

Mustererlass für Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht

Bemerkungen zu den Bestimmungen des Mustererlasses vom 1. Juli 2016

Bundesamt für Justiz

*<http://www.bj.admin.ch>>Staat & Bürger>Legistik>Legistische Hauptinstrumente
(Einzelfragen)*

Eidgenössische Finanzverwaltung

<http://www.efv.admin.ch>>Themen>Finanzpolitik, Grundlagen>Corporate Governance>Grundlagen (Instrumente)

Inhaltsverzeichnis

1	Vorbemerkungen	4
2	Erläuterungen zu einzelnen Artikeln	6
	<i>Ingress</i>	6
1.	Abschnitt: Anstalt und Ziele	6
<i>Art. 1</i>	Anstalt	6
<i>Art. 2</i>	Ziele	9
2.	Abschnitt: Aufgaben	10
<i>Art. 3</i>		10
3.	Abschnitt: Organisation	12
<i>Art. 4</i>	Organe	12
<i>Art. 5</i>	Verwaltungsrat: Zusammensetzung, Wahl und Organisation	13
<i>Art. 6</i>	Verwaltungsrat: Aufgaben	21
<i>Art. 7</i>	Geschäftsleitung	30
<i>Art. 8</i>	Revisionsstelle	31
4.	Abschnitt: Personal	34
<i>Art. 9</i>	Anstellungsverhältnisse	34
<i>Art. 10</i>	Pensionskasse	36
5.	Abschnitt: Finanzierung und Finanzhaushalt	39
<i>Art. 11</i>	Finanzierung	39
<i>Art. 12</i>	Gebühren	40
<i>Art. 13</i>	Abgeltungen des Bundes	42
<i>Art. 14</i>	Geschäftsbericht	42
<i>Art. 15</i>	Rechnungslegung	43
<i>Art. 16</i>	Reserven	44
<i>Art. 17</i>	Tresorerie	46
<i>Art. 18</i>	Verantwortlichkeit	46
<i>Art. 19</i>	Steuern	48
<i>Art. 20</i>	Liegenschaften	49
6.	Abschnitt: Fachliche Unabhängigkeit und Aufsicht	50
<i>Art. 21</i>	Fachliche Unabhängigkeit	50
<i>Art. 22</i>	Aufsicht über die Aufsichtsbehörde	50
7.	Abschnitt: Schlussbestimmungen	52
<i>Art. 23</i>	Errichtung der Anstalt	52
<i>Art. 24</i>	Übergang der Arbeitsverhältnisse	54
<i>Art. 25</i>	Zuständige Arbeitgeberin	57

<i>Art. 26</i>	Registereintragen [Weitere Übergangsbestimmungen]	57
<i>Art. 27</i>	Aufhebung anderer Erlasse	58
<i>Art. 28</i>	Änderung anderer Erlasse	58
<i>Art. 29</i>	Referendum und Inkrafttreten	59
3	Anhang 1: Weitere mögliche Regelungsgegenstände	60
4	Anhang 2: Die wesentlichsten Unterschiede gegenüber Anstalten, die Aufgaben mit Monopolcharakter erfüllen	65

1 Vorbemerkungen

Das Parlament hatte eine einheitliche Steuerung ausgelagerter Einheiten verlangt. Der Bundesrat kam diesem Anliegen mit dem CG-Bericht¹ nach. Abgestellt wird dabei auf nationale und internationale Grundsätze zur Unternehmensführung (Corporate Governance) und auf das Aktienrecht (vgl. Art. 620 ff. OR), das verschiedene typische Corporate-Governance-Postulate bereits berücksichtigt (CG-Bericht, Ziff. 4.1). Der Mustererlass bietet im Sinne einer Vorlage Regelungsbeispiele auf der Stufe eines Bundesgesetzes, die den Leitsätzen (LS) des CG-Berichts entsprechen. Einige Bestimmungen enthalten analoge Regelungen zum OR, oder es wird direkt auf das OR verwiesen.

Die einzelnen Bestimmungen des Mustererlasses sind nicht in jedem Fall zwingend und wortgetreu zu verwenden, sondern nur soweit sie im konkreten Fall sach- und situationsgerecht sind. Nach dem «Comply or explain»-Prinzip des CG-Berichts (Ziff. 3.1 am Ende) müssen jedoch inhaltliche Abweichungen überzeugend begründet werden. Dasselbe gilt für Abweichungen in den Formulierungen: Gleiches soll nach Möglichkeit gleich formuliert werden; jede Variation in der Formulierung lässt eine materielle Differenz vermuten.

Die Bemerkungen zu jedem Artikel können – angepasst an den konkreten Einzelfall – eine Grundlage für die entsprechende Kommentierung bilden. Hilfestellung bieten auch die Botschaftstexte zu den jeweils zitierten Bestimmungen («Beispiele») aus anderen Organisationserlassen, d.h. geltenden Bundesgesetzen über Anstalten, sowie die Erläuterungen im CG-Bericht, im Zusatzbericht² und im EFV-Bericht³.

Die «Beispiele», die zu den einzelnen Bestimmungen zitiert werden, sind sehr unterschiedlich und entsprechen oft (noch) nicht oder erst teilweise den Vorgaben des CG-Berichts. Laufend werden Erlasse revidiert, so dass sich Veränderungen gegenüber den zitierten Bestimmungen ergeben können.

Wo auf die Leitsätze (LS) verwiesen wird, handelt es sich um die Fassung gemäss Anhang zum Zusatzbericht (BBl 2009 2713 ff.).

Einen Überblick über allfällige weitere Regelungen und über die wesentlichsten Unterschiede gegenüber Anstalten mit Dienstleistungen mit Monopolaufgaben bieten die Anhänge 1 und 2 dieses Mustererlasses.

Hinsichtlich der organisationsrechtlichen Zuordnung von Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht sei auch auf den Bericht zum Anhang zur

¹ Bericht des Bundesrates vom 13. September 2006 zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben (Corporate-Governance-Bericht, **CG-Bericht**, BBl 2006 8233)

² Zusatzbericht des Bundesrates vom 25. März 2009 zum Corporate-Governance-Bericht – Umsetzung der Beratungsergebnisse des Nationalrats (**Zusatzbericht**, BBl 2009 2659)

³ Erläuternder Bericht der Eidgenössischen Finanzverwaltung vom 13. September 2006 zum Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates (EFV-Bericht); Fundstelle: www.efv.admin.ch>Themen>Finanzpolitik, Grundlagen>Corporate Governance>Grundlagen; Muster Anforderungsprofil für VR/IR

Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung⁴ sowie auf die Erläuterungen der Bundeskanzlei zur Revision «Anhang RVOV», Teilrevision RVOV (Gliederung der Bundesverwaltung)⁵ verwiesen.

Generelle Informationen zur Corporate Governance des Bundes und weiterführende Links zu den Themenbereichen «Grundlagen», «Unternehmungen und Anstalten», «Leitungsorgane», «Berichterstattung des Bundesrates» und «Vorgaben an die Verwaltung» finden Sie auf der Homepage der Eidgenössischen Finanzverwaltung und auf der Homepage des Bundesamtes für Justiz.

4 **VPB 2009.6** (S. 57-89) Bericht der Bundeskanzlei (BK), Sektion Recht, vom 12. Dezember 2008 zum Anhang zur Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung; Fundstelle: <https://www.bk.admin.ch>dokumentation>Verwaltungspraxis der Bundesbehörden VPB>

5 [https://www.bk.admin.ch>themen>gesetzgebung>Regierung und Verwaltung \(RVOG\)>Revision RVOV Anhänge](https://www.bk.admin.ch>themen>gesetzgebung>Regierung und Verwaltung (RVOG)>Revision RVOV Anhänge)

2 Erläuterungen zu einzelnen Artikeln

Ingress

Hier ist die Kompetenz des Bundes für die Regelung des Sachbereichs, in dem die Anstalt tätig sein soll, aufzuführen. Beispiele: für die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) vgl. Artikel 95 und 98 BV (Privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit, Banken und Versicherungen) für das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat (ENSI) vgl. Artikel 90 BV (Kernenergie).

1. Abschnitt: Anstalt und Ziele

Art. 1 Anstalt

Im Gesetzestext ist anstelle des hier verwendeten Begriffs «Anstalt» deren Name zu verwenden, oder die zur Eintragung im Handelsregister vorgesehene Firma bzw. Bezeichnung zu nennen, falls sie bereits feststeht.

Die Auslagerung von Bundesaufgaben setzt eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage voraus (Art. 178 Abs. 3 BV). Sie muss zudem durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt sein (Art. 5 Abs. 2 BV) und erfordert die Sicherstellung des Rechtsschutzes (Art. 29a BV) sowie der Aufgabenerfüllung (vgl. in diesem Zusammenhang die Aufsicht bzw. Verantwortung des Bundesrates nach Art. 8 Abs. 4 RVOG⁶).

Die grundlegenden Bestimmungen über die Organisation und die Finanzierung der Anstalt sind nach Artikel 164 BV auf Gesetzesstufe zu regeln. Zudem sind die Abweichungen von Erlassen mit horizontaler Wirkung (wie RVOG, BPG⁷, FKG⁸ und FHG⁹) ebenfalls im Organisationserlass vorzusehen.

Absatz 1: Die Rechtsform einer öffentlich-rechtlichen Anstalt des Bundes entspricht dem Charakter der Aufgaben: Die Wahrnehmung von Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht durch Einheiten des Bundes ist hoheitlicher Natur. Dies und der Monopolcharakter der Aufgaben würden eher für eine Leistungserbringung innerhalb der zentralen Bundesverwaltung sprechen. Mit der Auslagerung kann jedoch das spezielle Unabhängigkeitserfordernis bzw. der Bedarf an Distanz zum politischen Tagesgeschäft gewährleistet, die politische Einflussnahme auf Aufsichtsentscheide im Einzelfall verhindert und damit auch die Glaubwürdigkeit der Aufgabenerfüllung erhöht werden.

Bei kleinen Einheiten mit ähnlichen Aufgaben ist zu prüfen, ob allenfalls mehrere Einheiten zu einer gemeinsamen Anstalt zusammengefasst werden könnten.

⁶ Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (RVOG, SR 172.010)

⁷ Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (BPG, SR 172.220.1)

⁸ Bundesgesetz vom 28. Juni 1967 über die Eidgenössische Finanzkontrolle (Finanzkontrollgesetz, FKG, SR 614.0)

⁹ Bundesgesetz vom 7. Oktober 2005 über den eidgenössischen Finanzhaushalt (Finanzhaushaltgesetz, FHG, SR 611.0)

Als Alternative zur rechtlichen Verselbständigung ist auch denkbar, für kleinere Einheiten die Organisationsform der ausserparlamentarischen Kommission in Form der Behördenkommission vorzusehen (vgl. Art. 57a Abs. 2 RVOG i.V.m. Art. 7a Abs. 1 Bst. a und Art. 8a RVOV¹⁰). Die Vorteile einer Behördenkommission liegen in der Einfachheit der Regelung und in der Entlastung bei diversen administrativen Aufgaben (Personal, Informatik, Rechnungslegung), da sie einem Departement administrativ zugeordnet ist. Gleichzeitig besteht nach Artikel 7a Absatz 2 RVOV die Vermutung, dass die Behördenkommissionen weisungsunabhängig sind, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt (CG-Bericht, BBl 2006 8262). Beispiele: Schweizerische Unfalluntersuchungsstelle SUST¹¹; Spielbankenkommission; Com-Com, RailCom (Art. 40a ff. VE-EBG)¹².

Absatz 2: Der Organisationserlass enthält verschiedene Vorschriften über die Organisation der Anstalt (Bsp: Art und Anzahl der formellen Organe, Kompetenzabgrenzung zwischen den Organen). Im Rahmen bzw. unter Vorbehalt dieser Vorgaben organisiert sich die Anstalt selber (Bsp: Erlass des Organisationsreglements durch den Verwaltungsrat nach Art. 6 Bst. b Mustererlass). Die Anstalt führt eine eigene Rechnung. Als Teil der dezentralen Bundesverwaltung wird ihre Rechnung nach dem Grundsatz der Vollkonsolidierung in die Beratung der Staatsrechnung einbezogen (Art. 55 Abs. 1 Bst. c FHG).

Absatz 3: Die Anstalt muss (analog zu Art. 1 Abs. 2 Bst. b FHG) nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen geführt werden. Die Anstalt soll beim Vollzug ihrer Aufgaben für einen wirtschaftlichen, ergebnis- und leistungsorientierten Einsatz ihrer Mittel sorgen. Kosten und Nutzen müssen in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen. Entsprechende Regelungen und der Einsatz geeigneter Instrumente fördern das Kostenbewusstsein und stärken die Wirkungsorientierung.

Absatz 4: Je nach politischer Relevanz können Bezeichnung und Sitz direkt im Organisationserlass festgelegt werden (Beispiel: Art. 4 Abs. 1 und 2 FINMAG). In der Regel sollte aber der Spielraum des Bundesrates, insbesondere bei der Standortwahl, nicht durch gesetzliche Vorgaben eingeschränkt werden.

Absatz 5: Institute des öffentlichen Rechts (im Sinne der Definition nach Art. 2 Bst. d FusG¹³) müssen sich nur ins Handelsregister eintragen lassen, wenn sie – wie die Schweizerische Nationalbank – ein «nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe» betreiben (BGE 115 Ib 233 E. 3). Künftig sollen sie sich am Sitz ins Handelsregister eintragen lassen müssen, wenn sie «überwiegend eine privatwirtschaftliche

¹⁰ Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 (RVOV, SR 172.010.1)

¹¹ Vgl. z.B. auch die Organisationsverordnung SUST vom 23. März 2011 (OV-SUST, SR 172.217.3)

¹² Fassung gemäss Vorentwurf des Bundesgesetzes über die Organisation der Bahninfrastruktur, Ziff. I.1 Änderung des Eisenbahngesetzes vom 20. Dezember 1957, SR 742.101 (hier: VE-EBG). Fundstelle: https://www.admin.ch/Startseite/Bundesrecht/Vernehmlassungen/abgeschlossene_Vernehmlassungen_2015_UVEK

¹³ Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG, SR 221.301); vgl. ferner die Botschaft zum FusG vom 13. Juni 2000, in: BBl 2000 4337, 4389)

Erwerbstätigkeit aufweisen oder wenn das Recht des Bundes, des Kantons oder der Gemeinde eine Eintragung vorsieht». Der im OR geplante Gesetzestext orientiert sich an Artikel 27 Absatz 2 BV (Wirtschaftsfreiheit) und bezieht sich auf jede privatwirtschaftliche Tätigkeit, die der Erzielung eines Gewinns oder dem Erwerb dient und bei der das Institut des öffentlichen Rechts in Konkurrenz zu Privaten steht¹⁴. Institute des öffentlichen Rechts, die nicht zur Eintragung verpflichtet sind, haben das Recht, sich eintragen zu lassen¹⁵. Zu den Einzelheiten des Handelsregistereintrags vgl. Art. 106–108 HRegV¹⁶.

Laut Bundesgericht wirkt der Eintrag eines Instituts des öffentlichen Rechts ins Handelsregister im Allgemeinen nicht konstitutiv. Das öffentliche Recht kann jedoch vorsehen, dass das Institut erst entsteht, wenn seine Eintragung im Handelsregister erfolgt ist. Der Eintrag kann dem Institut keine Rechtspersönlichkeit verschaffen, wenn ihm diese gemäss öffentlichem Recht nicht zukommt¹⁷. Nach Artikel 23 Absatz 2 des Mustererlasses bestimmt der Bundesrat den Zeitpunkt, in dem die Anstalt die Rechtspersönlichkeit erlangt.

Anstalten, die Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht erfüllen, dürfen keine gewerblichen Tätigkeiten ausüben. Sie dürfen sich jedoch freiwillig ins Handelsregister eintragen lassen. Soll dieser Entscheid nicht dem Verwaltungsrat überlassen bleiben, so muss die Pflicht zur Eintragung im Organisationserlass vorgesehen werden. Nicht im Handelsregister eingetragen sind die FINMA und das ENSI. Eingetragen sind das Institut für geistiges Eigentum (IGE) und das Schweizerische Heilmittelinstitut (Swissmedic). Der Vorteil der Eintragung besteht in der Gewährleistung der Transparenz und in der Kenntnisvermutung, insbesondere in Bezug auf die zeichnungsberechtigten Personen (Art. 932 f. OR) im Rahmen des privatrechtlichen Verkehrs¹⁸. Dritte, gegenüber denen ein Eintrag des Handelsregisters wirksam geworden ist, können sich nicht darauf berufen, sie hätten diesen nicht gekannt.

Wie bei juristischen Personen üblich obliegt die Anmeldung zur Eintragung der Anstalt ins Handelsregister dem obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgan (Art. 931a OR i.V.m. Art. 17 Abs. 1 Bst. c HRegV), wenn der Organisationserlass (wie hier) nichts anderes vorsieht (Art. 17 Abs. 1 Bst. e HRegV).

In der HRegV wird im Zusammenhang mit Instituten des öffentlichen Rechts der Begriff «Bezeichnung» und nicht derjenige der «Firma» verwendet. Entsprechend ist auch hier der Begriff «Bezeichnung» zu verwenden.

¹⁴ Vgl. auch BGE 115 Ib 233 E. 3, S. 237, Zuger Kantonalbank.

¹⁵ Eine entsprechende Änderung von Artikel 932 OR ist in Vorbereitung (<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/handelsregister.html>). Die Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Handelsregisterrecht) wurde am 15. April vom Bundesrat verabschiedet (**BB1 2015 3617** [Botschaft], **BB1 2015 3661** [Entwurf]). Vgl. ferner Zihler, SHK-HRegV, Art. 106 ff. N 1 ff., in: Rino Siffert/Nicholas Turin (Hrsg.), Handelsregisterverordnung (HRegV), Stämpfli Handkommentar, Bern 2013.

¹⁶ Handelsregisterverordnung vom 14. Oktober 2007 (HRegV, **SR 221.411**)

¹⁷ CLAIRE HUGUENIN, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Artikel 1–456 ZGB, Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), 4. Aufl., Basel 2010, Artikel 52 N 9 f.

¹⁸ Die Zuständigkeiten im öffentlich-rechtlichen Rechtsverkehr (insb. Erlass von Verfügungen) richten sich nach dem Organisationserlass und dem Organisationsreglement.

Die Bezeichnung wird nur ausnahmsweise im Gesetz festgelegt (Bsp: Sie trägt den Namen «Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA)». Die Agentur wird im Handelsregister unter der Bezeichnung «Schweizerische Agentur für Innovationsförderung (Innosuisse)» eingetragen).

Beispiele:

Artikel 1 ENSIG¹⁹, Artikel 4 FINMAG²⁰, Artikel 68 HMG²¹, Artikel 1 E-WBBG²², Artikel 9c VE-EBG²³.

Art. 2 Ziele

Die Zielbestimmungen sind aus den höherrangigen Zielen des Bundes hergeleitet. Die Ziele sollten auf unbestimmte Zeit angelegt sein.

Sie bieten keine genügende Grundlage, um die Tätigkeit der Anstalt klar einzuzugrenzen. Sie entbinden daher nicht vom Erlass von detaillierteren Bestimmungen über die Aufgaben (Art. 3 Mustererlass).

Die Zielvorgaben bilden – zusammen mit der Auflistung der Aufgaben und den weiteren gesetzlichen Vorgaben – die Grundlage für die Formulierung der strategischen Ziele.

Zielvorgaben können sich auch auf die Rechtsanwendung und die Rechtsprechung auswirken. Beispiele: Urteil des Bundesgerichts vom 29. Juni 2011 {T 0/2}

¹⁹ Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat (ENSIG, [SR 732.2](#))

²⁰ Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG, [SR 956.1](#))

²¹ Bundesgesetz vom 15. Dezember 2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG, [SR 812.21](#))

²² Entwurf Bundesgesetz vom (...) über die Wettbewerbsbehörde (Wettbewerbsbehördengesetz, hier: E-WBBG, [BBl 2012 4007](#)) und Änderung vom (...) des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, [SR 251](#); hier: E-KG, [BBl 2012 3989](#)).

Diese vom Bundesrat vorgelegte Revision des Kartellgesetzes zielte auf eine Reform der Wettbewerbsbehörde. Um deren Unabhängigkeit zu stärken, sollte laut Botschaft das Sekretariat der Wettbewerbskommission (WEKO) zu einer Wettbewerbsbehörde aufgewertet werden. Als erste Beschwerdeinstanz hätte die bisherige WEKO fungiert, die zu einer eigenen Kammer des Bundesverwaltungsgerichts umgebaut worden wäre. Dieser Teil der Reform wurde jedoch bereits bei der ersten Beratung im Ständerat abgelehnt. Die kleine Kammer wollte die WEKO stattdessen verkleinern und professionalisieren. Am 17. September 2014 trat der Nationalrat – trotz Eintretensentscheid des Ständerats (06.06.2015) – auf die Vorlage zum zweiten Mal nicht ein. Damit war die Reform gescheitert. Die organisationsrechtlichen Bestimmungen als solche waren aber nicht in Frage gestellt worden.

²³ Fassung gemäss Vorentwurf des Bundesgesetzes über die Organisation der Bahninfrastruktur, Ziff. 1.1 Änderung des Eisenbahngesetzes vom 20. Dezember 1957, [SR 742.101](#) (hier: VE-EBG). Die heutige, privatrechtliche Trasse Schweiz AG gehört zu je 25 Prozent den SBB, der BLS, der SOB und dem Verband öffentlicher Verkehr. Die neu zu schaffende, unabhängige Anstalt des Bundes (TVS) bekommt mehr Rechte und Pflichten, was ihre Position stärken und das Diskriminierungspotenzial verringern soll.

2C_898/2010²⁴; Urteil des Bundesgerichts vom 13. April 2011 {T 0/2}
2C_929/2010²⁵.

Beispiele:

Artikel 5 FINMAG

2. Abschnitt: Aufgaben

Art. 3

Eine klare Aufgabenübertragung ist notwendig im Hinblick auf eine klare Eingrenzung der Tätigkeiten der Anstalt, die klare Zuweisung von Verantwortlichkeiten, sodann als Anknüpfungspunkt für die interne Kompetenzregelung (Verwaltungsrat und Geschäftsleitung), für die aufgabenspezifische Regelung zur Finanzierung der Anstalt (Art. 11 ff. Mustererlass) sowie für die Setzung der strategischen Ziele und für die Kontrolle ihrer Einhaltung.

Absatz 1: Die Anstalt erfüllt die Aufgaben, die ihr durch den Organisations- und den Aufgabenerlass sowie allenfalls weitere Bundesgesetze zugewiesen werden. Im Organisationserlass ist auf die entsprechenden Bundesgesetze hinzuweisen (vgl. Art. 2 E-WBBG).

