbesondere, wenn für den Editionsadressaten eine verwaltungsgesetzliche Pflicht besteht, entsprechende Dokumente zu erstellen, aufzubewahren und den zuständigen Behörden zur Verfügung zu stellen».⁵¹⁵³

Diese Rechtsprechung wird in der Lehre z.T. allerdings kritisiert, werde die Wil- 1825
lensfreiheit der beschuldigten Person doch auch durch eine abstrakt sanktionierbare Mitwirkungspflicht beschnitten, auch wenn konkret keine Sanktion angedroht oder verhängt worden sei.⁵¹⁵⁴ Denn kommen die Beaufsichtigten ihren Auskunftsf-

EGMR wiederholt eine unter Strafandrohung erzwungene Herausgabe von potenziell belastenden Dokumenten in einem Zollstraf- oder in einem Steuerhinterziehungsverfahren (vgl. etwa EGMR, *Funke gegen die Niederlande*, Nr. 10828/84, 25.2.1993, Serie A256-A, § 44; *J.B. gegen die Schweiz*, Nr. 31827/96, 3.5.2001, Reports 2001-III, § 68). Diese Rechtsprechung wurde aber nicht einheitlich aufrechterhalten, sondern relativiert. Vgl. etwa EGMR, *De Legé gegen die Niederlande*, Nr. 58342/15, 4.10.2022, §§ 79 ff.; *O'Halloran and Francis gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 15809/02 und 25624/02, 29.6.2007, Reports 2007-III, §§ 53 ff. (kritisch dazu das Sondervotum von Richter Pavlovski), sowie *Weh gegen Österreich*, Nr. 38544/97, 8.4.2004, §§ 44 f.

⁵¹⁵² BGE 109 Ia 166, E. 2b, auch mit dem Hinweis, dass «die Dinge anders liegen, wenn der Beschuldigte nicht die Aussage verweigert, sondern durch lügenhaftes Verhalten die Durchführung der Untersuchung erschwert hat». Dass die Berücksichtigung sog. prozessualen Verschuldens seitens der beschuldigten Person bei der Kostenfolge zulässig ist, bestätigte das Bundesgericht etwa auch in BGE 116 Ia 162, E. 3d/aa, m.w.H.

⁵¹⁵³ BGE 142 IV 207, E. 8.3.2 mit Verweis u.a. auf BGE 140 II 384, E. 3.3.4, sowie auf zahlreiche Lehrmeinungen.

⁵¹⁵⁴ Dazu auch vorne N 1152 f.; vgl. auch SK StPO-LIEBER, Art. 113 N 37; MACULA, Selbstbelastung, 37 f., die ausserdem auf die stossende Ungleichbehandlung aufmerksam macht, die dadurch entstehe, wenn der Schutz der Selbstbelastungsfreiheit nur demjenigen zugestanden werde, der durch eine Mitwirkungsverweigerung eine konkrete Strafandrohung provoziere, während freiwillig Mitwirkende im Strafverfahren (im Vergleich) systematisch benachteiligt werden würden. – Vgl. auch ROTH, Zum Zweiten, N 32 ff., allerdings mit dem Hinweis, dass das Bundesgericht in BGE 140 II 384 verkannt habe, dass bereits die Verletzung des Spielbankengesetzes eine Kon-

und Mitwirkungspflichten nicht nach, könne die Aufsichtsbehörde in der Folge ein formelles Verfahren eröffnen, eine strafbewehrte Auskunftsverfügung erlassen oder eigene Kontrollen durchführen. Solche Konsequenzen lassen sich nach einigen Lehrmeinungen als indirekten Zwang qualifizieren.⁵¹⁵⁵

1.3 Schuldindizierende Würdigung von Aussage- und Mitwirkungsverweigerung

- 1826 Mit ähnlichen Argumenten als problematisch erachtet wird die Praxis, das Schweigen einer beschuldigten Person bzw. das Verweigern der Mitwirkung u.U. zu ihren Ungunsten zu berücksichtigen. In der Tat lässt es die Rechtsprechung sowohl des EGMR als auch des Bundesgerichts grundsätzlich, wenn auch unter bestimmten Voraussetzungen, zu, dass eine Aussage- oder Mitwirkungsverweigerung im Rahmen der Beweiswürdigung schuldindizierend gewürdigt wird.⁵¹⁵⁶ Der effektive Schutz der Selbstbelastungsfreiheit erfährt dadurch eine empfindliche Einschränkung, weshalb auch diese Rechtsprechung in der Lehre Gegenstand von Kritik geworden ist.⁵¹⁵⁷

zessionsverletzung darstelle, die einer Sanktionierung gemäss Art. 51 Abs. 1 aSBG zugänglich sei. Dass eine Verwaltungssanktion gedroht hätte, genüge bereits als relevante Zwangssituation. – Vgl. auch FELLMANN/VETTERLI, 48 m.w.H., die die Nachteile, die den Betroffenen als Reaktion auf eine Mitwirkungsverweigerung drohen und die Kooperation zu erzwingen versuchen, als strafähnlich qualifizieren und somit als unzulässigen direkten Zwang einstufen. Gleichzeitig halten sie fest, dass die Abgrenzung zwischen freiwilliger und erzwungener Mitwirkung entscheidend sei; kooperiere die beschuldigte Person freiwillig und in Kenntnis ihrer Verweigerungsrechte, sei dies unter Nemo-tenetur-Gesichtspunkten nicht zu beanstanden.

⁵¹⁵⁵ Vgl. dazu im finanzmarktrechtlichen Kontext C. BECK, N 759 m.w.H.

⁵¹⁵⁶ Vgl. aus der Rechtsprechung des EGMR: *John Murray gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 18731/91, 8.2.1996, Reports 1996-I, § 47, § 50 und § 54; *Condrón gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 35718/97, 2.5.2000, Reports 2000-V, § 56; *Adetoro gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 46834/06, 20.4.2010, § 48. – Vgl. aus der Rechtsprechung etwa BGE 113 IV 56, E. 4c, wo das Bundesgericht festhielt, dass ein solches Verhalten bei der Beurteilung der Täterpersönlichkeit im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt werden dürfe.

⁵¹⁵⁷ Vgl. etwa SK StPO-LIEBER, Art. 113 N 54–54b; vgl. auch GRAF, Schweigen, 193; C. BECK, N 718; TOPHINKE, 277 ff.; BENEDICK, 176; PFLAUM/WOHLERS, 539; GETH, Selbstbelastungsfreiheit, 118 f.; GETH, Mitwirkungspflichten, 156 f.; BSK FINMAG-TRUFFER, Art. 29 N 24.

1.4 Zwei Bundesgerichtsentscheide im Besonderen

Eine ähnliche Argumentationsweise wählte das Bundesgericht in BGE 140 II 384 1827 im sog. Spielbanken-Fall, als es um eine von der ESBK ausgesprochene Sanktion nach Art. 51 aSBG⁵¹⁵⁸ (der Vorgängernorm von Art. 100 BGS) gegen eine Casino-betreiberin ging. Die Sanktion wurde damit begründet, dass die Casinobetreiberin ihre gesetzlichen und konzessionsrechtlichen Pflichten verletzt habe, indem sie keine Spielsperre gegen einen bestimmten Spieler ausgesprochen habe, wodurch ihr ein unzulässiger Spielertrag zugeflossen sei. Die Casinobetreiberin erhob Beschwerde und machte u.a. geltend, aufgrund der verfügten spielbankenrechtlichen Sanktion handle es sich um ein Strafverfahren i.S.v. Art. 6 EMRK; die ESBK habe jedoch die zu beachtenden strafprozessualen Grundsätze nicht beachtet.⁵¹⁵⁹ Das Bundesgericht bestätigte, dass es sich bei der angefochtenen Sanktion tatsächlich um eine strafähnliche Massnahme i.S.v. Art. 6 EMRK handelte,⁵¹⁶⁰ und ging dazu über, eine Verletzung der verfahrensrechtlichen Vorgaben und insb. des Nemo-tenetur-Grundsatzes zu prüfen.⁵¹⁶¹ Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR kam das Bundesgericht zum Schluss, «dass die blossе Aufforderung, Dokumente einzureichen, zu deren Erstellung eine gesetzliche – hier spielbankenrechtliche – Pflicht besteht, für sich allein noch keinem Verstoss gegen Art. 6 EMRK gleichkommt».⁵¹⁶² Dabei übersah das Bundesgericht allerdings, dass bei den dazu angeführten Entscheiden kein genügender Bezug zu einem strafrechtlichen Verfahren bestanden hatte, weshalb der Nemo-tenetur-Grundsatz vom EGMR gar nicht erst als anwendbar erachtet worden war.⁵¹⁶³

Sodann betonte das Bundesgericht, dass die Aufforderung, am Verfahren mitzuwirken 1828 und bestimmte Unterlagen vorzulegen, die Beschwerdeführerin als juristische Person

⁵¹⁵⁸ Art. 51 aSBG hatte den folgenden Wortlaut: «(1) Verstösst eine Konzessionärin zu ihrem Vorteil gegen die Konzession oder gegen eine rechtskräftige Verfügung, so wird sie mit einem Betrag bis zur dreifachen Höhe des durch den Verstoss erzielten Gewinnes belastet. Liegt kein Gewinn vor oder kann er nicht festgestellt oder geschätzt werden, so beträgt die Belastung bis zu 20 Prozent des Bruttospielertrages im letzten Geschäftsjahr. (2) Verstösse werden vom Sekretariat untersucht und von der Kommission beurteilt.» Art. 51 aSBG wurde durch Art. 100 BGS mit einigen Anpassungen ersetzt (vgl. dazu Botschaft BGS, BBl 2015 8387, 8482 f.).

⁵¹⁵⁹ Vgl. BGE 140 II 384, E. 2.2.

⁵¹⁶⁰ *Ebd.*, E. 3.2; vgl. dieses Ergebnis des Bundesgerichts begrüssend, jedoch kritisch zur verwendeten Begründung ROTH, Zum Zweiten, N 19 ff.

⁵¹⁶¹ BGE 140 II 384, E. 3.3 f.

⁵¹⁶² *Ebd.*, E. 3.3.4.

⁵¹⁶³ KELLER/SUTER, 2. Teil, 11 f.

betroffen habe, die als Konzessionärin ausserdem in einem besonderen Rechtsverhältnis zum Bund gestanden habe. Es bejahte zwar die Anwendbarkeit des Nemo-tenetur-Grundsatzes auch zugunsten juristischer Personen und Unternehmen, führte jedoch aus, dieser müsse differenziert umschrieben werden. Insbesondere könne der Grundsatz nicht dahin gehend ausgelegt werden, dass er die «Durchsetzung der materiellen gesetzlichen Pflichten in beaufsichtigten Wirtschaftsbereichen (Finanzmarkt, Spielbanken usw.) praktisch verunmöglicht».⁵¹⁶⁴ Mit solchen Praktikabilitäts Erwägungen bezog das Bundesgericht Stellung im Konflikt zwischen verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten und der Selbstbelastungsfreiheit; es gewichtete die strafprozessuale Verfahrensgarantie nicht höher als das Interesse an der Durchsetzbarkeit des bestehenden materiellen Rechts. *Nemo tenetur* durfte mit anderen Worten der Erforschung der materiellen Wahrheit nicht im Wege stehen.⁵¹⁶⁵ Interessant war in diesem Kontext auch der Hinweis des Bundesgerichts, dass es gegen das Gebot der praktischen Konkordanz von Verfassungsinteressen verstossen würde, «das Anliegen des Schutzes der Verfahrensparteien zu verabsolutieren, wie die Beschwerdeführerin dies tut, und dafür das ebenfalls verfassungsrechtliche Anliegen der Wirksamkeit des materiellen Rechts (vgl. Art. 170 BV) zu vereiteln».⁵¹⁶⁶ Entscheidend sei im Wesentlichen, dass kein unzulässiger Zwang («*improper compulsion*») ausgeübt werde, weshalb ein angemessener Ausgleich zwischen den verschiedenen Interessen anzustreben sei, «um auf eine faire Weise die materielle Wahrheit zu erforschen, was sachgerechte Anpassungen des grundsätzlich anwendbaren Nemo-tenetur-Grundsatzes an die jeweilige konkrete Situation zulässt bzw. gebietet (juristische oder natürliche Person, Auskunftspflicht über Sachverhaltselemente oder implizite Schuldanerkennung, Qualität der Sanktion bei Vereitelung der Mitwirkungspflicht usw.)».⁵¹⁶⁷ Damit sprach sich das Gericht klar für eine Interessenabwägung aus, unter Berücksichtigung der Gegebenheiten des konkreten Einzelfalls.⁵¹⁶⁸

- 1829 In der Folge schloss sich das Bundesgericht – wenn auch nicht ausdrücklich – der vom Grundsatz «*volenti non fit iniuria*» inspirierten Argumentation des EGMR an,⁵¹⁶⁹ als es ausführte, die Beschwerdeführerin habe in Kenntnis der spielbanken-

⁵¹⁶⁴ BGE 140 II 384, E. 3.3.4 m.w.H. – Zum persönlichen Geltungsbereich von *nemo tenetur* vgl. vorne N 1767 ff.

⁵¹⁶⁵ KELLER/SUTER, 2. Teil, 12.

⁵¹⁶⁶ BGE 140 II 384, E. 3.3.5.

⁵¹⁶⁷ *Ebd.*

⁵¹⁶⁸ Vgl. KELLER/SUTER, 2. Teil, 12, die allerdings die methodische Vorgehensweise des Bundesgerichts dazu kritisieren.

⁵¹⁶⁹ Dazu vorne N 1807 m.w.H., insb. auf die Begründung von Lord Bingham im Fall *Brown v. Stott*, auf die sich der EGMR im Fall *O'Halloran* stützte.

rechtlichen Vorgaben zur korrekten Erstellung bestimmter Unterlagen «um die Erteilung einer Betriebsbewilligung für ihr Casino (...) ersucht und sich ihnen unterworfen, wobei mit der Beschwerdemöglichkeit an das Bundesverwaltungs- und das Bundesgericht ein doppelter Rechtsschutz gewahrt bleibt. Die aufsichtsrechtlich einverlangten Unterlagen über die Art und Weise, wie sie die ihr obliegenden Sorgfaltspflichten zur Bekämpfung der Geldwäscherei und zum Schutz der Spieler im Einzelfall wahrgenommen hat, werden nicht dadurch selbstbelastend, weil sie in einem Verwaltungsverfahren mit allenfalls strafähnlicher Sanktionsmöglichkeit erhoben wurden, zumal der Beschwerdeführerin dieser Umstand ab Verfahrenseröffnung bekannt war.»⁵¹⁷⁰ Eine solche Mitwirkungspflicht gegenüber der Aufsichtsbehörde (um dieser die Prüfung der Einhaltung der gesetzlichen Bewilligungs- bzw. Konzessionsanforderungen zu ermöglichen) stehe nicht *per se* im Widerspruch zu Art. 6 EMRK.⁵¹⁷¹ Inwiefern die Beweismittel unter unzulässigem Zwang («*improper compulsion*») erhoben worden seien, sei von der Beschwerdeführerin im Übrigen nicht dargelegt worden.⁵¹⁷²

Als problematisch erscheint das Konstrukt der «stillschweigenden Unterwerfung» 1830 unter bestimmte (in diesem Fall spielbankenrechtliche – im Fall *O'Halloran and Francis* strassenverkehrsrechtliche) Vorgaben aufgrund eines Gesuchs um Erteilung einer Betriebsbewilligung (bzw. im Fall *O'Halloran and Francis* aufgrund des Gebrauchs und Besitzes eines Fahrzeugs), wird doch damit automatisch ein stillschweigender Verzicht auf Verfahrensrechte verknüpft.⁵¹⁷³ Der gewählte Ansatz widerspricht zudem früherer Rechtsprechung, wonach ein Verzicht auf die Rechte nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK nur möglich sei, sofern er klar und deutlich zum Ausdruck gebracht werde und der Verzichtende sich der Tragweite dieses Verzichts bewusst sei.⁵¹⁷⁴ Die Fiktion einer «stillschweigenden Unterwerfung» erweist sich ausserdem als zirkulär, weil die Zulässigkeit der Mitwirkungspflicht

⁵¹⁷⁰ BGE 140 II 384, E. 3.3.6.

⁵¹⁷¹ *Ebd.*

⁵¹⁷² *Ebd.*, wo das Bundesgericht ausserdem festhielt, der in der Replik gemachte Hinweis, die Herausgabe stehe unter der Strafandrohung von Art. 51 SBG, genüge nicht; «denn die prozessleitenden Verfügungen, mit denen die Beschwerdeführerin zur Herausgabe der Unterlagen angehalten wurde, fallen nicht unter die Verfügungen, deren Verletzung aufgrund dieser Bestimmung sanktioniert wird».

⁵¹⁷³ Vgl. so auch EGMR, *O'Halloran and Francis gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 15809/02 und 25624/02, 29.6.2007, Reports 2007-III, Sondervotum Richter Myjer.

⁵¹⁷⁴ EGMR, *Pfeifer und Plankl gegen Österreich*, Nr. 10802/84, 25.2.1992, Serie A227, § 37 mit Verweis auf *Oberschlick gegen Österreich*, Nr. 11662/85, 23.5.1991, Serie A204, § 51; vgl. auch ROTH, Verhältnis, 318.

letztlich mit ihrem Bestehen begründet wird.⁵¹⁷⁵ SUMMERS weist ausserdem darauf hin, dass sich eine entsprechende Argumentationskette auf zahlreiche Tätigkeitsbereiche ausdehnen liesse.⁵¹⁷⁶ Das ist wohl richtig, wenn auch anzufügen ist, dass nicht sämtliche Unternehmenstätigkeiten bewilligungs- oder gar konzessionspflichtig sind.⁵¹⁷⁷

- 1831 ROTH gibt zudem zu bedenken, dass der EGMR in den vom Bundesgericht herangezogenen drei Fällen mit Bagatellbussen für leichte Übertretungen im Strassenverkehr konfrontiert gewesen sei, weshalb nicht ausgeschlossen werden könne, dass der EMGR diese Argumentationsweise gewählt habe, weil er befürchtet habe, «mit Beschwerden aus diesem Bagatellbereich überhäuft zu werden, wenn er eine Verletzung von *nemo tenetur* zu Gunsten der Fahrzeughalter bejaht hätte».⁵¹⁷⁸ Im Hinblick auf andere Fallkonstellationen (wie etwa auf die in BGE 140 II 384 im Raum stehende Busse im Millionenbereich) sei der präjudizielle Wert dieser Urteile entsprechend begrenzt.⁵¹⁷⁹
- 1832 Klar ist, dass für eine eingeschränkte Anwendbarkeit dieser Rechtsprechung zu plädieren ist, würde doch sonst der Nemo-tenetur-Grundsatz unter Verweis auf die Akzeptanz der Vorgaben aus einem bestimmten Regulierungszweig unterlaufen, was im Ergebnis dazu führen würde, dass «die Geltung oder zumindest der Geltungsumfang menschenrechtlicher Gewährleistungen davon abhängig [gemacht würde], dass deren Beachtung kriminalpolitisch als hinnehmbar erscheint».⁵¹⁸⁰ Ein solches Ergebnis würde ausserdem auch dem vom EGMR wiederholt vorgebrachten Grundsatz widersprechen, wonach der Nemo-tenetur-Grundsatz in *sämtlichen* Strafverfahren, unabhängig von der Art der Straftat, zu beachten ist.⁵¹⁸¹

⁵¹⁷⁵ Vgl. ROTH, Zum Zweiten, N 29; ROTH, Verhältnis, 318.

⁵¹⁷⁶ SUMMERS, 658 (sie nennt etwa das Führen eines Unternehmens oder der Besuch einer Demonstration); vgl. auch ROTH, Verhältnis, 318.

⁵¹⁷⁷ In der Tat funktioniert das Argument des besonderen «regulatorischen Regimes» v.a. im Zusammenhang mit Tätigkeiten, die vom Vorliegen einer Zulassung bzw. Bewilligung oder Konzession abhängig gemacht werden (vgl. so etwa auch BURRI, 121 ff., der die entsprechende Rechtsprechung des EGMR begrüsst).

⁵¹⁷⁸ ROTH, Zum Zweiten, N 30.

⁵¹⁷⁹ *Ebd.*; ROTH, Verhältnis, 319 f. mit Verweis insb. auf ASHWORTH, 765, 770, der in der Rechtsprechung des EGMR v.a. auch einen pragmatischen Ansatz erkennt. Vgl. dazu auch OTT, 149 ff.; C. BECK, N 757.

⁵¹⁸⁰ WOHLERS, Anmerkung, 8.

