

Barbara Schaerer

Haftung des Bundes für Dritte als «wachsendes Risiko»

Artikel 19 des Verantwortlichkeitsgesetzes*

Der Bund trägt gestützt auf das Verantwortlichkeitsgesetz immense unerwartete Risiken, ohne dass er sich dessen wirklich bewusst ist und ohne je einmal eine umfassende Risikoanalyse vorgenommen zu haben. In den meisten Fällen kann er auch nicht Einfluss nehmen. Er haftet somit blind, ohne grössere Eingriffs- und Kontrollmöglichkeiten.

spiel kreieren können. Ich beziehe mich dabei auf die skyguide und damit auf den Flugunfall Überlingen. Wobei ich aus verständlichen Gründen nicht konkret zu diesem Fall Stellung nehmen werde. Es gibt noch allzu viele Unbekannte, die einer Antwort harren, und ich überlasse es den direkt betroffenen Akteuren, sich damit auseinanderzusetzen. Dieser Fall zeigt aber, dass die Risiken, die ich anspreche, nicht unbedingt nur in meiner Phantasie vorhanden sind. Worum geht es eigentlich?

1. Einleitende Bemerkungen

Eigentlich habe ich eine schwierige, wenn nicht gar unmögliche Aufgabe übernommen. Ich masse mir an zu behaupten, es bestehe ein grosses Risiko für den Bund, obschon sich dieses Risiko, soweit ich das beurteilen kann, noch gar nie verwirklicht hat. Zu allem Elend versteckt sich dieses Risiko auch noch hinter einer komplizierten, für Nichtjuristinnen und -juristen unverständlichen gesetzlichen Bestimmung. Letztere stammt aus dem Jahre 1958, und ich behaupte zudem, es handle sich um ein stetig «wachsendes Risiko». Nicht ganz einfach!

Es wäre auch nicht das erste Mal, dass ich auf mitleidiges bis gelangweiltes Schulternzucken stossen würde. Ich habe nämlich schon vor ein paar Jahren versucht, das Interesse der Direktion der Eidg. Finanzverwaltung (EFV) an diesem ominösen Art. 19 des Verantwortlichkeitsgesetzes (VG) [1] zu wecken und dem Parlament dessen Aufhebung zu beantragen. Bis anhin – wie figura zeigt – ohne sichtlichen Erfolg ...

Umso mehr hat es mich erstaunt, dass dieser Artikel des VG im Rahmen der beim Bund laufenden Risikoanalyse plötzlich zu einem Thema wird. Das potentielle Risiko wurde somit zumindest erkannt und die entsprechenden Untersuchungen laufen.

Zudem haben Ereignisse in letzter Zeit meine Befürchtungen bestätigt. Jedenfalls hätte ich kein besseres Schulbei-

2. Die gesetzliche Grundlage

Art. 19 VG besagt zusammengefasst und auf die in diesem Zusammenhang relevanten Aussagen beschränkt folgendes: Fügt eine mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben des Bundes betraute Organisation ausserhalb der Bundesverwaltung in Ausübung der mit diesen Aufgaben verbundenen Tätigkeit einem Dritten widerrechtlich Schaden zu, haftet in erster Linie die Organisation. Soweit die Organisation diese Entschädigung nicht zu leisten vermag, haftet der Bund dem Geschädigten für den ungedeckten Betrag.

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



Barbara Schaerer, Dr. iur. Försprecherin, LL.M., Vizedirektorin der Eidg. Finanzverwaltung und Chefin Rechtsdienst des Eidg. Finanzdepartements, Bern

* Überarbeitetes Referat, gehalten am Jubiläum der Finanzdelegation und der Eidg. Finanzkontrolle vom 13. September 2002.

3. Auslegung von Art. 19 VG

3.1 Welche Organisationen sind gemeint?

Als erstes stellt sich die Frage: Was sind das überhaupt für Organisationen, für die der Bund subsidiär die Haftung übernehmen soll?