Zu den Aufgaben können Verpflichtungen zur Zusammenarbeit oder zum Informationsaustausch mit Amtsstellen, Behörden oder Institutionen gehören. In Frage kommen aber auch bloss Ermächtigungen zur Mitwirkung oder Zusammenarbeit, wie bei der Kann-Bestimmung nach Artikel 3 Absatz 4 des Mustererlasses. Zu prüfen ist ferner, ob die Anstalt ermächtigt werden soll, zur Erfüllung einzelner Aufgaben Dritte beizuziehen. Eine Gesetzesgrundlage dafür braucht es aber nur, wenn es sich effektiv um die Übertragung einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe handelt und nicht um eine Nebendienstleistung, die sich im Rahmen administrativer Hilfstätigkeiten hält. In solchen Fällen («Bedarfsverwaltung» und «administrative Hilfstätigkeit») hat der private Rechtsträger keine eigenen Entscheidungskompetenzen, sondern handelt lediglich als Unterakkordant der Behörde und erbringt ihr gegenüber gewisse Dienstleistungen.

Die Umschreibung der Aufgaben nach Absatz 1 entspricht bei einer Eintragung der Anstalt im Handelsregister der Umschreibung ihres Zwecks. Es ist nicht zulässig, im Rahmen der Eintragung diese gesetzliche «Zweckbestimmung» zu erweitern.

²⁴ E. 2.2: «Der Schutz des Marktes, des Finanzsystems und der Anleger rechtfertigt in solchen Fällen trotz formaljuristischer Trennung der Strukturen finanzmarktrechtlich eine einheitliche (wirtschaftliche) Betrachtungsweise.»

²⁵ E. 5.2.1: «Die Regelungszwecke des Finanzmarktgesetzes - die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte (Funktionsschutz) einerseits bzw. die Gewährleistung des Schutzes der Gläubiger, der Anleger und der Versicherten andererseits (Individualschutz) müssen die Sanktion rechtfertigen und die dem Betroffenen daraus entstehenden Nachteile in seinem wirtschaftlichen Fortkommen mit Blick auf die Schwere der aufsichtsrechtlichen Verletzung überwiegen.»

Absätze 2 und 3: Ein direktes Weisungs- oder gar Evokationsrecht (vgl. Art. 47 Abs. 4 RVOG) des Bundesrates entfällt, soweit es im Widerspruch zur Autonomisierung steht und den Bundesrat zum faktischen Organ machen würde (keine Dienstaufsicht, wie in der zentralen Bundesverwaltung). Hingegen kann der Bundesrat der Anstalt weitere Aufgaben übertragen, die sie gegen eine Abgeltung (Abs. 3) erfüllen muss. Diese Aufgaben und deren allfällige Abgeltung sind im Organisationserlass dem Grundsatz nach zu definieren (Leistungspflicht ohne Abgeltung bzw. Notwendigkeit einer subventionsrechtlichen Grundlage zur Ausrichtung von Abgeltungen). Die Aufgabenübertragung muss in engem Bezug zu den gesetzlich übertragenen Aufgaben stehen und darf die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde nicht beeinträchtigen (vgl. Art. 69 Abs. 1^{bis} E-HMG). Die Aufgabenübertragung erfolgt in der Regel mittels Verordnung. Nicht abgeltungsberechtigt ist die Mitwirkung bei der Rechtsetzung (Abs. 2).

Absatz 4: Nach Artikel 184 Absatz 1 BV besorgt der Bundesrat die auswärtigen Angelegenheiten unter Wahrung der Mitwirkungsrechte der Bundesversammlung. Er vertritt die Schweiz nach aussen. Soweit die Aufgaben der Anstalt internationale Bezüge aufweisen, kann es sinnvoll sein, die Anstalt zu ermächtigen, mit einschlägigen internationalen Gremien zusammenzuarbeiten. Die Kompetenz zur fachlichen Mitwirkung der Anstalt in internationalen Organisationen und Gremien ist im Organisationserlass zu verankern. Im Einzelfall ist zu prüfen, ob es angebracht ist, der Anstalt (absehbar als Daueraufgabe) diese Kompetenz direkt im Gesetz zu übertragen oder ob es sinnvoller ist vorzusehen, dass der Bundesrat die Anstalt (durch Verordnung oder Beschluss im Einzelfall) entsprechend ermächtigen kann. Allenfalls empfiehlt es sich, das zuständige Organ direkt im Organisationserlass zu bezeichnen, namentlich wenn diese Kompetenz generell an die Geschäftsleitung delegiert werden soll. Beispiele: Artikel 6 Absatz 2 FINMAG, Artikel 31 Absatz 2 Buchstabe g RAG²⁶. Um künftigen Entwicklungen Rechnung tragen zu können, sollen im Gesetz nicht einzelne internationale Organisationen oder Vereinigungen genannt werden. Den Anknüpfungspunkt und den Rahmen für die Ermächtigung zu einer solchen internationalen Zusammenarbeit bilden die gesetzlichen Aufgaben der Anstalt.

Über die blosse Zusammenarbeit hinaus geht die Vertretung der Schweiz in internationalen Gremien. Die Vertretungsbefugnis kann eine gewisse Verpflichtung der Schweiz einschliessen, beispielsweise hinsichtlich des Einverständnisses damit, dass Vertragsverhandlungen als beendet erklärt werden und dass auf der Basis des Verhandlungsergebnisses die innerstaatlichen Entscheidungsverfahren über den Abschluss des Vertrags in der ausgehandelten Version eingeleitet werden. Wieweit nicht nur die Zusammenarbeit, sondern auch die Vertretung der Schweiz durch die Anstalt sinnvoll ist, muss im einzelnen Fall beurteilt werden. Soll eine Vertretungsbefugnis grundsätzlich möglich sein, muss sie im Gesetz vorgesehen werden (möglicher Wortlaut: «Der Bundesrat kann die Anstalt ermächtigen, die Schweiz im Rah-

²⁶ In der Fassung gemäss der Änderung des Revisionsaufsichtsgesetzes und des Finanzhaushaltsgesetzes vom 20. Juni 2014 betr. «Bündelung der Aufsicht über Revisionsunternehmen und Prüfgesellschaften». Vgl. dazu die entsprechende Botschaft, in: BB1 2013 6857.

men der Aufgaben nach diesem Gesetz in internationalen Organisationen und Vereinigungen zu vertreten» oder «Sie vertritt den Bund in internationalen Organisationen im Bereich [...], soweit sie vom Bundesrat [oder vom zuständigen Departement] dazu ermächtigt wird»). Das konkrete Mandat wird jeweils im Einzelfall vom Bundesrat erteilt. Beispiel: Artikel 3 Absatz 4 EIMG.

Für Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht sind mit Rücksicht auf die Sensibilität ihrer Tätigkeit sowohl Kooperationen mit Privatrechtssubjekten als auch Beteiligungen ausgeschlossen. Vgl. LS 14 (CG-Bericht: BBl 2006 8285 f.).

Beispiele:

Artikel 2 ENSIG, Artikel 6 FINMAG, Artikel 69 E-HMG²⁷, Artikel 2 E-WBBG, Artikel 24a E-KG²⁸, Artikel 28 RAG²⁹, Artikel 9d (Aufgaben und Zuständigkeiten) und Artikel 9q (Führen eines Infrastrukturregisters) VE-EBG³⁰.

3. Abschnitt: Organisation

Art. 4 Organe

Zahl, Zusammensetzung und Zusammenwirken der Organe müssen eine effiziente und effektive betriebliche Führung und Aufsicht sicherstellen (vgl. CG-Bericht: BBl 2006 8269). Der Organisationserlass soll die Organe der Anstalt abschliessend nennen. Faktische Organschaften sind zu vermeiden. Die meisten Anstalten verfügen mit je einem obersten Leitungsorgan, einer Geschäftsleitung und einer Revisionsstelle über drei Organe. Ausser in begründeten Ausnahmefällen soll diese Zahl nicht überschritten werden. Das Prinzip der schlanken Strukturen gilt auch für die Zusammensetzung der Organe.

²⁷ Änderung des Bundesgesetzes über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetzes, HMG, SR **812.21**) vom 18. März 2016 (vgl. BBl 2016 1953). Vgl. auch die Botschaft des Bundesrates dazu vom 7. Dezember 2012, in: BBl 2013 131. Die Gesetzesänderung wird voraussichtlich Mitte 2017 in Kraft treten. Die Verweisung auf die Bestimmungen des HMG entspricht bereits dem Stand nach der vom Parlament verabschiedeten Rechtsänderung, obwohl sie hier noch mit der «Bezeichnung» E-HMG kenntlich gemacht wird.

²⁸ Änderung vom (...) des Kartellgesetzes, BBl 2012 3989, hier: E-KG.

²⁹ Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren (Revisionsaufsichtsgesetz, RAG, SR 221.302)

³⁰ Die Trassenvergabestelle (TVS) erhält einen direkten gesetzlichen Auftrag. Die Anstalt darf nicht gewinnorientiert sein. Dadurch unterscheidet sie sich von anderen bundesnahen Betrieben. Zu ihren Kernaufgaben gehören die Trassenplanung, die Trassenvergabe sowie die Lösung von Trassenkonflikten. Die TVS organisiert insbesondere den diskriminierungsfreien Zugang zur Infrastruktur der Eisenbahnen. Sie überwacht aber nicht die Infrastrukturbetreiberinnen oder die Eisenbahnunternehmen. Mangels entsprechender Aufsichtskompetenzen ist die TVS gegenüber den typischen Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht ein Sonderfall. Dadurch erklären sich auch gewisse Abweichungen vom Mustererlass (insb. bezüglich der Haftung nach Verantwortlichkeitsgesetz gemäss Art. 9n VE-EBG, die abweichend zu Art. 18 Abs. 2 dieses Mustererlasses nicht eingeschränkt wird).

Buchstabe a: Der Organisationserlass kann auch eine andere Bezeichnung vorsehen (z.B. Institutsrat). Bei der Verwendung unterschiedlicher Begriffe ist mit Blick auf die angestrebte Harmonisierung jedoch Zurückhaltung geboten.

Buchstabe b: Die Geschäftsleitung der Anstalten des Bundes hat bereits in den geltenden Organisationserlassen – im Vergleich zum Aktienrecht – eine besondere Stellung. So verfügt sie über weitergehende, bereits im Organisationserlass klar zugewiesene, operative Kompetenzen; damit ist auch offensichtlich, dass sie formelle (und nicht nur faktische) Organstellung hat (vgl. Art. 7 Mustererlass). Dieser Status bezweckt die kompetenzmässige Abgrenzung gegenüber dem Verwaltungsrat als strategisches Organ. Die klare und verbindliche Trennung von strategischer und operativer Tätigkeit soll das Zusammenwirken zwischen dem Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung nach dem Prinzip von Checks and Balances ermöglichen (vgl. CG-Bericht: BBl 2006 8270).

Die Organe verselbständigter Einheiten sind grundsätzlich voneinander personell unabhängig (LS 3). Der Bundesrat hat sich aber die Abweichung von diesem Grundsatz vorbehalten (CG-Bericht: BBl 2006 8283 u. 8285 – für besondere Situationen, wie bei der Schaffung der Anstalt, ihrer Sanierung oder Liquidation).

Beispiele:

Artikel 5 ENSIG, Artikel 8 FINMAG, Artikel 71 E-HMG, Artikel 3 E-WBBG, Artikel 29 RAG, Artikel 9c VE-EBG.

Art. 5 Verwaltungsrat: Zusammensetzung, Wahl und Organisation

Absatz 1: Es gilt der Grundsatz, dass Zahl, Zusammensetzung und Zusammenwirken der Organe eine effiziente und effektive betriebliche Führung und Aufsicht sicherstellen sollen. Entsprechend muss die Zahl der Verwaltungsräte festgelegt werden. Um Mehrheitsentscheide zu ermöglichen, sollte der Verwaltungsrat immer eine ungerade Zahl an Mitgliedern aufweisen. Vorausgesetzt für die Wahl werden Fachkunde, Branchenkenntnisse und Unabhängigkeit (Art. 4 Abs. 2 E-WBBG). Die Vielfalt (insbesondere Alter, Geschlecht, Herkunft, Muttersprache) verspricht einen Mehrwert. Die Anforderungen dürfen aber nicht so weit gehen, dass die erforderliche Auswahlmöglichkeit unter Kandidatinnen und Kandidaten mit den erforderlichen Kenntnissen und Fähigkeiten gefährdet wird. Die Vertretung von Kantonen, Verbänden und anderen Institutionen ist kritisch zu beurteilen (Aufblähung des Verwaltungsrates, Interessenkonflikte).

Zur ausgewogenen Vertretung der Landessprachen vgl. Artikel 6a Absatz 1 Buchstabe c BPG und Artikel 2a Kaderlohnverordnung (hier: KadLV)³¹. Die vom Bundesrat am 6. November 2013 beschlossenen Richtwerte für die Vertretung der

³¹ Verordnung vom 19. Dezember 2003 über die Entlohnung und weitere Vertragsbedingungen der obersten Kader und Leitungsorgane von Unternehmen und Anstalten des Bundes (Kaderlohnverordnung, hier: KadLV, SR 172.220.12)

Sprachgemeinschaften³² und die Zielquote für die Geschlechtervertretung³³ sind seit 1. Januar 2014 in Kraft. Die Vorgaben gelten für die obersten Leitungsorgane nach Artikel 2 Absatz 2 KadLV. Im jährlichen Kaderlohnreporting³⁴ des Bundesrates an die Finanzdelegation der eidgenössischen Räte werden die Anteile der Landessprachen und der Geschlechter in den obersten Leitungsorganen der Unternehmen und Anstalten ausgewiesen und überprüft. Bei Anträgen auf Wahl eines neuen Mitglieds in oberste Leitungsorgane müssen die Departemente Abweichungen von den Richtwerten und von der Zielquote kommentieren.

Die Auswahl der Verwaltungsratsmitglieder richtet sich nach dem Anforderungsprofil des Bundesrates für Mitglieder des Verwaltungs- bzw. des Institutsrates von verselbständigten Organisationen des Bundes (vgl. Art. 8j RVOV sowie das Musteranforderungsprofil³⁵; LS 5). Gemäss Bundesratsbeschluss vom 6. November 2013 müssen die Departemente die Anforderungsprofile für die in ihrem Zuständigkeitsbereich liegenden Unternehmen und Anstalten mit den Richtwerten für die Verteilung der Landessprachen und die Zielquote für den Geschlechteranteil ergänzen.

Mit dem Wahlantrag sind dem Bundesrat das Anforderungsprofil und das Ergebnis der Sicherheitsprüfung vorzulegen (vgl. zur Personensicherheitsprüfung insbesondere Art. 4 Abs. 1 und 12 Abs. 2 Bst. a sowie den Anhang 1 PSPV³⁶).

Am 28. November 2014 hat der Bundesrat gestützt auf eine Empfehlung der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates³⁷ eine «Weisung über die Wahl des obersten Kadern durch den Bundesrat (Grundelemente für die Vorbereitung von Wahlgeschäften durch die Departemente und die Bundeskanzlei)»³⁸ erlassen und darin die Grundelemente für die Vorbereitung von Wahlgeschäften definiert, die in seine Wahlzuständigkeit fallen. Diese Weisung ist am 1. Januar 2015 in Kraft getreten. Auf denselben Zeitpunkt wurde die BPV im Sinne der GPK-Empfehlungen angepasst. Die dezentralen Verwaltungseinheiten werden aber vom Geltungsbereich dieser Weisung des Bundesrates nicht erfasst. Ob für die Wahlverfahren von Leitungsorganen von dezentralen Verwaltungseinheiten ähnliche Regelungen erlassen werden sollen, wird vom Bundesrat geprüft. Er hat dem EFD (EPA, EFV) einen entsprechenden Prüfauftrag erteilt.³⁹

Die besondere Unabhängigkeit, die der Bund bei Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht zu beachten hat, legt nahe, dass er auf eine

³² Deutsch: 65,5 Prozent; Französisch: 22,8 Prozent; Italienisch: 8,4 Prozent und Rätoromanisch: 0,6 Prozent (Stand: 6. November 2013)

³³ 30 Prozent für die Vertretung der beiden Geschlechter (Stand: 6. November 2013)

³⁴ <https://www.epa.admin.ch>>Dokumentation>Zahlen und Fakten>Berichte

³⁵ <https://www.efv.admin.ch>>Themen>Finanzpolitik>Corporate Governance>Grundlagen; Muster Anforderungsprofil für VR/IR

³⁶ Verordnung vom 4. März 2011 über die Personensicherheitsprüfungen (PSPV), SR **120.4**

³⁷ Bericht der GPK-N vom 15. November 2013 betr. «Wahl des obersten Kadern durch den Bundesrat» (BBl **2014** 2787). Ferner dazu die Stellungnahme des Bundesrates vom 19. Februar 2014 (BBl **2014** 2841).

³⁸ BBl **2014** 9737.

³⁹ Bericht der GPK-S vom 6. Oktober 2015 betreffend «die Sicherstellung der Unabhängigkeit von Aufsichts- und Regulierungsbehörden der dezentralen Bundesverwaltung» (BBl **2016** 1711). Ferner Ziffer 2.3 der Stellungnahme des Bundesrates vom 18. Dezember 2015 (BBl **2016** 1763).

rechtlich zur Interessenwahrung verpflichtete Vertretung im Verwaltungs- oder Institutsrat verzichtet (LS 9).

Absatz 2: Die Wahlfreiheit des Bundesrates sollte nur in begründeten Fällen gesetzlich eingeschränkt werden. Zur Vermeidung von Interessenkonflikten oder des Anscheins solcher Konflikte wurden in diversen Organisationserlassen Unvereinbarkeitsvorschriften für alle Mitglieder und insbesondere für die Präsidentin oder den Präsidenten statuiert, beispielsweise die Unabhängigkeit von der beaufsichtigten Branche oder das Verbot, bestimmte öffentliche Ämter oder eine wirtschaftliche Tätigkeit auszuüben (Art. 9 Abs. 4 FINMAG). Beispiele: Die Mitglieder des ENSI-Rates dürfen weder eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben noch ein eidgenössisches oder kantonales Amt bekleiden, welche geeignet sind, ihre Unabhängigkeit zu beeinträchtigen (Art. 6 Abs. 3 ENSIG). Der Bundesrat hat dazu auf Verordnungsstufe (Art. 4–4b ENSIV⁴⁰) eine ausführliche Unvereinbarkeitsregelung erlassen. Die Trassenvergabestelle (TVS) muss von den Eisenbahnunternehmen und interessierten Dritten unabhängig sein (Art. 9c Abs. 2 VE-EBG).

In jedem Fall sind die Bewerberinnen und Bewerber verpflichtet, sämtliche Interessenbindungen dem Bundesrat vor der Wahl offenzulegen. Wer sich weigert, seine Interessenbindungen offenzulegen, ist als Mitglied nicht wählbar.

Absatz 3: Der Bundesrat wählt die Mitglieder des strategischen Leitungsorgans und regelt die Honorarfestsetzung (einschliesslich Nebenleistungen) und weitere Vertragsbedingungen (Art. 6a BPG, Art. 8j Abs. 1 Bst. a RVOV, Art. 4 und 6 KadLV). Ein Anspruch auf Wiederwahl besteht nicht. Vielmehr entscheidet der Bundesrat darüber nach Ermessen. Die Hürde für eine Nichtwiederwahl ist tiefer als für eine Abberufung. Die Nichtwiederwahl setzt keinen wichtigen Grund voraus. Vielmehr genügt ein triftiger bzw. sachlicher Grund.⁴¹ Sachliche Gründe sind insbesondere gegeben, wenn die Tauglichkeit für das Amt (z.B. aufgrund von bestimmten Interessenbindungen), die Leistungen oder das Verhalten die Wiederwahl nicht mehr rechtfertigen. Besteht beispielsweise kein Vertrauensverhältnis mehr für eine sinnvolle Zusammenarbeit oder ist die Zusammensetzung des Verwaltungsrates nicht mehr ausgewogen, so sind ebenfalls sachliche Gründe anzunehmen.

Die Dauer der Amtszeit wird im Interesse der Unabhängigkeit, Objektivität und Sicherstellung von guter Unternehmensführung und -überwachung auf längstens vier Jahre begrenzt (vgl. ebenso die Amtszeitbeschränkung für Mitglieder ausserparlamentarischer Kommissionen in Art. 8i Abs. 1 und 2 RVOV). Aufgrund dieser Höchstbegrenzung kann der Bundesrat – beispielsweise bei einer geplanten Reorganisation, die zur Privatisierung oder Rückführung in die Zentralverwaltung führt – die Amtsdauer verkürzen, statt dass er die Wahl auf vier Jahre mit einem Vorbehalt (wie Aufhebung des Amtes zufolge Aufhebung der Anstalt) versehen muss. Die Amtsdauer (von längstens vier Jahren) kann sich mit einer Legislaturperiode des Bundesrates (Art. 175 BV) und der Amtsdauer der Mitglieder ausserparlamentarischer Kommissionen (Art. 8g Abs. 1 RVOV) decken. Eine Beschränkung der Amts-

⁴⁰ Verordnung vom 12. November 2008 über das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat (ENSIV), SR 732.21

⁴¹ BGE 119 Ib 99 E. 2.a.

dauer auf ein Jahr gilt für börsennotierte Aktiengesellschaften (Art. 95 Abs. 3 BV und Art. 3 und 4, je Abs. 2, VegüV⁴²). Im Gegensatz zu Publikumsgesellschaften mit einem breit gestreuten Aktionariat ist der Bund Alleineigner der Anstalt. Somit kann er jederzeit eingreifen und ein Verwaltungsratsmitglied nötigenfalls abberufen (vgl. LS 7). Eine gestaffelte Erneuerung der Verwaltungsmitglieder hat den Vorzug, dass ein Gleichgewicht zwischen Stabilität und Erneuerung entsteht. Die Staffellung bedarf jedoch einer entsprechenden Planung durch das zuständige Departement.

Abberufung aus wichtigen Gründen (LS 7): Die Wahl der Verwaltungsratsmitglieder erfolgt durch den Bundesrat auf eine «Amtsdauer» von längstens vier Jahren. Dies, wie auch die jederzeitige Abberufung während der Amtsdauer aus wichtigem Grund, weichen von der Beendigung nach privatrechtlichen Grundsätzen ab⁴³. Artikel 404 OR, wonach der Auftrag – ohne dass wichtige Gründe erforderlich sind – jederzeit widerrufen oder gekündigt werden kann, ist nicht anwendbar. Wichtige Gründe liegen vor, wenn die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nach Treu und Glauben nicht mehr zumutbar ist, beispielsweise wenn ein Mitglied die Voraussetzungen für die Ausübung des Amtes nicht mehr erfüllt, eine schwere Pflichtverletzung begangen hat oder ein dauernder Interessenkonflikt des Mitglieds nicht anders gelöst werden kann (vgl. auch die Praxis zu Art. 337 Abs. 2 OR). Die Abberufung muss aufgrund der Rechtsweggarantie von eidgenössischen Verwaltungsrechtspflegeinstanzen gerichtlich überprüft werden können. Dazu muss Artikel 33 Buchstabe b Verwaltungsverfahrensgesetz (VGG)⁴⁴ ergänzt werden (jedenfalls solange diese Norm noch einzelne Fälle aufzählt und nicht mit einer Generalklausel alle Anstalten erfasst). Nach dem im öffentlichen Recht geltenden Grundsatz der Verhältnismässigkeit ist, je nach Sachlage, nicht ausgeschlossen, dass die Präsidentin oder der Präsident zwar aus der Präsidialfunktion abberufen wird, aber als Mitglied im Verwaltungsrat verbleiben kann.