⁵¹⁸¹ EGMR, *Saunders gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 19187/91, 17.12.1996, Reports 1996-VI, § 74; vgl. auch *Heaney and McGuinness gegen Irland*, Nr. 34720/97, 21.12.2000, Reports 2000-XII, § 57, wo auf diese Ausführungen ausdrücklich Bezug

Aus dieser Sicht ist denn auch das Votum des Bundesgerichts für die Vornahme einer Interessenabwägung mit dem Ziel, einen angemessenen Ausgleich der verschiedenen Interessen im Einzelfall zu erreichen, nicht nur mit Blick auf die Rechtssicherheit problematisch.⁵¹⁸² Als bemerkenswert erscheint auch der Verweis des Bundesgerichts auf Art. 170 BV und damit auf das «ebenfalls verfassungsrechtliche Anliegen der Wirksamkeit des materiellen Rechts»⁵¹⁸³ – und, *nota bene*, nicht auf «öffentliche Interessen» i.S.v. Art. 5 Abs. 2 BV⁵¹⁸⁴ –, das es dem Schutz der Verfahrensparteien (auf gleicher Stufe) gegenüberstellte.⁵¹⁸⁵ Mit dem Argument, dass es gegen das Gebot der praktischen Konkordanz von Verfassungsinteressen verstossen würde, «das Anliegen des Schutzes der Verfahrensparteien zu verabsolutieren»,⁵¹⁸⁶ ermöglichte das Gericht eine Gegenüberstellung pragmatischer Praktikabilitäts- und Effizienzüberlegungen (zugunsten der Durchsetzbarkeit des materiellen Rechts) auf der einen Seite gegen den *Nemo-tenetur*-Grundsatz auf der anderen Seite.⁵¹⁸⁷ Insbesondere mit Blick auf die Auslegung von *nemo tenetur* als Minimalgarantie für ein faires Verfahren ist eine solche Abwägung nicht unproblematisch.⁵¹⁸⁸ Allerdings wurde dieser Ansatz vom Bundesgericht

1833

genommen wurde. – Vgl. auch WOHLERS, Anmerkung, 8, der u.a. aus der Tatsache, dass der EGMR im Fall *O'Halloran and Francis* die entsprechenden Passagen insb. aus *Saunders* nicht mehr zitierte, einen Wandel der Rechtsprechung angedeutet sieht.

⁵¹⁸² Differenzierend zur Abwägung von Drittinteressen und öffentlichen Interessen gegenüber *nemo tenetur* vgl. OTT, 291 ff., die zum Schluss kommt, dass neben den Strafverfolgungsinteressen keine (privaten oder öffentlichen) Interessen denkbar seien, deren Verwirklichung zwingend eine strafrechtliche Beweisverwertung voraussetzten, und davor warnt, «das Bestrafungsinteresse bzw. das Ziel der materiellen Wahrheit» um jeden Preis zu verfolgen (*ebd.*, 293 m.w.H.).

⁵¹⁸³ BGE 140 II 384, E. 3.3.5.

⁵¹⁸⁴ Art. 36 BV (und damit auch Art. 36 Abs. 2 BV) kommt bei Verfahrensgarantien nicht zur Anwendung. Vgl. dazu OTT, 290 ff.

⁵¹⁸⁵ BGE 140 II 384, E. 3.3.5.

⁵¹⁸⁶ *Ebd.*

⁵¹⁸⁷ *Ebd.*, E. 3.3.4.

⁵¹⁸⁸ Vgl. etwa FELLMANN/VETTERLI, 47 f., die insb. auch die Ansicht als überholt ablehnen, wonach die Ermittlung der materiellen Wahrheit oberstes Gebot und das Verfahrensrecht ausschliesslich dienender Natur sei. Vgl. auch GLESS, 734 mit dem Hinweis, dass es im Strafverfahren bekanntlich keine Wahrheitsermittlung um jeden Preis gebe: «Vielmehr legen die Regeln über die materielle und formelle Zulässigkeit von Beweiserhebungen eine Abwägungsentscheidung zwischen Allgemeininteresse an der Aufklärung des Sachverhalts gegen Individualinteressen betroffener Personen ab, jede Ermittlungsmassnahme muss die gesetzlichen Grenzen und die dahinter liegende Werteordnung achten.» – Vgl. auch RIEDO, 1530, der unter dem Titel «Grundrechte als

zwei Jahre später im «wesensverwandten»⁵¹⁸⁹ BGE 142 IV 207 grösstenteils bestätigt:⁵¹⁹⁰

- 1834 In diesem Fall hatte der Bruno-Manser-Fonds sowohl der Bundesanwaltschaft als auch der FINMA (in Kopie) eine Strafanzeige gegen die Bank A. AG zukommen lassen. In der Folge forderte die FINMA die Bank mit E-Mail vom 3. Juli 2012 und mit ausdrücklichem Hinweis auf die erfolgte Strafanzeige auf, «eine «Stellungnahme» bzw. ein «Risk Assessment» zu den fallbezogenen Compliance-Abläufen und Personen einzureichen».⁵¹⁹¹ Die Bank kam dieser Aufforderung nach und reichte ein auf den 9. Juli 2012 datiertes Memorandum ein. Die FINMA informierte die Bundesanwaltschaft – welche in der Zwischenzeit (am 29. August 2012) eine Strafuntersuchung gegen die Bank wegen Geldwäscherei eröffnet hatte – über die Existenz des Memorandums, verweigerte aber die Herausgabe. Die Bundesanwaltschaft verzichtete daraufhin auf eine behördlich koordinierte Herausgabe und verlangte die strafprozessuale Edition einer Kopie des Dokuments bei der beschuldigten Bank. Weil sich die Bank dem Editionsbegehren widersetzte, kam es im Rahmen einer Hausdurchsuchung zur Sicherstellung und Siegelung des Memorandums.⁵¹⁹² Vor dem Berner Zwangsmassnahmengericht beantragte die Bundesanwaltschaft die Entsiegelung. Das Gericht wies das Entsiegelungsgesuch ab aufgrund der «offensichtlichen Unverwertbarkeit» des Memorandums im Strafprozess.⁵¹⁹³ Daraufhin gelangte die Bundesanwaltschaft mit dem Antrag auf Entsiegelung an das Bundesgericht.⁵¹⁹⁴ Die Bank stellte sich auf den Standpunkt, die

Behördenschikane» etwas pointiert festhält, es sei doch gerade «Sinn und Zweck prozessualer Grundrechte, die Arbeit der Strafverfolger zu erschweren. Sich über diesen Umstand zu beklagen, mutet eher seltsam an.»

⁵¹⁸⁹ Vgl. so KELLER/SUTER, 2. Teil, 12.

⁵¹⁹⁰ Vgl. zum Sachverhalt BGE 142 IV 207, insb. Sachverhaltsabschnitte A–E sowie E. 8.10.

⁵¹⁹¹ *Ebd.*, E. 8.10.

⁵¹⁹² Insofern bestand keine klassische Situation paralleler Verwaltungs- und Strafverfahren, da die FINMA das Memorandum nicht an die Bundesanwaltschaft weiterleitete. Gleichzeitig war das Memorandum aber nur auf Aufforderung der FINMA im Rahmen aufsichtsrechtlicher Mitwirkungspflichten entstanden, nachdem die FINMA von der Strafanzeige erfahren hatte (diese Aspekte hervorhebend: MACULA, Selbstbelastung, 40 f.).

⁵¹⁹³ Urteil Zwangsmassnahmengericht (BE), KZM 14 1699 ZIJ, 18.6.2015, E. 3.4.6 ff., 3.4.10; vgl. auch BGE 142 IV 207, E. 8.

⁵¹⁹⁴ Vgl. BGE 142 IV 207, Sachverhaltsabschnitt E und E. 8.16.

Entsiegelung und Verwendung des Memorandums im Strafuntersuchungsverfahren kollidiere mit dem strafprozessualen Selbstbelastungsprivileg.⁵¹⁹⁵

Das Bundesgericht verneinte diese Argumentation und hiess die Beschwerde gut. 1835 Es kam im Ergebnis zum Schluss, dass der Nemo-tenetur-Grundsatz einer Entsiegelung des Memorandums nicht entgegengestanden habe und dieses somit im Strafprozess gegen die Bank habe verwertet werden dürfen.⁵¹⁹⁶ Dazu knüpfte das Gericht an seine bisherige Rechtsprechung an und wiederholte insb. seine Ausführungen im Spielbanken-Fall, wonach das Selbstbelastungsprivileg «restriktiv»⁵¹⁹⁷ bzw. «differenziert und restriktiv»⁵¹⁹⁸ anzuwenden sei. Die Berufung auf den Nemo-tenetur-Grundsatz dürfe nicht dazu führen, dass der gesetzlich vorgesehene aufsichtsrechtliche und strafprozessuale Zugriff auf vorbestehende Unterlagen, die das beschuldigte Unternehmen aufgrund verwaltungsrechtlicher Gesetzesvorschriften erstellen, aufbewahren und dokumentieren müsse, faktisch unterlaufen werden könne.⁵¹⁹⁹ Zu diesen Vorschriften zählte das Bundesgericht auch die Dokumentationspflichten von Banken nach der Geldwäschereigesetzgebung,⁵²⁰⁰ ohne allerdings das fragliche Memorandum näher einzuordnen.⁵²⁰¹ Ausserdem verzichtete das Gericht darauf, sich auf die im Spielbanken-Fall verwendete Konstruktion der Einwilligung und Unterwerfung unter spezifische rechtliche Vorgaben zu berufen. In der Folge liess es eine Interessenabwägung zu. Dazu führte es aus:

«Nach der Praxis des EGMR und des Bundesgerichtes gilt das Selbstbelastungsprivileg von Art. 6 EMRK als ungeschriebenes Grundrecht nicht «absolut»: Das Strafprozessrecht dient dazu, auf eine faire Weise die Wahrheitsfindung zu ermöglichen. Gerade bei beschuldigten juristischen Personen bzw. Unternehmen ist eine differenzierte Abwägung vorzunehmen zwischen ihren grundrechtlich garantierten Verfahrensrechten und dem öffentlichen Interesse (sowie gegebenenfalls demjenigen von geschädigten Personen) an einer effizienten strafprozessualen Wahrheitserforschung. Da-

⁵¹⁹⁵ BGE 142 IV 207, E. 8.

⁵¹⁹⁶ *Ebd.*, E. 8, E. 9 und E. 14.

⁵¹⁹⁷ *Ebd.*, E. 8.3.3.

⁵¹⁹⁸ *Ebd.*, E. 8.18.3.

⁵¹⁹⁹ *Ebd.*

⁵²⁰⁰ *Ebd.*, E. 8.3.3 und E. 8.18.3, beide mit Verweis auf BGE 140 II 384, E. 3.3.4.

⁵²⁰¹ Vgl. C. BECK, N 758 m.w.H., die sich auf den Standpunkt stellt, dass sich das bankinterne Memorandum nicht unter die Belege gemäss Art. 7 GwG subsumieren lasse. Da keine entsprechende Dokumentationspflicht bestanden habe, könne diese Pflicht auch nicht durch Berufung auf das Selbstbelastungsprivileg unterlaufen werden.

bei ist ein angemessener Ausgleich der divergierenden Interessen anzustreben, was sachgerechte Anpassungen der «*nemo tenetur*»-Regeln an die jeweiligen konkreten Verhältnisse des Falles zulässt bzw. sogar gebietet.»⁵²⁰²

- 1836 In der Lehre stiess der die betroffenen Interessen umfassend abwägende Ansatz teilweise auf Zustimmung;⁵²⁰³ die Begründung und z.T. auch das Ergebnis des Entscheids wurden hingegen mehrheitlich kritisch aufgenommen.⁵²⁰⁴ Es fehlte insb. eine Berücksichtigung der Praxis des EGMR, die eine Berufung auf die praktische Durchsetzbarkeit des nationalen (Verwaltungs-)Rechts grundsätzlich nicht als gültige Begründung für eine Ausnahme von der Selbstbelastungsfreiheit anerkennt.⁵²⁰⁵
- 1837 Ausdrücklich offen liess das Bundesgericht in diesem Fall auch Fragen zur konkreten Bedeutung von *nemo tenetur* für beschuldigte juristische Personen, zur Art und Weise wie sie ihr Aussageverweigerungsrecht effektiv ausüben könnten oder ob und inwiefern *nemo tenetur* «bei beschuldigten *juristischen* Personen, denen ein sogenanntes «Organisationsverschulden» (gemäss Art. 102 Abs. 2 StGB) vorgeworfen wird, im Vergleich zu beschuldigten natürlichen Personen noch weiteren Einschränkungen zu unterwerfen wäre».⁵²⁰⁶ Eine Begründung für diese Differenzierungen sucht man im Entscheid allerdings vergeblich; das Bundesgericht begnügte sich mit einem Verweis auf den Spielbanken-Fall⁵²⁰⁷ und fügte seinen Ausführungen den Hinweis «Selbstbelastungsprivileg als Ausfluss der Menschenwürde bzw. der Unschuldsvermutung» in Klammern an.⁵²⁰⁸ Damit lässt sich der

⁵²⁰² BGE 142 IV 207, E. 8.4 mit Verweis auf BGE 140 II 384, E. 3.3.5 sowie auf Lehrmeinungen, die diese Rechtsprechung sowohl als zu restriktiv als auch als zu wenig zurückhaltend kritisierten.

⁵²⁰³ Vgl. MACULA, Selbstbelastung, 39–41, die sich aber kritisch zur grosszügig angenommenen Vorwirkung der Selbstbelastungsfreiheit bei konnexen Verwaltungs- und Strafverfahren in der Praxis des EGMR äussert.

⁵²⁰⁴ Vgl. für einen Überblick ZULAUF, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 439 m.w.H. auf die Literatur.

⁵²⁰⁵ Vgl. C. BECK, N 741, 757 und N 760; dazu auch vorne N 1805 mit Verweis auf die Rechtsprechung des EGMR in Fn. 5097.

⁵²⁰⁶ BGE 142 IV 207, E. 9.5 (Hervorhebung im Original).

⁵²⁰⁷ *Ebd.*, insb. E. 8.3.3.

⁵²⁰⁸ *Ebd.*, E. 9.5.

Entscheid in die sich scheinbar «festigende Rechtsprechung»⁵²⁰⁹ einreihen, welche die Gleichstellung von Unternehmen und natürlichen Personen im Hinblick auf *nemo tenetur* nicht ohne Weiteres hinnimmt.⁵²¹⁰ Die gewählten Formulierungen zur «grundsätzlichen Geltung» der Selbstbelastungsfreiheit «auch für beschuldigte *juristische* Personen»⁵²¹¹ lassen jedoch vermuten, dass diese Fragestellungen auch gerichtsintern zu Diskussionen geführt haben und (noch) nicht eindeutig geklärt sind. Es ist zudem fraglich, ob sich der EGMR der Auffassung des Bundesgerichts anschliessen würde.⁵²¹²

Das Bundesstrafgericht hingegen stützte sich bereits wiederholt auf die Überlegungen des Bundesgerichts in diesem Fall und bestätigte die höchstrichterliche Rechtsprechung.⁵²¹³ Es ging dabei von einer stark restriktiven Auslegung des *Nemo-tenetur*-Grundsatzes für juristische Personen aus.⁵²¹⁴ Bemerkenswert waren insb. auch seine Ausführungen zum «besonderen Rechtsverhältnis» der Finanzmarktakteure «zum Staat», in das sie sich aufgrund der bewilligungspflichtigen Tätigkeit «freiwillig und wissentlich» begeben hätten.⁵²¹⁵

2. Ansätze in der Lehre

In der Lehre werden unterschiedliche Lösungsansätze diskutiert, wenn es um den Konflikt zwischen verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten und dem *Nemo-tenetur*-Grundsatz geht. Nachfolgend ist ein kurzer Überblick über ausgewählte in der Literatur vertretene Positionen zu schaffen.⁵²¹⁶ 1838

⁵²⁰⁹ MACULA, Selbstbelastung, 48.

⁵²¹⁰ Dazu vorne N 1745 ff. – Vgl. für einen kurzen Überblick der Diskussion MACULA, Selbstbelastung, 48 f. und 53, die sich für eine Differenzierung zwischen natürlichen und juristischen Personen ausspricht.

⁵²¹¹ BGE 142 IV 207, E. 8.3.3, Satz 1 (Hervorhebung im Original).

⁵²¹² Vgl. so C. BECK, N 761 und N 764.

⁵²¹³ So etwa in TPF 2018 107, E. 5.8.2.8, sowie Urteil BStGer, SK.2020.21, 15.12.2021, E. 1.11.2.2 f.

⁵²¹⁴ Vgl. für einen Überblick ZULAUF, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 445 ff.

⁵²¹⁵ TPF 2018 107, E. 5.8.2.8.

⁵²¹⁶ Für einen eingehenden Überblick vgl. ZULAUF, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 440 ff. (v.a. mit Blick auf finanzmarktrechtliche Ansätze); MACULA, Mitwirkungspflichten, 66 ff.; BR, Pekuniäre Verwaltungssanktionen, BBl 2022 776, 77 ff.

2.1 Vorrang des Nemo-tenetur-Grundsatzes gegenüber verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten

- 1839 Abgesehen von SEILER, der sich auf den Standpunkt stellt, dass es keine Grundlage für ein verfassungs- oder menschenrechtliches strafprozessuales Schweigerecht gebe, weshalb gesetzlich statuierte Mitwirkungspflichten kraft spezialgesetzlicher Regelung gegenüber dem Nemo-tenetur-Grundsatz Vorrang hätten,⁵²¹⁷ wird v.a. in der strafrechtlichen Lehre mehrheitlich die Auffassung vertreten, dass das Nemo-tenetur-Prinzip verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten vorzugehen habe.⁵²¹⁸ Dies erscheine als angemessen, wenn sich das Verwaltungsverfahren selbst als Strafsache i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK qualifizieren lasse bzw. im Sinne der *Chambaz*-Rechtsprechung des EGMR ein ausreichender Bezug zwischen dem Verwaltungsverfahren und einer strafrechtlichen Anklage bestehe.⁵²¹⁹ Ein plausibler Grund, weshalb im Bereich strafähnlicher Verwaltungssanktionen etwas anderes gelten solle als im Kernstrafrecht, sei nicht ersichtlich.⁵²²⁰
- 1840 Mehr Fragen werden hingegen aufgeworfen, wenn es um die Geltung des Nemo-tenetur-Prinzips im «regulären» Verwaltungsverfahren geht. Auch in solchen Konstellationen gestehen einige Stimmen in der Lehre den Parteien eines Verwaltungsverfahrens ein Mitwirkungsverweigerungsrecht zu, sobald die Mitwirkung zu einer Selbstbelastung in einem Strafverfahren führen könnte. Darauf hätten die Verwaltungsbehörden hinzuweisen. Nur so könne den prozeduralen Schutzmechanismen und damit dem *Fair-trial*-Prinzip Genüge getan und eine potenziell

⁵²¹⁷ SEILER, (Miss-)Verhältnis, 15 f. und 19 f. Er stellt sich insb. auf den Standpunkt, dass das von Art. 6 EMRK garantierte faire Verfahren v.a. dem Zweck diene, ein materiell richtiges Urteil zu gewährleisten. Die Wahrscheinlichkeit für ein richtiges Urteil sei dann am grössten, «wenn beide Seiten angehört werden und in fairer Weise die Möglichkeit haben, ihre Sichtweise in den Prozess einzubringen. Hingegen kann niemand ein schutzwürdiges Interesse daran haben, dass das materielle Recht nicht durchgesetzt wird. Eine Prozessmaxime, die dazu beiträgt, dass die Wahrscheinlichkeit eines richtigen Urteils reduziert wird, läuft dem Ziel eines fairen Prozesses zuwider und kann mit Art. 6 EMRK nicht begründet werden. Es wäre eine pervertierte Auffassung, wenn Rechtsstaatlichkeit darin erblickt wird, dass man die Realisierung des materiellen Rechts möglichst solle vereiteln können» (*ebd.*, 18). – Ebenfalls für einen generellen Vorrang der verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten sprechen sich HAUSER/SCHWERTI/HARTMANN (§ 39 N 14) aus.

⁵²¹⁸ Vgl. SEILER, (Miss-)Verhältnis, 18 ff. und insb. 20.

⁵²¹⁹ Vgl. so auch MACULA, Mitwirkungspflichten, 69.