Die Norm stammt aus dem Jahr 1956. In der Botschaft steht dazu folgendes: «Unter Organisationen sind sowohl Anstalten, wie die Schweizerische Unfallversicherungs-Anstalt, als auch öffentlich- und privatrechtliche Körperschaften und Organisationen der Wirtschaft (Verrechnungsstelle, Genossenschaft für Getreide und Futtermittel, Syndikate) zu verstehen.» [2]. Eines wird schnell klar, wir sind in einer anderen Welt. Diese Welt war geprägt von landwirtschaftlichen und genossenschaftlichen Organisationen, die für den Bund öffentlich-rechtliche Aufgaben wahrnahmen. Dass der Bund für die Tätigkeit dieser Organisationen subsidiär haften soll, war seinerzeit auf den ersten Blick vielleicht erstaunlich, aber noch nicht unbedingt beängstigend. Schienen doch die Risiken, die von solchen Organisationen ausgehen, für den Bund noch einigermaßen tragbar. Hellhörig hätte man vielleicht bei der Erwähnung der SUVA werden können: Der Bund als «lender of last resort» der SUVA?

Viele dieser landwirtschaftlichen Organisationen bestehen auch heute noch in der einen oder anderen Form, wie zum Beispiel die Proviande (ehemals Genossenschaft für Schlachtvieh- und Fleischversorgung) oder der Schweiz. Braunviehzuchtverband. Ich wage zu behaupten, dass niemand die genaue Anzahl dieser landwirtschaftlichen Organisationen kennt, geschweige denn, einen Überblick über deren Tätigkeiten hat. Das ist beunruhigend. Im Klartext heisst das nämlich, dass uns nicht bekannt ist, wofür der Bund überhaupt haftet.

Neben diesen landwirtschaftlichen Organisationen sind aber heute noch ganz andere Organisationen mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben des Bundes betraut. Wir leben in einer globalisierten, computerisierten, weltweit vernetzten

Welt – wie alle diese Schlagworte so schön heissen. Aber nicht nur die Welt und die Wirtschaft haben sich bewegt und sind beweglicher geworden, auch der Staat hat ein anderes Gesicht bekommen. Der Staat lagert aus, der Staat privatisiert, der Staat begibt sich in den Wettbewerb. Die Strukturen der staatlichen Tätigkeit haben sich somit massiv verändert. Art. 19 VG ist dabei unverändert geblieben. Vielleicht ist er sogar mangels spektakulärer Fälle in Vergessenheit geraten. Der Bund haftet aber nach wie vor subsidiär für keine geringeren als SBB, Post, skyguide (ehemals Swisscontrol), Eidg. Technische Hochschule (ETH), Paul Scherrer Institut (PSI), Schweiz. Elektrotechnischen Verein (SEV), Schweiz. Heilmittelinstitut (Swissmedic) usw. Bei dieser Aufzählung wird einem doch etwas unwohl.

Im übrigen ist beim Eidg. Personalamt (EPA) eine letztmals im Dezember 1993 aufdatierte Liste der halbstaatlichen Organisationen vorhanden. Darauf befinden sich ganze 233 Organisationen. Sofern diese organisatorisch und finanziell vom Bund unabhängig sind und öffentlich-rechtliche Aufgaben des Bundes wahrnehmen, haftet der Bund somit gestützt auf Art. 19 VG für diese Organisationen als «lender of last resort». Er übernimmt eigentlich eine Art Versicherungsfunktion, sobald diese Organisationen einen von ihnen angerichteten Schaden nicht mehr aus eigener Kraft finanzieren können.