Absatz 4: Nach Aktienrecht besteht das Mandat der Verwaltungsmitglieder mit der Aktiengesellschaft, trotz ihrer Wahl durch die Generalversammlung. Vergleichbar dazu erfolgt die Wahl der Verwaltungsratsmitglieder der Anstalt durch den Bundesrat. Der Vertrag der Mitglieder des Verwaltungsrates besteht jedoch mit der Anstalt. Er ist öffentlich-rechtlicher Natur. Der Bundesrat legt das von der Anstalt an die Verwaltungsratsmitglieder auszurichtende Honorar und die weiteren Vertragsbedingungen fest. In diesem Zusammenhang hat er insbesondere die Möglichkeit, eine Cooling-off-Period (vgl. dazu nachstehende Bemerkungen zur Karenzfristverordnung) sowie die Entschädigung einer solchen zu regeln. Die obligationenrechtlichen

⁴² Verordnung vom 20. November 2013 gegen übermässige Vergütungen bei börsennotierten Aktiengesellschaften (VegüV), SR 221.331. Im Rahmen der vom Bundesrat im Dezember 2015 beschlossenen Eckwerte wird dieser dem Parlament voraussichtlich gegen Ende 2016 eine Botschaft vorlegen. Im Rahmen der betreffenden Aktienrechtsrevision sollen die Vorgaben umgesetzt werden, die aufgrund der Annahme der Volksinitiative «gegen die Abzockerei» im März 2013 in die Bundesverfassung gelangten. Zudem will der Bundesrat Geschlechter-Richtwerte für grosse börsennotierte Aktiengesellschaften und Transparenzvorschriften für rohstofffördernde Unternehmen einführen sowie die Gründungs- und Kapitalvorschriften flexibilisieren.

⁴³ BGE 2A.312/2004 vom 22. April 2005 E.2.1.2

⁴⁴ Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32).

Bestimmungen über den Auftrag kommen als ergänzendes öffentliches Recht zur Anwendung, soweit öffentlich-rechtlich (im Organisationserlass und in Art. 6a BPG bzw. in der darauf basierenden KadLV) nichts bzw. nichts anderes geregelt ist. Diese Regelung entspricht bisheriger Anschauung und Rechtspraxis.

Sofern Mitglieder des Verwaltungsrates aufgrund ihrer Unabhängigkeit weder eine andere wirtschaftliche Tätigkeit ausüben noch ein anderes Amt bekleiden dürfen, beziehen sie vollberuflich ein Honorar, das der Beitragspflicht nach AHVG und demnach den Bestimmungen über die berufliche Vorsorge unterliegt. Die Ratsmitglieder sind daher in den Versichertenkreis bei PUBLICA einzuschliessen (Beispiele: Dies gilt für Verwaltungsratsmitglieder des ENSI und teils der FINMA sowie, vergleichbar, für Mitglieder des ETH-Rates).

Bei einer sog. Cooling-off-Period handelt es sich um eine Karenzfrist, während der es Führungspersonen nach ihrem Austritt aus der Anstalt aufgrund möglicher Interessenkonflikte verboten ist, eine bestimmte (bezahlte oder unbezahlte) Tätigkeit auszuüben. Ein zeitlich befristetes Berufsverbot stellt einen – allerdings in Falle einer Entschädigung gemilderten – Eingriff in das verfassungsmässige Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit dar (Art. 27 BV) und bedarf daher einer gesetzlichen Grundlage (vgl. Art. 6a Abs. 2 BPG; Abschnitt 1b RVOV; Art. 6 KadLV). Für die Verwaltungsratspräsidentin oder den Verwaltungsratspräsidenten der FINMA hat der Bundesrat bereits am 6. Dezember 2013 eine Karenzzeit vorgeschrieben.⁴⁵

Am 25. November 2015 hat der Bundesrat die Karenzfristverordnung⁴⁶ verabschiedet. Demnach kann er für Mitglieder von Verwaltungs- und Institutsräten von Anstalten des Bundes, die mit Aufsichts- und Regulierungsaufgaben betraut sind, im Wahlbeschluss eine Karenzfrist ansetzen, wenn zu erwarten ist, dass der unmittelbare Wechsel eines Mitgliedes 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 (Art. 8j^{bis} Abs. 1 RVOV). Im Einzelfall ist zu prüfen, ob eine Cooling-off-Period tatsächlich angebracht ist. Eine Cooling-off-Period für Verwaltungsratsmitglieder von Anstalten mit Aufsichtsaufgaben kann vorgesehen werden, wenn ihr unmittelbarer Wechsel in den beaufsichtigten Bereich aufgrund eines möglichen Interessenkonflikts die Glaubwürdigkeit und damit die Reputation der Aufsichtsbehörde beeinträchtigen könnte. Weiter liegt ein Interessenkonflikt insbesondere vor, wenn ein Ratsmitglied 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 unabhängig erscheinen lässt (Art. 8j^{bis} Abs. 2

⁴⁵ Die «Bedingungen zur Ausübung des Amtes als Verwaltungsratsmitglied der FINMA» regeln in Ziffer 8 die Cooling-off-Period der Verwaltungsratspräsidentin bzw. des Verwaltungsratspräsidenten. Diese vom Bundesrat am 6. Dezember 2013 und 26. März 2014 beschlossenen Bedingungen enthalten zudem Regelungen zur Entschädigung der Verwaltungsratsmitglieder, zur Vereinbarkeit des Mandats mit Tätigkeiten im Aufsichtsbereich der FINMA und zum Halten von Effekten.

⁴⁶ Verordnung vom 25. November 2015 über eine Karenzfrist für Leitungsfunktionen der Bundesverwaltung, für Mitglieder von Leitungsorganen von Anstalten des Bundes sowie für Mitglieder ausserparlamentarischer Kommissionen (Karenzfristverordnung), AS 2015 5019.

RVOV). Die Karenzzeit ist, unter angemessener Berücksichtigung von Kündigungs- und Freistellungsfristen auf minimal sechs und maximal zwölf Monate zu beschränken (Art. 8j^{bis} Abs. 3 i.V.m. Art. 8e^{ter} Abs. 3 RVOV). Für die Karenzfrist kann eine Entschädigung festgelegt werden. Sie entspricht nach Massgabe der im Einzelfall zu erwartenden wirtschaftlichen Beeinträchtigung maximal der bisherigen Entschädigung. Sämtliche in dieser Zeit erzielten Einkünfte, Entschädigungen und Vorsorgeleistungen sind auf das Honorar anrechenbar. Zu Unrecht bezogene Karenzfristentschädigungen müssen zurückerstattet werden (Art. 8e^{ter} Abs. 4–6 RVOV). Spezifische Regelungen zur Karenzfristproblematik bestehen mittlerweile bereits bei der FINMA⁴⁷, beim ENSI⁴⁸ und bei Swissmedic⁴⁹.

Grundsätzlich ist das BPG auf die Verwaltungsräte nicht anwendbar, insbesondere nicht Artikel 14 BPG (auf Amtsdauer gewählte Personen). Nur Artikel 6a BPG gilt, gemäss dessen speziell definiertem Anwendungsbereich, direkt – und nicht nur sinngemäss. Die Botschaft soll einen entsprechenden Hinweis enthalten. Wo für die Verwaltungsräte und Geschäftsleitungsmitglieder Artikel 6a BPG im Organisationserlass als «sinngemäss» anwendbar erklärt wurde, handelt es sich um Fälle, bei denen ein vom BPG abweichendes, spezialgesetzliches Personalstatut gilt (z. B. OR oder ein spezialgesetzliches, öffentlich-rechtliches Personalstatut).

Die Anwendung von Artikel 6a BPG wirkt sich auf die vom Bundesrat anzuwendenden Grundsätze sowie auf die Berichterstattung des Verwaltungsrates gegenüber dem Bundesrat über seine Honorierung aus (vgl. Art. 1 ff. KadLV sowie Zusatzbericht, BBJ 2009 2682 ff.). Die Personalverordnung für die Angestellten, einschliesslich der Geschäftsleitungsmitglieder, stützt sich demgegenüber auf das BPG bzw. muss sich an dessen Rahmen halten, und unterliegt der Genehmigung durch den Bundesrat (vgl. Art. 6 Bst. e, Art. 9 und Art. 22 Abs. 2 Bst. c Ziff. 3 Mustererlass).

Die KadLV enthält Vorschriften zur Entlohnung und weitere Vertragsbedingungen der obersten Kader und Leitungsorgane von Anstalten (und Unternehmen) des Bund. Während bei den börsenkotierten Aktiengesellschaften die Generalversammlung jährlich über den Gesamtbetrag der Vergütungen des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates abstimmt (Art. 2 Ziff. 4 und Art. 18 VegüV), werden gestützt auf Absatz 4 die Honorierung und die weiteren Vertragsbedingungen der Verwaltungsratsmitglieder der Anstalt durch den Bundesrat festgelegt. Das Eidgenössische Personalamt (EPA) unterzieht die beantragte Höhe des Honorars und die weiteren Vertragsbedingungen im Quervergleich mit anderen Verwaltungsratsmandaten einer Vorprüfung. Die vom Bundesrat beschlossenen Honorare der Mitglieder des Verwaltungsrates und die weiteren Vertragsbedingungen werden in der Regel im öffentlich-rechtlichen Mandat (in der Form eines Vertrags bzw. einer Bestätigung) festgeschrieben. Im Kaderlohnreporting erfolgt eine ex-post-Berichterstattung.

⁴⁷ Art. 38a FINMA-Personalverordnung 11. August 2008 (SR **956.121**)

⁴⁸ Art. 6a ENSI Personalreglement vom 17. Oktober 2008 (SR **732.221**)

⁴⁹ Art. 34a Verordnung vom 28. September 2001 über das Personal des Schweizerischen Heilmittelinstituts (SR **812.215.4**)

Allfällige gestützt auf das Kaderlohnreporting erfolgte Änderungen wirken somit erst zukunftsgerichtet.⁵⁰

Die Artikel 394 ff. OR über den Auftrag⁵¹ kommen auf den Vertrag zwischen den Verwaltungsratsmitgliedern und der Anstalt als ergänzendes öffentliches Recht zur Anwendung. Nicht anwendbar ist hingegen Artikel 404 OR. Die entsprechende, inhaltliche Abweichung vom privatrechtlichen Auftragsrecht besteht darin, dass aufgrund des im öffentlichen Recht geltenden Grundsatzes der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) öffentlich-rechtliche Mandatsverhältnisse nicht jederzeit voraussetzungslos widerrufen sind, sondern dass sie nur aus wichtigen Gründen aufgelöst werden können (vgl. auch die Ausführungen zu Absatz 3).

Absatz 5 (LS 6): Der Verwaltungsrat wird generell verpflichtet, die Interessen der Anstalt zu wahren, was die Interessen und Ziele des Bundes einschliesst, die dieser mit der Anstalt erreichen will (vgl. Art. 2 Mustererlass). Die Treuepflicht umfasst u.a. die Sorgfaltpflicht, die Geheimhaltungspflicht, das Konkurrenzverbot, das Verbot des Insiderhandels und die Treuepflicht im Umgang mit Interessenkonflikten. Beispielsweise gehört es zur Sorgfaltpflicht, der zeitlichen Belastung durch Nebenbeschäftigungen Rechnung zu tragen (vgl. insb. Art. 11 KadLV; vgl. dazu auch die Bemerkungen zu Art. 6 Bst. d Mustererlass). Der Verwaltungsrat soll sowohl generell den Umgang mit Interessenkonflikten regeln, als auch in einzelnen konkreten Fällen die nötigen Massnahmen ergreifen. Während sich die Melderechte und Meldepflichten für die Mitglieder der Geschäftsleitung und für das übrige Personal nach Artikel 22a BPG (Whistleblowing) richten, gilt diese (arbeitsrechtliche) Bestimmung nicht für die Verwaltungsratsmitglieder. Im Rahmen ihrer Treuepflicht entscheidet sich, wann und wie ein Verwaltungsratsmitglied in solchen Fällen handeln muss (z.B. Meldung an den gesamten Verwaltungsrat, Einschalten der Revisionsstelle oder der Aufsichts- oder Strafverfolgungsbehörden durch den Verwaltungsrat etc.). Regelungen dazu sollten im Organisationsreglement oder können allenfalls auch im Mandat enthalten sein. Mangels einem dem Arbeitsvertrag vergleichbaren Subordinationsverhältnis bedürfen die Verwaltungsratsmitglieder keines Kündigungsschutzes analog zum Whistleblowing nach Artikel 22a BPG.

Absatz 6: Der Verwaltungsrat ist gegenüber dem Bundesrat mitverantwortlich dafür, dass die Interessenbindungen, welche seine Mitglieder nach ihrer Wahl eingegangen sind, mit ihrer Funktion in der Anstalt vereinbar sind. Der Verwaltungsrat muss die Interessenbindungen seiner Mitglieder laufend überwachen und beurteilen: Ist eine Interessenbindung nicht vereinbar mit dem Mandat und hält das Mitglied trotzdem daran fest, so muss der Verwaltungsrat dem Bundesrat die Abberufung des betreffenden Mitglieds beantragen. Dies ergibt sich bereits aus seiner Funktion bzw. Aufgabenstellung und insbesondere seiner allgemeinen Pflicht zur Wahrung der

⁵⁰ Der Vergütungsbericht, wie ihn Artikel 13 und 14 VegüV für börsennotierte Aktiengesellschaften vorschreibt, wird demgegenüber durch die Revisionsstelle auf Übereinstimmung mit den rechtlichen Vorgaben (Gesetz, Verordnungen, Statuten etc.) geprüft. Stellt die Revisionsstelle Probleme fest, ohne dass der Verwaltungsrat darauf reagiert, kann der Eigner (die Generalversammlung) eingreifen, namentlich indem er die Genehmigung des Geschäftsberichts und die Entlastung des Verwaltungsrates verweigert.

⁵¹ BGE 130 III 213: Wohl die Mehrheit der Lehre nimmt für Mitglieder des Verwaltungsrates einer Aktiengesellschaft einen mandatsähnlichen Vertrag an.

Interessen der Anstalt. Ein Mitglied kann allenfalls auch abberufen werden, wenn sich herausstellt, dass es seine Interessenbindungen anlässlich der Wahl nicht vollständig offengelegt oder Änderungen der Interessenbindungen während der Amtsdauer nicht gemeldet hat. Kraft der Aufsichtsbefugnis des Bundesrates über die Anstalt (vgl. Art. 22 Mustererlass) kann bzw. muss auch das zuständige Departement bei mutmasslichen Unvereinbarkeiten aktiv werden, sofern es davon erfährt und Informationen verlangen bzw. nötigenfalls in letzter Konsequenz dem Bundesrat die Abberufung des Mitglieds beantragen. Im Rahmen des Geschäftsberichts an den Bundesrat müssen bestehende Interessenbindungen publiziert und durch den Verwaltungsrat, dessen Mitglieder eine entsprechende Auskunftspflicht trifft, kommentiert werden⁵². Für Mitglieder ausserparlamentarischer Kommissionen (z.B. Behördenkommissionen) gilt die Pflicht zur Offenlegung von Interessenbindungen schon bisher als Wahlvoraussetzung (Art. 57f RVOG und Art. 8f RVOV; zur Veröffentlichung vgl. Art. 8k Abs. 3 RVOV). Am 12. Februar 2014 hat der Bundesrat zudem die Motion Gilli vom Dezember 2013 (13.4040) zur Annahme beantragt, welche die Veröffentlichung sämtlicher Interessenbindungen von Mitgliedern der Leitungsorgane von Anstalten des Bundes fordert. Vgl. ferner Artikel 71a E-HMG⁵³ zur Offenlegung der Interessenbindungen der Mitglieder des Institutsrats. Hier wird vorgeschrieben, dass die Mitglieder jede Änderung ihrer Interessenbindungen dem zuständigen Departement melden müssen. Ferner ist der Verwaltungsrat verpflichtet, ein Verzeichnis zu führen, das er aktualisieren und (vorbehältlich der Wahrung von Berufsgeheimnissen nach Strafgesetzbuch) publizieren muss.

Absatz 7: Die Pflichten zur Wahrung von Amts-, Berufs- und Geschäftsgeheimnissen sowie Regeln zur Information der Öffentlichkeit sind, je nach Adressat und Umständen, im Organisations- oder im Aufgabenerlass zu regeln und allenfalls im Organisationsreglement oder im Mandat zu konkretisieren (vgl. auch Anhang 1). Da die Mitglieder des Verwaltungsrats nicht zum Personal der Anstalt gehören, sind sie den Bestimmungen des BPG zur Schweigepflicht (Art. 22) nicht unterstellt. Deshalb wird hier eine vergleichbare Bestimmung in den Organisationserlass aufgenommen

Beispiele:

Artikel 6 ENSIG, Artikel 9 FINMAG, Artikel 70, 71a, 72 und 72a E-HMG, Artikel 4 und 5 E-WBBG, Artikel 30, 30a und 34a RAG, Artikel 9f VE-EBG.

⁵² Vgl. Artikel 6 Absatz 7 des Entwurfs zu einem Bundesgesetz über die Schweizerische Agentur für Innovationsförderung (Innosuisse-Gesetz, SAFIG, BB1 2015 9535) und Artikel 7 Absatz 8 des Entwurfs zu einem Bundesgesetz über die Anstalt zur Verwaltung der Ausgleichsfonds von AHV, IV und EO (Ausgleichsfondsgesetz, BB1 2016 353)

⁵³ Änderung des Bundesgesetzes über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG, SR 812.21) vom 18. März 2016 (vgl. BB1 2016 1953). Die Verweisung entspricht bereits der vom Parlament verabschiedeten Fassung. Die Gesetzesänderung wird voraussichtlich Mitte 2017 in Kraft treten

Art. 6 Verwaltungsrat: Aufgaben

Buchstabe a: Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht gehören zu den Einheiten des Bundes, die nach Artikel 8 Absatz 5 RVOG über strategische Ziele geführt werden. Die strategischen Ziele, die Berichterstattung der Anstalt an den Bundesrat, die Würdigung der Ergebnisse durch den Bundesrat und seine Berichterstattung an das Parlament sowie die Mitwirkungsrechte des Parlaments im Rahmen der Oberaufsicht sind eng miteinander verflochten. Der Verwaltungsrat muss die Methoden und Kriterien im Voraus festlegen, nach denen er die innerbetriebliche Umsetzung der strategischen Ziele beurteilen will. Er stützt sich dabei ab auf die im Voraus festgelegten Beurteilungskriterien und -indikatoren. Damit verfügt der Bundesrat über die nötigen Informationen, um nach den gleichen Kriterien die Erreichung der strategischen Ziele überprüfen zu können (vgl. Art. 22 Abs. 2 Bst. d Mustererlass). Die vom Verwaltungsrat vorgeschlagenen strategischen Ziele müssen somit entsprechend unterlegt sein, damit sie durch den Bundesrat genehmigt werden können. Vgl. die «Mustervorlage⁵⁴ für den Erlass der strategischen Ziele von verselbständigten Einheiten des Bundes; Fassung für Dienstleister mit Monopolcharakter und als Empfehlung für Anstalten der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht».

Ursprünglich war vorgesehen (LS 17), dass bei Einheiten, die schwergewichtig Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht wahrnehmen, der Verwaltungsrat die strategischen Ziele erlässt und nicht der Bundesrat, wie es bei anderen Anstalten vorgesehen ist. In der Zwischenzeit hat sich gezeigt, dass der Bundesrat zur Steuerung solcher Einheiten ebenfalls auf eine vorausschauenden (ex ante) Einflussmöglichkeit angewiesen ist. Die vom Verwaltungsrat beschlossenen strategischen Ziele bedürfen daher zu ihrer Wirksamkeit der Genehmigung durch den Bundesrat (Art. 9 Abs. 1 Bst. a FINMAG; Art. 70 Abs. 1 E-HMG; Art. 5 Abs. 1 Bst. i E-WBBG; Art. 30a Bst. b RAG). Das Genehmigungsrecht ermöglicht es dem Bundesrat, eine aktive Rolle zu spielen und seine politische Verantwortung wahrzunehmen. Die Unabhängigkeit der Anstalt gegenüber politischen Einflüssen wird durch den Genehmigungsvorbehalt nicht gefährdet. Der Einfluss des Bundesrates bezieht sich auf die strategische und nicht auf die operative Ebene. Der Bundesrat kann die Genehmigung verweigern, er kann aber die strategischen Ziele nicht selber abändern. Verweigert er die Genehmigung, so wird das Geschäft an den Verwaltungsrat zurückgewiesen, und es ist nach einer einvernehmlichen Lösung zu suchen. Die Eigengespräche dienen unter anderem dazu, geplante oder erwünschte Anpassungen der strategischen Ziele gemeinsam zu besprechen, bevor Beschlüsse gefällt werden. Zu den Anforderungen an die Berichterstattung des Bundesrates über die Erreichung der strategischen Ziele erlässt die EFV jährlich Weisungen.

Die strategischen Ziele nach Artikel 8 Absatz 5 RVOG bilden den Anknüpfungspunkt für die parlamentarische Oberaufsicht⁵⁵. Mit der öffentlich zugänglichen Kurzberichterstattung des Bundesrates über die Erfüllung der strategischen Ziele der

⁵⁴ http://www.efv.admin.ch/d/themen/finanzpolitik_grundlagen/cgov.php

⁵⁵ Graf/Theler/von Wyss, Kommentar zum Parlamentsgesetz vom 13. Dezember 2002, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung (vgl. insb. den Kommentar zu Art. 28 ParlG).

verselbständigten Einheiten des Bundes⁵⁶ und mit der ausführlichen Berichterstattung an die Aufsichtskommissionen schafft der Bundesrat die Voraussetzung dafür, dass die eidgenössischen Räte ihre Oberaufsicht über die Eigenerpolitik des Bundes gezielt ausüben können. Bei Bedarf sollen sie in der Lage sein, im Rahmen des gesetzlich verankerten parlamentarischen Instrumentariums auf die Steuerung und Kontrolle Einfluss zu nehmen (Art. 28 und Art. 148 Abs. 3^{bis} ParlG⁵⁷; vgl. Bericht der Finanzkommission des Nationalrates vom 29. März 2010 betr. Parlamentarisches Instrumentarium zu den strategischen Zielen der verselbständigten Einheiten (Parlamentarische Initiative), in: BBJ 2010 3382 f.⁵⁸

Die strategischen Ziele sind für den Verwaltungsrat von Anstalten verbindlich. Dies im Gegensatz zu den strategischen Zielen bei privatrechtlichen Aktiengesellschaften des Bundes, die für den Verwaltungsrat keine rechtliche, aber eine faktische Bindungswirkung haben.