⁵²²⁰ Vgl. so etwa FELLMANN/VETTERLI, 47.

beschuldigte Person effektiv geschützt werden.⁵²²¹ Allerdings stellt sich dann die Frage, wie die Mitwirkungsverweigerungsrechte mit den gesetzlich statuierten Mitwirkungspflichten in Einklang gebracht werden könnten und wie mit den zu erwartenden Beweisschwierigkeiten umzugehen sei.⁵²²²

Relativierend wird z.B. im Kontext des Strassenverkehrsrechts dazu vorgebracht, 1841 dass das Selbstbelastungsverbot nicht jede Form selbstbegünstigender Verhaltensweisen decke, sondern allein davor schütze, durch aktives Verhalten an der eigenen Überführung mitwirken zu müssen. Die beschuldigte Person werde aber nicht vor Strafe bewahrt, wenn sie z.B. die polizeilichen Ermittlungen behindere oder sonstige nicht mit einer aktiven Selbstbelastung verbundene Pflichten nicht erfülle, etwa die Pflicht, anzuhalten, den Verkehr zu sichern oder Verletzten Hilfe zu leisten.⁵²²³

Grundsätzlich gegen Mitwirkungsverweigerungsrechte spricht, dass die erschwer- 1842 te praktische Durchsetzbarkeit von Mitwirkungspflichten die Aufgabenerfüllung durch die Aufsichtsbehörden zu behindern vermag,⁵²²⁴ was sich wiederum zugunsten derjenigen auswirkt, die nicht willens oder in der Lage sind, sich an die gesetzlichen Vorgaben zu halten.⁵²²⁵ Vor diesem Hintergrund ist der wiederholt in der Literatur vorgebrachte Vorschlag zu verstehen, die Mitwirkungsverweigerungsrechte im Verwaltungsrecht durch Zwangsmittelkompetenzen der Aufsichts- und Verwaltungsbehörden auszugleichen. An die Stelle einer Pflicht der Beaufsichtigten, aktiv zu ihrer Überführung beizutragen und z.B. Unterlagen herauszugeben,

⁵²²¹ FELLMANN/VETTERLI, 47; vgl. auch BERNASCONI, 583 f.; WOHLERS, Selbstregulierung, 294 ff.; PFLAUM/WOHLERS, 538 f.; BÖSE, 455; BSK FINMAG-TRUFFER Art. 29 N 22 ff., zum Verfahren vor der FINMA; NIGGLI/RIEDO, 64 ff. mit Blick auf das Sanktionsverfahren nach Art. 49a ff. KG. – A.A. jedoch SEILER, (Miss-)Verhältnis, 14, mit dem Argument, dass eine weite Anwendung der Mitwirkungsverweigerungsrechte diejenigen, die sich strafbar gemacht hätten, auch in verwaltungsrechtlicher Hinsicht besser behandle als diejenigen, die sich gesetzeskonform verhalten würden, was krass gegen elementare Gerechtigkeitsvorstellungen verstosse.

⁵²²² BR, Pekuniäre Verwaltungssanktionen, BB1 2022 776, 89.

⁵²²³ Vgl. dazu WOHLERS/GODENZI, 1059 sowie 1047 ff.

⁵²²⁴ Vgl. so etwa SEILER, (Miss-)Verhältnis, 14; vgl. auch PFLAUM/WOHLERS, 539; WOHLERS/GODENZI, 1060 f.; MACULA, Mitwirkungspflichten, 68; GETH, Mitwirkungspflichten, 158; C. BECK, N 776.

⁵²²⁵ MACULA, Mitwirkungspflichten, 68 mit Verweis auf AUER, Verhältnis, 11 f.; vgl. auch GETH, Mitwirkungspflichten, 158; C. BECK, N 776.

würde dann die Kompetenz der Aufsichtsbehörden treten, bspw. Durchsuchungen und Beschlagnahmen anzuordnen.⁵²²⁶

- 1843 SEILER kritisiert diesen Ansatz dahin gehend, dass dadurch ein weniger einschneidendes Mittel (die Mitwirkungspflicht) durch einschneidendere Zwangsmittelkompetenzen ersetzt werden würde, was zu Mehraufwand aufseiten der Verwaltungsbehörden führen und im Übrigen wohl von niemandem «als bürgerfreundlicher und rechtsstaatlicher» bezeichnet werden würde.⁵²²⁷ Zudem ist u.a. mit BECK zu bedenken, dass die Aufsichtsbehörden aufgrund ihrer gesetzlichen Funktion nicht darauf hinzuwirken haben, einen hinreichenden Tatverdacht festzustellen,⁵²²⁸ was allerdings eine massgebliche Voraussetzung für die Anordnung von Zwangsmassnahmen durch die Strafverfolgungsbehörden darstellt.⁵²²⁹ Abhängig von der Organisation der Aufsichtsbehörden sind im Übrigen allenfalls organisationsinterne Implikationen zu beachten, wenn die strafrechtliche Abteilung mit Kompetenzen ausgestattet wird, die es ihr erlauben, «hoheitlich» gegenüber einer anderen Abteilung aufzutreten.⁵²³⁰ Schliesslich bestehen grundsätzliche Bedenken gegen einen Ausbau von Zwangsmittelkompetenzen der Behörden, wenn dieser auf eine Umgehung der strafrechtlich Selbstbelastungsfreiheit hinauslaufen würde und folglich auch auf einen Widerspruch zum Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) bzw. zum Fairnessgebot.⁵²³¹

2.2 Strafprozessuales Beweisverwertungsverbot?

- 1844 Zahlreiche Ansätze in der Lehre knüpfen schliesslich an die Frage nach der Verwertbarkeit von Informationen an, die im Verwaltungsverfahren ohne Beachtung der Selbstbelastungsfreiheit gewonnen wurden. Während ein Lehrstrang betont, dass der Nemo-tenetur-Grundsatz nur im Strafprozess zu gelten habe, weshalb andere Informationen im Strafverfahren grundsätzlich verwertbar seien,⁵²³² spricht

⁵²²⁶ Vgl. WOHLERS, Selbstregulierung, 296 f.; vgl. auch BENEDICK, 180; vgl. auch ZULAUF, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 443; BR, Pekuniäre Verwaltungssanktionen, BBl 2022 776, 89 f.

⁵²²⁷ Vgl. SEILER, (Miss-)Verhältnis, 17 (mit Verweis auf FLACHSMANN/WEHRENBURG, 315).

⁵²²⁸ Vgl. C. BECK, N 777 ff.; vgl. auch MEIER, 294.

⁵²²⁹ Vgl. Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO.

⁵²³⁰ Vgl. so mit Blick auf Swissmedic, BURRI, 119.

⁵²³¹ *Ebd.*

⁵²³² Vgl. etwa SCHLAURI, 21 ff. und 187 f.; kritisch dazu SEILER, (Miss-)Verhältnis, 13 f.; vgl. auch JOSITSCH/SCHMID, N 782 (sowie Fn. 20), die sich auf den Standpunkt stellen, dass von der Verwertbarkeit auszugehen sei, wenn das betreffende Beweismittel «im

sich die Mehrheit der Lehre für ein strafprozessuales Beweisverwertungsverbot hinsichtlich jener Informationen aus, die durch Mitwirkungspflichten im Verwaltungsverfahren erzwungen wurden.⁵²³³

Demgegenüber gilt es als grundsätzlich unproblematisch, wenn im Verwaltungsverfahren auf Sachverhaltsfeststellungen des Strafverfahrens abgestellt wird.⁵²³⁴

Nicht geklärt ist, ob von einem absoluten oder einem relativen Beweisverwertungsverbot auszugehen ist. Im Anwendungsbereich der StPO statuiert Art. 141 Abs. 1 StPO ein absolutes Beweisverwertungsverbot für Beweise, die in Verletzung eines Beweiserhebungsverbotes nach Art. 140 Abs. 1 StPO erhoben wurden. Ferner wird nach Art. 141 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 158 StPO von einem absoluten Beweisverwertungsverbot ausgegangen, wenn es die Behörden versäumt haben, die beschuldigte Person auf ihre Rechte einschliesslich des Mitwirkungsverweigerungsrechts aufmerksam zu machen. Für Beweise, die die Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, gilt nach Art. 141 Abs. 2 StPO hingegen ein relatives Beweisverwertungsverbot, wonach sie im Grundsatz nicht verwertet werden dürfen, es sei denn, ihre Verwertung wäre zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich. 1845

Einklang mit dem Grundtenor der entsprechenden Vorschriften der StPO» erhoben worden sei. Sie verweisen beispielhalber auf eine Erklärung gegenüber der beschuldigten Person, sie brauche nicht zum eigenen Nachteil auszusagen und könne sich anwaltschaftlich verbeistanden lassen. Eine solche Erklärung könne für eine Verwertbarkeit ausreichen, auch wenn sie nicht genau der Belehrung von Art. 158 Abs. 1 StPO entspreche.

⁵²³³ Zu den Vertreterinnen und Vertretern dieser Lehrmeinung gehören u.a.: WOHLERS, Selbstregulierung, 297 f.; vgl. auch MACULA, Mitwirkungspflichten, 70 m.w.H.; BENEDICK, 179; NIGGLI/RIEDO, 63; GLESS, 733 f.; C. BECK, N 719 ff., N 780 ff. und N 797 ff.; wohl auch ZULAUF, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 444 f.; EICKER/GOLDENBERGER, Normensystem, 27; BURRI, 117 ff. mit Erwägungen aus der Praxis von Swissmedic; BERNASCONI, 583; NATTERER GARTMANN, 121; GETH, Mitwirkungspflichten, 159 f. und 164, sowie GETH, Selbstbelastungsfreiheit, 119 f., auch zur Anschlussfrage, ob etwa die FINMA unverwertbare Beweise an die Strafverfolgungsbehörden übermitteln darf oder nicht. (Er gibt zu bedenken, dass ein Übermittlungsverbot der möglicherweise unverwertbaren Beweise von der Aufsichtsbehörde an die Strafverfolgungsbehörden bedeuten würde, dass bereits die Aufsichtsbehörde über die Frage der Verwertbarkeit der Informationen entscheiden müsste, was zu einer Art Einstellungskompetenz der FINMA führen würde.) Vgl. auch aus der deutschen Lehre TEIXEIRA, 292 ff., der sich allerdings für ein Offenbarungsverbot ausspricht (*ebd.*, 294).

⁵²³⁴ Vgl. Urteil BVGer, A-2396/2022, 13.9.2023, E. 3.2.6 m.w.H. auf die Rechtsprechung.

- 1846 Weil es sich beim Nemo-tenetur-Grundsatz nach Art. 113 StPO um eine Gültigkeits- und nicht bloss um eine Ordnungsvorschrift handelt, wird vereinzelt vorgebracht, dass das relative Beweisverwertungsverbot nach Art. 141 Abs. 2 StPO zum Tragen komme.⁵²³⁵ Die Mehrheit der Lehre äussert sich allerdings kritisch zu einem solchen Ergebnis: Im Hinblick auf die Rechtsprechung des EGMR, der das Nemo-tenetur-Prinzip zum Kerngehalt eines fairen Verfahrens zählt,⁵²³⁶ wird davon ausgegangen, dass eine Verwertung von Beweismitteln, die unter Verletzung dieses Grundsatzes erlangt wurden, ein (absolutes) Beweisverwertungsverbot zur Folge habe.⁵²³⁷ Auch wenn man bedenkt, dass die Unterlassung des Hinweises auf das Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrecht zur absoluten Unverwertbarkeit der Beweise führt (Art. 141 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 158 StPO), würde es als stossend wahrgenommen werden, wenn dies nicht auch für eine Verletzung gegen dieses Recht an sich gelten würde.⁵²³⁸
- 1847 Ein Beweisverwertungsverbot kann nicht verhindern, dass Informationen aus konnexen anderen Verfahren Ausgangspunkt für eigene Beweiserhebungen der Strafbehörden bilden können.⁵²³⁹ Es führt jedoch dazu, dass die durch eine Aufsichtsbehörde erlangten Informationen nicht in einem darauffolgenden Strafverfahren gegen die Beschuldigten verwendet werden dürfen.⁵²⁴⁰ Damit dieser Informationstransfer tatsächlich unterbleibt, wird eine strikte Trennung der Verfahren und deren Führung durch voneinander abgeschirmte Stellen vorgeschlagen,⁵²⁴¹ ebenso die Sistierung des Verwaltungsverfahrens bis nach Abschluss des Straf-

⁵²³⁵ OTT, 197 ff.; vgl. auch MACULA, Mitwirkungspflichten, 31 f.; SK StPO-LIEBER, Art. 113 N 54c.

⁵²³⁶ Vgl. etwa EGMR, *Saunders gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 19187/91, 17.12.1996, Reports 1996-VI, § 68; dazu auch vorne N 1733 m.w.H. – Der EGMR ist allerdings zurückhaltend in Bezug auf die Statuierung von allgemeinen Beweisverwertungsverboten und überlässt diese Frage dem innerstaatlichen Recht. Vgl. etwa EGMR, *Jalloh gegen Deutschland*, Nr. 54810/00, 11.7.2006, Reports 2006-IX, § 94 f.; vgl. dazu auch C. BECK, N 722 m.w.H.

⁵²³⁷ OTT, 160 f. und 198 f. m.w.H.; vgl. auch MACULA, Mitwirkungspflichten, 32 f.; SK StPO-LIEBER, Art. 113 N 54c; C. BECK, N 780; BSK StPO-GLESS, Art. 141 N 79; DONATSCH/SMOKVINA, 868.

⁵²³⁸ Vgl. etwa DONATSCH/SMOKVINA, 868; C. BECK, N 720.

⁵²³⁹ Vgl. so JOSITSCH/SCHMID, N 782.

⁵²⁴⁰ Vgl. GETH, Mitwirkungspflichten, 159 zur Situation vor der FINMA.

⁵²⁴¹ WOHLERS, Selbstregulierung, 297 f.; PFLAUM/WOHLERS, 536 m.w.H.; vgl. etwa auch BERNASCONI, 583 f.; AUER, 13; C. BECK, N 785 m.w.H.; REISER, Durchsetzung, N 248.

verfahrens,⁵²⁴² oder es wird eine Fernwirkung des Beweisverwertungsverbots postuliert, sodass auch alle Folgebeweise miteingefasst werden, die aufgrund der Missachtung des Verbots erlangt worden sind.⁵²⁴³

Beweisverwertungsverbote erschweren allerdings die praktische Durchsetzung 1848 des materiellen Strafrechts. Die Strafverfolgungsbehörden wären ohne die Informationen aus dem Verwaltungsverfahren oftmals mit grossen Beweisproblemen konfrontiert.⁵²⁴⁴ SEILER gibt darüber hinaus zu bedenken, dass die Trennung zwischen Straf- und Verwaltungsverfahren oftmals konstruiert anmutet, seien sich diese beiden Rechtsbereiche doch etwa bezüglich Eingriffsintensität der behördlichen Zwangsmittel sowie im Hinblick auf präventive und repressive *Ratio* der Durchsetzungsmittel sehr ähnlich.⁵²⁴⁵ MACULA zieht daraus jedoch den Schluss, dass eine Angleichung eher dafür spreche, dass der Nemo-tenetur-Grundsatz in Verwaltungsverfahren, die dem Strafprozess gleichen, genauso zu gelten habe wie im Strafprozess.⁵²⁴⁶

Entwicklungen in der Gesetzgebung deuten darauf hin, dass eine Tendenz besteht, die Problematik zwischen verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten 1849 und strafprozessualen Selbstbelastungsverbot mittels Beweisverwertungsverbotten anzugehen,⁵²⁴⁷ so etwa im Steuerrecht: Art. 183 Abs. 1^{bis} DBG sowie Art. 57a Abs. 2 und Art. 72g StHG wurden im Nachgang zur Verurteilung der Schweiz durch den EGMR im Fall *J.B. gegen die Schweiz* erlassen und sind seit dem 1. Januar 2008 in Kraft. Sie sehen vor, dass Beweismittel aus einem Nachsteuerverfahren in einem Strafverfahren wegen Steuerhinterziehung nur dann verwendet werden dürfen, wenn sie nicht unter Androhung einer Ermessensveranlagung und auch nicht unter Androhung einer Busse wegen Verletzung von Verfahrenspflichten beschafft worden sind.⁵²⁴⁸

⁵²⁴² BENEDICK, 179; SK StPO-LIEBER, Art. 113 N 61; BÖSE, 455 f. und 550 f.; REISER, Durchsetzung, N 249; vgl. dazu auch C. BECK, N 773, die in einer Sistierung allerdings nur in bestimmten Konstellationen einen Lösungsansatz sieht.

⁵²⁴³ Vgl. etwa GETH, Selbstbelastungsfreiheit, 120.

⁵²⁴⁴ Vgl. etwa MACULA, Mitwirkungspflichten, 71.

⁵²⁴⁵ SEILER, (Miss-Verhältnis), 16 f.

⁵²⁴⁶ MACULA, Mitwirkungspflichten, 72.

⁵²⁴⁷ Vgl. *ebd.*, 73 m.w.H. u.a. auf BERNASCONI, 584, der sich unter Berufung auf die «immanente Konsistenz (Kohärenz) der Rechtsordnung» dafür ausspricht, dass auch im Verwaltungsrecht die aktuellsten Tendenzen des Gesetzgebers berücksichtigt werden.

⁵²⁴⁸ MACULA gibt zu Recht zu bedenken, dass die Beschränkung des Beweisverwertungsverbots auf Fälle, in denen vorgängig eine Mahnung ausgesprochen und eine Sanktion angedroht worden sei, zu wenig berücksichtige, dass die «relevante Zwangssituation»

Eine weitergehende Lösung findet sich in Art. 104 Abs. 3 MWSTG. Nach dieser Bestimmung dürfen die von einer beschuldigten Person im Steuererhebungsverfahren erteilten Auskünfte und Beweismittel in einem Strafverfahren nur dann verwendet werden, wenn die beschuldigte Person einer solchen Verwertung zustimmt.⁵²⁴⁹ Ebenfalls an die Zustimmung knüpft Art. 21 Abs. 3 StAhiG an, wonach Informationen, die aufgrund der Mitwirkungspflicht einer Person erlangt wurden, in einem Strafverfahren nur dann gegen diese Person verwendet werden dürfen, «wenn die Person zustimmt oder die Informationen auch ohne ihre Mitwirkung hätten erlangt werden können».

- 1850 Der Gesetzgebung ist es bislang aber nicht gelungen, das unbefriedigende Spannungsverhältnis einer allgemeineren, einheitlichen Regelung zuzuführen, auch wenn die Lehre wiederholt auf die Notwendigkeit einer gesetzgeberischen Lösung hingewiesen hat.⁵²⁵⁰ Zwar wurde (im Zuge der Revision des BEHG) eine Regelung des Konflikts in Art. 13 VwVG diskutiert,⁵²⁵¹ jedoch im Parlament schliesslich abgelehnt⁵²⁵² – einerseits unter Hinweis auf ein Beweisverwertungsverbot, das sich bereits aus der Rechtsprechung und dem Völkerrecht ergebe,⁵²⁵³ andererseits aber auch nachdem Bundesrätin Eveline Widmer-Schlumpf vorgebracht

bereits aufgrund der gesetzlich vorgesehenen Sanktionsmöglichkeiten der Behörden entstehe und nicht erst durch eine konkrete Sanktionsandrohung (vgl. MACULA, Mitwirkungspflichten, 72 f.).

⁵²⁴⁹ Vgl. auch NIGGLI/RIEDO, 68 f. zu dieser Bestimmung, die allerdings auf erhebliche Schwierigkeiten in der praktischen Umsetzung hinweisen.

⁵²⁵⁰ Vgl. etwa GLESS, 734 f.; PFLAUM/WOHLERS, 539; BENEDICK, 180; FELLMANN/VETTERLI, 49.

⁵²⁵¹ Vgl. Antrag Ständerat Germann, AB 2011 S 1229 f., wonach Art. 13 VwVG um zwei Absätze ergänzt werden sollte mit dem folgenden Wortlaut: «Die Mitwirkungspflicht einer Partei entfällt, wenn in der gleichen Sache ein Strafverfahren gegen die betreffende Partei eingeleitet ist oder durchgeführt wird» (Art. 13 Abs. 3). «Beweise, welche die Behörde bei einer Partei trotz Fehlen der Mitwirkungspflicht erhoben hat, dürfen nicht an die für die Strafverfolgung zuständige Behörde weitergeleitet werden» (Art. 13 Abs. 4). Ferner sollte Art. 40 FINMAG um einen zusätzlichen Verweigerungsgrund (lit. d) ergänzt werden, sodass die FINMA die Bekanntgabe nicht öffentlich zugänglicher Informationen und die Herausgabe von Akten gegenüber Strafverfolgungsbehörden und anderen inländischen Behörden verweigern können sollte, soweit «sie zu einer Selbstbelastung einer im Aufsichtsverfahren mitwirkungspflichtigen Person führen» würden.

⁵²⁵² AB 2011 S 1230.

⁵²⁵³ Vgl. Votum BR Widmer-Schlumpf im Ständerat, AB 2011 S 1230.

hatte, dass dieses Problem («wenn es tatsächlich ein Problem ist»⁵²⁵⁴) nicht in der Aufsichtsgesetzgebung zu lösen sei, sondern im Strafprozessrecht.⁵²⁵⁵

Nachdem der Antrag zunächst im Ständerat abgelehnt worden war, bat der Antragsteller, Ständerat Germann, den Zweirat, sich den entsprechenden Fragen vertieft anzunehmen. Die nationalrätliche Kommission für Rechtsfragen beauftragte daraufhin das EFD am 29. März 2012 mit der Erstellung eines Berichts zum Thema; dieser lag am 11. April 2012 vor und wurde im Anschluss in der Kommission am 27. April 2012 beraten.⁵²⁵⁶ Dabei kam die Kommission zum Schluss, dass sich die Fragestellung nach der Verwertbarkeit von Informationen aus einem Aufsichtsverfahren in einem parallelen Strafverfahren in verschiedenen Rechtsgebieten stelle. Letztlich habe das Strafgericht im Rahmen der Beweiswürdigung darüber zu entscheiden, wobei es sich an die Rechtsprechung des EGMR zu halten habe.⁵²⁵⁷ Einer Verwaltungsbehörde dürfe eine solche strafprozessuale Frage nicht übertragen werden.⁵²⁵⁸ Der Bericht hielt ausserdem fest, dass eine gesetzliche Verankerung des unabhängig von einer ausdrücklichen rechtlichen Regelung geltenden Beweisverwertungsverbotes nicht notwendig sei.⁵²⁵⁹ Die Kommission schloss sich dieser Beurteilung an, sodass in der Folge die Anträge zurückgezogen wurden.⁵²⁶⁰ Insbesondere wurde darauf verzichtet, eine Kodifizierung für das Finanzmarktrecht vorzusehen, denn eigentlich – so wurde dies von der Kommission zu Recht festgehalten – müsste eine Kodifizierung als einheitliche Regel für sämtliche Rechtsgebiete verankert werden. Eine entsprechende Diskussion hätte allerdings den damaligen Rahmen der BEHG-Revision gesprengt.⁵²⁶¹ 1851

Es leuchtet ein, dass ein solches Unterfangen erhebliche Herausforderungen mit sich bringen würde, nicht zuletzt aufgrund der Tatsache, dass ja «das Aufsichtsrecht» keineswegs einheitlich geregelt ist. Aus rechtsstaatlicher Sicht überzeugt jedoch der Verweis allein auf den Umfang des Aufsichtsrechts nicht als Grund, 1852

⁵²⁵⁴ *Ebd.*, AB 2011 S 1230.