Deshalb auch der Telefonanruf von einem für den Aufbau von Swissmedic Verantwortlichen: Er hat mir die berechtigte Frage gestellt, ob die Swissmedic nicht auf den Abschluss einer Versicherung verzichten könne, da ja der Bund ohnehin hafte. Ich brauchte einige Überredungskünste, um ihn davon zu überzeugen, dass es für das neue Institut besser sei, eine Versicherung abzuschliessen als abzuwarten, bis alles aufgebraucht ist und der Bund den Ausfall trägt. Der Abschluss einer Versicherung kostet zwar etwas, diese Kosten können aber problemlos überwältigt werden. Die subsidiäre Haftung des Bundes dagegen ist gratis und stellt damit eigentlich eine unzulässige Quersubventionierung dar. Sollte der Bund nicht wenigstens dafür entschädigt wer-

den? Bei der skyguide könnte nun allenfalls eine solche Versicherung von grosser Bedeutung sein. Sollte die skyguide nämlich tatsächlich ganz oder teilweise wegen eines Fehlers des Fluglotsen für diesen schrecklichen Unfall haften, ist sie voraussichtlich ausreichend versichert. Damit sollte die subsidiäre Haftung des Bundes nicht zum Zuge kommen.

Der Bund trägt also immense unerwartete Risiken, ohne dass er sich dessen wirklich bewusst ist und ohne je einmal eine umfassende Risikoanalyse vorgenommen zu haben. Zudem kann er in den meisten Fällen auch nicht Einfluss nehmen auf die Geschäftsführung dieser Organisationen. Er haftet somit blind, ohne grössere Eingriffs- und Kontrollmöglichkeiten. Die vom Bund in Angriff genommene Risikoanalyse sollte den ersten Teil des Problems etwas mildern. Die bestehenden Risiken werden zumindest einmal offengelegt. Den zweiten Teil des Problems, nämlich das Abstecken des Einflussbereichs des Bundes, löst die Risikoanalyse aber nicht. Die Frage, soll der Bund weiterhin haften und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Einflussmöglichkeiten, bleibt nach wie vor offen.

3.2 Was ist eine öffentlich-rechtliche Aufgabe des Bundes?

Im weiteren stellt sich die Auslegungsfrage: Wann handelt es sich eigentlich gemäss Art. 19 VG um eine öffentlich-rechtliche Aufgabe des Bundes?

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

Einmal wurde die Frage an mich herangetragen, ob die Tätigkeit der Swiss

nicht zu einer öffentlich-rechtlichen werde, wenn die öffentliche Hand sich an der Swiss zu einem Drittel als Aktionärin beteilige. Der Bund bekunde doch mit seiner Beteiligung und Wahl eines Bundesvertreters in den Verwaltungsrat das öffentliche Interesse an dieser Tätigkeit und es bestehe zudem im Luftfahrtgesetz [3] eine gesetzliche Grundlage für diese Beteiligung. Selbstverständlich habe ich die Frage verneint: Die Tätigkeit der Swiss bleibt klar eine privatrechtliche und wird durch die Beteiligung des Bundes nicht zu einer öffentlich-rechtlichen. Dasselbe müsste beispielsweise auch für die Expo.02 gelten, um ein zweites prominentes Beispiel zu erwähnen ... Für mich ist diese Auslegung an sich klar; leider gibt es nie eine Garantie dafür, dass die Gerichte diese Auffassung teilen.

Bundesgericht im Falle der Schweiz. Zentrale für Handelsförderung schon in diesem Sinne geäußert [5].

4. Weitere Garantien und Haftungen des Bundes

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

Gewisse Betriebe verfügen über eine Staatsgarantie des Bundes, so zum Beispiel die Post. Im Postorganisationsgesetz [6] ist aber keine entsprechende Norm zu finden. Die Staatsgarantie

hinaus. Sollten Post oder SBB einmal ihren Verpflichtungen nicht nachkommen können, müsste der Bund gestützt auf diese Bestimmung einspringen.