Die strategischen Ziele enthalten unternehmens- und aufgabenbezogene Vorgaben. Sie konkretisieren für eine mittlere Frist das übergeordnete Gesetz (mit den Zielen und Aufgaben der Anstalt) und wenden es mit Blick auf die spezifische Situation der verselbständigten Einheit (Umfeld, Betriebssituation) an. Programmatische Ziele dienen namentlich dazu, bestimmte geschäftspolitische Grundhaltungen einzufordern (z.B. Nachhaltigkeit oder grundlegende Führungs- und Personalpolitik), während spezifische Ziele auf bestimmte Sachverhalte fokussieren. Die strategischen Ziele sind, wenn immer möglich, zum Zwecke einer transparenten und objektiven Beurteilung (Messbarkeit), mit Indikatoren bzw. Beurteilungskriterien zu unterlegen. Der Verwaltungsrat ist verantwortlich für die innerbetriebliche Umsetzung.

Die strategischen Ziele werden grundsätzlich für vier Jahre festgelegt; bei Bedarf sind sie aufgrund der jährlichen Prüfung und Berichterstattung während ihrer Geltungsdauer anzupassen. Bei Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicher-

⁵⁶ http://www.efv.admin.ch/d/themen/finanzpolitik_grundlagen/cgov/berichterstattung.php
⁵⁷ Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG, SR 171.10)

⁵⁸ Das Parlament kann die Festlegung noch nicht vorhandener Ziele oder deren Änderung verlangen. Es gibt drei Formen der Mitwirkung der «Bundesversammlung»: Kenntnisnahme von Berichten des Bundesrates, Aufträge an den Bundesrat (im Regelfall als Motion und nicht als Postulat) und Grundsatz- bzw. Planungsbeschlüsse (in der Form des (einfachen) Bundesbeschlusses). Der Grundsatz- und Planungsbeschluss ist die geeignete Form für grössere und komplexere Aufträge, die aber in einem aufwändigeren Verfahren beschlossen werden. Mitwirkung kann sich bereits darin äussern, dass eine Kommission z.B. bei der Beratung der Berichterstattung über die Erreichung der strategischen Ziele Meinungsäusserungen oder Empfehlungen abgibt, die es dem Bundesrat erlauben, seine Schlussfolgerungen zu ziehen bzw. die strategischen Ziele allenfalls zu ändern. Denkbar sind auch Konsultationen (für die es keine explizite Gesetzesgrundlage braucht), bei denen eine Kommission ihre Meinung äussert und auf diese Weise an der Entscheidungsfindung des Bundesrates mitwirkt. «Mitwirkung» bedeutet aber nicht, dass der Bundesrat die strategischen Ziele vorgängig der Bundesversammlung zur Genehmigung unterbreiten muss. Eine allfällige Ablehnung oder Abweichung von Aufträgen oder Grundsatz- und Planungsbeschlüssen durch den Bundesrat muss begründet werden (zum Verhältnis von Art. 28 Abs. 4 ParlG zu Art. 122 Abs. 3 vgl. den Kommentar Graf/Theler/von Wyss zum Parlamentsgesetz, Art. 28, Randziffer 23).

heitsaufsicht erfolgen die Anpassungen wiederum durch den Verwaltungsrat, unter Vorbehalt der Genehmigung durch den Bundesrat.

Die strategischen Ziele der Anstalten werden vom Bundesrat im Bundesblatt publiziert, wenn sie «erhebliche Aussenwirkungen entfalten oder von erheblicher allgemeiner Bedeutung sind» (Art. 18 Bst. b PublV⁵⁹). Die Publikation der strategischen Ziele durch die Anstalt (z.B. auf ihrer Homepage⁶⁰) ist vor der Genehmigung durch den Bundesrat nicht zulässig. Zu den Methoden und Kriterien, nach denen die Umsetzung der strategischen Ziele beurteilt wird, gehören vertrauliche Informationen und Kennzahlen. Die Methoden und Kriterien (Indikatoren bzw. Beurteilungskriterien) werden daher nicht veröffentlicht.

Buchstabe b: Artikel 4 des Mustererlasses bezeichnet den Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung und die Revisionsstelle als Organe der Anstalt. Die Trennung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung auf Gesetzesebene ist ein Unterschied zur Regelung in Artikel 716b OR. Nach Absatz 3 dieser OR-Bestimmung steht bei Aktiengesellschaften die Geschäftsführung dem Verwaltungsrat gesamthaft zu, soweit er sie nicht übertragen hat⁶¹. Demgegenüber sind bei den Anstalten die strategische (Verwaltungsrat) und die operative Ebene (Geschäftsleitung) bereits auf Gesetzesebene getrennt (dualistische Ausgestaltung). Die Geschäftsleitung der Anstalt verfügt über weitergehende, bereits im Organisationserlass klar zugewiesene Kompetenzen. Im Organisationsreglement regelt der Verwaltungsrat die Voraussetzungen, unter denen eine der Anstalt allenfalls zustehende Verfügungskompetenz von der Geschäftsleitung wahrgenommen werden soll (vgl. auch Art. 7 Abs. 2 Bst. b Mustererlass). Der Verwaltungsrat kann – unter Vorbehalt von Art. 7 Abs. 2 Bst. e Mustererlass – im Organisationsreglement auch regeln, wie und durch wen die Kommunikation (Vertretung der Anstalt nach aussen) erfolgen soll.

Der Verwaltungsrat kann im Bereich der unübertragbaren Aufgaben die Vorbereitung und die Ausführung seiner Beschlüsse sowie die Überwachung von einzelnen Geschäften auch Ausschüssen oder einzelnen Mitgliedern übertragen (analog zu Art. 716a Abs. 2 OR). Die Bildung von spezialisierten Ausschüssen ist sinnvoll, um bestimmte Geschäfte durch Mitglieder mit entsprechender Erfahrung und Sachkenntnis bearbeiten zu lassen. Sie kann auch helfen, Interessenkonflikte zu vermeiden und die Machtbalance innerhalb des Verwaltungsrates zu wahren. Der Verwaltungsrat und seine Ausschüsse können Drittpersonen (namentlich Fachleute) zur Beratung beiziehen. Diese sind vertraglich zur Geheimhaltung zu verpflichten. Der

⁵⁹ Verordnung vom über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsverordnung, PublV, SR 170.512.11)

⁶⁰ Beispiele: Strategische Ziele der FINMA 2013–2016; Strategische Ziele der RAB 2012–2015.

⁶¹ Artikel 716b Absatz 1 OR sieht für Aktiengesellschaften grundsätzlich die monistische (einstufige) Form vor, lässt jedoch auch die dualistische (mit Gewaltenteilung) Form zu. In der Praxis sind vor allem die grösseren Aktiengesellschaften dualistisch ausgestaltet: Gestützt auf eine Ermächtigung *in den Statuten* delegieren die Verwaltungsräte die Geschäftsführung im Organisationsreglement im Rahmen des gesetzlich Zulässigen – also im Bereich der übertragbaren Aufgaben – an eine Geschäftsleitung. In diesem Bereich fällt die Übertragung wesentlicher Entscheidbefugnisse an einzelne Verwaltungsratsmitglieder bzw. Ausschüsse ebenfalls unter Artikel 716b Absatz 1 OR.

Verwaltungsrat hat in jedem Fall für eine angemessene Berichterstattung an seine Mitglieder zu sorgen (analog Art. 716a Abs. 2 OR). Zu einer Haftungsbeschränkung führt eine solche Übertragung aber grundsätzlich nicht. Der Sorgfaltsmassstab bei der Überprüfung von Vorbereitungsarbeiten und bei der Überwachung der Ausführung von Geschäften ist hoch. Falls im Bereich der unübertragbaren Aufgaben gar Entscheidbefugnisse an Ausschüsse delegiert würden, bleibt der Verwaltungsrat für Fehler verantwortlich, wie wenn er sie selbst begangen hätte.

Falls Dritte mit der Wahrnehmung von Aufsichtsaufgaben der Anstalt betraut werden sollen, bedarf es hierzu einer Gesetzesgrundlage im Aufgabenerlass (vgl. Anhang 1).

Buchstabe c: Es handelt sich um Ausführungsbestimmungen, die der Verwaltungsrat selber erlassen kann, sei es gestützt auf eine Ermächtigung im Organisations- oder Aufgabenerlass oder aufgrund einer Subdelegation durch den Bundesrat (LS 13). Die Zulässigkeit und die Rahmenbedingungen für eine Subdelegation sind zwingend zu beachten. Eine gesetzliche Delegation zum Erlass generell-abstrakter Normen mit Aussenwirkung ist nur im Ausnahmefall zulässig. Die FINMA hat in eigener Kompetenz verschiedene Verordnungen erlassen (Bsp.: AVO-FINMA⁶², GwV-Finma⁶³). Vgl. ferner zur Vorgabe von Regulierungsgrundsätzen Artikel 7 FINMAG.

Buchstabe d: Der Verwaltungsrat muss für die Anstalt (für sich und die Mitglieder seiner Ausschüsse sowie für die Geschäftsleitung und das übrige Personal) alle nötigen organisatorischen und regulatorischen Vorkehren zur Vermeidung von Interessenkonflikten treffen (wie Regelungen im Organisationsreglement, Erlass von Verhaltensbestimmungen in der Personalverordnung, Verhaltenskodex, Verhaltensweisen etc.). Beispiel: Artikel 36 – 39 FINMA-Personalverordnung⁶⁴ betr. Nebenbeschäftigung, öffentliche Ämter, Treue- und Verhaltenspflichten, Vorteilsannahmeverbot. Die Verordnung gilt für die Angestellten der FINMA, inklusive Geschäftsleitungsmitglieder. Gestützt auf Artikel 38 Absatz 3 dieser Verordnung hat der Verwaltungsrat der FINMA zudem einen Verhaltenskodex erlassen.

Die Regelung zur Vermeidung von Interessenkonflikten von Verwaltungsratsmitgliedern kann in politisch besonders sensiblen Bereichen auch direkt durch Verordnung erfolgen (Bsp. Art. 4-4b ENSIV⁶⁵).⁶⁶ Zu einer allfälligen Cooling-off-Period vgl. die Bemerkungen zu Artikel 5 Absatz 4 des Mustererlasses.

⁶² Versicherungsaufsichtsverordnung-FINMA vom 9. November 2005 (AVO-FINMA, SR 961.011.1)

⁶³ Geldwäschereiverordnung-FINMA vom 8. Dezember 2010 (GwV-FINMA, SR 955.033.0)

⁶⁴ Verordnung vom 11. August 2008 über das Personal der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA-Personalverordnung, SR 956.121)

⁶⁵ Verordnung vom 12. November 2008 über das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat (ENSIV), SR 732.21

In Erfüllung des Postulates Recordon 12.3114 vom 8. März 2012 (Lösungsansätze für Interessenkonflikte im Bundesrecht) kam der Bundesrat in seinem Bericht vom 28. November 2014⁶⁷ zum Schluss, dass das geltende Bundesrecht im Bereich der Interessenkonflikte einen guten Stand aufweist. Der Bundesrat hat die in den «Corporate-Governance-Berichten» entwickelte Praxis bestätigt, wonach den organisations- und personalrechtlichen Bestimmungen zur Vermeidung von Interessenkonflikten besondere Aufmerksamkeit zu schenken ist. Weitergeführt werden soll auch der bisherige, pragmatische Ansatz, Anpassungen bestehenden Rechts an die Corporate-Governance-Praxis (insb. Leitsätze) nicht sofort, sondern erst im Rahmen einer Totalrevision der organisationsrechtlichen Grundlagen der betreffenden Einheiten zu prüfen bzw. allenfalls vorzunehmen. Der Bundesrat will zudem – aufgrund von Aufträgen oder neuen Erlassen – punktuell die bestehenden Regelungen überprüfen und dem Gesetzgeber allenfalls Anpassungen oder Ergänzungen vorschlagen. Die für die Schweiz 2016 zu erwartende vierte Evaluationsrunde der «Groupe d'Etats contre la Corruption» (GRECO) wird ebenfalls Gelegenheit zur Überprüfung einzelner Regelungen im Bereich der Interessenkonflikte und der Korruptionsprävention geben. Sollten Untersuchungen aufgrund von Problemfällen rechtliche Lücken oder Mängel aufdecken, wird der Bundesrat bei Bedarf tätig. Gleich wichtig wie der Erlass rechtlicher Regelungen sind jedoch die kontinuierliche Information, Schulung und Sensibilisierung des Personals. Solche Massnahmen stärken das Verantwortungsbewusstsein eines jeden Einzelnen und tragen damit wesentlich zur gewünschten Verwaltungskultur bei.

Die heutige aktienrechtliche Regelung sieht den Ausstand nur für die Beschlussfassung des Verwaltungsrates über die Massnahmen zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft vor. Hier wird eine offenere Formulierung gewählt: Dass der Ausstand unter Umständen nur für die Beschlussfassung über ein Traktandum nötig ist, die Beteiligung an der Diskussion darüber hingegen erwünscht sein kann, beispielsweise um das Sachwissen der betroffenen Personen nutzen zu können, ist sinnvoll und kann entsprechend geregelt werden.

Die Informationspflichten der Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitungsmitglieder im Falle eines konkreten Interessenkonflikts sind zwingender Bestandteil der Regelung über Interessenkonflikte. So sollen die Mitglieder des Verwaltungsrates den Präsidenten oder die Präsidentin vollständig und unverzüglich über Interessenkonflikte informieren müssen. Befindet sich dieser oder diese selbst in einem Interessenkonflikt, so erfolgt die Information an den Vizepräsidenten bzw. die Vizepräsidentin. Ob die Information immer oder nur in bestimmten Fällen an den gesamten Verwaltungsrat weitergeleitet werden soll, regelt das Organisations-

⁶⁶ OECD Multilingual Summaries, Government at a Glance 2013: Die Offenlegung der Vermögensverhältnisse und Privatinteressen von Entscheidungsträgern bleibt ein wichtiges Instrument bei der Behandlung von Interessenkonflikten. In fast allen Ländern sind die Entscheidungsträger verpflichtet, ihre Vermögenswerte und Einkommensquellen offenzulegen. Eine Offenlegung von vorherigen Beschäftigungsverhältnissen und Verbindlichkeiten ist indes nur in wenigen Ländern erforderlich. Bei den Anstalten des Bundes sind Verhaltensvorschriften vorzusehen, namentlich über Nebenbeschäftigungen und öffentliche Ämter sowie das Halten von Effekten.

⁶⁷ BBl 2015 1265

reglement. Die nötigen Massnahmen zur Wahrung der Interessen der Anstalt ergreift die Person, die dort als Informationsempfänger bzw. Informationsempfängerin bezeichnet ist (vgl. die in Art. 717a VE-OR⁶⁸ vorgeschlagene Regelung).

Der Bundesrat hat, basierend auf Artikel 6a Absatz 3 BPG, in Artikel 11 KadLV die Nebenbeschäftigungen (einschliesslich Ablieferungspflicht der daraus resultierenden Einnahmen) des obersten Kaders von Unternehmen und Anstalten des Bundes geregelt. Die Mitglieder des obersten Kaders müssen die vorgesehene Übernahme entgeltlicher Nebenbeschäftigungen der vorgesetzten Stelle melden. Könnte eine Nebenbeschäftigung die Leistungsfähigkeit vermindern oder zu Interessenkonflikten führen, so ist zu prüfen, ob eine Zustimmung des Bundesrates erforderlich ist. Die Mitglieder der obersten Leitungsorgane von Unternehmen und Anstalten des Bundes müssen zudem gemäss Bundesratsbeschluss vom 19. Dezember 2003 im Geschäftsbericht oder in einem gleichwertigen Informationsorgan vollständig über ihre Mitgliedschaften in analogen Organen anderer Unternehmen und Anstalten des Bundes des öffentlichen oder privaten Rechts informieren⁶⁹. Vgl. jetzt ausdrücklich Artikel 5 Absatz 6 des Mustererlasses.

Absatz 6 Buchstaben e–g (Personal und Pensionskasse): Vor Verabschiedung des CG-Zusatzberichtes durch den Bundesrat wurden bei ausgelagerten Einheiten des Bundes verschiedenste personalrechtliche Sonderlösungen geschaffen, die zu einer Zersplitterung des Bundespersonalrechtes führten. Dem sollte mit den zusätzlichen Leitsätzen Einhalt geboten werden, indem Kriterien geschaffen wurden, wann das BPG gelten soll und wann eine OR-Lösung möglich ist. Verselbständigte Einheiten, die überwiegend Dienstleistungen am Markt erbringen, haben ein privatrechtliches Personalstatut. Verselbständigte Einheiten, die Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht wahrnehmen sowie Einheiten, die Dienstleistungen mit Monopolcharakter erbringen, sollen öffentlich-rechtliche Personalstatute im Rahmen des BPG haben (LS 29 und Art. 9 Mustererlass)⁷⁰. Personalstatut und Pensionskassenstatut sind inskünftig dem gleichen Rechtskreis – öffentliches Recht oder Privatrecht – zugeordnet. Das Pensionskassenstatut von Einheiten, die Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht wahrnehmen, ist somit ein öffentlich-rechtliches Statut im Rahmen des BPG (vgl. Art. 10 Mustererlass).

Die unternehmensspezifischen Ausführungsbestimmungen zum BPG (Personalverordnung) sind vom Bundesrat zu genehmigen (LS 30). Gleiches gilt für die Anschlussverträge solcher Einheiten an PUBLICA (LS 36 und Art. 32c Abs. 3 zweiter Satz BPG).

⁶⁸ Vorentwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) und Erläuterungsbericht (Vernehmlassungsvorlage vom 28. November 2014)

⁶⁹ BRB vom 19. Dezember 2003 (im Anhang 3 zum Kaderlohnreporting: Offenlegung der Bindungen) (<http://www.epa.admin.ch>>Dokumentation>Zahlen und Fakten>Berichte, Entlohnung, Kaderlohnreporting)

⁷⁰ Die Umsetzung dieser vom Bundesrat angestrebten Zuordnungen soll aber bei den bereits bestehenden Einheiten in pragmatischer Weise erfolgen. Erst im Rahmen einer Totalrevision der organisationsrechtlichen Grundlagen werden das Personalstatut und dessen allfällige Änderung überprüft.

Die Versicherung des Personals und der dazugehörigen Rentenbeziehenden bei PUBLICA erfolgt entweder in einem eigenen Vorsorgewerk, im (gemeinschaftlichen) Vorsorgewerk Bund oder in einem gemeinschaftlichen Vorsorgewerk mit einer oder mehreren anderen dezentralen Verwaltungseinheiten. Die Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit und eigener Rechnung⁷¹ ist in jedem Fall vorsorge-rechtlich Arbeitgeberin (Art. 32b Abs. 2 BPG). Falls sie dem Vorsorgewerk Bund angeschlossen werden soll, vertritt der Verwaltungsrat die Anstalt als Vertragspartei (Art. 32d Abs. 2 zweiter Satz BPG).

Der Bundesrat regelt nach Artikel 32e Absatz 3 BPG die Wahl der paritätischen Organe der einzelnen Vorsorgewerke in einer Verordnung. Er kann den nicht zum Vorsorgewerk Bund gehörenden Arbeitgebern diese Befugnis übertragen. Bei der ETH, PUBLICA und beim Schweizerischen Nationalmuseum (SNM) hatte der Bundesrat in der Rahmenverordnung-BPG⁷² das oberste Leitungsorgan dieser Einheiten beauftragt, die Zuständigkeit, die Zusammensetzung und das Wahlverfahren des paritätischen Organs ihres Vorsorgewerkes zu regeln (Art. 2, 2a und 2b Rahmenverordnung BPG). In anderen Fällen besteht eine Regelung in der Personalverordnung, nach der die Anstalt entsprechend beauftragt wird (Bsp. Art. 10a IGE-PersV). Seit dem Erlass von Artikel 32e Absatz 3 BPG wurde die Regelungskompetenz stets übertragen. Mit Buchstabe g wird die Verantwortung, für eine entsprechende Regelung zu sorgen, nun direkt im Organisationserlass dem Verwaltungsrat der Anstalt übertragen. Nicht nötig ist der Erlass einer solchen Regelung beim Anschluss an ein bestehendes Vorsorgewerk, da hier bereits ein paritätisches Organ bestellt ist. Die Zusammensetzung des paritätischen Organs muss allerdings in Bezug auf eine angemessene Vertretung des Personals der verschiedenen Arbeitgeber überdacht werden (Art. 51 Abs. 2 Bst. b und Abs. 3 BVG⁷³).

Der Verwaltungsrat schliesst den Anschlussvertrag, unter Vorbehalt der Genehmigung durch den Bundesrat, mit PUBLICA ab. Das Genehmigungserfordernis entfällt, wenn ein Anschluss an das Vorsorgewerk Bund erfolgt, da ein solcher Anschluss ohnehin nur mit Zustimmung des Bundesrates erfolgen kann.

In den Botschaftserläuterungen sollte darauf hingewiesen werden, dass das paritätische Organ dem Anschlussvertrag zustimmen muss (vgl. Art. 32c Abs. 3 BPG und Art. 9 Abs. 2 Publica-Gesetz⁷⁴). Vorbehalten bleibt eine allfällige (gegenüber Art. 11 Abs. 2 BVG spezialgesetzliche) Anordnung eines Zusammenschlusses durch den Bundesrat (geplante Änderung von Art. 32d BPG⁷⁵).

⁷¹ Vgl. Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung, Vernehmlassungsentwurf zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung (SIR-Gesetz): Das SIR behält zwar den Anstaltsstatus, wird jedoch weiterhin keine eigene Rechnung haben. Somit wird das SIR auch künftig nicht eigene Arbeitgeberin im Sinne des BPG sein (Art. 32d Abs. 2 BPG, e contrario).

⁷² Rahmenverordnung zum Bundespersonalgesetz vom 20. Dezember 2000 (SR 172.220.11)

⁷³ Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG, SR 831.40)

⁷⁴ Bundesgesetz vom 20. Dezember 2006 über die Pensionskasse des Bundes (PUBLICA-Gesetz, SR 172.222.1)

⁷⁵ BBl 2016 311 (Botschaft) und BBl 2016 353 363f. (Gesetzesentwurf)

Zu den Anstellungsverhältnissen und zur Genehmigung der Personalverordnung durch den Bundesrat sei auf die Bemerkungen zu Artikel 9 des Mustererlasses verwiesen. Zur pensionskassenrechtlichen Regelung und zur Genehmigung des Anschlussvertrages (Art. 32c Abs. 3 zweiter Satz BPG) und jener Änderungen des Anschlussvertrages, die finanzielle Auswirkungen haben (Art. 32c Abs. 4 BPG), durch den Bundesrat, siehe auch die Kommentierung zu Artikel 10 des Mustererlasses.