⁵²⁵⁵ *Ebd.*, wo sie ausführte: «In der Aufsichtsgesetzgebung ist nur die Aufsichtstätigkeit zu beachten und die Frage, welche Mitwirkung im Aufsichtsbereich notwendig ist. Das hat noch keinen Einfluss auf die strafrechtliche Ausgestaltung. Die strafrechtliche Ausgestaltung ist dann Sache des Strafprozessrechts.»

⁵²⁵⁶ AB 2012 N 1134.

⁵²⁵⁷ *Ebd.*

⁵²⁵⁸ AB 2012 N 1135.

⁵²⁵⁹ *Ebd.*

⁵²⁶⁰ *Ebd.*

⁵²⁶¹ *Ebd.*

um es keiner Regelung zuzuführen. Im Bericht des Bundesrates zu pekuniären Verwaltungssanktionen wurde die Thematik denn auch aufgegriffen und allfälliger Klärungsbedarf durch eine Regelung auf Gesetzesstufe angesprochen,⁵²⁶² allerdings auch zum Ausdruck gebracht, dass die Frage wie bisher auch der Verwaltungspraxis und Rechtsprechung überlassen werden könne.⁵²⁶³

2.3 Vermittelnder Vorschlag spezifisch für das Aufsichtsrecht?

- 1853 Anknüpfend an die vom EGMR und in der Folge auch vom Bundesgericht verwendete Fiktion, wonach sich gewisse Mitwirkungspflichten daraus ableiten lassen, dass sich die Betroffenen einem bestimmten Rechtsregime und damit einem besonderen Rechtsverhältnis zum Staat mit entsprechenden Rechten und Pflichten unterwerfen, entwickelte MACULA einen «vermittelnden» Lösungsansatz, der inzwischen wiederholt aufgegriffen worden ist. Er zeigt sich aufgrund der verbreiteten spezialgesetzlichen Dokumentationspflichten für das Aufsichtsrecht als besonders relevant. So etwa für Bereiche, wo «gewissen Rechtsunterworfenen Sonderrechte wie etwa Konzessionen oder Betriebsbewilligungen eingeräumt werden, um Tätigkeiten auszuüben, welche eine Gefahr für gewichtige öffentliche Interessen, wie das Funktionieren der Finanzmärkte oder die öffentliche Gesundheit, darstellen können».⁵²⁶⁴ MACULA argumentiert mit einem «Sonderstatus bzw. Sonderrechtsverhältnis» zwischen den Beaufsichtigten und dem Staat und führt aus, dass es nur als sachgerecht erscheine, wenn «aufgrund der besonderen Rechte der Beaufsichtigten und der besonderen Gefährlichkeit ihrer Tätigkeit auch gewisse Sonderpflichten zu ihren Lasten bestehen, welche auch ihre Selbstbelastungsfreiheit in erhöhtem Masse einschränken».⁵²⁶⁵ MACULA spricht von einem «Ausgleich», wenn eine strenge Beaufsichtigung durch eine Aufsichtsbehörde mit weitreichenden Kompetenzen vorgesehen sei, «welche für diese Aufgaben auf alle notwendigen Informationen zugreifen können muss».⁵²⁶⁶ Den Rechtsunterworfenen sei wiederum zuzumuten, strengere Mitwirkungspflichten einzuhalten.⁵²⁶⁷

⁵²⁶² BR, Pekuniäre Verwaltungssanktionen, BBl 2022 776, 83 ff. und 90.

⁵²⁶³ *Ebd.*, 82 und 90.

⁵²⁶⁴ MACULA, Mitwirkungspflichten, 74 f. A.A. ROTH, Zum Zweiten, N 30 f.; vgl. auch SUMMERS, 658, die zu bedenken gibt, dass unklar sei, wohin die Fiktion eines Rechtsverzichts führen könnte, lasse sich doch in Bezug auf fast jede «soziale Aktivität» so argumentieren.

⁵²⁶⁵ MACULA, Mitwirkungspflichten, 75.

⁵²⁶⁶ *Ebd.*

⁵²⁶⁷ *Ebd.*

Zur Bekräftigung ihrer Ausführungen verweist sie u.a. auf die besonderen strafrechtlichen Sorgfalts- und Garantenpflichten, die sich aus dem Gefahrensatz bzw. der Verantwortlichkeit für eine Gefahrenquelle ergeben.⁵²⁶⁸ Ferner stellt sie sich auf den Standpunkt, dass sich bei beaufsichtigten «grossen Unternehmen» eine stärkere Gewichtung der staatlichen Effizienzerwägungen rechtfertige.⁵²⁶⁹ Aus alledem folge, «dass im Rahmen aufsichtsrechtlicher Dokumentationspflichten eine weiter gehende Einschränkung des *nemo tenetur*-Prinzips zumutbar und sachlich zu rechtfertigen ist als in anderen Bereichen (...)».⁵²⁷⁰ MACULA verweist bspw. auf das Steuerrecht, wo es um «Jedermanns-Pflichten» gehe und entsprechend eine andere Beurteilung nötig sei.⁵²⁷¹ 1854

Abschliessend spricht sich MACULA für die Einführung einer Verzichtsmöglichkeit bzw. eher eines «notwendigen Verzichts»⁵²⁷² der Beschuldigten auf ihre Selbstbelastungsfreiheit aus.⁵²⁷³ Ein Verzicht auf Verteidigungsrechte sei möglich, allerdings nur unter sehr strengen Voraussetzungen: Er müsse in unmissverständlicher Weise erklärt werden und der beschuldigten Person müsse die Tragweite des Verzichts bewusst sein, weshalb MACULA sich dafür ausspricht, *de lege ferenda* «in den jeweiligen Spezialgesetzen ausdrücklich festzuhalten, dass mit der Unterstellung unter das jeweilige Sonderrechtsverhältnis und die entsprechende Gesetzgebung ein Verzicht der Rechtsunterworfenen auf ihre Selbstbelastungsfreiheit im Rahmen der spezialgesetzlichen Mitwirkungspflichten einhergeht».⁵²⁷⁴ Zudem seien die Behörden dazu anzuhalten, besonders auf diesen Verzicht hinzuweisen und sich die Kenntnisnahme der Gesuchsteller schriftlich bestätigen zu lassen.⁵²⁷⁵ 1855

Der Bericht des Bundesrates zu pekuniären Verwaltungssanktionen greift den so entwickelten, vermittelnden Ansatz auf im Rahmen seiner Diskussion verschiedener Optionen des Gesetzgebers, um auf das Spannungsfeld zwischen den verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten und dem Nemo-tenetur-Grundsatz zu reagieren.⁵²⁷⁶ Insbesondere die im Bericht geschilderte «Option 2» knüpft an ent- 1856

⁵²⁶⁸ Ebd.

⁵²⁶⁹ Ebd., 75 f.

⁵²⁷⁰ Ebd., 76.

⁵²⁷¹ Ebd., 75.

⁵²⁷² Ebd., 77, wo sie einräumt, dass die Gesuchsteller wohl einen Verzicht in Kauf nehmen würden, um eine bestimmte Tätigkeit ausführen zu können.

⁵²⁷³ Ebd., 74 ff.; vgl. auch MACULA, Selbstbelastung, 51 f. und 53 f.

⁵²⁷⁴ MACULA, Mitwirkungspflichten, 77; vgl. auch MACULA, Selbstbelastung, 53 f.

⁵²⁷⁵ MACULA, Mitwirkungspflichten, 77.

⁵²⁷⁶ BR, Pekuniäre Verwaltungssanktionen, BBl 2022 776, 81 ff.

sprechende Überlegungen und die Rechtsprechung sowohl des Bundesgerichts als auch des EGMR an, wenn sie einen grundsätzlichen «Vorrang der Mitwirkungspflichten» vorschlägt, diesen jedoch nur für «vorbestehend[e] Verwaltungsrechts- bzw. Aufsichtsverhältniss[e]» zulassen möchte.⁵²⁷⁷ Dafür sind einige Differenzierungen massgebend. Zum einen wird zwischen spezifischen und allgemeinen Mitwirkungspflichten unterschieden, zum anderen die Aufsicht über juristische Personen von der Aufsicht über natürliche Personen abgegrenzt: Während nämlich *spezifischen Mitwirkungspflichten* nach diesem Vorschlag Vorrang gegenüber der Selbstbelastungsfreiheit eingeräumt werden soll, gilt dies nicht für *allgemeine Mitwirkungspflichten*, die spezialgesetzlich nicht spezifisch festgelegt sind. Und weil spezialgesetzliche Mitwirkungspflichten v.a. im Rahmen der *Aufsicht über juristische Personen* vorgesehen sind, wären v.a. sie betroffen, während *natürliche Personen* sich nach wie vor auf den Nemo-tenetur-Grundsatz zum Schutz ihrer aus der Menschenwürde abgeleiteten Willensfreiheit berufen könnten.⁵²⁷⁸

- 1857 Von *spezifischen*, dem Grundsatz von *nemo tenetur* vorgehenden *Mitwirkungspflichten* spricht der bundesrätliche Bericht mit Blick auf die Herausgabe-, Dokumentations-, Berichterstattungs- oder Meldepflichten zwecks «Rechenschaftsablegung über die Art und Weise der beaufsichtigten Geschäftstätigkeit», die i.d.R. gestützt auf Dokumente erfolgt, zu deren Erstellung und Offenbarung bereits eine spezialgesetzliche Grundlage bestehe.⁵²⁷⁹ Die Dokumente liessen sich deshalb als «vorbestehend» bezeichnen.⁵²⁸⁰ Sie enthielten sachverhaltsbezogene Informationen, beinhalteten hingegen keine rechtliche Selbsteinschätzung im Sinne eines «Geständnisses» vonseiten der Unternehmen. Somit sei es den Unternehmen im Verlaufe des Verfahrens auch möglich, die rechtliche Würdigung der offenbarten Informationen in Frage zu stellen oder mit weiteren Beweismitteln zu ergänzen oder zu widerlegen versuchen; ihr Recht auf wirksame Verteidigung bliebe des-

⁵²⁷⁷ *Ebd.*, 83 ff.

⁵²⁷⁸ *Ebd.*, 86 und 87 f. sowie 91, wo ausgeführt wurde, für pekuniäre Verwaltungssanktionsverfahren gegenüber einer Partei, die sich in einem gewöhnlichen Hoheitsverhältnis zum Staat befinde (bspw. im Bereich des Steuerrechts, das «Jedermannspflichten» enthalte), erscheine Option 2 nicht als angemessen. – Vgl. auch ZULAUF, in: ZULAUF/Wyss, Finanzmarktenforcement, 453 ff., der sich ebenfalls dafür ausspricht, zwischen juristischen und natürlichen Personen und auch den betroffenen (finanzmarktrechtlichen) Aufsichtsgebieten zu unterscheiden und somit Individuen von einer Aussagepflicht zu befreien.

⁵²⁷⁹ BR, Pekuniäre Verwaltungssanktionen, BBl 2022 776, 85.

⁵²⁸⁰ *Ebd.*

halb gewährleistet.⁵²⁸¹ Betroffen wären somit lediglich (aber immerhin) Unterlagen, die es der Aufsichtsbehörde ermöglichen, die Einhaltung der (aufsichts-) rechtlichen Vorgaben zu überprüfen, damit aber auch auf die Abwehr von Gefahren für besonders gewichtige öffentliche Interessen hinzuwirken; der Bericht nennt z.B. die Verhinderung sozialschädlichen Verhaltens, das Funktionieren der Finanzmärkte sowie die öffentliche Gesundheit.⁵²⁸² Entsprechend gehe damit auch ein erhöhtes öffentliches Interesse an der wirksamen Verhinderung von Pflichtverletzungen einher, was wiederum für eine Priorisierung der Durchsetzung der Mitwirkungspflichten spreche.⁵²⁸³

Demgegenüber stellt sich der Bericht des Bundesrates auf den Standpunkt, dass ein *genereller* Vorrang für Mitwirkungspflichten, die nicht spezialgesetzlich festgelegte Melde-, Dokumentations- und Berichterstattungspflichten umfassen würden (wie etwa eine allgemeine Auskunftspflicht), zu weit gehe. Es bestehe ein Unterschied, «ob die Partei Auskunft zur Bedeutung von Vorkommnissen erteilen muss, oder ob sie – nur, aber immerhin – für die Aufsicht erforderliche Sachverhaltselemente und Dokumente betreffend diese Vorkommnisse offenbaren muss, ohne auf deren Inhalt einzugehen. Die Option 2 sollte auf im Voraus bestimmbare Unterlagen und dergleichen beschränkt bleiben, die im Zuge der Geschäftstätigkeit erstellt wurden oder hätten erstellt werden müssen. Eine Ausdehnung auf weitergehende Inhalte ginge dagegen mit Blick auf den Nemo-tenetur-Grundsatz zu weit. Mit der vorgeschlagenen Differenzierung zwischen spezifischen und allgemeinen Mitwirkungspflichten lässt sich eine Ausbalancierung der entgegenstehenden Interessen erreichen.»⁵²⁸⁴ 1858

3. Würdigung der diskutierten Lösungsansätze

Solange die Gesetzgebung die Diskrepanz zwischen Strafprozess- und Verwaltungsrecht nicht löst, wird die Frage nach dem Umgang mit verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten auf der einen und dem Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit auf der anderen Seite von den rechtsanwendenden Behörden und von den Gerichten im Einzelfall beantwortet werden müssen. Während im Strafprozessrecht das Recht, nicht aktiv zur eigenen Belastung beitragen zu müssen, als Kerngehalt eines fairen Verfahrens anerkannt wird, verlangt das Verwaltungsrecht, dass Auskünfte an die Behörden erteilt werden (selbst wenn diese belastend sind) und 1859

⁵²⁸¹ Ebd., 86.

⁵²⁸² Ebd., 85.

⁵²⁸³ Ebd.

⁵²⁸⁴ Ebd., 87.

an der Sachverhaltsfeststellung mitgewirkt wird. Den beiden Rechtsbereichen liegen damit grundsätzlich unterschiedliche Haltungen zugrunde – ein gemeinsamer Nenner ist schwer zu finden und weder die von der Praxis noch von der Lehre entwickelten Lösungsansätze vermögen restlos zu überzeugen. Grundsätzlich lassen sich zwei Ansätze unterscheiden: (i) vermittelnde Lösungsversuche, die etwa vom Bundesgericht und in der Lehre z.B. von MACULA vertreten wurden und letztlich eine Abwägung von Interessen zulassen, sowie (ii) dogmatische Positionen, die insb. aus der Strafrechtslehre stammen und die vorrangige Geltung von *nemo tenetur* auch im Verwaltungsverfahren betonen. Für beide Herangehensweisen lassen sich gute Argumente, aber auch Kritikpunkte anführen.

- 1860 Nach hier vertretener Auffassung vermag die im Fall *O'Halloran and Francis* vorgestellte und in der Folge von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sowie von der Lehre teilweise übernommene Fiktion einer konkludenten Einwilligung nicht recht zu überzeugen. Von einem Schweigen bzw. einer Nichtäusserung auf eine Einwilligung zu schliessen (oder auch auf einen anderen Willen), mutet konstruiert an und hat mit dem eigentlichen Willen der betreffenden Personen oftmals nicht viel zu tun. Die Fiktion funktioniert nur, indem in Kauf genommen wird, dass mit ihr der tatsächliche Wille der betroffenen Personen ignoriert wird und diesem Willen u.U. auch widerspricht. Dies wird bei faktischen Zwangssituationen besonders deutlich, und von nichts anderem kann ausgegangen werden, wenn etwa aufgrund der Beantragung einer Bewilligung für eine bestimmte Tätigkeit von einer konkludenten Einwilligung zu einem bestimmten, die Verfahrensrechte beschränkenden Rechtsregime ausgegangen wird bzw. von einem Verzicht der Rechtsunterworfenen auf bestimmte Rechte wie die Selbstbelastungsfreiheit. Denn wer einer Bewilligungspflicht untersteht, hat keine wirklichen Wahlmöglichkeiten, ausser auf die Ausübung der anvisierten Tätigkeit zu verzichten. Kommt ein Verzicht nicht in Frage, führt kein Weg an einer «Einwilligung» vorbei.
- 1861 Dessen ist sich auch MACULA bewusst, wenn sie im Laufe ihrer Ausführungen die Wortwahl anpasst und schliesslich nicht mehr vom «willentlichen», sondern vom «notwendigen Verzicht» spricht.⁵²⁸⁵ An dieser Problematik ändert sich auch nicht wirklich etwas, wenn – wie von MACULA *de lege ferenda* vorgeschlagen⁵²⁸⁶ – der Verzicht nicht nur gesetzlich ausdrücklich vorgesehen ist, sondern von den Beaufsichtigten in unmissverständlicher Weise schriftlich gegenüber den Behörden bestätigt wird, welche die Beaufsichtigten im Vorfeld auf einen solchen hingewiesen haben. Anders als etwa im Straf- und Obligationenrecht, wo die konkludente Ein-

⁵²⁸⁵ Vgl. MACULA, Mitwirkungspflichten, 76 f.

⁵²⁸⁶ *Ebd.*

willigung in Umsetzung des Grundsatzes «*volenti non fit iniuria*» etabliert ist, lässt deren Verwendung im Aufsichtsrecht nicht darüber hinwegtäuschen, dass dieser Rechtsbereich massgeblich durch das Subordinationsverhältnis zwischen dem die Aufsicht ausübenden Staat und den beaufsichtigten Privaten geprägt ist.⁵²⁸⁷ Auf den eigentlichen Willen der Beaufsichtigten wird im Kontext anzuordnender aufsichtsrechtlicher Instrumente regelmässig wenig bis keine Rücksicht genommen – das gehört zu den Wesenszügen des Aufsichtsrechts.⁵²⁸⁸

Ausgerechnet im besonders hierarchisch konzipierten Rechtsbereich des Aufsichtsrechts, in dem sich der Staat den Beaufsichtigten gegenüber als hoheitlich-anordnende Autorität gebärdet,⁵²⁸⁹ einen willentlichen Verfahrensrechtsverzicht über eine «Einwilligung» in bzw. eine «Unterwerfung» unter ein Sonderrechtsverhältnis anzunehmen, erscheint grundsätzlich als problematisch.⁵²⁹⁰ So kreierte «Rechtsinseln» begünstigen eine fragmentierte Rechtsordnung und werfen unweigerlich die Frage auf, wohin die Konstruktion von einzelnen mit eingeschränkten Verfahrensrechten einhergehenden Rechtsregimen führen soll. Gerade im Bereich des Aufsichtsrechts, wo Beaufsichtigte materiell-rechtlich mit weitgehenden Eingriffen in ihre Rechtspositionen rechnen müssen, kann ein Verzicht von Verfahrensrechten nicht leichthin angenommen werden, widerspricht eine solche «Lösung» doch auch dem Grundgedanken, wonach sich das materielle Recht und das Prozessrecht gegenseitig ergänzen und allfällige Schwächen des einen durch das andere kompensiert werden sollen.⁵²⁹¹

Aus dogmatischer Sicht sind die beharrlichen Stimmen, wonach *nemo tenetur* grundsätzlich – ohne Einwilligungskonstruktion – auch im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens zu gelten habe, sobald die Voraussetzungen dazu erfüllt seien,

⁵²⁸⁷ Dazu vorne insb. N 56.

⁵²⁸⁸ Vgl. so auch EGMR, *Chambaz gegen die Schweiz*, Nr. 11663/04, 5.4.2012, Sondervotum Richterin Power-Forde, wenn auch spezifisch zum Bereich des Steuerrechts, wonach «*l'appréciation des obligations fiscales et l'imposition d'amendes pour manquement à satisfaire aux exigences du droit fiscal ressortissent au «noyau dur des prérogatives de la puissance publique, le caractère public du rapport entre le contribuable et la collectivité restant prédominant»*». – Vgl. auch EGMR, *Ferrazzini gegen Italien*, Nr. 44759/98, 12.7.2001, § 29, wo das Gericht ausführte: «*The Court considers that tax matters still form part of the hard core of public-authority prerogatives, with the public nature of the relationship between the taxpayer and the community remaining predominant.*»

⁵²⁸⁹ Vgl. auch VOISARD, N 160 m.w.H.