Im übrigen kann auch von der Jubilarin, der Eidg. Finanzkontrolle (EFK), Ungemach auf den Bund zukommen. Übt sie doch nicht nur Revisionsaufgaben für den Bund, sondern auch für zahlreiche Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung aus, wie z. B. die ETH, das Institut für Geistiges Eigentum (IGE) oder gar die Weltorganisation für Geistiges Eigentum (WIPO). Sollte ihr dabei einmal ein Fehler unterlaufen, könnten sich auch heikle Haftungsfragen stellen, die bis hin zu einer Organhaftung reichen. Dasselbe gilt für alle Behörden, die Aufsichtsaufgaben erfüllen. Es sei hier nur die Eidg. Bankenkommision (EBK) erwähnt, deren Fälle ich auch schon vor Gericht vertreten musste. Bis jetzt sind wir immer – wenn auch im letzten Fall mit einem blauen Auge – davon gekommen, aber das könnte sich einmal ändern und dann wird es teuer ...

«Es gibt zahlreiche gesetzliche Regelungen der unterschiedlichsten Art und in den unterschiedlichsten Bereichen, die eine Haftung des Bundes begründen.»

Meines Erachtens müsste sich die Auslegung von Art. 19 VG an folgenden Leitlinien orientieren: Eine Organisation ausserhalb der Bundesverwaltung handelt anstelle des Bundes. Das kann sie aber nur, wenn sie sich dafür auf eine klare gesetzliche Grundlage stützt. Es reicht nicht, wenn lediglich eine gesetzliche Grundlage für die Finanzierung bzw. Subventionierung einer bestimmten Organisation vorhanden ist. Es braucht eine gesetzliche Grundlage, die die ausgelagerte Tätigkeit explizit definiert. Dabei kann ich mich sogar auf die Bundesverfassung stützen: «Verwaltungsaufgaben können durch Gesetz Organisationen und Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts übertragen werden, die ausserhalb der Bundesverwaltung stehen.» [4]. Bei einer einfachen Subventionsnorm besteht zwar ein öffentliches Interesse, es wird aber noch keine öffentlich-rechtliche Aufgabe im Sinne des VG übertragen und wahrgenommen (z. B. Swiss und Expo.02). Zum Glück hat sich auch das

stützt ihre rechtliche Daseinsberechtigung nämlich auf eine Aussage von Bundesrat Leuenberger in den Räten. Dieser äusserte sich wie folgt: «Bei Zahlungsunfähigkeit im Zahlungsverkehr würde zunächst einmal das Vermögen der Post, insbesondere das Dotationskapital, zur Deckung herangezogen. Sollte dies zur Schuldendeckung nicht ausreichen, dann haftet der Eigner, und der Eigner ist der Bund. Er haftet also ohnehin, so dass der Ausdruck «Staatsgarantie» und das Festschreiben dieser Staatsgarantie tatsächlich eher deklaratorischer und psychologischer Art sind.» [7]. So schnell geht es, und der Bund trägt ein enormes, rechtlich nicht mehr wegzudiskutierendes Risiko ...

Weiter führt der Bund gestützt auf Art. 35 Abs. 2 des Finanzhaushaltgesetzes [8] die zentrale Tresorerie der SBB und der Post und sorgt für deren ständige Zahlungsbereitschaft. Im Ergebnis läuft das auf eine mittelbare Bundesgarantie

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

5. Schlussfolgerungen

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

Ein erster Schritt könnte die Aufhebung von Art. 19 VG sein. Es ist nicht einzusehen, weshalb die öffentliche Hand gestützt auf eine «black box» haften soll. Als Ersatz von Art. 19 VG sollte in jedem Einzelfall die richtige Lösung gesucht werden. Dies kann auf vertraglicher oder gesetzlicher Stufe

geschehen. Ein solches Vorgehen hätte den Vorteil, dass der Bund Risiken nur bewusst eingeht und massgeschneiderte Lösungen trifft. Es ist sicher schon aufgefallen, dass ich die Swisscom noch mit keinem Wort erwähnt habe. Dort wurde dieser Weg beschränkt und im Telekommunikationsunternehmungsgesetz [9] die Anwendung des VG ganz bewusst und gewollt ausgeschlossen. Die Aufhebung von Art. 19 VG stellt gesamtheitlich betrachtet wie gesagt erst einen ersten Schritt dar. Anschliessend müssen auch noch alle übrigen Bestimmungen, die eine Haftung des Bundes auslösen, hinterfragt werden.