Keiner Genehmigung durch den Bundesrat unterliegen die Gebührenbestimmungen: Im Gegensatz zu Einheiten, die Dienstleistungen mit Monopolcharakter erbringen, werden die Gebührenbestimmungen bei Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht direkt vom Bundesrat erlassen und nicht nur genehmigt (vgl. Art. 12 Mustererlass).

Buchstabe h und i: Gemäss LS 4 wäre bei Einheiten, die Dienstleistungen mit Monopolcharakter erbringen, für die Wahl und Abwahl der ganzen Geschäftsleitung die Genehmigung des Bundesrates einzuholen. Demgegenüber würde nach LS 4 die entsprechende Genehmigung bei Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht entfallen. In neueren Organisationserlassen wird jedoch in beiden Fällen die folgende, von LS 4 abweichende Lösung getroffen: Der Genehmigung durch den Bundesrat unterstellt sind die Begründung und die Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit der Direktorin oder dem Direktor⁷⁶. Die zentrale Stellung und Verantwortlichkeit dieser Funktion (insb. Entscheidungsfunktion und Vertretung der Anstalt nach aussen, vgl. Art. 7 Abs. 2 Bst. b und e) rechtfertigt es, dem Bundesrat auch bei Anstalten, die Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht wahrnehmen, ein entsprechendes Aufsichtsinstrument in die Hand zu geben. Die Abwahl eines dem Verwaltungsrat nicht genehmen Direktors und die Wahl eines neuen Direktors allein durch den Verwaltungsrat ist demzufolge nicht möglich. Hingegen liegen Vertragsänderungen in der alleinigen Kompetenz des Verwaltungsrates. Auf einen Genehmigungsvorbehalt des Bundesrates kann hier verzichtet werden, da die von ihm genehmigte Personalverordnung (Art. 6 Bst. e und Art. 9 Mustererlass) und die von ihm erlassene Kaderlohnverordnung den Rahmen für Vertragsänderungen bereits hinreichend abstecken, indem insbesondere die Obergrenze des Direktorengehalts in der vom Bundesrat zu genehmigenden Personalverordnung festzulegen ist.

Buchstabe j: Die Beaufsichtigung der Geschäftsleitung enthält auch ein Weisungs- und Evokationsrecht. Dieses erfasst selbstverständlich auch den Erlass von Verfügungen: Im Organisationsreglement regelt der Verwaltungsrat, welche Kompetenzen er beim Erlass von Verfügungen selber wahrnehmen will und welche Fälle oder Kompetenzen er an die Geschäftsleitung delegiert (Art. 7 Abs. 2 Bst. b Mustererlass).

⁷⁶ Eine abweichende Regelung enthält Artikel 9 EIMG (SR 941.27), wo an Stelle des Institutsrats der Bundesrat über die Begründung, die Änderung und die Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Direktorin oder des Direktors des Eidgenössischen Instituts für Metrologie entscheidet. Der Hauptgrund für diese Abweichung liegt darin, dass das Institut Aufsichtsfunktionen gegenüber den Kantonen wahrnimmt.

Buchstabe k: Mit dem Bundesratsbeschluss vom 19. Januar 2005 zur Risikopolitik des Bundes hat der Bundesrat die Grundlagen für das Risikomanagement beim Bund gelegt. Inzwischen sind alle Bundesunternehmen verpflichtet, für ein adäquates Risikomanagement zu sorgen. Es soll nicht nur eine Risikobeurteilung, sondern ein Risikomanagement erfolgen. Weitere Vorgaben dazu müssen in den strategischen Zielen erfolgen. Zum IKS: vgl. Artikel 728a Absatz 1 Ziffer 3 OR (allerdings nur zur Regelung der Prüfung eines IKS durch die Revisionsstelle). Zum Gegenstand des IKS: vgl. Swiss Code of best practice for corporate governance 2016 (Ziff. 20). Geht der Bund gegenüber verselbständigten Einheiten ausnahmsweise unternehmensspezifische Haftungen, Garantien, Bürgschaften und Eventualverpflichtungen ein, so macht er zudem enge risikopolitische Vorgaben, damit die Haftungsrisiken systematisch erfasst, bewertet und ausgewiesen werden (LS 12).

Die Angaben im Lagebericht zum Risikomanagement werden durch die Revisionsstelle geprüft (vgl. Bemerkungen zu Art. 8 Abs. 3 Mustererlass).

Sofern die strategischen Ziele keine besonderen Vorgaben enthalten, wird bei der Prüfung des Risikomanagements nur das Bestehen eines angemessenen Risikomanagements kontrolliert. Es wird geprüft, ob sich der Verwaltungsrat inhaltlich mit den Risiken auseinandergesetzt und eine Beurteilung vorgenommen hat. Eine inhaltliche Kontrolle erfolgt grundsätzlich nicht. Die Anforderungen an die Angemessenheit sollen daher in den strategischen Zielen konkretisiert werden. Die Mindestanforderungen können beispielsweise darin bestehen, dass sich das Unternehmensrisikomanagementsystem an der Norm ISO 31000 orientiert, dass die Anstalt über ein Betriebskontinuitätsmanagementsystem verfügt, das die Top (z.B. fünf) Unternehmensrisiken beschreibt, und dass die Anstalt den Eigner über die (fünf) wichtigsten Unternehmensrisiken informiert. Die Anstalt muss ihre Unternehmensrisiken erkennen und die nötigen Konsequenzen daraus ziehen sowie dem Eigner die erforderlichen Informationen zukommen lassen, damit dieser seine Vorgaben gegenüber der Anstalt nötigenfalls anpassen und sein eigenes Risikomanagement danach ausrichten kann. Es gilt sicherzustellen, dass insbesondere jene Risiken, die auf den Bund durchschlagen könnten, rechtzeitig erkannt, erfasst und der Eignerstelle gemeldet werden. Es müssen die erforderlichen Massnahmen zur Vermeidung oder Verminderung der Risiken getroffen werden, sowohl auf der Stufe der Unternehmung als auch auf der Stufe des Bundes bzw. Eigners.

Buchstabe l: Die Vorgaben, die der Verwaltungsrat hinsichtlich der Bildung und Verwendung von Reserven zu beachten hat, ergeben sich aus dem anwendbaren, anerkannten Standard zur Rechnungslegung, der Regelung zur Reservenbildung im Organisationserlass (vgl. Art. 16 Mustererlass) und den Entscheidungen des Bundesrates. Da die Rechnungslegung nicht nach den Regeln des OR erfolgt, ist die Bildung stiller Reserven unzulässig. (Offene) Reserven dürfen nur gebildet werden, wenn und soweit der anerkannte Standard zur Rechnungslegung dies vorsieht. Andernfalls setzt die Möglichkeit zur Bildung von Reserven eine gesetzliche Grundlage voraus (vgl. Art. 16 Mustererlass). Der Entscheid des Verwaltungsrates zur Bildung und Verwendung von (gesetzlichen) Reserven bedarf der Ermächtigung durch den Bundesrat; dieser entscheidet darüber im Rahmen der Genehmigung der

Rechnung / Gewinnverwendung bzw. des Geschäftsberichts der Anstalt und der Beschlussfassung über die Entlastung des Verwaltungsrates (vgl. Bst. n).

Buchstabe m: Allfällige Abgeltungen werden in Artikel 13 dieses Mustererlasses geregelt.

Buchstabe n: Die Genehmigung des Geschäftsberichts und die Entlastung des Verwaltungsrates erfolgen durch den Bundesrat, in Anlehnung an die Kompetenzen der Generalversammlung bei Aktiengesellschaften (vgl. dort Art. 698 Abs. 2 Ziff. 3–5 OR).

Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht sind nicht gewinnorientiert (vgl. Art. 9c Abs. 1 VE-EBG) bzw. dürfen keine kommerziellen Tätigkeiten ausüben. Bei der Festsetzung der Gebühren darf aber ein Einnahmenüberschuss eingeplant werden, wenn damit allfällige Reserven aufgebaut werden sollen (vgl. Art. 6 Bst. 1 Mustererlass).

Sobald der Geschäftsbericht vom Bundesrat genehmigt wurde (Bst. n), muss der Verwaltungsrat ihn für jedermann zugänglich, d.h. an einem entsprechend geeigneten Ort, veröffentlichen. Als besonders geeignet erscheint die Homepage der Anstalt.

Beispiele:

Artikel 6 ENSIG, Artikel 9 FINMAG, Artikel 70, 71a, 72 und 72a E-HMG, Artikel 4 und 5 E-WBBG, Artikel 30, 30a und 34a RAG, Artikel 9f VE-EBG.

Art. 7 Geschäftsleitung

Absatz 1: Die Geschäftsleitung ist formelles Organ und hat die entsprechenden Organfunktionen – nicht nur die Direktorin bzw. der Direktor. Organe verselbständigter Einheiten sollen voneinander personell unabhängig sein. Eine Einsitznahme eines Verwaltungsratsmitglieds in die Geschäftsleitung ist deshalb grundsätzlich ausgeschlossen. Vorbehalten bleiben besondere Fälle, wo ein Abweichen von dieser Regel sachlich zwingend erscheint (Gründung, Sanierung, Umwandlung etc.).

Der Verwaltungsrat ist verantwortlich für die innerbetriebliche Umsetzung der strategischen Ziele (Art. 6 Bst. a Mustererlass). Die Geschäftsleitung hat die Geschäftsführung auf diese Ziele auszurichten.

Die Treuepflicht der Geschäftsleitungsmitglieder, ihre Pflicht zur Interessenwahrung sowie die Anzeigerechte und -pflichten (Whistleblowing) richten sich nach dem BPG, der Personalverordnung, betriebsinternen Regelungen (z.B. das Personal- oder Organisationsreglement) und dem Arbeitsvertrag. Artikel 11 KadLV enthält zudem eine Regelung zu den Nebenbeschäftigungen der Geschäftsleitungsmitglieder. Daneben sieht Artikel 23 BPG auch für das übrige Personal vor, dass die Ausführungsbestimmungen zu den Nebenbeschäftigungen die Ausübung bestimmter Tätigkeiten und öffentlicher Ämter von einer Bewilligung abhängig machen können, soweit sie die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben zu beeinträchtigen vermögen.

Die Rahmenbedingungen für die Festlegung von Cooling-off-Periods für Mitglieder der Geschäftsleitung erfordern eine gesetzliche Grundlage und sollten bei der operativen Leitung verselbständigter Einheiten des Bundes mit Aufsichts- oder Regulierungsaufgaben in den Spezialerlassen verankert werden. Im Einzelfall ist zu prüfen, ob eine Cooling-off-Period für die Geschäftsleitungsmitglieder angezeigt ist. Es gelten grundsätzlich dieselben Rahmenbedingungen wie bei Verwaltungsratsmitgliedern (vgl. die Bemerkungen zu Art. 5 Abs. 4 Mustererlass). Beispiele: Artikel 6a des ENSI-Personalreglements enthält für den Direktor bzw. die Direktorin und das übrige Personal des ENSI eine Karenzfristregelung. Bei der FINMA entspricht das Cooling-Off innerhalb der Kündigungsfrist einer bezahlten Freistellung. Um vor Beginn einer sechsmonatigen Cooling-off-Period eine geordnete Geschäftsübergabe zu ermöglichen, wurden die Kündigungsfristen für Schlüsselfunktionen (Mitglieder der Geschäftsleitung und weitere höhere Führungs- und Fachkader) angemessen erhöht (Art. 9 FINMA-Personalverordnung). Zudem müssen Mitarbeitende, die zu einem Beaufsichtigten wechseln, bei Vertragsschluss die FINMA informieren. Diese prüft, ob Massnahmen zur Vermeidung von Interessenskonflikten (wie Cooling-off-Period, Versetzung oder Ausstand) angezeigt sind. Falls es sich zur Vermeidung von Interessenskonflikten als notwendig erweist, kann – zusätzlich zur Cooling-off-Period – eine unbezahlte Karenzfrist vereinbart werden (Art. 38a FINMA-Personalverordnung).

Absatz 2 Buchstabe b: Vorbehalten bleiben Entscheid- und Mitwirkungsrechte des Verwaltungsrates. Die entsprechende Regelung gehört ins Organisationsreglement (vgl. Bemerkungen zu Art. 6 Bst. b Mustererlass). So kann der Verwaltungsrat vorsehen, dass ihm die Geschäftsleitung bestimmte Verfügungen zum Entscheid unterbreitet (namentlich solche von besonderer Tragweite).

Absatz 2 Buchstabe g: Die subsidiäre Generalkompetenz liegt – im Unterschied zum Aktienrecht (vgl. Art. 716 Abs. 1 OR) – bei der Geschäftsleitung. Die Regelung dient der Vermeidung von negativen Kompetenzkonflikten zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung und ist Ausdruck der starken Stellung der permanent vertretenen und für die Aufgabenerfüllung direkt verantwortlichen Geschäftsleitung gegenüber dem (teilweise Miliz-)Verwaltungsrat.

Organisationsinterne Regelungen, wie die Teilnahme von Mitgliedern der Geschäftsleitung an den Sitzungen des Verwaltungsrates gehören nicht in den Organisationserlass, sondern ins Organisationsreglement des Verwaltungsrates.

Beispiele:

Artikel 7 ENSIG, Artikel 10 FINMAG, Artikel 73 E-HMG, Artikel 7 E-WBBG, Artikel 31 RAG, Artikel 9g VE-EBG.

Art. 8 Revisionsstelle

Absatz 1: Wo die Eidgenössische Finanzkontrolle (EFK) zwingend die zuständige (externe) Revisionsstelle ist, entfallen die Kompetenzen des Bundesrates zur Ernennung und Abberufung der Revisionsstelle. Stattdessen wäre im Organisationserlass

(Abs. 1) vorzusehen, dass die EFK die externe Revisionsstelle ist. Anwendungsfälle finden sich bei der FINMA und bei der RAB, weil private Revisionsgesellschaften zum Kreis der durch diese Anstalten Beaufsichtigten gehören.

Die Funktion und die Aufgaben der externen Revisionsstelle sind nicht zu verwechseln mit den Kompetenzen der EFK als oberstes Finanzaufsichtsorgan des Bundes. Im ersten Fall geht es um die Revision der Jahresrechnung nach aktienrechtlichen Grundsätzen, im zweiten Fall um die Finanzaufsicht (inkl. Wirtschaftlichkeitsprüfung) nach dem Finanzkontrollgesetz (Art. 5 und Art. 6 FKG). Bei Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht erfolgt die Finanzaufsicht durch die EFK allerdings nur insoweit, als dies der Ausübung der Oberaufsicht durch die Bundesversammlung dient (vgl. Art. 8 Abs. 2 FKG). Damit soll der Selbständigkeit dieser Einheiten bei der Aufgabenerfüllung sowie ihrer fachlichen Unabhängigkeit Rechnung getragen werden.

Eine jederzeitige Abberufung mit sofortiger Wirkung ist möglich, ohne dass wichtige Gründe geltend gemacht werden müssen, da davon ausgegangen wird, dass ein privatrechtliches Auftragsverhältnis vorliegt (vgl. LS 7 und Art. 730a Abs. 4 OR).

Absatz 2: Es wird dynamisch auf die Regelung des Aktienrechts verwiesen werden. Damit wird die Rechtsentwicklung im Privatrecht automatisch nachvollzogen.

Für die Revision sollen die Bestimmungen über die ordentliche Revision (Art. 728b ff. OR) sinngemäss anwendbar sein. Die Rechtsbeziehung zwischen Revisionsstelle und Anstalt ist privatrechtlicher Natur. Da es sich bei der Anstalt nicht um eine privatrechtliche Aktiengesellschaft handelt, gelten die aktienrechtlichen Bestimmungen als «sinngemäss» anwendbar. Die Revisionsstelle untersteht der Geheimhaltung (vgl. Art. 730b Abs. 2 OR).

Im Hinblick auf die teils komplexen Verhältnisse bei den Anstalten – insbesondere auch zum Eigner Bund (konsolidierte Rechnung, Angleichung an Rechnungslegungsgrundlage des Bundes, komplizierte Mittelflüsse) – und die politische Gesamtverantwortung des Bundesrates müssen die Anforderungen an die Auswahl der Revisionsstelle und die Durchführung der Revision gleich hoch angesetzt werden wie im Privatrecht (Zulassung als Revisionsexperten durch die Revisionsaufsichtsbehörde [RAB]; vgl. Art. 727b Abs. 2 OR). Damit soll, wenn die entsprechenden Berufsstandards zur Anwendung gelangen, auch deren Einhaltung sichergestellt werden.

Der Bundesrat kann seiner Aufsichtspflicht am besten nachkommen, wenn eine ordentliche Revision erfolgt. Im Gegensatz zur eingeschränkten Revision prüft die Revisionsstelle bei der ordentlichen Revision nach OR das Interne Kontrollsystem (IKS), sie gibt eine Empfehlung zur Jahresrechnung ab (ob diese zu genehmigen oder zurückzuweisen ist), und sie erstattet dem Verwaltungsrat umfassend Bericht.

Absatz 3: Der Verwaltungsrat ist dafür zuständig, der vom Bundesrat gewählten Revisionsstelle den Prüfauftrag – nach den Vorgaben des Gesetzes und allenfalls des Bundesrates – zu bestätigen.

Abweichend zum Aktienrecht soll bei den Anstalten nicht nur die Jahresrechnung, sondern auch ein Teil des Lageberichts revidiert werden (zum Lagebericht vgl.

Art. 961c OR). Die Revisionsstelle muss den Lagebericht hinsichtlich der folgenden drei Punkte prüfen und darüber Bericht erstatten: Allfällige Widersprüche gegenüber der Jahresrechnung, die Durchführung eines adäquaten Risikomanagements und allfällige Widersprüche im Bereich der Personalberichterstattung. Damit wird der Revisionsgesellschaft im Gesetz eine Zusatzaufgabe zugewiesen (vgl. zur analogen Möglichkeit bei den Aktiengesellschaften: Art. 627 Ziff. 13 OR).

Die Revisionsstelle muss den Verwaltungsrat und den Bundesrat auf allfällige Widersprüche zwischen der Jahresrechnung und dem Lagebericht hinweisen (vgl. Botschaft zum neuen Rechnungslegungsrecht, in: BBI 2008 1589, S. 1718, mit Verweisung auf Art. 728b Abs. 1 OR). Führt die Revisionsstelle eine ordentliche Revision durch, so ist sie bereits nach den entsprechenden Vorschriften des OR verpflichtet zu prüfen, ob der Lagebericht der Anstalt und die Darstellung ihrer wirtschaftlichen Lage in der Jahresrechnung übereinstimmen (Art. 961c Abs. 3 OR).

Nach dem neuen Rechnungslegungsrecht erfolgt eine Berichterstattung über die Durchführung einer Risikobeurteilung nicht mehr systematisch im revidierten Anhang zur Jahresrechnung, wie es gemäss dem alten Recht (Art. 663b Ziff. 12 aOR⁷⁷) der Fall war, sondern im Lagebericht, der nicht mehr revidiert wird (Art. 961c Abs. 2 Ziff. 2 OR). Die Eignerstellen des Bundes sind nicht in der Lage, die entsprechenden Überprüfungen vorzunehmen. Deshalb ist als Abweichung gegenüber den obligationenrechtlichen Bestimmungen explizit zu regeln, dass die Revisionsstelle die Durchführung eines der Anstalt angemessenen Risikomanagements (vgl. Art. 6 Bst. k Mustererlass) prüfen und darüber Bericht erstatten muss. Die Verifizierung der Aussagen im Lagebericht durch die Revisionsstelle dient der Überprüfung, ob die Anstalt die diesbezüglichen gesetzlichen Vorgaben, anerkannten Standards zur Rechnungslegung und strategischen Ziele eingehalten hat. Die Revisionsgesellschaft prüft (entsprechend der früheren Prüfpraxis zur Risikobeurteilung) daneben lediglich noch, ob sich der Verwaltungsrat inhaltlich mit den Risiken auseinandergesetzt und eine Beurteilung vorgenommen hat. Eine inhaltliche Kontrolle der Risiken durch die Revisionsstelle selbst erfolgt nicht.

Gleiches gilt für die Berichterstattung im Lagebericht über die Anzahl Vollzeitstellen (Art. 961c Abs. 2 Ziff. 1 OR); auch hier erfolgt keine inhaltliche Überprüfung. Die Revision dieses Bestandteils des Lageberichts bezweckt lediglich, allfällige Abweichungen zwischen diesen Angaben im Lagebericht und der Personalberichterstattung des Bundesrates (Eidgenössisches Finanzdepartement [EFD] / Eidgenössisches Personalamt [EPA]) sowie der Berichterstattung über die Erreichung der strategischen Ziele im Personalbereich zu erkennen und zu vermeiden.

Absatz 4: Da die Anstalt über keine Generalversammlung verfügt, erfolgen die Anzeigen bei Verstössen (gegen Vorschriften des Aktienrechts, den Organisationserlass, das Organisationsreglement etc.) an den Bundesrat (vgl. zu den Anzeigepflichten Art. 728c OR). Die Berichterstattung an den Bundesrat erfolgt, wie an den Verwaltungsrat, umfassend (u. a. ausführlicher Bericht – Art. 728b Abs. 1 OR; vgl. auch LS 18). In diesem Punkt weicht Absatz 4 insofern vom OR ab, als Artikel 728b

Absatz 2 OR gegenüber der Generalversammlung nur einen zusammenfassenden Bericht vorschreibt.

Absatz 5: In Analogie zu Artikel 697a Absatz 1 OR hat der Bundesrat, gleich wie die Aktionäre in der Aktiengesellschaft, ein Recht auf Sonderprüfung, allerdings ohne dass die aktienrechtlichen Voraussetzungen für eine Sonderprüfung oder die entsprechenden Verfahrensvorschriften eingehalten werden müssten. Der Bundesrat bestimmt Inhalt und Umfang der Prüfung. Die Anstalt hat vollumfänglich mitzuwirken. Die Kosten dieser Aufsichtsmaßnahme trägt die Anstalt (in Analogie zu Art. 697g Abs. 2 OR, wonach die Gesellschaft die Kosten trägt, wenn die Generalversammlung der Sonderprüfung zugestimmt hat). Dies ist in der Botschaft klarzustellen.

Beispiele:

(die meisten Beispiele sind inhaltlich nicht vollständig bzw. entsprechen nicht dem revidierten Revisionsrecht)

Artikel 8 ENSIG, Artikel 12 FINMAG, Artikel 74 E-HMG, Artikel 8 E-WBBG, Artikel 32 RAG, Artikel 9h VE-EBG.