⁵²⁹⁰ So wohl auch ZULAUF, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 451.

⁵²⁹¹ Dazu vorne N 1641 ff. m.w.H.

überzeugender. Die Frage stellt sich aber nach dem Umfang und der Umsetzbarkeit eines solchen Schutzes. Ausserdem ist zu unterscheiden, ob es sich im konkreten Fall um ein Aufsichtsverfahren mit strafrechtlichem Bezug handelt, sodass von einer Vorwirkung von Art. 6 EMRK auszugehen ist,⁵²⁹² oder ob ein Aufsichtsverfahren vorliegt, das in einer strafrechtlichen Massnahme i.S.v. Art. 6 EMRK mündet.⁵²⁹³

- 1864 Weist ein Aufsichtsverfahren einen genügenden Bezug zu einem möglichen Strafverfahren auf und kommt der Nemo-tenetur-Grundsatz deshalb im Verwaltungsverfahren zur Anwendung, tritt er neben die verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten.⁵²⁹⁴ Darauf folgend spricht einiges für eine differenzierte Lösung: Beziehen sich diese Mitwirkungspflichten etwa als Editionsspflichten auf bereits bestehende Unterlagen, die sich auf aufsichtsrechtliche Dokumentations- und Berichterstattungspflichten zurückführen lassen, kann argumentiert werden, die Herausgabepflicht der betroffenen Beaufsichtigten bezüglich dieser Unterlagen (und nur dieser) sei als *lex specialis* zur Selbstbelastungsfreiheit anzusehen.⁵²⁹⁵ Bezüglich aller übrigen möglichen Mitwirkungspflichten hingegen führt kein Weg an einer Verknüpfung der verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten der Beaufsichtigten mit einem strafprozessualen Beweisverwertungsverbot vorbei, sofern beide Vorgaben effektiv eingehalten werden sollen. Die Aufsichtsbehörden wären aufgrund der verwaltungsrechtlich geltenden Mitwirkungspflichten nicht von den für ihre Aufgabenerfüllung notwendigen Informationen abgeschnitten, die Strafbehörden könnten diese in einem Strafverfahren jedoch nicht gegen die Beschuldigten verwenden; deren Verfahrensrechte wären geschützt. Dabei ist ein Beweisverwertungsverbot durch das Strafgericht einem Übermittlungsverbot durch die Behörde vorzuziehen, käme doch sonst der Aufsichtsbehörde die Kompetenz zu, als die Informationen einholende Behörde letztlich auch über die Frage der Verwertbarkeit zu entscheiden.⁵²⁹⁶ Eine denkbare alternative Lösung könnte zudem

⁵²⁹² Dazu vorne N 1765 f. sowie N 1783 ff.

⁵²⁹³ Dazu vorne N 1764 sowie N 1294 ff. und N 1666 ff. – Für eine ähnliche Differenzierung spricht sich C. BECK (N 771 ff.) aus, allerdings im Kontext des finanzmarktrechtlichen Enforcementverfahrens.

⁵²⁹⁴ Dazu insb. vorne N 1765 f.

⁵²⁹⁵ Damit würde letztlich ein differenzierter Ansatz i.S.v. «Option 2» des bundesrätlichen Berichts zur Anwendung gelangen (dazu vorne N 1856 ff.). Vgl. im Übrigen auch etwa ZULAUF, in: ZULAUF/WYSS, Finanzmarktenforcement, 436, der mit Blick auf die Selbstbelastungsfreiheit zwischen «problematischen» und «unproblematischen» Beweismitteln unterscheidet.

⁵²⁹⁶ Vgl. GETH, Selbstbelastungsfreiheit, 119 f.

auch darin gesehen werden, dass die Aufsichtsbehörden der Strafverfolgungsbehörde die Unterlagen versiegelt zukommen lassen, sodass es Aufgabe des Strafgerichts würde, über eine Entsiegelung zu entscheiden.⁵²⁹⁷

Kommen die strafprozessualen Verfahrensvorgaben hingegen zum Tragen, weil sich die von den Aufsichtsbehörden angeordnete Massnahme als «strafrechtliche Anklage» i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK qualifizieren lässt, besteht ein anhaltender Konflikt zwischen der strafprozessualen Garantie und den verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten im Aufsichtsverfahren vor ein und derselben Behörde. Diese weiss zu Beginn ihrer Untersuchungen oftmals selber nicht, ob es zur Verhängung einer strafenden Massnahme kommt. Wie der Nemo-tenetur-Grundsatz in einer solchen Konstellation gewahrt werden kann, ist nicht geklärt. Ein Beweisverwertungsverbot vor derselben Behörde, die die Informationen erlangt hat, vermag jedenfalls nicht recht zu überzeugen.⁵²⁹⁸ 1865

Auch vor diesem Hintergrund erscheint es als nicht unproblematisch, den Aufsichtsbehörden Aufgaben und Funktionen der Strafbehörden zu übertragen und damit Untersuchungskompetenzen sowie Kompetenzen zur Anordnung einer Strafe zu vermischen. Im klassischen Strafverfahren wird die Tätigkeit der Untersuchungsbehörde von derjenigen des urteilenden Gerichts klar unterschieden. Während die Untersuchungsbehörde primär die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs anvisiert und deshalb auch eine parteiähnliche Stellung einnimmt, obliegt die objektive Rechtsanwendung einem unabhängigen Gericht als Entscheidungsinstanz. Eine entsprechende Kompetenzaufteilung ist im Verwaltungsverfahren aber regelmässig nicht der Fall. Die Aufsichtsbehörde als Strafbehörde vertritt primär das öffentliche Interesse, zu dessen Wahrung sie eingesetzt wurde.⁵²⁹⁹ 1866
Entsprechend schwierig ist es, von ihr in solchen Konstellationen die für die objektive Rechtsanwendung geforderte weitgehende Unabhängigkeit und Unparteilichkeit einer Entscheidungsinstanz zu fordern, mit der die notwendige Distanz zum Sachverhalt gewährleistet werden soll, um ein offenes Verfahren garantieren zu können.⁵³⁰⁰ Infolgedessen wäre der Vorschlag grundsätzlich zu begrüessen, die

⁵²⁹⁷ Vgl. dazu auch C. BECK, N 784 m.w.H. – Aus der Rechtsprechung zur Siegelung und Entsiegelung sichergestellter elektronischer Geräte im Verwaltungsverfahren vgl. BGE 148 IV 221, E. 2–4.

⁵²⁹⁸ Vgl. etwa auch MEIER, 307.

⁵²⁹⁹ Vgl. dazu vorne N 95 ff., N 547 ff. sowie N 1697.

⁵³⁰⁰ Vgl. etwa HÄNER, Beteiligte, N 391 ff. – Eingehend zum Anspruch auf unabhängige und unbefangene Beurteilung durch Aufsichtsbehörden vgl. vorne N 1669 ff.

Kompetenz zum Erlass strafrechtlicher Sanktionen von der Aufsicht zu trennen und einem anderen Gremium (in einem separaten Verfahren) zuzuweisen.⁵³⁰¹

Rechtsetzungstechnisch wäre dies in bestimmten Sachgesetzen relativ leicht möglich, wenn die aufsichtsrechtlichen Sanktionen mit strafrechtlichem Charakter bei den Strafbestimmungen aufgeführt werden könnten. So wäre lediglich eine «Umplatzierung» der Normen innerhalb des Gesetzes erforderlich. Durch eine Verschiebung von Aufsichtsmaßnahmen der FINMA unter die Strafbestimmungen des FINMAG (Art. 44 ff. FINMAG) bspw. würde die Zuständigkeit des EFD begründet, unter Anwendung des VStrR die entsprechenden Massnahmen zu erlassen.⁵³⁰² – Zu Recht wird allerdings zu bedenken gegeben, dass eine Ausweitung der Kriminalisierung von zusätzlichen Tatbeständen rechtspolitisch als nicht wünschenswert erscheine und dadurch auch der grundlegende Konflikt zwischen verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten und dem Nemo-tenetur-Grundsatz nicht gelöst werden würde.⁵³⁰³

- 1867 Für diejenigen Fälle, in denen eine klare und einheitliche Zuweisung einer Massnahme zum Strafrecht hingegen nicht möglich ist – wie so oft, wenn es im Einzelfall auf die Art und Schwere der angeordneten Sanktion ankommt⁵³⁰⁴ –, spricht einiges dafür, das zuständige Gremium für den Erlass der fraglichen Strafmassnahmen in den unterschiedlichen Aufsichtsbereichen zu diskutieren.⁵³⁰⁵ Vor einem spezialisierten und nicht für Aufsichtsaufgaben zuständigen «Sanktionskomitee», das möglicherweise auch innerhalb der Aufsichtsbehörde geschaffen werden könnte, liesse sich das Strafverfahrensrecht mit sämtlichen verfassungs- und konventionsrechtlichen Verfahrensgarantien eher beachten. Insgesamt wäre das Ziel, auf eine Trennung zwischen den zuständigen Entscheidungsgremien und den ihnen vorliegenden Verfahren hinzuwirken, sodass die möglichst vollständige Beachtung der einschlägigen Verfahrensgrundsätze (Nemo-tenetur-Grundsatz im Strafverfahren, Mitwirkungspflichten im Verwaltungsverfahren, faires Verfahren vor einer unabhängigen Behörde) eher realisierbar werden würde.⁵³⁰⁶

⁵³⁰¹ Vgl. etwa C. BECK, N 807 ff. und N 813 f.; vgl. auch MEIER, 310 f.; BRAIDI, *Interdiction*, 14; BERNASCONI, 583 f.

⁵³⁰² Vgl. Art. 50 Abs. 1 FINMAG. Zum Ganzen vgl. C. BECK, N 807 ff. m.w.H. und N 814; MEIER, 310 f.

⁵³⁰³ BR, Pekuniäre Verwaltungssanktionen, BBl 2022 776, 79.

⁵³⁰⁴ Zu diesem dritten sog. Engel-Kriterium vgl. vorne N 1299 sowie etwa N 1309 und N 1319.

⁵³⁰⁵ Bereits der EBK-Sanktionenbericht (43 f., 47 und 53 f.) schlug vor, bei der Aufsichtsbehörde ein unabhängiges «Sanktionskomitee» zu schaffen. Vgl. dazu etwa C. BECK, N 809.

⁵³⁰⁶ Vgl. dazu etwa EBK, Sanktionenbericht, 53 f. mit Umsetzungsvorschlägen; vgl. auch REISER, *Durchsetzung*, N 248.

Das Aussagedilemma würde durch solche organisationsrechtlichen Neuerungen 1868 aber nicht ein für alle Mal gelöst werden. Es müsste (nach wie vor) geklärt werden, wie verhindert werden könnte, dass die während der laufenden Aufsicht («verwaltungsrechtlich») erhobenen Informationen letztlich in das Strafverfahren gelangen und so zur Umgehung des Nemo-tenetur-Grundsatzes führen. Aber auch damit wären die grundsätzlichen Konflikte nicht gelöst, die mit den unterschiedlichen Rollen der Aufsichtsbehörden einhergehen. Es kommt hinzu, dass die Anordnung eines behördeninternen Sanktionskomitees immer noch der Aufsichtsbehörde zugerechnet werden würde. – Die Kernfrage, über die damit letztlich entschieden werden müsste, ist, ob an der bestehenden Akkumulation von weitreichenden Kompetenzen bei einzelnen Aufsichtsbehörden festgehalten werden soll.

§ 4 Zusammenführung der Erkenntnisse

- 1869 Mit den unterschiedlichen Aufgaben der Aufsichtsbehörden gehen regelmässig diverse Verfahrensfragen einher, die sich kaum über den konkreten Einzelfall hinaus für das Aufsichtsverfahren als solches beantworten lassen. Dessen ungeachtet, werden rechtsbereichsübergreifend oftmals ähnliche verwaltungsverfahrensrechtliche Fragen aufgeworfen.
- 1870 § 1 greift einige ausgewählte Aspekte des nichtstreitigen Aufsichtsverfahrens auf, die immer wieder zu Unklarheiten führen. Dazu gehören Fragen nach dem Zeitpunkt der Eröffnung des Aufsichtsverfahrens, zur Feststellung des Sachverhalts im Aufsichtskontext, zur Parteistellung Dritter sowie zu den unterschiedlichen, oftmals auch informellen Handlungsformen, derer sich die Aufsichtsbehörden regelmässig bedienen. Dabei fällt auf, dass das Aufsichtsverfahren insgesamt wenig geregelt ist. Dies bewirkt oftmals eine unsichere und intransparente Rechtslage für weite Strecken des nichtstreitigen Verwaltungsverfahrens.
- 1871 Problematisch ist auch die Tatsache, dass die Gerichte die Aufsichtsentscheide oftmals nur zurückhaltend überprüfen, jeweils mit Verweis auf das besondere fachspezifische Wissen der Aufsichtsbehörden, das den (auf einer vorwiegend juristischen Grundlage fungierenden) Gerichten grösstenteils abgeht. Das Dilemma lässt sich kaum lösen: Die faktischen Überprüfungsmöglichkeiten der Aufsichtsentscheide durch das Bundesverwaltungsgericht im Besonderen sind bei fachspezifischen Problemstellungen regelmässig limitiert. Respektiert das Gericht aufgrund dessen das Sachverständigenermessen der Aufsichtsbehörden und hält es sich dementsprechend im Rahmen seiner richterlichen Nachkontrolle zurück, bedeutet dies, dass die Entscheide der Behörden nur wenig kontrolliert werden würden und der Rechtsschutz eingeschränkt wäre.
- 1872 Im Ergebnis präsentiert sich das Aufsichtsverfahren als Verwaltungsverfahren, das i.d.R. auch verschiedene Formen informellen Verwaltungshandelns umfasst, wenigen normativen Vorgaben zu genügen hat und durch einen weitgehenden Beurteilungs- und Ermessensspielraum der Aufsichtsbehörden geprägt ist, der wiederum nur beschränkt einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich gemacht wird.
- 1873 Unterschiedliche Ansätze werden diskutiert, die vor diesem Hintergrund die Stellung der Beaufsichtigten im streitigen Aufsichtsverfahren zu verbessern versuchen, wobei es eine einzige vollumfängliche Lösung für die Problematik nicht gibt. Überzeugend erscheint der Versuch, gewissermassen zur Kompensation der eingeschränkten richterlichen Nachkontrolle und als Ausgleich der damit verbun-

denen Rechtsschutzdefizite die Rechtsstellung der Betroffenen im (nichtstreitigen) Verfahren vor den Aufsichtsbehörden zu verbessern. Zu diesem Zweck wird gefordert, dass das Aufsichtsverfahren hohen verfahrensrechtlichen Standards zu genügen habe. An die Stelle einer gerichtlichen Richtigkeitskontrolle über einen gefällten Aufsichtsentscheid solle die richterliche Überprüfung der Verfahrensgerechtigkeit treten und damit die Prüfung, ob das Verfahren so ausgestaltet worden sei, dass ein differenzierter, sachrichtiger und sachgerechter Entscheid möglich gewesen sei.⁵³⁰⁷ In diesem Sinne ist eine Stärkung der Verfahrensgarantien im nichtstreitigen Aufsichtsverfahren zu begrüßen.

Wie in § 3 aufgezeigt wurde, bestehen diverse Anknüpfungspunkte, um von einer weitgehenden Geltung verschiedener, auch gerichtlicher und strafrechtlicher Verfahrensgarantien im Aufsichtsverfahren auszugehen. Gestützt auf eine «funktionelle Betrachtungsweise» kommt es für die Frage nach den anwendbaren Verfahrensgarantien im Einzelfall nicht nur auf die grundsätzliche Qualifikation von Aufsichtsbehörden als Verwaltungsbehörden (im Anwendungsbereich von Art. 29 BV) an, sondern auch auf ihre tatsächlich eingenommene Funktion. Wie gesehen, nehmen Aufsichtsbehörden ganz unterschiedliche Aufgaben wahr. Somit ist im Einzelfall zu beurteilen, ob eine Aufsichtsbehörde rechtsprechend tätig ist und, wenn ja, inwiefern die aus Art. 30 BV auf Gerichtsverfahren anwendbaren Garantien auch im Aufsichtsverfahren zu beachten sind.⁵³⁰⁸ 1874

Ferner muss im Einzelnen geklärt werden, ob es sich um Streitigkeiten bezüglich «zivilrechtlicher Ansprüche und Verpflichtungen» oder um «strafrechtliche Anklagen» handelt, die wiederum die Beachtung der Garantien nach Art. 6 EMRK erforderlich machen. Die Qualifikation einer Massnahme zusammen mit dem Entscheid darüber, welche verfahrensrechtlichen Garantien zur Anwendung gelangen 1875

⁵³⁰⁷ Vgl. etwa M. MÜLLER, Rechtsverhältnis, 369 f. (wenn auch zu den besonderen Rechtsverhältnissen), der der «Verfahrensgerechtigkeit» die Funktion zuschreibt, Rechtsschutzdefizite auszugleichen. Vgl. auch THURNHERR, Verwaltungshandeln, N 455 ff. und insb. 457, wonach «die Dichte nachträglicher Überprüfung in einem *invers proportionalen Verhältnis* zur dem Verwaltungsverfahren attestierten eigenständigen Bedeutung steht» (Hervorhebung im Original). Vgl. dazu auch FEHLING, Eigenwert, 284 f. sowie 328 f., wo er allerdings von einer «generellen Absenkung der materiellrechtlichen Regelungs- und Kontrolldichte bei kompensatorischem Ausbau von Verfahrenssicherungen» abrät. In einzelnen Bereichen insb. «des Umwelt-, des Technik- und des Regulierungsrechts» stosse die «materiell-rechtliche Programmierung des Verwaltungshandelns» jedoch an Grenzen, so «dass die Verwaltung primär prozedural» gesteuert werden müsse.

⁵³⁰⁸ Dazu vorne insb. N 1680 ff.

gen, ist jeweils massgeblich vom Einzelfall abhängig. Eine abstrakte und formale Zuordnung von Aufsichtsinstrumenten zur Kategorie «Verwaltungs-» oder «Strafrecht» ist kaum möglich und ergibt auch hinsichtlich der Engel-Praxis des EGMR, die kasuistisch vorgeht und eine Qualifizierung jeweils auf verschiedene Kriterien gestützt vornimmt, wenig Sinn.⁵³⁰⁹

- 1876 Generell gilt, dass die Notwendigkeit, die behördliche Tätigkeit den Verfahrensgarantien zu unterstellen, umso grösser ist, je stärker diese Tätigkeit in grundrechtlich geschützte Positionen Privater eingreift.⁵³¹⁰ Lehre und Rechtsprechung gehen von höheren Anforderungen aus, wenn die entscheidende Instanz in richterlicher Funktion auftritt und ebenso wenn strafprozessuale Garantien zu beachten sind. Insgesamt ist zu beachten, dass die dem Aufsichtsrecht zugrunde liegende Hierarchie zwischen dem Staat und den beaufsichtigten Privaten⁵³¹¹ ein gewisses Risiko birgt, die Privaten im Verfahren gegenüber den Aufsichtsbehörden als subordiniert aufzufassen. Auch deshalb erscheint eine dem erhöhten Schutzbedürfnis Beaufsichtigter Rechnung tragende Verfahrensgestaltung als wesentlich.⁵³¹²
- 1877 Nach der hier vertretenen Ansicht ist deshalb ein sorgfältiger, ja «präventiver» Ansatz zu fordern, der von der grundsätzlichen Geltung der konventions- und verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien im Aufsichtsverfahren ausgeht. Die Verfahrensgarantien gelten grundsätzlich auch für Unternehmen, die beaufsichtigt werden, auch wenn gewisse Differenzierungen im Einzelfall notwendig sind. Ferner sind sie nicht nur im «klassischen», auf den Erlass einer Verfügung gerichteten, formell eröffneten Aufsichtsverfahren zu beachten, sondern auch für die «einfachen», «schlichten» oder «tatsächlichen» Aufsichtshandlungen, die i.d.R. keiner normativen Regelung zugeführt sind. Es ist jeweils im Einzelfall zu prüfen, ab welchem Zeitpunkt von einem «Verfahren» im Geltungsbereich der Verwaltungsprozessgesetze auszugehen ist bzw. im Hinblick auf das tatsächliche Verwaltungshandeln ein Betroffenheitsgrad vorliegt, der ein schutzwürdiges Interesse generiert, das die Geltung der Verfahrensgarantien erfordert.⁵³¹³

⁵³⁰⁹ Vgl. so im Ergebnis auch WALDMANN, Disziplinarwesen, 106 f.; vgl. auch HÄNER, Mindestgarantien, 39 f.

⁵³¹⁰ Vgl. so auch BJ, Gutachten vom 31.1.2005, VPB 70.46, Ziff. 3.2.

⁵³¹¹ Dazu vorne etwa N 56.

⁵³¹² Vgl. mit ähnlicher Argumentation (wenn auch in einem anderen Kontext) THURNHERR, Verwaltungshandeln, N 543.

⁵³¹³ Vgl. *ebd.*, N 930.