Es ist mir bewusst, dass ich jetzt etwas provoziere und dabei die Probleme, die bei zahlreichen betroffenen Organisationen entstehen könnten, ausblende.

Es gibt vielleicht solche, die mit der subsidiären Bundeshaftung rechnen und darauf angewiesen sind. Die öffentliche Hand hat natürlich gewisse Verpflichtungen, die Private nicht haben. Sie muss sich aber dieser Verpflichtungen bewusst werden und gewollt dafür einstellen. Jedenfalls sind wir noch weit von der von mir propagierten Radikallösung, nämlich der Streichung von Art. 19 VG, entfernt. Sobald aber das Ergebnis der Risikoanalyse vorliegt, werden die Diskussionen über die vom Bund zu tragenden Risiken konsequent und zielgerichtet geführt werden müssen.

Anmerkungen

- 1 Bundesgesetz vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner

Behördenmitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz, VG; SR 170.32).

- 2 BBl 1956 I 1402.

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

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

- 5 BGE 107 Ib 6f.

- 6 Bundesgesetz vom 30. April 1997 über die Organisation der Postunternehmung des Bundes (Postorganisationsgesetz, POG; SR 783.1).

- 7 AB 1996 N 2345.

- 8 Bundesgesetz vom 6. Oktober 1989 über den eidgenössischen Finanzhaushalt (Finanzhaushaltsgesetz, FHG; SR 611.0).

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

RESUME

Responsabilité de la Confédération pour le compte de tiers – un risque croissant

L'article 19 de la loi sur la responsabilité (LRCF) prévoit que la Confédération doit répondre à titre subsidiaire pour les organisations chargées d'accomplir des tâches de droit public pour la Confédération. Si une telle organisation cause à un tiers un dommage qu'elle n'est pas en mesure de réparer, la Confédération répond du dommage non couvert. Les organisations semi-étatiques sont innombrables, notamment dans le domaine de l'agriculture. De plus, la Confédération répond à titre subsidiaire pour l'activité d'importantes organisations indépendantes de l'administration fédérale telles que la Poste, les CFF, skyguide, les EPF, la SUVA, etc.

Ces organisations opèrent dans différents secteurs économiques. Leur nombre augmente au fur et à mesure que les pouvoirs publics externalisent leurs tâches. Or, souvent, la Confédération ne peut ni en influencer ni en

contrôler les activités. Elle prend donc des risques considérables qu'elle ne connaît qu'en partie. L'analyse des risques à laquelle la Confédération s'est attelée devrait au moins permettre de mesurer les risques encourus.

Il faut toutefois souligner que la Confédération ne répond que lorsqu'une organisation est chargée de tâches de droit public et que cette activité se fonde sur une base légale. En revanche, elle ne répond pas lorsque la loi prévoit seulement une subvention ou un financement, comme par exemple dans le cas de Swiss ou d'Expo.02.

De nombreuses autres normes concernant une garantie ou une responsabilité de la Confédération s'ajoutent à celle prévue par l'article 19 LRCF. Elles concernent entre autres la garantie étatique pour la Poste ainsi que la responsabilité de la Confédération

pour les activités du Contrôle fédéral des finances ou de la Commission fédérale des banques.

Il est urgent de démêler cet écheveau. L'analyse susmentionnée devrait tout d'abord permettre de reconnaître les risques. Ensuite, la Confédération devra agir et gérer au mieux les risques auxquels elle est exposée.

L'abrogation de l'article 19 LRCF pourrait constituer une première étape. Cet article devrait être remplacé dans chaque cas par une solution appropriée qui pourrait être inscrite dans un contrat ou dans une loi. Pour cela, il est cependant nécessaire de prendre en considération aussi bien les organisations concernées que les devoirs auxquels doivent faire face les pouvoirs publics, devoirs qui, dans certaines circonstances, sont plus larges que ceux auxquels doivent satisfaire les entreprises privées. BS