4. Abschnitt: Personal

Art. 9 Anstellungsverhältnisse

Absatz 1: Für verselbständigte Einheiten, die Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht wahrnehmen, ist im Organisationserlass ein öffentlich-rechtliches Personalstatut im Rahmen des BPG vorzusehen (Zusatzbericht: BBl 2009 2690; LS 29). Aufgrund der Unterstellung der Geschäftsleitung und des übrigen Personals unter das BPG gelten insbesondere auch dessen Vorschriften zur Schweigepflicht (Art. 22 BPG) und betreffend Whistleblowing (Art. 22a BPG). Soweit nach Artikel 6 Absatz 2 BPG sinngemäss das OR gilt, können die Arbeitgeber von den nicht zwingenden Bestimmungen des OR abweichen, von den zwingenden dagegen nur zugunsten des Personals (Art. 361 und 362 OR; Art. 37 Abs. 4 BPG).

Absätze 2 und 3: Die Anstalt erhält den gleichen Status wie jene Arbeitgeber, denen der Bundesrat nach Artikel 3 Absatz 2 BPG Arbeitgeberstatus verleiht und die nach Artikel 37 Absatz 3^{bis} BPG Ausführungsbestimmungen erlassen dürfen, die vom Bundesrat zu genehmigen sind (vgl. Art. 6 Bst. e Mustererlass). Dies ist in der Botschaft darzulegen.

Nur soweit der Gesetzgeber (Art. 3 Abs. 2, Art. 37 Abs. 3 und 3^{bis} BPG) oder der Bundesrat in seiner Arbeitgeberfunktion (Art. 3 Abs. 1 Bst. a BPG) Regelungskompetenzen delegiert hat (Art. 2 Abs. 4 und 5 BPV), können Departemente, Ämter oder dezentrale Einheiten Ausführungsbestimmungen zum BPG erlassen. Die Arbeitgeber erlassen die Ausführungsbestimmungen, soweit nicht der Bundesrat die ausschliessliche Befugnis dazu im BPG erhält (Art. 37 Abs. 3 BPG). Wo das BPG die Kompetenz zum Erlass von Ausführungsbestimmungen einzig dem Bundesrat zuweist, muss er sie selber ausüben: Dies betrifft zum Beispiel Artikel 6 Absatz 5

BPG («OR-Fenster» für Personalkategorien). Wo das BPG aber auf die Ausführungsbestimmungen verweist, werden diese von den Arbeitgebern erlassen (vgl. auch die Erläuterungen zu Art. 37 BPG in: BBl 2011 6703 6725). Einen wichtigen Themenbereich der Personalverordnung bilden, nebst Entlohnung und Nebenleistungen, heute insbesondere die Verhaltenspflichten (wie Treuepflicht, Nebenbeschäftigung, öffentliche Ämter, Vorteilsannahmeverbot, Eigengeschäfte).

Der Bundesrat hat die Regelungskompetenzen, die ihm das BPG ausserhalb seiner Arbeitgeberfunktion übertragen hat, durch den Erlass der Rahmenverordnung BPG wahrgenommen. Das BPG und die Rahmenverordnung BPG sind für die Anstalt verbindlich. Innerhalb des durch das BPG und die Rahmenverordnung BPG vorgegebenen Rahmens ist der Verwaltungsrat ermächtigt, für sein Personal eigene Ausführungsbestimmungen zu erlassen (Art. 37 Abs. 3^{bis} BPG). Er kann sich allerdings in der Personalverordnung auch darauf beschränken, die erforderliche Mindestregelung zu erlassen und im Übrigen die bundespersonalrechtlichen Ausführungsbestimmungen (z.B. die Bestimmungen der BPV, VBPV⁷⁸ und der BPDV⁷⁹) als sinngemäss anwendbar erklären. Zur Mindestregelung gehört eine Regelung für jene Fälle, in denen die bundespersonalrechtlichen Ausführungsbestimmungen Zuständigkeiten des EFD oder des Departements begründen.

Der Verwaltungsrat muss die von ihm erlassene Personalverordnung dem Bundesrat zur Genehmigung unterbreiten (Art. 6 Bst. e Mustererlass; Art. 37 Abs. 3^{bis} BPG). Dieser kann die Personalverordnung im Genehmigungsverfahren nicht abändern, sondern ihr nur als Ganze die Genehmigung verweigern und sie zur Anpassung an den Verwaltungsrat zurückweisen. Die Genehmigung hat somit konstitutiven Charakter. Der Bundesrat kann die Anstalt dank dieser Genehmigungskompetenz personal- und finanzpolitisch steuern. Die Personalkosten der Anstalt sind einer ihrer bedeutendsten ausgabenseitigen Posten (vgl. auch den Zusatzbericht: BBl 2009 2693 f.; LS 30). Beispiel: Verordnung des METAS über sein Personal (PV-METAS⁸⁰). Vgl. im Übrigen die Bemerkungen zu Artikel 6 Buchstabe e sowie Artikel 24 dieses Mustererlasses zum Übergangsrecht.

Die strategischen Ziele sollen ebenfalls personalpolitische Vorgaben enthalten (LS 32).

Beispiele:

Artikel 9 ENSIG, Artikel 13 FINMAG, Artikel 75 E-HMG, Artikel 9 E-WBBG, Artikel 9i VE-EBG.

⁷⁸ Verordnung des EFD vom 6. Dezember 2001 zur Bundespersonalverordnung (VBPV, SR 172.220.111.31)

⁷⁹ Verordnung vom 26. Oktober 2011 über den Schutz von Personendaten des Bundespersonals (BPDV, SR 172.220.111.4)

⁸⁰ Verordnung des METAS vom 24. Oktober 2012 über sein Personal (PV-METAS, SR 941.273)

Art. 10 Pensionskasse

Die Geschäftsleitung und das übrige Personal sind nach den vorsorgerechtlichen Bestimmungen des BPG (Art. 32a–32m) bei PUBLICA versichert. Die Anstalt ist Arbeitgeberin im Sinne von Artikel 32b Absatz 2 BPG. Der Verwaltungsrat schliesst den Anschlussvertrag ab, unter Vorbehalt der Genehmigung durch den Bundesrat (Art. 32c Abs. 3 BPG). Vgl. dazu auch die Bemerkungen zu Artikel 6 Buchstaben f und g des Mustererlasses.

Das Personalstatut und das Pensionskassenstatut sollen dem gleichen Rechtskreis – für Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht dem öffentlichen Recht – zugeordnet werden. Deshalb und aufgrund des bestehenden Konnexes zwischen dem Personal- und Vorsorgerecht soll das Pensionskassenstatut an das Personalstatut geknüpft werden. Damit sind indirekt auch eine Anwendung der Aufgabentypologie des CG-Berichts (CG-Bericht Ziff. 3) und die Berücksichtigung der vorsorgerechtlich relevanten Vorgaben des Personalstatuts und der arbeitsvertraglichen Regelungen gesichert (Lohnstruktur und -bestandteile, Urlaubsregelung, Teilzeitbeschäftigung, Einkauf, Teuerungsausgleich, Leistungen bei unverschuldeter Entlassung, Überbrückungsrente, Berufsinvalidität etc.).

Die Ausgestaltung der beruflichen Vorsorge erfolgt im Rahmen der entsprechenden Bestimmungen des BPG (Art. 32a ff. BPG). Die Anstalt als dezentrale Verwaltungseinheit des Bundes mit eigener Rechtspersönlichkeit und eigener Rechnung nach Artikel 32b Absatz 2 BPG gilt als eigener vorsorgerechtlicher Arbeitgeber. Sie verfügt daher nach Artikel 32d BPG grundsätzlich über ein eigenes Vorsorgewerk und damit über einen eigenen, genehmigungspflichtigen Anschlussvertrag. Denkbar ist aber auch, dass sie sich mit einer anderen dezentralen Verwaltungseinheit oder (neu vorgesehen) mit dem Vorsorgewerk Bund zu einem gemeinschaftlichen Vorsorgewerk zusammenschliesst. Solche freiwilligen Zusammenschlüsse wären oft sehr sinnvoll (vgl. die nachfolgenden Erläuterungen).

De lege lata kann PUBLICA – mit Zustimmung des Bundesrates – den Zusammenschluss dezentraler Verwaltungseinheiten zu einem gemeinschaftlichen Vorsorgewerk auch verpflichtend anordnen (Art. 7 und 11 Abs. 2 Bst. g PUBLICA-Gesetz; Art. 32d Abs. 1 BPG). In der Botschaft zum Bundesgesetz über die Anstalt zur Verwaltung der Ausgleichsfonds von AHV, IV und EO (Ausgleichsfondsgesetz), die vom Bundesrat am 18. Dezember 2015 verabschiedet wurde, wird eine Änderung des BPG vorgeschlagen⁸¹. Neu soll auch der Bundesrat den Zusammenschluss zu einem gemeinschaftlichen Vorsorgewerk anordnen oder einem Anschlussbegehren an das Vorsorgewerk Bund zustimmen können, wenn dies insbesondere Grösse, Struktur und Aufgaben des Arbeitgebers aus versicherungs- oder vorsorgetechnischen Gründen nahelegen (Art. 32d Abs. 1 dritter Satz, Abs. 2 zweiter und dritter Satz und Abs. 2^{bis} der vorgeschlagenen Änderung des BPG). Kleine Vorsorgewerke sind beispielsweise weniger risikofähig, sie haben auch ungünstigere Verwaltungskosten und mehr Mühe beim Einhalten der arbeitgeberseitigen Beitragsbandbreite nach Artikel 32g BPG. Neben der Grösse ist als Kriterium auch die Intensität bzw.

⁸¹ BBl 2016 311 (Botschaft) und BBl 2016 353 363f. (Gesetzesentwurf)

die Nähe der dezentralen Verwaltungseinheit zu ministerialen Funktionen in Betracht zu ziehen.

Nach geltendem Recht kann sich mithin ein Arbeitgeber mit der Zustimmung des Bundesrates freiwillig mit einer anderen dezentralen Verwaltungseinheit zu einem gemeinschaftlichen Vorsorgewerk zusammenschliessen. Zwangsweise könnte ein solcher Zusammenschluss (nur) durch die Kassenkommission angeordnet werden. Der Anschluss an das Vorsorgewerk Bund ist *heute* nur möglich, wenn das Personalrecht identisch mit jenem des Bundes ist, sonst verstiesse er gegen das BPG. *Bis zum Inkrafttreten der geplanten BPG-Änderung* (voraussichtlich anfangs 2018) muss ein vom Bundesrat erwünschter, zwangsweiser Anschluss an das Vorsorgewerk einer anderen dezentralen Verwaltungseinheit oder – bei einem eigenen, vom Bund abweichenden Personalrecht – ein freiwilliger oder zwangsweiser Anschluss an das Vorsorgewerk Bund im Organisationserlass festgeschrieben werden (als Art. 10 Abs. 2: «Die Anstalt ist dem Vorsorgewerk ... [*Name des Vorsorgewerks*] angeschlossen»). *Nach der geplanten Änderung des BPG* würde die Kompetenz, einen solchen Beschluss zu fassen, gestützt auf das BPG beim Bundesrat liegen; damit entfällt der vorerwähnte Artikel 10 Absatz 2 des Mustererlasses. Der Bundesrat kann in der Botschaft ankündigen, falls es schon absehbar ist, dass er einen solchen Anschluss anordnen wird. Somit können künftig auch Arbeitgeber mit einem vom Bund abweichenden Personalstatut an das Vorsorgewerk Bund angeschlossen werden.

Der Arbeitgeber muss seine Rentenbeziehenden in das neue Vorsorgewerk mitnehmen. Auch beim Verbleib im Vorsorgewerk Bund werden ihm die bisherigen Rentenbeziehenden zugerechnet. PUBLICA stellt den Arbeitgebern des gemeinschaftlichen Vorsorgewerks getrennt Rechnung. Damit soll verhindert werden, dass sich die neue Anstalt ihrer vorsorgerechtlichen Verpflichtungen für die Rentenbeziehenden, die ihrer Vorgängerorganisation zurechenbar sind, zu Lasten des Bundes und der übrigen, im Vorsorgewerk Bund verbleibenden Versicherten entledigen kann. Dieser bereits im BPG enthaltene Grundsatz (vgl. Art. 32f BPG) ist in den Übergangsbestimmungen des Organisationserlasses der Einheit zu konkretisieren (vgl. Art. 25 Mustererlass).

Die Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht sind als dezentrale Verwaltungseinheiten des Bundes zwingend PUBLICA angeschlossen (vgl. Art. 32a und 32b BPG, Art. 4 Abs. 1 PUBLICA-Gesetz). Sie können, im Gegensatz zu früheren Regelungen, nicht aus PUBLICA austreten. Die Möglichkeit, dass sich die Anstalt mit Zustimmung des Bundesrates einer anderen Vorsorgeeinrichtung anschliessen kann, wurde im Rahmen der Änderung des BPG vom 14. Dezember 2012⁸² gestrichen (vgl. Art. 32a Abs. 2 BPG). Die Anstalten sollen aufgrund ihrer Aufsichtsaufgaben der bundeseigenen Vorsorgeeinrichtung angehören. Diese Arbeitgeber sollen nicht nur im Bereich der Personalvorschriften, sondern auch im Bereich ihrer Vorsorgeverpflichtungen der Steuerung durch den Bundesrat unterliegen (Art. 6 Bst. f Mustererlass). Dem Bundesrat wird auf dem Wege der Genehmigung des Anschlussvertrags (Art. 32e Abs. 3 BPG – LS 36) eine direkte Steuerung

der Einheit im Bereich der beruflichen Vorsorge ermöglicht. Damit kann unter anderem sichergestellt werden, dass die mit einem Wechsel verbundenen finanziellen Verpflichtungen vom Bund nicht direkt oder indirekt mitgetragen werden müssen. Weiter gilt es zu vermeiden, dass die Beaufsichtigten mit ihren Gebühren und Abgaben unangemessene Vorsorgelösungen der Anstalt finanzieren müssen.

Der Spielraum der Arbeitgeber bei der Ausgestaltung der Anschlussverträge ist nicht unbeschränkt. Änderungen des Anschlussvertrags müssen durch den Bundesrat genehmigt werden, wenn sie finanzielle Auswirkungen für den Arbeitgeber, die Angestellten, die Rentenbeziehenden oder das Vorsorgewerk haben (Art. 32c Abs. 4 BPG). Der Bundesrat schrieb in der Botschaft dazu: «Der Bundesrat wird im Rahmen seiner Genehmigungskompetenz daher trotz der vorgeschlagenen Flexibilisierung weiterhin darauf achten, dass die Überparität nicht zu erheblichen Mehrkosten führt und die dezentralen Verwaltungseinheiten bei der Ausgestaltung ihrer beruflichen Vorsorge eine ähnliche Stossrichtung verfolgen wie der Bundesrat» (BBl 2011 6722). Der Genehmigungsvorbehalt ist das zentrale Steuerungsinstrument und bildet das Rückgrat der vorsorgepolitischen Steuerung der Anstalten als Arbeitgeber (aber nicht von PUBLICA als Vorsorgeeinrichtung) durch den Bundesrat. Bei der konkreten Anwendung geht es darum zu beurteilen, ob die finanzielle Beitragsspanne nach Artikel 32g BPG eingehalten wird. Zudem prüft der Bundesrat, ob die Änderung des Vorsorgereglements und die dafür vorgesehenen Mittel eine ähnliche personal- und vorsorgepolitische Stossrichtung aufweisen wie sie der Bundesrat für sein Personal vorgesehen hat. Dabei haben die einzelnen Vorsorgewerke einen gewissen Ermessensspielraum. Soweit die Aufgabe oder die Personalstruktur es fordern, können die Anschlussverträge und folglich auch die Vorsorgereglements von denjenigen für das Personal der Bundesverwaltung abweichen (siehe auch Botschaft zum PUBLICA-Gesetz, BBl 2005 5886, und CG-Zusatzbericht, BBl 2009 2719). Ob unter diesen Rahmenbedingungen die dezentralen Verwaltungseinheiten eine angemessene vorsorgepolitische Stossrichtung verfolgen, ist Gegenstand der Prüfung. Die Kriterien sind nicht allgemein definierbar, weil sie von der Art der Änderung und von der Struktur des Arbeitgebers bzw. des Vorsorgewerks abhängen. So sind je nach Arbeitgeber unterschiedliche Kriterien erforderlich, wenn es zum Beispiel um Fragen der Generationengerechtigkeit oder um die Verteilung der Beitragslasten auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer geht. Beabsichtigt der Bundesrat, bei der Bewältigung eines Einzelereignisses (z.B. Senkung des technischen Zinssatzes) für die Umsetzung Empfehlungen für alle Arbeitgeber zu erlassen, damit dem Grundsatz der ähnlichen Stossrichtung in der Vorsorgepolitik nachgekommen werden kann, so wird er die Empfehlungen konkret formulieren.

Beispiele:

Artikel 10 ENSIG, Artikel 13 FINMAG, Artikel 76 HMG, Artikel 10 E-WBBG, Artikel 33a RAG, Artikel 9j VE-EGB.

5. Abschnitt: Finanzierung und Finanzhaushalt

Art. 11 Finanzierung

Generell zu den Artikeln 11–13: In den meisten Organisationserlassen ausgelagerter Einheiten wird heute lediglich festgehalten, dass sie sich insgesamt aus Gebühren und Abgeltungen finanzieren⁸³. Damit wird die Frage offen gelassen, wie die Erfüllung einer bestimmten Aufgabe nach ihrer Auslagerung finanziert werden soll: Ist sie ausschliesslich über Gebühren zu finanzieren, oder soll sie zusätzlich mit Abgeltungen des Bundes unterstützt werden? Im Organisationserlass wird deshalb die Finanzierung künftig nicht mehr generell für die ganze Einheit, sondern bezogen auf die einzelnen Aufgaben(-bereiche) geregelt. Diese Abgrenzung von unterschiedlichen Aufgaben und deren Finanzierung trägt zu einer Verbesserung der Kostentransparenz bei. Gleichzeitig erhöht sie die Transparenz über die wesentlichsten Mittelflüsse. Querfinanzierung zwischen verschiedenen Aufsichtsbereichen, Mischrechnungen und (unzulässige) Doppelfinanzierungen können so vermieden werden. Damit die angestrebte Transparenz tatsächlich gewährleistet werden kann, braucht es eine entsprechend ausgebaute Rechnungslegung (vgl. Art. 15 Mustererlass). Bei der Finanzierung der Anstalt soll die aufgabenspezifische Verwendung der Mittel – differenziert nach ihrer Herkunft – im Rahmen der Genehmigung der strategischen Ziele festgelegt werden (vgl. so ausdrücklich Art. 77 Abs. 3 E-HMG).

Absatz 1: Anstalten der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht finanzieren sich so weit als möglich über Gebühren und eventuell Aufsichtsabgaben der Beaufsichtigten (vgl. dazu Anhang 1). Zu Abgeltungen des Bundes für allenfalls durch den Bundesrat übertragene Aufgaben: vgl. Artikel 3 Absatz 3 in Verbindung mit Artikel 13 dieses Mustererlasses. Zu allfälligen Abgeltungen des Bundes für die durch den Organisationserlass übertragenen Aufgaben: vgl. Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe b und Anhang 1 dieses Mustererlasses. Aufgrund der hoheitlichen Aufgaben, die Anstalten der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht erfüllen, ist die Finanzierung über Drittmittel nicht vorgesehen. Drittmittel könnten die Unabhängigkeit der Anstalt beeinträchtigen oder zumindest den Anschein ihrer Befangenheit erwecken.

Absatz 2: Die Ablieferung dieser Art von Einnahmen der Anstalt an den Bund soll Fehlanreize verhindern. Sie ist erst recht gerechtfertigt, wenn die Anstalt (wie bei der Wettbewerbsbehörde) durch Abgeltungen des Bundes finanziert wird. Die Ablieferungspflicht setzt voraus, dass die Anstalt (und nicht eine andere Strafverfolgungsbehörde) zuständigkeitshalber die Massnahme verhängt. Beispiele: Die FINMA kann einen Gewinn einziehen, den eine Beaufsichtigte oder ein Beaufsichtigter oder eine verantwortliche Person in leitender Stellung durch schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen erzielt hat. Nach Artikel 35 Absatz 6 FINMAG gehen die eingezogenen Vermögenswerte an den Bund, soweit sie nicht den Geschädigten ausbezahlt werden. Vgl. ferner die Ablieferungspflicht nach Artikel 77 Absatz 4 E-HMG für die von Swissmedic verhängten Bussen und Einnahmen aus Sanktionen. Ebenfalls zur Ablieferung an den Bund vorgesehen waren die Bussen und Einnahmen der Wettbewerbsbehörde bei Verstössen von Unternehmen gegen das Kartellgesetz (Art. 11 Abs. 2 E-WBBG). Die Anstalt vollstreckt die

⁸³ Evtl. auch direkt aus Steuern, wie bei der Eidgenössischen Alkoholverwaltung.

Einziehungen und andere finanziellen Sanktionen selbst und liefert dem Bund lediglich den Vollstreckungserlös ab.

Beispiele:

Artikel 11 und 12 ENSIG, Artikel 15 FINMAG, Artikel 77 E-HMG, Artikel 11 E-WBBG, Artikel 21 RAG, Artikel 9k Absatz 1 VE-EBG.

Art. 12 Gebühren

Absatz 1 Buchstabe b: Aufsichtsrechtliche Untersuchungen und Kontrollen führen nicht immer zu Beanstandungen. Handelt es sich um Untersuchungen und Kontrollen, die systematisch gegenüber allen Beaufsichtigten durchgeführt werden, so können dafür Gebühren vorgesehen werden (vgl. Art. 21 Abs. 1 RAG: Gebühren für die wiederkehrenden Überprüfungen nach Art. 16 Abs. 1 RAG). Einen Sonderfall stellt eine aufsichtsrechtliche Untersuchung dar, die nicht systematisch gegenüber allen Beaufsichtigten durchgeführt wird, sondern nur gegenüber einem einzelnen Beaufsichtigten. Endet eine solche Untersuchung ohne Verfügung bzw. Beanstandung oder wird das Verfahren eingestellt, so kommt die Erhebung von Gebühren nur in gewissen Fällen in Frage (vgl. Art. 15 Abs. 1 FINMAG und Art. 5 Abs. 1 Bst. b FINMA-GebV⁸⁴; vgl. auch den Hinweis in der FINMAG-Botschaft [BBI 2006 2868] auf das Unterliegerprinzip und BGE 128 II 247ff.). Unter Umständen kann auch der Verzicht auf die Erhebung einer Gebühr geboten sein, namentlich dann, wenn der bzw. die Beaufsichtigte die Untersuchung nicht durch eigenes vorwerfbares Verhalten veranlasst hat. Wird eine Aufsichtsabgabe vorgesehen, so deckt diese unter anderem auch die Kosten eines Verfahrens, die nicht über eine Gebühr gedeckt werden. Weitere Beispiele: Art. 1 Abs. 1 Gebührenverordnung ENSI⁸⁵ [Gebühren für die Aufsichtstätigkeit]; vgl. analoge Regelung in Art. 181 Abs. 4–6 LWG und die Botschaft vom 1. Februar 2012 zur Weiterentwicklung der Agrarpolitik in den Jahren 2014–2017 [Agrarpolitik 2014–2017] in: BBI 2012 2075 ff., 2270 f.)