Die Verlagerung des Hauptaugenmerks vom gerichtlichen Rechtsschutz auf ein faires Verfahren bringt die Auffassung zum Ausdruck, dass der «Schutz des Rechts» nicht erst im verwaltungsexternen Rechtsmittelverfahren einsetzt, sondern bereits im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren.⁵³¹⁴ Sosehr eine Stärkung der Verfahrensgarantien im Verwaltungsverfahren wünschenswert ist, sowenig darf ausgeblendet werden, dass dadurch die Verwirklichung der Verfahrensgarantien in einem unabhängigen, die Aufsichtsentscheide überprüfenden Gerichtsverfahren nicht ersetzt werden kann.⁵³¹⁵ 1878

Es stellt sich die Frage, wie sich die unterschiedlichen und weitreichenden Kompetenzen der Aufsichtsbehörden u.a. (!) als Zulassungs-, Bewilligungs-, Vollzugs- und Strafbehörden miteinander vereinbaren lassen und wie etwa organisatorisch-institutionell auf die Sicherung unbefangener und unvoreingenommener Entscheidungsfindungsprozesse hingewirkt werden kann. Im Hinblick auf die verschiedenen Aufgaben und Funktionen der Aufsichtsbehörden kann von ihnen insb. nicht eine Verfahrensführung erwartet werden, die rein objektiv und frei von eigenen Aufsichtsinteressen erfolgen würde. Ferner lässt sich eine Aufteilung der Geltung der Verfahrensgarantien zwischen dem Verwaltungs- und dem Gerichtsverfahren nicht mit Sinn und Zweck der Verfahrensgarantien vereinbaren.⁵³¹⁶ 1879
Auch aus Sicht der Rechtsweggarantie erscheint es als fraglich, inwiefern eine «Vorverlagerung der Fairnessgarantien»⁵³¹⁷ ins Verwaltungsverfahren die richterliche Zurückhaltung im Beschwerdeverfahren zu rechtfertigen vermag, verlangt Art. 29a BV doch die Realisierung der Verfahrensgarantien in einem unabhängigen *Gerichtsverfahren*.⁵³¹⁸ Kurzum: Ein Fokus auf die Verfahrensgarantien kann zwar – gewissermassen im Sinne einer Symptombekämpfung – zu einer Verbesserung des Rechtsschutzes im Einzelfall beitragen. Die grundsätzlichen Fragestellungen, die im Spezialregime des Aufsichtsrechts angesichts der weitreichenden Kompetenzakkumulation aufseiten der Aufsichtsbehörden aufgeworfen werden, kombiniert mit vergleichsweise wenigen formell- und materiell-rechtlichen normativen Vorgaben und nur spärlichen gerichtlichen Überprüfungsmöglichkeiten, werden dadurch jedoch nicht angegangen.

⁵³¹⁴ Pointiert M. MÜLLER, Rechtsweggarantie, 177 f.

⁵³¹⁵ Vgl. BINDER, Expertenwissen, 125 f.; PH. EGLI, Garantien, 210 f.; PH. EGLI, Verwaltungsverfahren, 68, der die Vorverlagerung der Verfahrensgarantien als «strukturelles Manko» bezeichnet.

⁵³¹⁶ Vgl. BINDER, Expertenwissen, 125 f.

⁵³¹⁷ Vgl. auch PH. EGLI, Garantien, 210.

⁵³¹⁸ Botschaft BV, BBl 1997 I 502.

Schlussbetrachtungen

§ 1 Zusammenfassung der Erkenntnisse

«Staatliche Aufsicht über private Akteure der Wirtschaft» beschreibt ein Rechtsverhältnis, das im schweizerischen Recht weitverbreitet ist und zahlreiche unterschiedliche Rechtsbereiche prägt. Gleichwohl lässt eine rechtsbereichsübergreifende Gesamtbetrachtung der den Rechtsverhältnissen primär auf Bundesebene zugrunde liegenden normativen Vorgaben gewisse gemeinsame «aufsichtsrechtliche» Grundstrukturen und -mechanismen zutage treten, die oftmals ähnliche Rechtsfragen aufwerfen. Insofern rechtfertigt sich die Verwendung des Begriffs des «Aufsichtsrechts», allerdings verstanden als Oberbegriff über eine heterogene Rechtsmasse. 1880

Die vorliegende Untersuchung beleuchtet die staatliche Aufsicht über private Akteure der Wirtschaft in vier Kapiteln: Zunächst wird der Aufsichtsbegriff diskutiert,⁵³¹⁹ bevor die Aufsichtsbehörden,⁵³²⁰ die von ihnen verwendeten Instrumente⁵³²¹ sowie das dazu zu durchlaufende Verfahren⁵³²² näher untersucht werden. Die gewonnenen Erkenntnisse lassen sich wie folgt zusammenfassen: 1881

Kapitel I: Aufsichtsbegriff

Zu den wesentlichen untersuchten Merkmalen des verwendeten Aufsichtsbegriffs gehören: (i) das öffentlich-rechtliche (Aufsichts-)Rechtsverhältnis, (ii) die mit der Aufsicht verfolgten Zwecke sowie (iii) die Tätigkeit der beaufsichtigenden Instanzen.⁵³²³ 1882

Die vorliegende Untersuchung fokussiert auf die Beziehung zwischen dem aufsichtsausübenden «Staat» bzw. seinen Behörden einerseits und privaten Beaufsichtigten andererseits, und zwar auf Bundesebene.⁵³²⁴ Als «private Akteure der Wirtschaft» werden natürliche und juristische Personen des Privatrechts betrach- 1883

⁵³¹⁹ Kapitel I (N 29 ff.).

⁵³²⁰ Kapitel II (N 399 ff.).

⁵³²¹ Kapitel III (N 969 ff.).

⁵³²² Kapitel IV (N 1452 ff.).

⁵³²³ Dazu vorne N 29 ff. sowie die Zusammenführung der Erkenntnisse in N 173 ff.

⁵³²⁴ Dazu vorne N 31 ff. sowie N 46 ff.

tet, wobei v.a. das aufsichtsrechtliche Verhältnis gegenüber juristischen Personen im Vordergrund steht.⁵³²⁵ Indem kantonale und kommunale Aufsichtsmechanismen weitgehend ausgeklammert bleiben, wird eine leichte Schlagseite der vorliegenden Erkenntnisse in Kauf genommen, die jedoch keineswegs dahingehend ausgelegt werden sollten, dass die staatliche Aufsicht über Private hauptsächlich auf Stufe des Bundes stattfinden würde. Die aufsichtsrechtlichen Verhältnisse auf Kantons- und Gemeindeebene bieten interessante Anknüpfungspunkte für weitergehende Forschung, hätten jedoch den Rahmen der vorliegenden Untersuchung gesprengt.

- 1884 Die untersuchte staatliche Aufsichtstätigkeit verfolgt unterschiedliche Ziele.⁵³²⁶ Primär geht es um eine Rechtsaufsicht: Die Aufsichtsbehörden sind damit befasst, die Verwirklichung des materiellen Rechts zu gewährleisten.⁵³²⁷ Die dafür benötigten Prüfungsmassstäbe ergeben sich jeweils aus den einschlägigen Rechtsvorschriften, weshalb regelmässig die den anwendbaren Bestimmungen zugrunde liegenden Zielsetzungen (wirtschafts-)polizeilicher, (wirtschafts-)politischer, systemischer und/oder qualitätssichernder Natur mit der Rechtsaufsicht verknüpft sind.⁵³²⁸
- 1885 Zwei Grundfunktionen der Aufsicht lassen sich unterscheiden: die Überwachung des rechtmässigen Verhaltens der Beaufsichtigten einerseits (sog. Beobachtungsfunktion) sowie die nachträgliche Korrektur fehlerhaften Verhaltens (sog. Berichtungsfunktion) andererseits.⁵³²⁹
- 1886 Die Abgrenzung der «Aufsicht» von Begriffen wie «Kontrolle», «Überwachung» und «Regulierung» sowie «Steuerung» und «Lenkung» kann herausfordernd sein.⁵³³⁰ Die Erstellung einer differenzierten Typologisierung anhand solcher Begriffskategorien erscheint insgesamt jedoch als wenig ergiebig; ihrer Verwendung in der Rechtssprache mutet vielfach etwas Zufälliges an.⁵³³¹ Dennoch trägt eine Auseinandersetzung mit diesen Kategorien dazu bei, die Konturen des Aufsichtsbegriffs für die Zwecke dieser Untersuchung zu schärfen.

⁵³²⁵ Dazu vorne N 39 ff. sowie N 62 ff. mit weiteren Begriffsklärungen.

⁵³²⁶ Dazu vorne N 72 ff.

⁵³²⁷ Dazu vorne N 80 ff.

⁵³²⁸ Dazu vorne N 95 ff.

⁵³²⁹ Dazu vorne N 104 ff.

⁵³³⁰ Dazu vorne N 121 ff.

⁵³³¹ Dazu vorne N 180.

Das Aufsichtsrecht hat historische Wurzeln, die sich nicht zuletzt auf das *ius su- 1887*
premae inspectionis bzw. das Recht der höchsten Obergaufsicht der Territorialfürs-
ten im 18. Jahrhundert zurückführen lassen.⁵³³² Das Verständnis von staatlichen
Funktionen und Aufgaben hat sich im Laufe der Zeit allerdings verändert, ebenso
die Idee eines beaufsichtigenden Staates. Dementsprechend waren es unterschiedli-
che Faktoren, die zur Einführung von Aufsichtsmechanismen in unterschiedli-
chen Rechtsbereichen geführt haben.⁵³³³

Prägend für die staatliche Aufsicht über Private war das Auseinandertreten der 1888
Kategorien «Staat» und «Gesellschaft» im 19. Jahrhundert.⁵³³⁴ Die Unterschei-
dung prägt auch heute noch unser Denken. Die Trennung ist aber nicht natür-
lich vorgegeben, sie muss vielmehr immer wieder neu gezogen werden. Es ist ein
mitunter politischer Entscheid der Gesetzgebung, welche Themen welcher Seite
(der «privaten» oder der «staatlichen») zugeordnet werden, und somit auch, über
welche «privaten» Bereiche die staatliche Aufsicht ausgeübt wird, über welche
nicht und welche (allenfalls auch weiterführenden) Kompetenzen dem Staat in
anderen Bereichen eingeräumt werden sollen.⁵³³⁵ Verschiedene Verschränkungen
von Staat und Privaten in der Praxis verdeutlichen zudem, dass die beiden Pole
immer wieder zusammenrücken, ja zusammenarbeiten, auch im Rahmen der staat-
lichen Aufsichtsausübung.⁵³³⁶

Das Aufsichtsrecht der Gegenwart wird auch durch internationale Entwicklun- 1889
gen geprägt. Aufsichtsbehörden stehen regelmässig vor der Herausforderung, ihre
Aufsichtstätigkeit transnational erfüllen zu müssen. Oftmals sind sie dabei auf
eine internationale Kooperation mit den Aufsichtsbehörden anderer Staaten an-
gewiesen; im Rahmen der Amtshilfe werden notwendige Informationen ausge-
tauscht und die Arbeit der Korrespondenzbehörden praktisch unterstützt. So ent-
stehen informelle (Aufsichtsbehörden-)Netzwerke auf einer internationalen bzw.
transnationalen Ebene.⁵³³⁷

⁵³³² Dazu vorne N 183 ff.

⁵³³³ Vgl. dazu die geschichtliche Darstellung vorne N 200 ff., N 217 ff., N 253 ff. und
N 276 ff.

⁵³³⁴ Dazu vorne N 46 ff. und N 200 ff.

⁵³³⁵ Dazu vorne N 46 ff. und N 55 ff.

⁵³³⁶ Dazu vorne N 372 f. m.w.H.

⁵³³⁷ Dazu vorne N 300 ff., insb. N 304 ff. sowie N 312 ff.

- 1890 Nicht selten sind solche Netzwerke auch massgeblich am Erlass aufsichtsrechtlicher Standards beteiligt.⁵³³⁸ Damit entsteht allerdings eine nicht unproblematische Dynamik: Die Aufsichtsbehörden setzen diejenigen Normen, die sie wiederum selbst anwenden und durchsetzen. Vielfach schreiben die Standards auch eine Aufsichtsstruktur vor, womit die Eigendynamik des Aufsichtsrechts zusätzlich angekurbelt wird.⁵³³⁹ Angesichts solcher Entwicklungen werden Fragen zum Gewaltenteilungsprinzip sowie die demokratische Legitimation und Verantwortlichkeit solcher Behördennetzwerke aufgeworfen, die zu unterschiedlichen Lösungsvorschlägen führen. Stichworte dazu sind: Ausarbeitung formell-gesetzlicher Grundlagen zwecks Klärung der Aussenvertretungsbefugnisse und Verantwortlichkeiten, transparente Normsetzungsverfahren innerhalb ausdrücklich (gesetzlich) ermächtigter und sachverständiger Gremien, Sicherstellung gleichberechtigter Interessenvertretung, Überprüfbarkeit der Aufsichtsstandards.⁵³⁴⁰
- 1891 Privatisierungsbestrebungen fördern die Einführung aufsichtsrechtlicher Strukturen zusätzlich: Die Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf Private setzt jeweils eine staatliche Aufsicht über die neuen Aufgabenträger voraus.⁵³⁴¹
- 1892 Die Zunahme aufsichtsrechtlicher Mechanismen lässt sich zudem mit präventionsstaatlichen Tendenzen der heutigen Zeit begründen, «den Staat» für alle erdenklichen Fragestellungen und auch zur Abwehr abstrakter Risiken für die Gesellschaft zuständig zu erklären.⁵³⁴² Anhand des Aufsichtsrechts lassen sich zudem einige staatsinterne Veränderungen, die mit dem Präventionsstaat in Verbindung gebracht werden, illustrieren (so etwa die Zunahme von Bundeskompetenzen, Machtverschiebungen vom Parlament zur Exekutive sowie die Verbreitung informeller Verwaltungshandlungen zu Präventionszwecken).⁵³⁴³
- 1893 Neue Herausforderungen (auch) für das Aufsichtsrecht bringt die Digitalisierung mit sich. Die Suche nach Antworten zu zahlreichen neuen Fragestellungen eröffnet ein neues Forschungsfeld, das den Rahmen dieser Untersuchung allerdings sprengen würde.⁵³⁴⁴

⁵³³⁸ Dazu vorne N 325 ff.

⁵³³⁹ Dazu vorne insb. N 355 ff.

⁵³⁴⁰ Dazu vorne N 339 ff.

⁵³⁴¹ Dazu vorne N 367 ff.

⁵³⁴² Dazu vorne N 374 ff.

⁵³⁴³ Dazu vorne N 381 ff.

⁵³⁴⁴ Dazu vorne N 388 ff.

Kapitel II: Aufsichtsbehörden

Die staatliche Aufsichtsausübung über Private wird im gewaltenteiligen Staat als Funktion der Exekutive betrachtet.⁵³⁴⁵ Dessen ungeachtet sind Aufsichtsbehörden vielfach auch rechtsetzend⁵³⁴⁶ und rechtsprechend⁵³⁴⁷ tätig. Bewusst werden ihre Kompetenzen erweitert, um ihr fachspezifisches Wissen, ihre regelmässige Sachverhaltsnähe und ihre vergleichsweise schnellen und oftmals effizienten Reaktionsmöglichkeiten einbeziehen zu können. 1894

Aufsichtsbehörden erlassen eigene rechtsetzende und vollziehende Verordnungen.⁵³⁴⁸ Ferner sind sie in die Regulierung der Selbstregulierung eingebunden⁵³⁴⁹ und wirken auch regelmässig in ihrem Fachbereich im gewöhnlichen Rechtsetzungsverfahren mit.⁵³⁵⁰ 1895

Offen gewählte Gesetzesformulierungen räumen den Behörden zudem Ermessensspielräume ein, um sachgerechte Einzelfalllösungen zu ermöglichen. Vielfach reagieren sie auf solche ausserdem mit dem Erlass gesetzeskonkretisierender Vorgaben, auch zwecks Erläuterung der Behördenpraxis. Angesprochen sind damit Richtlinien, Mitteilungen, Merkblätter oder auch vollzugslenkende Verwaltungsverordnungen, die im Aufsichtsrecht weitverbreitet sind.⁵³⁵¹ 1896

Verwaltungsverordnungen werden von den Aufsichtsbehörden selbstständig erlassen, meist ohne gesetzliche Grundlage. Begründet wird dies u.a. mit der vom Bundesgericht vertretenen Auffassung, wonach solchen Normen der Rechtsnormcharakter fehle.⁵³⁵² In der Lehre wird diese Rechtsprechung inzwischen allerdings mehrheitlich in Frage gestellt⁵³⁵³ – nach hier vertretener Ansicht zu Recht, zumal sich die Vorgaben der Verwaltungsverordnungen regelmässig auf die Rechtsstellung der betroffenen natürlichen und/oder juristischen Personen auswirken und 1897

⁵³⁴⁵ Dazu vorne N 400 ff.

⁵³⁴⁶ Dazu vorne N 411 ff.

⁵³⁴⁷ Dazu vorne N 529 ff.

⁵³⁴⁸ Dazu vorne N 419 ff.

⁵³⁴⁹ Dazu vorne N 478 ff.

⁵³⁵⁰ Dazu vorne N 491 ff.

⁵³⁵¹ Dazu vorne N 462 ff.

⁵³⁵² Dazu vorne N 441 ff.

⁵³⁵³ Dazu vorne N 451 ff.

damit auch Aussenwirkung entfalten. Den Verwaltungsverordnungen kommt in der Aufsichtspraxis massgebliche Bedeutung zu.⁵³⁵⁴

- 1898 Obwohl sich die Rechtsetzungstätigkeit der Aufsichtsbehörden etabliert hat, wird sie immer wieder grundsätzlich kritisiert, insb. vor dem Hintergrund des Gewaltenteilungs-, Legalitäts- und Demokratieprinzips.⁵³⁵⁵ Ausserdem wird die Bedeutung unabhängiger Regelungen betont.⁵³⁵⁶ Daher wird der Vorschlag, die Rechtsetzungstätigkeit der Aufsichtsbehörden selbst einer gesetzlichen Grundlage zuzuführen – wie dies etwa im Finanzmarktbereich mit dem Erlass der FINMAG-VO geschehen ist –, begrüsst. So könnte eine normative Rückbindung der aufsichtsrechtlichen Kompetenzen gelingen und damit Transparenz und Vorhersehbarkeit sowie die demokratische Legitimation der behördlichen Tätigkeiten verbessert werden.⁵³⁵⁷
- 1899 Den Aufsichtsbehörden kommen auch justizähnliche Entscheidungskompetenzen zu.⁵³⁵⁸ Lehre und Rechtsprechung halten an ihrer Zuordnung zur Exekutive fest.⁵³⁵⁹ Dennoch sind gewisse Differenzierungen angebracht: In organisationsrechtlicher Hinsicht wird eine unabhängige Ausgestaltung sowohl bei Gerichten als auch bei Aufsichtsbehörden verlangt.⁵³⁶⁰ Verfahrenrechtlich ist zudem nicht ausgeschlossen, dass sich gewisse Behörden als «materielle Gerichte» qualifizieren lassen und in der Folge gerichtliche Verfahrensgarantien nach Art. 30 BV zur Anwendung gelangen.⁵³⁶¹
- 1900 Unterschiedliche staatliche Aufgabenträger (zentrale, dezentrale sowie solche verschiedener Gemeinwesen) üben Aufsichtsfunktionen aus.⁵³⁶² Auch steht die Rechtsform für dezentrale Aufsichtsbehörden nicht fest: Die Gesetzgebung ist bei der organisationsrechtlichen Ausgestaltung der Behörden weitestgehend frei.⁵³⁶³ Dennoch beschränken sich die Rechtsformen der ausgelagerten Aufsichtsbehörden auf Stufe des Bundes in der Praxis hauptsächlich auf öffentlich-rechtliche An-

⁵³⁵⁴ Dazu vorne N 458 ff.

⁵³⁵⁵ Dazu vorne N 502 ff. und N 507 ff.

⁵³⁵⁶ Dazu vorne N 522 ff.

⁵³⁵⁷ Dazu vorne N 514 ff.

⁵³⁵⁸ Dazu vorne N 529 ff.

⁵³⁵⁹ Dazu insb. vorne N 562 ff.

⁵³⁶⁰ Dazu vorne N 535 ff. und N 627 ff.

⁵³⁶¹ Dazu vorne N 540 ff., N 1669 ff. (insb. N 1676 ff.) sowie (eingehend) N 1680 ff.

⁵³⁶² Dazu vorne N 574 ff., N 577 ff., N 588 ff. und N 595 ff.

⁵³⁶³ Dazu vorne N 666 ff.

stalten einerseits und Behördenkommissionen andererseits.⁵³⁶⁴ Im Rahmen eines Vergleichs der auf Bundesebene tätigen Behörden geht diese Untersuchung auf ausgewählte organisationsrechtliche Aspekte beider Rechtsformen näher ein.⁵³⁶⁵

Dabei fällt auf, dass aktiv auf eine zunehmende Harmonisierung v.a. der behörden- 1901
internen Organisation öffentlich-rechtlicher Aufsichtsanstalten hingewirkt wird, die auf Bundesebene zu rechtsgebietsübergreifenden Vereinheitlichungstendenzen führt.⁵³⁶⁶ Auch wenn solche Entwicklungen grundsätzlich begrüsst werden, ist von «zu viel» Standardisierung abzuraten, soll doch sichergestellt werden, dass die organisationsrechtliche Ausgestaltung jeweils für die konkrete Aufsichtsbehörde und die von ihr wahrgenommenen Funktionen und Aufgaben passt.⁵³⁶⁷ Die Gesetzgebung ist auch nach wie vor weitestgehend ungebunden, wenn es darum geht, eine adäquate Rechts- und Ausgestaltungsform für eine Aufsichtsbehörde festzulegen.

Vergleichbare Bemühungen zur Vereinheitlichung der für dezentrale Aufsichts- 1902
behörden geltenden Unabhängigkeitsvorgaben fehlen bislang. Auch ein einheitliches Konzept zur Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden wurde bisher nicht erarbeitet. So bestehen zahlreiche unterschiedliche Vorschriften nebeneinander, die auf verschiedenen Regulierungsebenen diverse Aspekte der Unabhängigkeit in unterschiedlicher Regelungstiefe und -breite zu erfassen versuchen.⁵³⁶⁸ Regelungsbedarf wurde wiederholt angesprochen und besteht auch nach der hier vertretenen Auffassung.⁵³⁶⁹ Prägend auf die tatsächlich gelebte Behördenpraxis wirkt sich zudem v.a. auch die Unabhängigkeitssensibilisierung innerhalb der Behörden aus.⁵³⁷⁰

⁵³⁶⁴ Dazu vorne N 668 ff. und N 917 ff.

⁵³⁶⁵ Dazu vorne N 676 ff. (zu den öffentlich-rechtlichen Anstalten) sowie N 828 ff. (zu den Behördenkommissionen).

⁵³⁶⁶ Dazu vorne insb. N 915 ff. Ausserdem finden sich detaillierte Hinweise zu Vereinheitlichungstendenzen im Behördenvergleich (N 676 ff.).

⁵³⁶⁷ Dazu vorne insb. N 922 und insb. N 935.

⁵³⁶⁸ Dazu vorne N 936 ff.

⁵³⁶⁹ Dazu vorne insb. N 947 ff.

⁵³⁷⁰ Dazu vorne N 962 ff.

Kapitel III: Aufsichtsinstrumente

- 1903 Den Aufsichtsbehörden steht i.d.R. eine breite Palette von Instrumenten zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben zur Verfügung. Einen vordefinierten einheitlichen Katalog von Aufsichtsinstrumenten sucht man vergeblich. Die Aufsichtsbehörden sind mit jeweils eigenen, sachspezifischen Befugnissen ausgestattet, die entweder eine Grundlage in den einschlägigen Aufsichtsnormen haben oder von Lehre und Rechtsprechung fortlaufend entwickelt wurden.⁵³⁷¹
- 1904 Trotz aller Unterschiede bedienen sich die Aufsichtsbehörden vielfach ähnlicher Mechanismen, sodass sich verschiedene Kategorien von Aufsichtsinstrumenten bilden lassen. Differenzieren lässt sich u.a. zwischen Marktzutrittsschranken (Bewilligungs- und Konzessionserfordernissen ebenso wie Meldepflichten)⁵³⁷² und spezifischen Massnahmen zur Aufsichtsausübung über das (Markt-)Verhalten der Beaufsichtigten.⁵³⁷³ Letztere umfassen aufsichtsrechtliche Überwachungs- und Untersuchungsinstrumente⁵³⁷⁴ ebenso wie aufsichtsrechtliche Durchsetzungsmassnahmen,⁵³⁷⁵ die mit jeweils unterschiedlichen Wirkungsweisen einhergehen können. Zudem ist informelles Verwaltungshandeln der Behörden weitverbreitet.⁵³⁷⁶
- 1905 Die Aufsichtsinstrumente greifen u.U. erheblich in die Rechtspositionen der Beaufsichtigten ein. Aufsichtsrechtliche Durchsetzungsmassnahmen können Berührungspunkte zu Verwaltungsstrafen aufweisen und auch Abgrenzungsfragen aufwerfen.⁵³⁷⁷ Insgesamt scheint sich in unterschiedlichen Rechtsbereichen ein Sanktionssystem etabliert zu haben, das an der Dualität von (pönalen) verwaltungsrechtlichen Aufsichtsmassnahmen und aufsichtsrechtlichen Verwaltungsstrafen festhält.⁵³⁷⁸ Lassen sich gewisse Aufsichtsinstrumente im Einzelfall allerdings als «strafrechtliche Anklagen» i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK qualifizieren, gelangen die strafprozessualen Verfahrensgarantien zur Anwendung.⁵³⁷⁹

⁵³⁷¹ Dazu vorne insb. N 1332. Für einen Überblick vgl. N 971 ff.

⁵³⁷² Dazu vorne N 980 ff.

⁵³⁷³ Dazu vorne N 1059 ff. und N 1162 ff.

⁵³⁷⁴ Dazu vorne N 1063 ff.

⁵³⁷⁵ Dazu vorne N 1162 ff.

⁵³⁷⁶ Dazu vorne N 1155 ff.

⁵³⁷⁷ Dazu vorne N 1283 ff. und N 1288 ff.

⁵³⁷⁸ Dazu vorne insb. N 1292.

⁵³⁷⁹ Dazu vorne N 1294 ff.

Vielfach tangieren die Aufsichtsinstrumente die Grundrechte der Beaufsichtigten.⁵³⁸⁰ Regelmässig greifen sie in die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV ein.⁵³⁸¹ 1906
Handelt es sich bei den beaufsichtigten privaten Akteuren um juristische Personen, können Fragen zu ihrer Grundrechtsträgerschaft aufgeworfen werden.⁵³⁸²

Verfassungsrechtliche Vorgaben stecken den Rahmen der zulässigen Aufsichtstätigkeit der Behörden ab.⁵³⁸³ Die Untersuchung geht insb. auf die Bedeutung des Legalitäts- und des Verhältnismässigkeitsprinzips ein.⁵³⁸⁴ 1907
Insgesamt kommt sie zum Schluss, dass grundsätzlich erhöhte Anforderungen an die gesetzlichen Grundlagen im Aufsichtsrecht gelten.⁵³⁸⁵ Ausdrückliche gesetzliche Normen, die den Handlungs- und Eingriffsoptionen der Aufsichtsbehörden sowie ihrem Aufsichtsauftrag schärfere Konturen verleihen, verbessern die Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit und helfen zudem, die Aufsichtstätigkeit stärker zu legitimieren. Zudem tragen genügende gesetzliche Grundlagen dazu bei, die durch offene und unbestimmte Normen bewirkte Regelungsverlagerung auf die rechtsanwendenden Aufsichtsbehörden (die sich zu diesem Zweck regelmässig auf das Verhältnismässigkeitsprinzip stützen) verfassungsrechtlich wieder aufzufangen.

Kapitel IV: Aufsichtsverfahren

Auch wenn zahlreiche Unterschiede in der Ausgestaltung der aufsichtsrechtlichen Verfahren in den verschiedenen Sachbereichen bestehen, lassen sich einige Fragestellungen herausgreifen, die sich in verschiedenen Konstellationen regelmässig stellen. Im nichtstreitigen Aufsichtsverfahren gehören dazu u.a. Fragen nach dem anwendbaren Verfahrensrecht,⁵³⁸⁶ der Verfahrenseinleitung,⁵³⁸⁷ der Parteistellung⁵³⁸⁸ oder der Sachverhaltsfeststellung⁵³⁸⁹. 1908

⁵³⁸⁰ Dazu vorne N 1338 ff.

⁵³⁸¹ Dazu vorne insb. N 1338.

⁵³⁸² Dazu vorne N 1344 ff.

⁵³⁸³ Dazu vorne N 1349 ff.

⁵³⁸⁴ Dazu vorne N 1352 ff. und N 1430 ff.

⁵³⁸⁵ Dazu vorne insb. N 1381 ff., N 1426 ff. und N 1450.

⁵³⁸⁶ Dazu vorne N 1458 ff.

⁵³⁸⁷ Dazu vorne N 1463 ff.

⁵³⁸⁸ Dazu vorne N 1485 ff.

⁵³⁸⁹ Dazu vorne N 1497 ff.

- 1909 Die rechtsbereichsübergreifende Untersuchung des streitigen Aufsichtsverfahrens lässt einen tendenziell eingeschränkten Rechtsschutz im Aufsichtsrecht deutlich werden, und zwar insb. mit Blick auf aufsichtsrechtliche Realakte und Verwaltungsverordnungen.⁵³⁹⁰ Beide fordern das geltende verfügungszentrierte Verwaltungsverfahrenverständnis heraus. Hinzu kommt die vielfach praktizierte Zurückhaltung der Gerichte, wenn es um die richterliche Überprüfung der Entscheide von Aufsichtsbehörden geht.⁵³⁹¹ Sie wird damit begründet, dass die Behörden regelmässig über eine höhere Sachkompetenz und Vollzugsnähe verfügen als die juristisch ausgebildeten Gerichtsgremien. «Nicht ohne Not» möchten die Rechtsmittelinstanzen deshalb die Entscheide fachkompetenter, spezialisierter Behörden korrigieren. Dies führt dazu, dass die Gerichte weitgehend auf eigenständige Abklärungen verzichten.⁵³⁹² Es bestehen zwar verschiedene Ansätze zur Verbesserung des gerichtlichen Rechtsschutzes, sie greifen jedoch unterschiedlich und werfen zum Teil weitere Fragen auf.⁵³⁹³
- 1910 Zur Kompensation des eingeschränkten richterlichen Schutzes wird von verschiedenen Seiten gefordert, dass das Aufsichtsverfahren insgesamt hohen verfahrensrechtlichen Standards zu genügen habe, auch bereits im nichtstreitigen Aufsichtsverfahren (vor den Aufsichtsbehörden). Ist eine nachträgliche inhaltliche Richtigkeitskontrolle durch die Gerichte nicht möglich, sollen sie umso genauer prüfen können, ob ein Aufsichtsentscheid in einem fairen Verfahren und unter Einhaltung der verfassungs- und konventionsrechtlichen Verfahrensgarantien zustande gekommen ist.⁵³⁹⁴
- 1911 Der fokussierte Blick auf zwei ausgewählte Verfahrensgarantien⁵³⁹⁵ – den Anspruch auf unabhängige und unbefangene Beurteilung einerseits⁵³⁹⁶ und die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit (Nemo-tenetur-Grundsatz) andererseits⁵³⁹⁷ – zeigt, dass sich im Aufsichtskontext spezifische Fragen stellen können. So muss z.B. die in der Rechtsprechung vielfach wiederholte Grundregel, wonach

⁵³⁹⁰ Dazu vorne N 1568 ff. und N 1578 ff.

⁵³⁹¹ Dazu vorne N 1583 ff.

⁵³⁹² Eingehend zur Problematik gerichtlicher Zurückhaltung im Aufsichtskontext vgl. vorne N 1601 ff.

⁵³⁹³ Dazu vorne N 1620 ff.

⁵³⁹⁴ Dazu vorne N 1641 ff.

⁵³⁹⁵ Zu den Verfahrensgarantien im Aufsichtsverfahren im Allgemeinen vgl. vorne N 1646 ff.

⁵³⁹⁶ Dazu vorne N 1669 ff.

⁵³⁹⁷ Dazu vorne N 1757 ff.

die Anforderungen an die Unabhängigkeit von Gerichten gemäss Art. 30 Abs. 1 BV grundsätzlich nicht auf Verwaltungsbehörden übertragen werden können, mit Blick auf Aufsichtsbehörden hinterfragt und auch relativiert werden.⁵³⁹⁸ Schwierige Fragen stellen sich auch aufgrund der grundsätzlichen und kaum lösbaren Spannung zwischen den im Aufsichtsrecht geläufigen Mitwirkungspflichten der Beaufsichtigten einerseits und der strafprozessualen Mindestgarantie der Selbstbelastungsfreiheit andererseits.⁵³⁹⁹

§ 2 Abschliessende Gedanken

Die hier auf der Grundlage ausgewählter aufsichtsrechtlicher Normen und unter Berücksichtigung von Lehre und Rechtsprechung entwickelte Synthese der staatlichen Aufsicht über private Akteure der Wirtschaft verhilft einem wichtigen Bereich des Verwaltungsrechts zu besserer Sichtbarkeit und verleiht ihm schärfere Konturen. Denn obwohl aufsichtsrechtliche Strukturen weitverbreitet sind, wurden sie bisher kaum rechtsgebietsübergreifend einer dogmatischen Untersuchung zugeführt. 1912

Der häufige Rückgriff auf aufsichtsrechtliche Mechanismen lässt sich auf verschiedene Gründe zurückführen. Angesprochen wurden bereits die transnationalen Vorgaben und auch die geltenden Staatsauffassungen, die solche Entwicklungen in der heutigen Zeit fördern. Hinzu kommt, dass das Aufsichtsrecht Lösungen für diverse Zusammenhänge bereithalten kann: Wie ein Scharnier ermöglicht es eine Anbindung unterschiedlicher Rechtsbereiche (und damit auch Tätigkeiten Privater) an öffentliche Interessen. Es eignet sich häufig auch als Anknüpfungspunkt und Verbindungsstelle für die Überführung technischer Materien in das Recht, und zwar meist unabhängig von den aufgeworfenen Fragestellungen und betroffenen Rechtsgebieten. Die Einführung einer staatlichen Aufsicht über Private im Gesetzgebungsverfahren lässt sich ausserdem vielfach als politischer Kompromiss auffassen: Entsprechende Regelungen lassen sich sowohl als Antwort auf den Ruf nach staatlicher Regulierung verstehen als auch als Reaktion auf Befürchtungen, es dürfe «ja nicht zu viel Staat» eingeführt werden. 1913

⁵³⁹⁸ Dazu vorne N 1707 ff.

⁵³⁹⁹ Dazu vorne insb. N 1810 ff. und N 1816 ff.

- 1914 So unterschiedliche und sich manchmal auch widersprechende Erwartungen lassen sich allerdings nur schwierig gleichzeitig erfüllen, und das Aufsichtsrecht scheint geprägt zu sein von solchen Polaritäten:
- Der Wunsch nach einem starken, durchgreifenden staatlichen Regulierungsmechanismus steht dem Bestreben gegenüber, möglichst staatsunabhängige Aufsichtsbehörden zu schaffen.⁵⁴⁰⁰
 - Zwar bestehen diverse Harmonisierungsbestrebungen mit dem Ziel, standardisierte und einheitliche Regulierungsmechanismen in das Aufsichtsrecht einzuführen,⁵⁴⁰¹ parallel dazu werden aber die spezialisierten, auf Fachwissen und Expertise beruhenden fragmentierten Vorgaben im Aufsichtsrecht besonders hervorgehoben.⁵⁴⁰²
 - Dass die Aufsichtsbehörden selber rechtsetzend tätig sein können, ist etabliert, gleichzeitig werden Befürchtungen laut, u.a. das Gewaltenteilungsprinzip werde durch solche Entwicklungen verletzt.⁵⁴⁰³
 - Die massgebliche Bedeutung von Verwaltungsverordnungen im Aufsichtskontext ist anerkannt, dennoch wird auf klassischen Auffassungen zu dieser Erlassform beharrt und ihnen insb. Rechtsnormcharakter und Aussenwirkungen abgesprochen.⁵⁴⁰⁴
 - Generell werden die weitgehenden Kompetenzen vieler Aufsichtsbehörden meist kritisch betrachtet, dennoch erfolgt ihre richterliche Überprüfung meist nur eingeschränkt.⁵⁴⁰⁵
- 1915 Die Liste solcher Widersprüchlichkeiten liesse sich noch weiter fortführen – auch die vorne aufgeführten Erkenntnisse fänden ihren Platz. Es ist auf den ersten Blick nachvollziehbar, dass die Gesetzgebung zurückhaltend reagiert angesichts solch gegenläufiger Tendenzen, die sich z.T. kaum miteinander vereinbaren lassen. Unklare und inkonsequente, manchmal auch fehlende gesetzliche Grundlagen können aber nicht die Lösung sein. Sie führen zum aktuell sich abzeichnenden, problematischen Bild der Aufsichtsbehörden, denen von der Gesetzgebung weitgehende Kompetenzen und Ermessensspielräume zugestanden bzw. überlassen

⁵⁴⁰⁰ Zur Unabhängigkeit als Kernkriterium der Aufsicht vgl. vorne N 627 ff.

⁵⁴⁰¹ Dazu vorne etwa N 599 ff., N 915 ff. und N 922 ff. sowie N 948 ff.

⁵⁴⁰² Dazu vorne N 1502 ff. sowie N 1587 ff. und N 1595 ff. etwa zur zurückhaltenden gerichtlichen Kognitionsausübung. – Vgl. zum Ganzen auch B. SCHINDLER, Evolution, 435.

⁵⁴⁰³ Dazu vorne N 411 ff. und N 502 ff.

⁵⁴⁰⁴ Dazu vorne N 441 ff. sowie insb. N 451 ff.

⁵⁴⁰⁵ Zur gerichtlichen Zurückhaltung vgl. vorne insb. N 1587 ff., N 1595 ff. und N 1601 ff.

werden. Sie sind sowohl rechtsetzend als auch rechtsanwendend tätig und prägen das (durch sie anwendbare) Aufsichtsrecht entscheidend mit. Und weil sie mit spezialisiertem Fachwissen und massgeblichen Entscheidungsbefugnissen ausgestattet sind, werden ihre Entscheide und Handlungen von den Gerichten gleichwohl nur eingeschränkt überprüft. Auch ihre Verantwortlichkeit ist meist begrenzt.

Zum einen entstehen dadurch scheinbar «allmächtige Aufsichtsbehörden» – aber 1916 nicht nur. Allzu knappe rechtliche Vorgaben lassen zum anderen u.U. auch diejenigen Rechtsgrundlagen vermissen, die in einem konkreten Einzelfall für ein entschiedenes Durchgreifen notwendig wären. In Krisenzeiten werden die Aufsichtskompetenzen deshalb meist gestärkt, es rücken dann die mit ihnen in Verbindung gebrachten öffentlichen Interessen wieder mehr in den Vordergrund. Die Gefahr bei einer derart reaktiven, fallweisen Regulierung ist allerdings, dass dogmatische Überlegungen und eine gesamtheitliche Betrachtung des betroffenen «Aufsichtssystems» und seiner systematischen Einbettung in die Rechtsordnung häufig ausgeklammert bleiben.⁵⁴⁰⁶

Indessen wäre die Gesetzgebung gefragt, die grundsätzlichen Fragestellungen, die 1917 das Aufsichtsrecht in den verschiedenen Sachbereichen aufwirft, den erforderlichen eingehenden (politischen) Diskussionen zuzuführen, sie auf dieser Grundlage zu entscheiden und in der Folge verbindlich zu regeln. Vermutlich könnten manche Konflikte rund um das Aufsichtsrecht mittels einer gefestigten gesetzlichen Legitimationsbasis (zumindest etwas) entschärft werden, v.a. auch, wenn sie auf einer solchen Grundlage einer gerichtlichen Überprüfung zugeführt werden könnten. Verbesserter Rechtsschutz, aber auch die formell-rechtliche Klärung verschiedener Kompetenzfragen rund um die staatliche Aufsichtsausübung über private Akteure würden die rechtsstaatlich-demokratische Einbindung der Aufsicht stärken und damit nötige Voraussetzungen ihrer Verfassungsmässigkeit schaffen.

⁵⁴⁰⁶ Illustrativ dazu sind etwa die Überlegungen von REISER zum vielfach geforderten Ausbau des FINMA-Instrumentariums im Nachgang zur CS-Krise (REISER, Instrumente, 96 f.). Vgl. z.B. zu den vonseiten des Bundesrates vorgeschlagenen Massnahmen BR, Bericht Bankenstabilität, BBl 2024 1023 ff., 37, 41 ff., 47 ff. sowie insb. 207 ff.

Anhang

Mustererlass für Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht [Stand: 1. Juli 2016]

Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Anstalt X (BG über die Anstalt X [*Variante: Anstalt-X-Gesetz*], XG)

Entwurf

vom ...

*Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft,
gestützt auf Artikel ... der Bundesverfassung¹,
nach Einsicht in die Botschaft des Bundesrates vom ...²,
beschliesst:*

1. Abschnitt: Anstalt und Ziele

Art. 1 *X [=Name/Bezeichnung der Aufsichtsbehörde]
[Variante: Rechtsform und -persönlichkeit]*

¹ Die X [*hier im Mustererlass im Folgenden «Anstalt» genannt, im konkreten Organisationserlass jeweils durch den Namen/die Bezeichnung der Aufsichtsbehörde zu ersetzen*] ist eine öffentlich-rechtliche Anstalt des Bundes mit eigener Rechtspersönlichkeit.

² Sie organisiert sich selbst. Sie führt eine eigene Rechnung.

³ Sie wird nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen geführt.

⁴ Der Bundesrat legt die Bezeichnung und den Sitz der Anstalt fest.

⁵ Die Anstalt wird im Handelsregister eingetragen.

Anwendbare LS: 1, 23.

Art. 2 Ziele

¹ Der Bund verfolgt mit der Anstalt folgende Ziele:

- a. [*Auflistung der Schutzziele etc.*];
- b.