Absatz 2: Die bundesrätlichen Kompetenzen im Gebührenbereich sind Teil der (einnahmenseitigen) Steuerung der Anstalt. Die Autonomie der Anstalten soll nur soweit als nötig eingeschränkt werden. Bei Anstalten, die Dienstleistungen mit Monopolcharakter erbringen, genügt es in der Regel für die Steuerung, dass die Gebührenverordnung vom Bundesrat nur genehmigt wird (Vetorecht). Eine notwendige Einschränkung kann sich ergeben, wenn die Kantone gebührenpflichtig sind. Deshalb hat der Bundesrat die auf das Messgesetz gestützte GebV-METAS erlassen. Abweichend zum CG-Bericht (BBI 2006 8284 ff., Ziff. 5.1 und 5.2) – und im Gegensatz zu Einheiten, die Dienstleistungen mit Monopolcharakter erbringen – sollen die Gebührenregelungen bei Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicher-

⁸⁴ Verordnung vom 15. Oktober 2008 über die Erhebung von Gebühren und Abgaben durch die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA-Gebühren- und Abgabenverordnung, FINMA-GebV), SR 956.122

⁸⁵ Gebührenverordnung des Eidgenössischen Nuklearsicherheitsinspektorats (Gebührenverordnung ENSI) vom 9. September 2008, SR 732.222

heitsaufsicht vom Bundesrat nicht nur genehmigt, sondern (weiterhin) von ihm selbst erlassen werden. Die Anstalten der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht finanzieren sich in der Regel mehrheitlich oder vollständig selber, d.h. über die Gebühren, die die Beaufsichtigten zu entrichten haben. Die Festlegung der Gebühren durch den Bundesrat verhindert Fehlanreize und stärkt die spezifisch gegenüber den Beaufsichtigten erforderliche Unabhängigkeit der Anstalt. Da sich die Wettbewerbsbehörde nicht selber hätte finanzieren können, sondern im Wesentlichen Abteilungen des Bundes erhalten hätte, wäre die Gebührenverordnung durch den Bundesrat genehmigt worden (vgl. Art. 5 Abs. 1 Bst. c E-WBBG).

Die Bestimmung von Artikel 46a RVOG gilt auch für Einheiten der dezentralen Bundesverwaltung im Sinn von Artikel 2 Absatz 3 RVOG, soweit nicht spezialgesetzlich (etwa im Organisationserlass) etwas anderes geregelt wird (vgl. Botschaft zu Art. 46a RVOG in: BBl 2003 5761). Die Verweisung ist daher deklaratorischer Natur, dient jedoch der Transparenz. Demnach hat der Bundesrat in seiner Verordnung die Erhebung der Gebühren im Einzelnen zu regeln. Zum Regelungsgegenstand gehören insbesondere das Verfahren zur Erhebung der Gebühren, ihre Höhe, die Haftung im Fall einer Mehrheit von Gebührenpflichtigen und die Verjährung der Gebührenforderungen. Der Bundesrat hat dabei das Äquivalenzprinzip und das Kostendeckungsprinzip zu beachten. Ferner kann er Ausnahmen von der Gebührenerhebung vorsehen, soweit dies durch ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Verfügung oder Dienstleistung gerechtfertigt ist.

Da der Bundesrat die Gebührenverordnung von Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht selber erlässt, ist die Allgemeine Gebührenverordnung (AllgGebV)⁸⁶ anwendbar, soweit in der Gebührenverordnung der Anstalt nichts anderes vorgesehen wird.

Beispiele für Gebührenverordnungen: Verordnung vom 15. Oktober 2008 über die Erhebung von Gebühren und Abgaben durch die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht⁸⁷; vgl. ferner Artikel 37 ff. der Verordnung vom 22. August 2007 über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren⁸⁸.

Beispiele:

Artikel 11 ENSIG, Artikel 15 FINMAG, Artikel 65 und 77 E-HMG, Artikel 12 E-WBBG, Artikel 53a KG, Artikel 21 RAG, Artikel 9k Absatz 2 VE-EBG⁸⁹.

⁸⁶ Allgemeine Gebührenverordnung vom 8. September 2004 (AllgGebV, SR 172.041.1)

⁸⁷ FINMA-Gebühren- und Abgabenverordnung (FINMA-GebV, SR 956.122)

⁸⁸ Revisionsaufsichtsverordnung (RAV, SR 221.302.3)

⁸⁹ In Art. 9f VE-EBG ist keine Kompetenz des Verwaltungsrates zur Gebührenregelung vorgesehen. Die Abteilungen sowie die Berechnungsgrundlagen beziehungsweise die Höhe der Gebühren legt der Bundesrat fest (Art. 9k und Art. 9r Abs. 5 VE-EBG; vgl. im Bericht zum Vorentwurf auch die Erläuterungen zu den Art. 9k, 9p und 9r VE-EBG).

Art. 13 Abteilungen des Bundes

Falls der Bundesrat der Anstalt der Wirtschafts- oder Sicherheitsaufsicht gestützt auf den Organisationserlass Aufgaben überträgt (vgl. Art. 3 Abs. 3 Mustererlass), werden diese vom Bund abgegolten. Abteilungsberechtigt sind dabei auch die zur Erfüllung dieser Aufgaben notwendigen, anteiligen Betriebskosten.

Nicht abteilungsberechtigt ist die Mitwirkung der Anstalt bei Gesetzgebungsarbeiten des Bundes in Angelegenheiten, die ihren Aufsichtsbereich berühren, da es sich bei dieser Mitwirkung um eine Kernaufgabe jeder Aufsichtsbehörde handelt (vgl. Art. 3 Abs. 2 Mustererlass).

Abteilungen sind Subventionen im Sinne des Subventionsgesetzes (SuG)⁹⁰. Daher sind die materiellen und formellen Rahmenbedingungen des SuG zu beachten, soweit der Organisationserlass keine abweichenden Regelungen enthält.

Abteilungen dürfen frühestens ausbezahlt werden, wenn und soweit Aufwendungen unmittelbar bevorstehen. Vor der Festsetzung des endgültigen Betrages dürfen in der Regel höchstens 80 Prozent der Abgeltung ausbezahlt werden (Art. 23 SuG). Die Anstalten sind in der Folge gehalten, eine entsprechende Finanz- bzw. Liquiditätsplanung zu führen, um dem Bundesrat die entsprechenden Abgeltungen beantragen (Art. 6 Bst. m Mustererlass) und die (tranchenweisen) Auszahlungen beim zuständigen Fachdepartement auslösen zu können. Die Einzelheiten dieser Auszahlungen sind Gegenstand der Tresorerievereinbarung nach Artikel 17 Absatz 3 des Mustererlasses oder von Subventionsverträgen (Art. 19 f. SuG).

Beispiele:

Artikel 12 ENSIG i.V.m. Artikel 83 Kernenergiegesetz⁹¹ und Artikel 42 Strahlenschutzgesetz⁹², Artikel 77 Absatz 3 i.V.m. Artikel 69 Absätze 1 und 1^{bis} E-HMG, Artikel 13 E-WBBG, Artikel 21 RAG, Artikel 9k Absatz 3 i.V.m. Artikel 9r Absatz 5 VE-EBG.

Art. 14 Geschäftsbericht

Zur kaufmännischen Buchführung und Rechnungslegung vgl. Artikel 957 ff. OR.

Absatz 1: Gemäss LS 19 bestimmt sich bei Anstalten der Mindestinhalt des Geschäftsberichts in Anlehnung an das Aktienrecht. Da die verselbstständigten Einheiten in der Regel der ordentlichen Revision unterstehen, müssen sie ohnehin einen Lagebericht erstellen (Art. 961 Ziff. 3 OR). Dieser stellt den Geschäftsverlauf und die wirtschaftliche Lage des Unternehmens am Ende des Geschäftsjahres unter Gesichtspunkten dar, die in der Jahresrechnung nicht zum Ausdruck kommen (Art. 961c Abs. 1 OR). Dazu gehören beispielsweise Angaben über die Anzahl

⁹⁰ Bundesgesetz vom 5. Oktober 1990 über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz, SuG, SR 616.1)

⁹¹ Kernenergiegesetz vom 21. März 2003 (KEG, SR 732.1)

⁹² Strahlenschutzgesetz vom 22. März 199, (StSG SR 814.50)

Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt, die Durchführung einer Risikobeurteilung, aussergewöhnliche Ereignisse und die Zukunftsaussichten.

Die Jahresrechnung und (nur) ein Teil der Angaben im Lagebericht (jene zum Risikomanagement und zur Personalentwicklung) unterliegen der Überprüfung durch die Revisionsstelle der Anstalt. Vgl. dazu Artikel 8 Absatz 3 des Mustererlasses.

Absatz 2: Diese Norm ist Artikel 958 Absatz 2 OR nachgebildet.

Zur Veröffentlichung des Geschäftsberichts vgl. Artikel 6 Buchstabe n des Mustererlasses.

Beispiele:

Artikel 15 E-WBBG, Artikel 34b RAG.

Art. 15 Rechnungslegung

Zur kaufmännischen Buchführung und Rechnungslegung vgl. Artikel 957 ff. OR. Aufgrund der Pflicht der Anstalt zur ordentlichen Revision sind insbesondere die Artikel 961 ff. OR zu beachten.

Absätze 1 und 2: Die in Artikel 55 FHG vorgesehene Vollkonsolidierung muss – ohne grossen Aufwand – möglich sein. Es müssen deshalb die wesentlichen Grundsätze der Rechnungslegung nach FHG übernommen und hier aufgeführt werden (vgl. Art. 47 FHG; ferner Art. 31 und 38 FHG; CG-Bericht: BBl 2006 8281 f.). Zu den Grundsätzen ordnungsgemässer Rechnungslegung vgl. auch Artikel 958c OR (insb.: Klarheit, Verständlichkeit, Vollständigkeit, Verlässlichkeit, Wesentlichkeit, Vorsicht, Stetigkeit in Darstellung und Bewertung, Bruttoprinzip).

Absatz 3 entspricht Artikel 48 Absatz 1 FHG. Gemeint sind hier anerkannte Standards zur Rechnungslegung wie IPSAS, IFRS, US GAAP und Swiss GAAP FER⁹³. Der Verwaltungsrat legt, unter Vorbehalt von Absatz 6, den anerkannten Standard zur Rechnungslegung fest. Er hat – auch bei einem allfälligen Wechsel dieses Standards – den Bundesrat vorgängig darüber zu informieren. Nur so kann der Bundesrat rechtzeitig intervenieren (Abs. 6), sollte die Festlegung eines Standards unerwünschte Auswirkungen auf die Finanzierung der Anstalt haben; dies gilt insbesondere, wenn eine Erhöhung von Gebühren, Abgaben oder Abgeltungen nötig würde.

Absatz 4: Im Anhang offenzulegen sind die aus dem anerkannten Standard zur Rechnungslegung (Abs. 3) und aus allfälligen Rechnungslegungsvorschriften des Bundesrates (Abs. 6) abgeleiteten Bilanzierungs- und Bewertungsregeln.

Absatz 5: Die Grundsätze der Kostenwahrheit und das Transparenzerfordernis hinsichtlich der wesentlichsten Mittelflüsse, differenziert nach den verschiedenen Arten

⁹³ Vgl. Artikel 1 Absatz 1 der Verordnung vom 21. November 2012 über die anerkannten Standards zur Rechnungslegung (VASR; SR 221.432)

von Einnahmen der Anstalt, setzen eine entsprechend ausgebaute Rechnungslegung voraus (vgl. dazu auch die einleitenden Bemerkungen zu Art. 11 Mustererlass).

Absatz 6: Der Bundesrat kann Ordnungsbestimmungen zur Rechnungslegung erlassen. Er kann die Anstalt zur Anwendung eines bestimmten, anerkannten Standards zur Rechnungslegung verpflichten. Denkbar ist ferner, dass er Wahlrechte, die der betreffende Standard einräumt, im Interesse des Bundes oder Dritter einschränkt bzw. dass er anstelle des Verwaltungsrates entscheidet (z.B. indem er der Anstalt vorgibt, welche der zwei zur Auswahl stehenden Bewertungsmethoden anzuwenden ist, oder ob sie ihre selbstgenutzten Liegenschaften als Kapital- oder als Sachanlagen ausweisen muss). Anders als im Privatrecht kann der Bundesrat der Anstalt aber auch Abweichungen von einem anerkannten Standard oder Ergänzungen dazu vorschreiben. Dies wird er insbesondere dann tun, wenn die Anwendung des entsprechenden Standards zur Rechnungslegung negative Auswirkungen auf den Bund (Erschwerung der Konsolidierung mit dem Bund, Erhöhung der Pensionskassenverpflichtungen [IAS 19] mit der Verpflichtung zur Ausfinanzierung, andere Verpflichtungen zur Rekapitalisierung) oder andere Betroffene hätte (wie mit dem öffentlichen Interesse nicht zu rechtfertigende höhere Kosten). In solchen Fällen oder beispielsweise auch bei der Reservenbildung behält sich der Bundesrat vor, von diesen anerkannten Standards zur Rechnungslegung abweichende Vorschriften zu erlassen.

Beispiele:

Artikel 15 ENSIG, Artikel 18 FINMAG, Artikel 78 E-HMG, Artikel 14 E-WBBG, Artikel 35 RAG, Artikel 9r Absatz 4 VE-EBG

Art. 16 Reserven

Die Bildung von Reserven und das Festlegen ihrer Zweckbestimmung setzen eine gesetzliche Grundlage im Organisationserlass voraus. Eine solche Regelung ist jedoch nicht immer sinnvoll. Vielmehr ist im Einzelfall zu prüfen, ob mittels einer entsprechenden Gesetzesbestimmung die Anstalt mit Aufgaben der Wirtschafts- oder Sicherheitsaufsicht ermächtigt oder verpflichtet werden soll, Reserven zu bilden.

Die Bildung von Reserven erfolgt im Rahmen des Jahresabschlusses. Der Aufbau von Reserven kann bei Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht, die nicht gewerblich tätig sein dürfen, nur über die erhobenen Abgaben (Gebühren, evtl. Aufsichtsabgaben) erfolgen, indem bei deren Festsetzung ein entsprechend zweckgebundener Einnahmenüberschuss eingeplant wird. Er darf beispielsweise nicht aufgrund einer Neubewertung von Aktiven vorgenommen werden.

Bei überwiegend mittels Abgeltungen finanzierten Anstalten sind keine Reserven zur Deckung von Ertragsrisiken vorzusehen (vgl. Anhang 1). Die Anstalt darf nicht mit Abgeltungen des Bundes verdecktes Eigenkapital bilden und die ursprüngliche Zweckbestimmung dieser Mittel damit umgehen.

Falls die Bildung von Reserven sinnvoll ist, dürfen diese eine den Bedürfnissen der Anstalt angemessene Höhe nicht übersteigen. Von der pauschalen Festsetzung der Höhe der Reserven (z.B. höchstens ein Jahresbudget) ist abzusehen.

Die Bildung von Reserven dient – im erforderlichen Umfang – einerseits der Finanzierung bestimmter Investitionen: Notwendige, effektiv geplante Investitionen sollen nicht aufgeschoben werden müssen, weil keine Mittel zur Verfügung stehen. Andererseits sollen Reserven Haftungsrisiken auffangen, die sich nicht durch eine Versicherungslösung abdecken lassen, weil sich das Risiko nicht oder nur zu einem unverhältnismässig hohen Preis versichern lässt. Bei der FINMA sind Versicherungslösungen aus der Aufsichtssituation heraus nicht möglich (FINMA – Aufsicht über Versicherer).

Die Anstalt muss ihr Risiko- und Versicherungsmanagement so ausgestalten, dass sie die Notwendigkeit zur Reservenbildung zur Deckung von nicht versicherbaren Haftungsrisiken gegenüber dem Bundesrat sachlich begründen und belegen kann. Dabei sind auch die in der Regel bestehende Liquiditätsgarantie (Art. 17 Abs. 2 Mustererlass) und allfällige weitere Garantien des Bundes zu berücksichtigen. Die Bildung von Reserven zur Finanzierung künftiger Investitionen muss gestützt auf die Investitions- und Finanzplanung belegt werden können.

Die Bildung stiller Willkürreserven ist im Hinblick auf die Anwendung von True-and-Fair-Rechnungslegungsstandards (Art. 15 Abs. 1 Mustererlass) ausgeschlossen.

Über die Reservenbildung in der erforderlichen Höhe und (wichtig) mit einer konkreten Zweckbindung entscheidet der Verwaltungsrat, unter Vorbehalt der Genehmigung durch den Bundesrat. Die Genehmigung erfolgt im Rahmen der Genehmigung des Geschäftsberichts (Art. 6 Bst. n Mustererlass). Der Verwaltungsrat hat zunächst die Bestimmungen im Organisationserlass und in den Ausführungsbestimmungen (Recht oder Pflicht zur Reservenbildung) sowie die Vorgaben des anerkannten Standards zur Rechnungslegung zu beachten.

Bei der Verwendung der Reserven hat der Verwaltungsrat darauf zu achten, dass diese zweckkonform erfolgt und dass die Anstalt weiterhin über die erforderlichen Reserven verfügt bzw. im Bedarfsfall solche neu äufnet (vgl. Art. 6 Bst. 1 und n Mustererlass und Erläuterungen dazu). Schliesslich unterstehen die Bildung und Verwendung der Reserven, wie erwähnt, der administrativen Aufsicht des Bundesrates. Dieser kann bei Fehlentwicklungen eingreifen und notfalls die Genehmigung des Geschäftsberichts und damit auch die beantragte Gewinnverwendung bzw. Reservenbildung ablehnen.

Beispiele:

Artikel 14 ENSIG, Artikel 16 FINMAG, Artikel 79 E-HMG, Artikel 35 RAG, Artikel 91 VE-EBG.

Art. 17 Tresorerie

Absatz 1: Die EFV führt die zentrale Tresorerie des Bundes (Art. 60 Abs. 1 FHG). Die Anstalt wird für die Verwaltung ihrer liquiden Mittel der zentralen Tresorerie angeschlossen (Art. 61 Abs. 2 FHG). Auf diesen Mitteln bezahlt der Bund der Anstalt marktkonforme Zinsen. Nicht verzinst werden Abgeltungen des Bundes.

Absatz 2: Zur Sicherstellung der Zahlungsbereitschaft können der Anstalt verzinsliche Darlehen gewährt werden. Ob eine Liquiditätsgarantie abgegeben werden soll, ist im Einzelfall zu prüfen (LS 12) – unter Aspekten wie Bedarf, Grösse der Anstalt, Art der Finanzierung und der zu erfüllenden Aufgaben, internationale Rahmenbedingungen.

Absatz 3: Die Einzelheiten des Anschlusses an die Bundestresorerie vereinbart die EFV mit dem Verwaltungsrat in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag. Wird die Auszahlung der Abgeltungen (vgl. Bemerkungen zu Art. 13 Mustererlass) in der Tresorerievereinbarung geregelt und nicht in einem separaten Subventionsvertrag, so muss das Fachdepartement bei der Ausgestaltung der entsprechenden Bestimmungen beigezogen werden. Die Auszahlungen erfolgen gestützt auf eine Liquiditätsplanung der Anstalt. Dabei ist insbesondere zu beachten, dass Abgeltungen frühestens ausbezahlt werden dürfen, wenn und soweit Aufwendungen unmittelbar bevorstehen. Vor der Festsetzung des endgültigen Betrages dürfen in der Regel höchstens 80 Prozent der Abgeltung ausbezahlt werden (Art. 23 SuG).

Ein Dotationskapital ist in der Regel nicht nötig (vgl. jedoch das historisch bedingte Dotationskapital bei Swissmedic: Art. 77 E-HMG). Der Anstalt kann ein Tresoreriedarlehen gewährt werden, falls ein Startkapital erforderlich sein sollte. Dies bedarf einer Regelung in den Übergangsbestimmungen (vgl. Art. 23 Abs. 6 Mustererlass). Der Aufbau der RAB erfolgte beispielsweise über Tresoreriedarlehen (Art. 36 Abs. 2 RAG). Werden der Anstalt in grösserem Umfang Immobilien oder Mobilien übertragen, so kann es notwendig sein, als Gegenposition in der Bilanz ein Dotationskapital auszuweisen.

Beispiele:

Artikel 13 ENSIG, Artikel 17 FINMAG, Artikel 79a E-HMG, Artikel 16 E-WBBG, Artikel 36 RAG, Artikel 9m VE-EBG.

Art. 18 Verantwortlichkeit

Der Bund haftet für Schäden, die seine Organe in Ausübung amtlicher Tätigkeiten widerrechtlich verursachen (Art. 146 BV). Konkretisiert wird diese Verfassungsbestimmung durch das Verantwortlichkeitsgesetz (VG)⁹⁴. Nach Artikel 3 Absatz 1 VG haftet der Bund – ohne Rücksicht auf das Verschulden des Beamten – für Schäden, die dieser in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit Dritten widerrechtlich zufügt. Es

⁹⁴ Bundesgesetz vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz, VG, SR 170.32)

handelt sich um eine betragsmässig unbegrenzte Kausalhaftung. Die Widerrechtlichkeit kann sich aus einem Tun (z.B. Missbrauch oder Überschreitung des Ermessens) oder aus einem Unterlassen ergeben. Ein Verhalten ist dann widerrechtlich, wenn ein absolutes Rechtsgut oder – bei einer reinen Vermögensschädigung – eine einschlägige Schutznorm verletzt worden ist. Bei einer Unterlassung setzt die Widerrechtlichkeit eine Garantenstellung der den Schaden verursachenden Person bzw. die Verletzung einer wesentlichen Amtspflicht voraus. Die Unterlassung eines Rechts- oder Realaktes ist nur widerrechtlich im Sinne des Haftungsrechts, wenn eine unentschuldbare Fehlleistung vorliegt, die einer pflichtbewussten Person nicht unterlaufen wäre. Ein Rechtsakt, der sich später als unrichtig erweist, ist nur haftungsbegründend, wenn eine wesentliche Amtspflichtverletzung vorliegt.

Absatz 1: Nach Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe f VG sind diesem Gesetz alle Personen unterstellt, die unmittelbar mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben des Bundes betraut sind. Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht handeln hoheitlich und damit öffentlich-rechtlich. Demnach richtet sich die Haftung der Anstalt als Aufsichtsbehörde – wenn ihre Organe oder ihre Angestellten aussenstehende Dritte geschädigt haben – nach dem VG (vgl. Art. 19 Abs. 1 Bst. a VG). Der Bund haftet diesen Dritten gegenüber subsidiär, d.h. er trägt für den ungedeckten Betrag eine Ausfallhaftung. Das VG regelt auch den Regress der Anstalt und des Bundes gegenüber den fehlbaren Organen und Angestellten.