² Die Anstalt erfüllt zur Erreichung dieser Ziele die Aufgaben nach Artikel 3.

Anwendbare LS: –

¹ SR 101

² BBl ...

2. Abschnitt: Aufgaben

Art. 3

¹ Die Anstalt hat folgende Aufgaben:

- a. *[genaue Umschreibung der Aufgabe]*.
- b. ...
- c. ...

² Sie wirkt bei der Vorbereitung von Erlassen des Bundes in den Bereichen nach Absatz 1 mit.

³ Der Bundesrat kann der Anstalt gegen Abgeltung weitere Aufgaben im Bereich [...] übertragen *[den Bereich oder die Bereiche möglichst genau umschreiben oder, falls dies nicht möglich ist, folgende Formulierung ergänzen: ... weitere Aufgaben übertragen, die in engem Bezug zu den ihr gesetzlich übertragenen Aufgaben stehen und deren Erfüllung nicht beeinträchtigen]*.

⁴ Die Anstalt kann im Rahmen der Aufgaben nach diesem Gesetz *(oder: zur Erfüllung der Aufgaben nach Absatz 1 Buchstaben ... [genaue Bezeichnung der betreffenden Aufgaben])* mit internationalen Organisationen und Vereinigungen zusammenarbeiten.

Anwendbarer LS: 16.

3. Abschnitt: Organisation

Art. 4 Organe

Die Organe der Anstalt sind:

- a. der Verwaltungsrat;
- b. die Geschäftsleitung;
- c. die Revisionsstelle.

Anwendbare LS: 2, 3.

Art. 5 Verwaltungsrat: Zusammensetzung, Wahl und Organisation

¹ Der Verwaltungsrat ist das oberste Leitungsorgan. Er besteht aus *[höchstens x / x-y]* fachkundigen Mitgliedern.

² Die Mitglieder müssen von *[Bezeichnung der Branche]* unabhängig sein und dürfen nicht *[Ausschlussgründe definieren]* ausüben. Bewerberinnen und Bewerber müssen gegenüber dem Bundesrat ihre Interessenbindungen offenlegen.

³ Der Bundesrat wählt die Mitglieder des Verwaltungsrates und bezeichnet die Präsidentin oder den Präsidenten. Die Amtsdauer beträgt längstens vier Jahre. Der Bundesrat kann Mitglieder *[einmal / zweimal]* wiedewählen. Er kann sie aus wichtigen Gründen jederzeit abberufen.

⁴ Er legt die Honorare und die weiteren Vertragsbedingungen der Mitglieder des Verwaltungsrates fest. Das Vertragsverhältnis zwischen ihnen und der Anstalt untersteht dem öffentlichen Recht. Ergänzend sind die Bestimmungen des Obligationenrechts³ sinngemäss anwendbar.

³ SR 220

⁵ Die Mitglieder des Verwaltungsrates müssen ihre Aufgaben und Pflichten mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Anstalt in guten Treuen wahren.

⁶ Sie melden Veränderungen ihrer Interessenbindungen laufend dem Verwaltungsrat. Dieser informiert den Bundesrat darüber jährlich im Rahmen des Geschäftsberichts. Ist eine Interessenbindung mit der Mitgliedschaft im Verwaltungsrat unvereinbar und hält das Mitglied an ihr fest, so beantragt der Verwaltungsrat dem Bundesrat dessen Abberufung.

⁷ Die Mitglieder des Verwaltungsrates sind während der Zugehörigkeit zum Verwaltungsrat und nach deren Beendigung zur Verschwiegenheit über amtliche Angelegenheiten verpflichtet.

Anwendbare LS: 4 – 7, 9, 13, 16 – 18, 20, 21, 22a, 27, 30, 36.

Art. 6 Verwaltungsrat: Aufgaben

Der Verwaltungsrat hat folgende Aufgaben:

- a. Er erlässt die strategischen Ziele der Anstalt, unterbreitet sie dem Bundesrat zur Genehmigung, sorgt für deren Umsetzung und erstattet dem Bundesrat jährlich Bericht über deren Erreichung.
- b. Er erlässt das Organisationsreglement.
- c. Er erlässt das Verordnungsrecht, dessen Erlass an die Anstalt delegiert ist.
- d. Er trifft alle notwendigen Vorkehren zur Wahrung der Interessen der Anstalt und zur Verhinderung von Interessenkollisionen.
- e. Er erlässt die Personalverordnung und unterbreitet sie dem Bundesrat zur Genehmigung.
- f. Er schliesst den Anschlussvertrag mit der Pensionskasse des Bundes (PUBLICA) ab.
- g. Er regelt die Zusammensetzung, das Wahlverfahren und die Organisation des paritätischen Organs, sofern die Anstalt zusammen mit ihrem Personal und den zugeordneten Rentenbezügerinnen und Rentenbezügern ein eigenes Vorsorgewerk bildet.
- h. Er entscheidet über die Begründung, die Änderung und die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Direktorin oder dem Direktor; die Begründung und die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Direktorin oder dem Direktor bedürfen der Genehmigung durch den Bundesrat.
- i. Er entscheidet auf Antrag der Direktorin oder des Direktors über die Begründung, die Änderung und die Beendigung des Arbeitsverhältnisses der weiteren Mitglieder der Geschäftsleitung.
- j. Er beaufsichtigt die Geschäftsleitung.
- k. Er sorgt für ein der Anstalt angepasstes internes Kontrollsystem und Risikomanagement.
- (l. Er bestimmt die Verwendung der Reserven im Rahmen der Vorgaben.)
- m. Er verabschiedet das Budget [*und beantragt dem Bundesrat die Abgeltungen nach Artikel 13*].
- n. Er erstellt und verabschiedet für jedes Geschäftsjahr einen Geschäftsbericht. Er unterbreitet den revidierten Geschäftsbericht dem Bundesrat zur Genehmigung mit den Anträgen auf Entlastung und auf die Verwendung eines allfälligen Gewinns. Er veröffentlicht den Geschäftsbericht nach der Genehmigung.

Anwendbare LS: 4 – 7, 9, 13, 16 – 18, 20, 21, 22a, 27, 30, 36.

Art. 7 Geschäftsleitung

¹ Die Geschäftsleitung ist das operative Organ. Sie steht unter der Leitung einer Direktorin oder eines Direktors.

² Sie hat insbesondere folgende Aufgaben:

- a. Sie führt die Geschäfte.
- b. Sie erlässt die Verfügungen nach Massgabe des Organisationsreglements des Verwaltungsrates.
- c. Sie erarbeitet die Entscheidungsgrundlagen des Verwaltungsrates.
- d. Sie berichtet dem Verwaltungsrat regelmässig sowie bei besonderen Ereignissen ohne Verzug.
- e. Sie vertritt die Anstalt gegen aussen.
- f. Sie entscheidet über die Begründung, die Änderung und die Beendigung der Arbeitsverhältnisse des Personals der Anstalt; vorbehalten bleibt Artikel 6 Buchstabe i.
- g. Sie erfüllt alle Aufgaben, die dieses Gesetz nicht einem anderen Organ zuweist.

Anwendbare LS: 4 – 7.

Art. 8 Revisionsstelle

¹ Der Bundesrat wählt die Revisionsstelle. Er kann sie abberufen.

² Auf die Revisionsstelle und die Revision sind die Vorschriften des Aktienrechts zur ordentlichen Revision sinngemäss anzuwenden.

³ Die Revisionsstelle prüft die Jahresrechnung. Sie prüft ausserdem, ob im Lagebericht die Angaben zur Durchführung eines der Anstalt angemessenen Risikomanagements und zur Personalentwicklung den Tatsachen entsprechen.

⁴ Sie erstattet dem Verwaltungsrat und dem Bundesrat über das Ergebnis ihrer Prüfung umfassend Bericht.

⁵ Der Bundesrat kann bestimmte Sachverhalte durch die Revisionsstelle abklären lassen.

Anwendbare LS: 4, 7, 8, 18, 22.

4. Abschnitt: Personal

Art. 9 Anstellungsverhältnisse

¹ Die Geschäftsleitung und das übrige Personal unterstehen den Bestimmungen des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000⁴ (BPG).

² Die Anstalt ist Arbeitgeberin.

³ Die Personalverordnung unterliegt der Genehmigung durch den Bundesrat.

Anwendbare LS: 29, 30, 32.

⁴ SR 172.220.1

Art. 10 Pensionskasse

Die Geschäftsleitung und das übrige Personal sind bei PUBLICA nach den Bestimmungen der Artikel 32a–32m BPG⁵ versichert.

Anwendbare LS: 34, 35, 36.

5. Abschnitt: Finanzierung und Finanzhaushalt

Art. 11 Finanzierung

¹ Die Anstalt finanziert ihre Tätigkeiten aus:

- a. Gebühren [und Aufsichtsabgaben];
- b. jährlichen Beiträgen des Bundes zur Abgeltung der [... *genaue Bezeichnung der gesetzlich übertragenen Aufgabe/n*]).

² Einnahmen der Anstalt aus [Bussen / Sanktionen / eingezogenen Gewinnen] gehen an den Bund.

Anwendbare LS: 23 – 27.

Art. 12 Gebühren

¹ Die Anstalt erhebt Gebühren für:

- a. Verfügungen;
- b. (aufsichtsrechtliche Untersuchungen im Einzelfall)
- c. Dienstleistungen.
- d. ... [evtl. *genauere Bezeichnung von Aufgaben, Verfahren*].

² Der Bundesrat regelt die Gebühren im Rahmen von Artikel 46a des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997⁶.

Anwendbare LS: 26, 13.

(Art. 13 Abgeltungen des Bundes)

Der Bund gewährt der Anstalt jährliche Beiträge zur Abgeltung der ihr vom Bundesrat übertragenen Aufgaben nach Artikel 3 Absatz 3.

Anwendbarer LS: 26.

Art. 14 Geschäftsbericht

¹ Der Geschäftsbericht enthält die Jahresrechnung und den Lagebericht.

² Die Jahresrechnung setzt sich zusammen aus der Bilanz, der Erfolgsrechnung und dem Anhang.

³ Der Lagebericht enthält insbesondere Angaben zum Risikomanagement, zur Personalentwicklung und zu den Interessenbindungen der Mitglieder des Verwaltungsrates.

Anwendbare LS: 18 – 21.

⁵ SR 172.220.1

⁶ SR 172.010

Art. 15 Rechnungslegung

¹ Die Rechnungslegung der Anstalt stellt die Vermögens-, die Finanz- und die Ertragslage den tatsächlichen Verhältnissen entsprechend dar.

² Sie folgt den Grundsätzen der ordnungsgemässen Rechnungslegung, insbesondere der Wesentlichkeit, der Vollständigkeit, der Verständlichkeit, der Stetigkeit und der Bruttodarstellung.

³ Sie richtet sich nach einem anerkannten Standard zur Rechnungslegung.

⁴ Die aus den Rechnungslegungsgrundsätzen abgeleiteten Bilanzierungs- und Bewertungsregeln sind im Anhang zur Bilanz offenzulegen.

⁵ Das betriebliche Rechnungswesen ist so auszugestalten, dass Aufwände und Erträge nach den einzelnen über Gebühren [*und Abgeltungen; evtl. noch weitere Arten von Einnahmen wie Aufsichtsabgaben*] finanzierten Aufgabenbereichen ausgewiesen werden können.

⁶ Der Bundesrat kann Vorschriften zur Rechnungslegung erlassen. Er kann der Anstalt namentlich Abweichungen von anerkannten Standards zur Rechnungslegung oder Ergänzungen vorschreiben.

Anwendbare LS: 23, 25.

(Art. 16 Reserven)

Der Bundesrat kann festlegen, dass die Anstalt zur Finanzierung künftiger Investitionen und zur Deckung von Haftungsrisiken Reserven bildet.

Anwendbare LS: 22b, 27.

Art. 17 Tresorerie

¹ Die Eidgenössische Finanzverwaltung (EFV) verwaltet im Rahmen ihrer zentralen Tresorerie die liquiden Mittel der Anstalt.

² Sie gewährt [*kann*] der Anstalt zur Sicherstellung der Zahlungsbereitschaft im Rahmen ihrer Aufgabenerfüllung Darlehen zu marktkonformen Bedingungen [*gewähren*].

³ Die EFV und die Anstalt vereinbaren die Einzelheiten in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag.

Anwendbare LS: 12, 24.

Art. 18 Verantwortlichkeit

¹ Die Verantwortlichkeit der Anstalt, ihrer Organe, ihres Personals [*und der von ihr Beauftragten*] richtet sich unter Vorbehalt von Absatz 2 nach dem Verantwortlichkeitsgesetz vom 14. März 1958⁷.

² Die Anstalt und die von ihr Beauftragten haften nur, wenn:

- a. sie wesentliche Amtspflichten verletzt haben; und
- b. Schäden nicht auf Pflichtverletzungen einer oder eines Beaufsichtigten zurückzuführen sind.

Anwendbare LS: 11, 12.

⁷ **SR 170.32**

Art. 19 Steuern

¹ Die Anstalt ist im Rahmen ihrer Leistungen von jeder Besteuerung durch Bund, Kantone und Gemeinden befreit.

² Vorbehalten bleibt das Bundesrecht über:

- a. die Mehrwertsteuer;
- b. die Verrechnungssteuer;
- c. die Stempelabgaben.)

Anwendbarer LS: 28.

Art. 20 Liegenschaften

¹ Der Bund überlässt der Anstalt die [notwendigen / im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes genutzten] Liegenschaften [zur Nutznutzung / zur Miete]. Die Liegenschaften verbleiben im Eigentum des Bundes.

² Der Bund sorgt für den Unterhalt.

³ Der Bund stellt der Anstalt für die [Nutzniessung / Miete] der Liegenschaft einen angemessenen Betrag in Rechnung.

⁴ Die Begründung der [Nutzniessung / Miete] und die Einzelheiten werden in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen dem Bund und der Anstalt vereinbart.

Anwendbare LS: –

6. Abschnitt: Fachliche Unabhängigkeit und Aufsicht

Art. 21 Fachliche Unabhängigkeit

¹ Die Anstalt erfüllt ihre Aufgaben fachlich unabhängig.

² Sie erörtert mit dem Bundesrat [regelmässig / mindestens einmal jährlich] ihre strategischen Ziele, die Erfüllung ihrer Aufgaben (sowie aktuelle Fragen der [Bezeichnung der Wirtschafts- und Politikbereiche, in denen die Anstalt tätig ist]).

Anwendbare LS: –

Art. 22 Aufsicht über die Anstalt

¹ Die Anstalt untersteht der administrativen Aufsicht des Bundesrates. [Gleichbedeutende Variante: Der Bundesrat beaufsichtigt die Anstalt unter Wahrung ihrer fachlichen Unabhängigkeit.]

² Zur Aufsicht des Bundesrates gehören insbesondere folgende Befugnisse:

- a. die Wahl und die Abberufung der Mitglieder des Verwaltungsrates und von dessen Präsidentin oder Präsidenten;
- b. die Wahl und die Abberufung der Revisionsstelle;
- c. die Genehmigung:
 - 1. der strategischen Ziele der Anstalt,
 - 2. der Begründung und der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Direktorin oder dem Direktor,
 - 3. Personalverordnung und des Anschlussvertrags mit PUBLICA,

4. des Geschäftsberichts und des Beschlusses über die Verwendung eines Gewinns;
- d. die jährliche Überprüfung der Erreichung der strategischen Ziele;
- e. die Entlastung des Verwaltungsrates.

³ Der Bundesrat kann zur Wahrnehmung seiner Aufsicht Einsicht nehmen in sämtliche Geschäftsunterlagen der Anstalt und sich zu diesem Zweck über deren Geschäftstätigkeit jederzeit informieren lassen.

Anwendbare LS: 18, 22a, 22b.

7. Abschnitt: Schlussbestimmungen

Art. 23 Errichtung der Anstalt

¹ Das [*alte Verwaltungseinheit*] wird umgewandelt in [*die Anstalt*]. Die Anstalt tritt in die bisher geltenden Rechtsverhältnisse ein und regelt diese neu, wo dies erforderlich ist.

² Der Bundesrat bestimmt den Zeitpunkt, in dem die Anstalt eigene Rechtspersönlichkeit erlangt.

³ Er bezeichnet die Rechte, Pflichten und Werte, die auf die Anstalt übergehen, und genehmigt das entsprechende Inventar. Er legt den Eintritt der Rechtswirkungen fest und genehmigt die Eröffnungsbilanz.

⁴ Er trifft alle weiteren für den Übergang notwendigen Vorkehren, erlässt entsprechende Bestimmungen und fasst Beschlüsse. Namentlich kann er:

- a. Stellen, die bisher Aufgaben wahrgenommen haben, für die nach Inkrafttreten dieses Gesetzes die Anstalt zuständig ist, verpflichten, ihre Unterlagen und Daten, insbesondere Informatiksysteme, der Anstalt zur Verfügung zu stellen;
- b. der Anstalt die im Bundesbudget für die [*alte Verwaltungseinheit(en)*] eingestellten Kredite und Dienstleistungen zur Verfügung stellen, sofern beim Inkrafttreten dieses Gesetzes die zur Erfüllung der Aufgaben der Anstalt notwendigen Mittel noch nicht verfügbar sind.

⁵ Der Übergang der Rechte, Pflichten und Werte ist von jeglichen direkten und indirekten Steuern des Bundes, der Kantone und der Gemeinden befreit. Eintragungen in das Grundbuch, in das Handelsregister und in andere öffentliche Register im Zusammenhang mit der Errichtung der Anstalt erfolgen ebenfalls steuer- und gebührenfrei.

⁶ Die EFV kann der Anstalt für den Aufbau Darlehen nach Artikel 17 Absatz 2 gewähren.

⁷ Auf die Errichtung der Anstalt sind die Bestimmungen des Fusionsgesetzes vom 3. Oktober 2003⁸ nicht anwendbar.

Anwendbare LS: –

Art. 24 Übergang der Arbeitsverhältnisse

¹ Die Arbeitsverhältnisse des Personals der [*alte Verwaltungseinheit*] gehen auf den vom Bundesrat festzulegenden Zeitpunkt auf die Anstalt über, sofern das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt des Übergangs noch nicht gekündigt ist. Die Arbeitsverhältnisse unterstehen mit

⁸ SR 221.301

dem Übergang dem Personalrecht der Anstalt. Vorbehalten bleibt die Ernennung der Geschäftsleitung (Art. 6 Bst. h und i).

² Es besteht kein Anspruch auf Weiterführung der Funktion, des Arbeitsbereichs, des Arbeitsortes und der organisatorischen Eingliederung. Hingegen besteht während eines Jahres Anspruch auf den bisherigen Lohn, solange ein Arbeitsverhältnis besteht.

³ Die Anstalt stellt dem übernommenen Personal spätestens innerhalb von [*angemessene Frist, evtl. zwei Monate*] einen auf die neue Arbeitgeberin lautenden Vertrag aus, der den bisherigen Vertrag ersetzt. In diesem Vertrag darf keine Probezeit angesetzt werden.

⁴ Beschwerden des Personals, die im Zeitpunkt des Übergangs der Arbeitsverhältnisse hängig sind, werden nach bisherigem Recht beurteilt.

Anwendbare LS: –

Art. 25 Zuständige Arbeitgeberin

¹ Die Anstalt gilt als zuständige Arbeitgeberin für die Rentenbezügerinnen und Rentenbezüger:

- a. die der [*alte Verwaltungseinheit*] zugeordnet sind; und
- b. deren Alters-, Invaliden- oder Hinterlassenenrenten aus der beruflichen Vorsorge vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes bei PUBLICA zu laufen begonnen haben.

² Sie gilt ebenfalls als zuständige Arbeitgeberin, wenn eine Invalidenrente nach Inkrafttreten dieses Gesetzes zu laufen beginnt, die Arbeitsunfähigkeit, deren Ursache zur Invalidität geführt hat, aber vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes eingetreten ist.

Anwendbarer LS: 35.

Art. 26 Weitere Übergangsbestimmungen [oder: auf den jeweiligen Inhalt angepasste Sachüberschrift]

⁽¹⁾ Das zuständige Departement [*nennen, wenn man es nennen kann*] kann:

- a. Registereintragungen, die gestützt auf Artikel 23 Absatz 5 erfolgen, noch während fünf Jahren, nachdem die Anstalt Rechtspersönlichkeit erlangt hat, mittels Verfügung steuer- und gebührenfrei bereinigen.)
- b. ...

⁽²⁾ Der Anstalt ist es gestattet, während drei Jahren, nachdem sie Rechtspersönlichkeit erlangt hat, die beim Eintritt in die Steuerpflicht vorhandenen stillen Reserven steuerneutral aufzuwerten.)

Anwendbare LS: –

Art. 27 Aufhebung anderer Erlasse

Das ... Gesetz vom ...⁹ wird aufgehoben.

⁹ AS ...

Art. 28 Änderung anderer Erlasse

Die nachstehenden Erlasse werden wie folgt geändert: / [*Die Änderung anderer Erlasse wird im Anhang geregelt.*]

Art. 29 Referendum und Inkrafttreten

¹ Dieses Gesetz untersteht dem fakultativen Referendum.

² Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten.

ISBN 978-3-03891-752-6



9 783038 917526