Ebenfalls nach VG richtet sich die Haftung der fehlbaren Organe und Angestellten der Anstalt, die den Bund oder die Anstalt direkt geschädigt haben. Gegenüber dem Bund haftet die Anstalt in einem solchen Fall subsidiär (Art. 19 Abs. 1 Bst. b VG).

Auch Aussenstehende können als Personen im Sinne von Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe f VG unmittelbar mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben der Anstalt betraut werden. Ein Beispiel hierfür sind die Untersuchungsbeauftragten nach Artikel 36 FINMAG. Sie haften in Bezug auf die Wahrnehmung dieser öffentlich-rechtlichen Aufgaben ebenfalls nach VG (Art. 19 Abs. 1 FINMAG). Demgegenüber richtet sich die Verantwortlichkeit der von den Beaufsichtigten selbst beauftragten Prüfgesellschaften nach den Bestimmungen des Aktienrechts (vgl. Art. 36a Abs. 2^{bis} RAG i.V.m. Art. 24 Abs. 1 Bst. a FINMAG).

Absatz 2: Beim Vorbehalt nach Absatz 1 gegenüber der Anwendung des VG geht es um die Voraussetzungen, unter denen die Anstalt (und ein allfällig mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben Beauftragter) Dritten gegenüber haftet. Die betragsmässig unbegrenzte Haftung kann je nachdem, wie hoch das Schadenspotential ist, ein beträchtliches Haftungsrisiko für die öffentliche Hand darstellen. Die Anstalt muss deshalb Risiken möglichst frühzeitig erkennen und bei Bedarf die notwendigen Abklärungen und Massnahmen gegenüber den Beaufsichtigten treffen. Die Kausalhaftung könnte allerdings dazu führen, dass die Anstalt übervorsichtig agiert. Dies wiederum hat Auswirkungen auf die Kosten der Aufsicht und kann zu Überregulierung führen. Es kann zudem nicht die Aufgabe der Aufsicht und letztlich des Bundes sein, bei pflichtwidrigem Verhalten eines Beaufsichtigten die Verantwortung für den Schaden zu übernehmen. Es wäre mit anderen Worten stossend, wenn die Anstalt haften würde, obschon die Ursache für einen Schaden nicht bei ihr, sondern in der wirtschaftlich verfehlten Geschäftsführung oder im pflichtwidrigen Verhalten eines

Beaufsichtigten liegt. Die Anstalt als Aufsichtsbehörde (ebenso ein allfällig mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben Beauftragter) haftet deshalb nur bei Verletzungen von wesentlichen Amtspflichten.

Absatz 2 Buchstabe a: Eine Verletzung von wesentlichen Amtspflichten liegt nur vor, wenn ein besonderer Fehler begangen wurde, was nicht der Fall ist, wenn sich Entscheide der Aufsichtsbehörde nachträglich als unrichtig erweisen. Die Aufsichtsbehörde muss den ihr zugestandenen Gestaltungsspielraum eindeutig pflichtwidrig überschritten oder missbraucht haben, damit eine wesentliche Amtspflichtverletzung anzunehmen ist.

Absatz 2 Buchstabe b: Die Haftung der Anstalt setzt ferner (kumulativ) voraus, dass die Schäden nicht auf Pflichtverletzungen einer oder eines Beaufsichtigten zurückzuführen sind. Die Pflichtverletzung der oder des Beaufsichtigten (z.B. Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen oder privatrechtlicher Sorgfaltspflichten) schliesst die Haftung der Anstalt und der von ihr Beauftragten aus, selbst wenn diese bei der Aufsicht wesentliche Amtspflichten verletzt haben sollten. Falls sich die oder der Beaufsichtigte pflichtwidrig verhalten hat, würde eine Amtspflichtverletzung für den Schaden nicht mehr als kausal angesehen.

Beispiele:

Artikel 16 ENSIG, Artikel 19 FINMAG, Artikel 80 E-HMG, Artikel 14 E-WBBG, Artikel 36a RAG.

Art. 19 Steuern

Absatz 1: Nach Artikel 62d RVOG sind die Eidgenossenschaft sowie ihre Anstalten, Betriebe und unselbstständigen Stiftungen von jeder Besteuerung durch die Kantone und Gemeinden befreit. Ausgenommen sind Liegenschaften, die nicht unmittelbar öffentlichen Zwecken dienen, die also Finanzvermögen darstellen.

Die Steuerpflicht der Anstalten richtet sich im Übrigen nach der Tätigkeit und nicht nach der Organisationsform. Die Erfüllung hoheitlicher Aufgaben ist beispielsweise nicht mehrwertsteuerpflichtig. Bei der Prüfung und Umschreibung allfällig begründeter Ausnahmen von der Steuerpflicht ist zu beachten, dass die hoheitliche Tätigkeit im Mehrwertsteuerrecht anders definiert wird als in anderen Rechtsbereichen. Bei der Verrechnungssteuer hat der Gesetzgeber darauf verzichtet, den Bund und seine verselbständigten Betriebe von der subjektiven Steuerpflicht zu befreien. Eine spezialgesetzliche Regelung wäre allerdings, sofern sachlich begründbar, denkbar.

Bei einer teilweisen Steuerpflicht ist die Anstalt zur Führung einer Spartenrechnung zu verpflichten (vgl. auch Art. 15 Abs. 5 Mustererlass). Voraussetzung für eine partielle Steuerbefreiung ist, dass die Mittel, für welche eine Steuerbefreiung verlangt wird, rechnermässig klar vom übrigen Vermögen (Bilanz) und Erfolg (Erfolgsrechnung) ausgetrennt sind.

Absatz 2: Die Steuerpflicht ist in jedem Einzelfall in Zusammenarbeit mit der ESTV im Detail zu klären und die Bestimmung entsprechend dem Ergebnis auszugestalten.

Beispiele: Die Frage der Mehrwertsteuerpflicht stellt sich bei einem Entgelt für allfällige Dienstleistungen. Die Stempelsteuerpflicht dürfte nur in den seltensten Fällen gegeben sein; Anwendungsfälle stellen das von Dritten mitfinanzierte Dotationskapital bei Swissmedic, die Ausgabe von Versicherungen (SERV) oder der Handel mit inländischen Beteiligungsrechten, Obligationen und Anteilen an kollektiven Kapitalanlagen (Umsatzabgabe ab einem gewissen Umfang) dar. Die Verrechnungssteuerpflicht kann eintreten, wenn die Anstalt ein Bankkonto führt.

Vgl. auch das Übergangsrecht zur Steuer-, Abgaben- und Gebührenbefreiung im Rahmen der Überführung (Art. 23 Abs. 5 Mustererlass).

Beispiele:

Artikel 17 ENSIG, Artikel 20 FINMAG, Artikel 81 HMG, Artikel 18 E-WBBG, Artikel 37 RAG, Artikel 9o VE-EBG.

Art. 20 Liegenschaften

Absätze 1 und 2: Eine Regelung ist nur erforderlich, wenn der Anstalt tatsächlich Liegenschaften des Bundes zur Verfügung gestellt werden. Im Normalfall sollen aber den Anstalten keine Liegenschaften zu Eigentum übertragen werden. Gesamthaft betrachtet ist es in der Regel wirtschaftlicher, die Liegenschaften durch die Fachstelle des Bundes verwalten und unterhalten zu lassen, als diese Aufgaben und deren Finanzierung der Anstalt zu übertragen. Nach der Übertragung können die Anstalten grundsätzlich frei über die Liegenschaften verfügen (Verkauf oder Verpfändung) und sich so Mittel verschaffen, die nicht der Zweckbestimmung der Anstalt unterstehen bzw. nicht der Aufgabenerfüllung gewidmet sind. Dadurch kann es zu einer unerwünschten Bildung von Eigenkapital durch die Anstalt kommen.

Absatz 3: Die Rechnungsstellung erfolgt aus Transparenzgründen. Ein Geldbetrag fliesst aber in aller Regel nicht. Es werden normalerweise die (modifizierten) Vollkosten (nur) für die tatsächlich verwendeten Liegenschaften bzw. Liegenschaftsteile in Rechnung gestellt und nicht Marktpreise, da die Anstalten öffentliche Aufgaben erfüllen und vom Bund (mit-) finanziert werden (Abgeltungen). Vgl. Art. 41 FHV⁹⁵ betreffend die Vergütungen zwischen Verwaltungseinheiten.

Absatz 4: Das Rechtsverhältnis zwischen dem Bund und der Anstalt bezüglich Liegenschaften ist öffentlich-rechtlich auszugestalten. Aufgrund der (Mit-) Finanzierung durch den Bund (Unterhalt) und dessen Eigentum an den Liegenschaften ist es undenkbar, dass diese Verhältnisse privatrechtlich ausgestaltet und allenfalls sogar von Zivilgerichten beurteilt würden. ZGB / OR dürfen daher nicht direkt zur Anwendung gelangen.

⁹⁵ Finanzaushaltverordnung vom 5. April 2006 (FHV, SR 611.01)

Beispiele:

Artikel 19 E-WBBG.

6. Abschnitt: Fachliche Unabhängigkeit und Aufsicht

Art. 21 Fachliche Unabhängigkeit

Absatz 1: Die fachliche Unabhängigkeit, die Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht für eine zweckmässige Aufgabenerfüllung gegenüber den politischen Behörden (Bundesrat und Parlament) benötigen, wird mit dieser Bestimmung gesetzlich verankert. Die Unabhängigkeit erstreckt sich auf die Aufgabenerfüllung im konkreten Einzelfall. Eine weitergehende Unabhängigkeit – zum Beispiel bei der gesetzlichen Bestimmung ihres Auftrages – kommt der Einheit hingegen nicht zu (vgl. zum Ganzen CG-Bericht: BBl 2006 8254 f. und 8262 ff.; EFV-Bericht, S. 45 u. 50).

Absatz 2: In Ergänzung zur Berichterstattung gemäss Artikel 6 Buchstabe a des Mustererlasses erörtert die Anstalt mit dem Bundesrat normalerweise regelmässig ihre strategischen Ziele und die Erfüllung ihrer Aufgaben. Der Bundesrat muss die Möglichkeit haben, mit dem Verwaltungsrat institutionalisierte Gespräche zu führen. Dabei sollen aktuelle Probleme der Aufsichtstätigkeit ebenso zur Sprache kommen wie Fragen zur Aufgabenerfüllung oder zu bestimmten Politikbereichen. Einen wesentlichen Gesprächsgegenstand bilden zudem die Erfüllung und die Anpassung der strategischen Ziele. Die Gründe für die Institutionalisierung solcher Eigengespräche liegen einerseits in der fachlichen und organisatorischen Unabhängigkeit dieser Einheiten und andererseits in der zum Teil erheblichen Bedeutung der Aufsichtsaufgaben, die diese Anstalten erfüllen. Es handelt sich um ein wichtiges Instrument des Bundesrates im Rahmen der Eignerstrategie bzw. zur Gewährleistung seiner Erfüllungsverantwortung.

Beispiele:

Artikel 18 ENSIG, Artikel 21 FINMAG, Artikel 81a E-HMG, Artikel 20 E-WBBG, Artikel 38 RAG.

Art. 22 Aufsicht über die Aufsichtsbehörde

Absatz 1: Die «administrative» Aufsicht über die Anstalt liegt beim Bundesrat. Es handelt sich dabei weder um eine Dienstaufsicht noch um eine fachliche Aufsicht (vgl. Art. 21 Abs. 1 Mustererlass). Die administrative Aufsicht kann am ehesten als Aufsicht über die Betriebsführung umschrieben werden. Die Anstalt mit Aufsichtsaufgaben untersteht somit «unter Wahrung ihrer fachlichen Unabhängigkeit der Aufsicht des Bundesrates». Die beiden Formulierungen sind materiell identisch.

Es werden die wichtigsten Instrumente aufgeführt, die dem Bundesrat zur Ausübung seiner Aufsicht über diese Einheiten zur Verfügung stehen. Die Pflicht des Bundes-

rates, als gesetzlich vorgesehene Aufsichtsbehörde (Art. 8 Abs. 4 RVOG) «nach Massgabe der besonderen Bestimmungen» für das ordnungsgemässe Funktionieren von Verwaltungsbehörden des Bundes zu sorgen, impliziert das Recht, über alle Aufsichtsinstrumente zu verfügen, die nötig sind, damit er diese Verantwortung tatsächlich wahrnehmen kann.⁹⁶ Die Auflistung der einzelnen Aufsichtsinstrumente ist daher nicht abschliessend.

Die Kompetenz des Bundesrates zur Wahl und Abberufung der Revisionsstelle entfällt, wenn wie bei der FINMA und der RAB (Art. 12 FINMAG; Art. 32 RAG) die EFK auch die Funktion der externen Revisionsstelle wahrnimmt (vgl. Bemerkungen zu Art. 8 Mustererlass).

Absatz 2: Die administrative Aufsicht (vgl. Art. 22 Mustererlass) impliziert das Recht des Bundesrates, von der Anstalt und insbesondere vom Verwaltungsrat jederzeit auch schriftliche Informationen und Berichte zu verlangen, soweit dies zur Wahrnehmung seiner Aufsicht erforderlich ist. So kann der Bundesrat, bzw. allenfalls das zuständige Departement, beispielsweise zur Überprüfung, ob die strategischen Ziele erreicht wurden, in sämtliche Geschäftsunterlagen der Anstalt Einsicht nehmen und zu diesem Zweck jederzeit Informationen über die Geschäftstätigkeit verlangen. Eine entsprechende Vorschrift im Organisationserlass ist aus Gründen der Rechtssicherheit und der Transparenz einem blossen Hinweis in der Botschaft vorzuziehen (vgl. Art. 81a Abs. 4 E-HMG; Botschaft des Bundesrates vom 28. August 2013 zur Bündelung der Aufsicht über Revisionsunternehmen und Prüfgesellschaften, BBl 2013 6857, 6892).

Der Bundesrat kann zusätzlich Prüfberichte der Revisionsstelle veranlassen (Art. 8 Abs. 5 Mustererlass) und erhält Einsicht in bestehende Prüfberichte der Revisionsstelle (Art. 8 Abs. 4 Mustererlass) sowie der EFK (vgl. Art. 14 Abs. 1^{bis} FKG).

Die gesetzlichen Befugnisse der EFK nach FKG (zur Finanzaufsicht nach Art. 8 Abs. 2 FKG) sowie die Oberaufsicht des Parlaments bleiben vorbehalten. Dies ist aus Transparenzgründen in der Botschaft zu erwähnen, auch wenn dieser Hinweis deklaratorischer Natur ist. Auf eine entsprechende Gesetzesregelung kann gemäss dem Schreiben der Geschäftsprüfungskommission (GPK) vom 27. Januar 2011 inskünftig verzichtet werden.

Beispiele:

Artikel 18 ENSIG, Artikel 21 FINMAG, Artikel 81a E-HMG, Artikel 21 E-WBBG, Artikel 38 RAG, Artikel 9p VE-EBG.

⁹⁶ Zu Umfang und Grenzen der Aufsicht durch den Bundesrat und der Oberaufsicht durch das Parlament, insb. bei Anstalten mit Aufsichtsaufgaben, vgl. Rechtsgutachten vom 26. August 2013 von Prof. Giovanni Biaggini, «Möglichkeiten und Grenzen parlamentarischer Oberaufsicht im Bereich des Eidgenössischen Nuklearsicherheitsinspektorats (ENSI)», erstellt im Auftrag der Geschäftsprüfungskommissionen des Stände- und des Nationalrates (GPK). (<https://www.parlament.ch/centers/documents/de/rechtsgutachten-ensi-2013-08-28.pdf>)

7. Abschnitt: Schlussbestimmungen

Art. 23 Errichtung der Anstalt

Die Bestimmung enthält eine Reihe von Regelungen im Hinblick auf die Errichtung der öffentlich-rechtlichen Anstalt. So wird der Bundesrat den Zeitpunkt bestimmen, an dem die Anstalt eigene Rechtspersönlichkeit (vgl. Art. 1 Abs. 1 Mustererlass) erlangt (Abs. 2). Dieser Zeitpunkt muss nicht identisch sein mit der (Teil-)Inkraftsetzung des Organisationserlasses. Der Bundesrat wird die Rechte und Pflichten sowie die Werte, die per Gesetz und in einem Akt auf die Anstalt übergehen (Abs. 1), bezeichnen (Abs. 3). Die zu bezeichnenden Mobilien und Immaterialgüterrechte (z.B. die Markenrechte und Patente), die von der Vorläuferorganisation genutzt werden, gehen in das Eigentum der Anstalt über. Sie sind zu bewerten und in die Eröffnungsbilanz einzustellen.

Absatz 1: Grundsätzlich gilt das Prinzip der (inhaltlichen) Kontinuität. Eine (formelle) Neuordnung soll dort möglich sein, wo dies zur Klärung des Rechtsverhältnisses notwendig oder sinnvoll und unmittelbar durch die Errichtung der Anstalt bedingt ist (Änderungen von Bezeichnungen, Vertragspartner etc.).

Absätze 2–4: In aller Regel müssen die Voraussetzungen dafür geschaffen werden, dass vor der Umwandlung von den inskünftig zuständigen Organen rechtsgültig vorbereitende Handlungen vorgenommen werden können. Die Gründungsgesellschaft des Aktienrechts (vgl. u.a. Art. 645 OR) wird im öffentlichen Recht nicht analog abgebildet. Damit die Organe bereits im erforderlichen Umfang für die neue Anstalt handeln können, sind ein Ernennungsbeschluss sowie allenfalls die vorgezogene Verleihung der Rechtspersönlichkeit an die Anstalt notwendig. Dabei muss aber im Regelfall vermieden werden, dass zu früh alle Rechte und Pflichten an die Anstalt übergehen. Sofern eine Vorläuferorganisation besteht, bleibt sie bis zur Umwandlung operativ tätig. Um die notwendige Flexibilität zu erhalten, muss es dem Bundesrat ermöglicht werden, die Verleihung der Rechtspersönlichkeit, die Umwandlung und den Übergang von Rechten und Pflichten zeitlich voneinander unabhängig festzulegen. Der Bundesrat kann zudem den Organisationserlass gestaffelt in Kraft setzen (vgl. Art. 29 Mustererlass). Erfahrungsgemäss entsteht in der Konkretisierungsphase der Errichtung von dezentralen Verwaltungseinheiten ein nicht voraussehbarer Regelungsbedarf. Absatz 4 ermächtigt daher den Bundesrat, alle weiteren notwendigen Vorkehren für den Übergang zu treffen und die entsprechenden Bestimmungen zu erlassen. In der Regel genügen diese Massnahmen zur Abwicklung des Übergangs bzw. zur Errichtung der neuen Anstalt (vgl. jedoch die Verordnung vom 16. Januar 2008 über die vorzeitige Inkraftsetzung von organisatorischen Bestimmungen des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 [AS 2008 269], wo Rahmenbedingungen für den Aufbau der FINMA geregelt wurden).

Beispiel für einen möglichen Ablauf: Gleichzeitig mit dem Beschluss zur vorgezogenen Inkraftsetzung einzelner Bestimmungen des Organisationserlasses bestellt der Bundesrat im Rahmen seiner Zuständigkeiten die Organe der Anstalt (insb. Wahl der Verwaltungsratsmitglieder, evtl. der Revisionsstelle). Damit sind die Voraussetzungen gegeben, damit die Organe die Betriebsaufnahme der Anstalt vorbereiten

können. Im Hinblick auf die vollständige Inkraftsetzung des Organisationsgesetzes bzw. die Betriebsaufnahme der Anstalt genehmigt der Bundesrat deren strategische Ziele. Er erlässt oder genehmigt die erforderlichen Verordnungsbestimmungen und verleiht, sofern nicht bereits früher erfolgt, der Anstalt eigene Rechtspersönlichkeit. In einem Zwischenschritt genehmigt der Bundesrat in der Regel die auf der Basis der letzten Jahres- oder Halbjahresabschlüsse ausgearbeitete Transaktionsbilanz, die provisorische Eröffnungsbilanz und das geplante Vorgehen für die Umwandlung bzw. Vermögensübertragung. Die Transaktionsbilanz weist allfällige Neubewertungen und Vermögensverschiebungen aus. Die provisorische Eröffnungsbilanz weist die Vermögens- und Kapitallage der Anstalt nach Übertragung aus. Schliesslich hat der Bundesrat auf den Umwandlungstermin hin über das Inventar, die darauf beruhende Eröffnungsbilanz und damit auch die Umwandlung bzw. Vermögensübertragung zu beschliessen. Die von der Anstalt zu übernehmenden Werte werden in Zusammenarbeit mit dem zuständigen Fachdepartement und der Eidgenössischen Finanzverwaltung (EFV) definiert. Dabei wird eine Abgrenzung der Geschäftsfälle vorgenommen, die die Staatsrechnung des Bundes und die künftige Rechnung der Anstalt betreffen. Die Wahl des anerkannten Standards zur Rechnungslegung durch den Verwaltungsrat (vgl. Art. 15 Abs. 3 und 6 Mustererlass) ist auch mit der Revisionsstelle abzustimmen.

Absatz 4 Buchstabe b: Mit der vorgesehenen Übergangsfinanzierung wird sichergestellt, dass die Anstalt auch während der Übergangsphase stets über die erforderlichen Mittel zur Aufrechterhaltung des Betriebs verfügt. Können der künftige Aufwand rechtzeitig budgetiert und die notwendigen Mittel bereitgestellt werden (insb. auch notwendige Abgeltungen des Bundes), so wird diese Bestimmung nicht benötigt. Eine allfällige Startfinanzierung erfolgt im Rahmen eines Darlehens (vgl. Abs. 6).

Absatz 5: Damit wird – entsprechend der bisherigen Praxis – die Befreiung von allen direkten und indirekten Steuern (insb. Mehrwertsteuern, Stempel- und Handänderungssteuern) und Gebühren für die Übertragung der Rechte, Pflichten und Werte (Übergang von Aktiven und Passiven) sowie für den Eintrag in öffentliche Register vorgesehen. Beispiel: Artikel 76c Absatz 4 E-AltG. Nach Errichtung der Anstalt richtet sich die Steuerpflicht nach Artikel 19 des Mustererlasses. Bei einer Aufwertung von Vermögenswerten, die nach der Errichtung der Anstalt erfolgt, die jedoch mit deren Errichtung in Zusammenhang steht, müssen die Steuerfolgen bedacht werden (vgl. Art. 26 Mustererlass).

Absatz 6: Sollte die Anstalt kurzfristig für den Aufbau zusätzliche Mittel (Startfinanzierung) benötigen, so kann die EFV mit der Anstalt einen entsprechenden Darlehensvertrag abschliessen.

Absatz 7: Die Frage der Anwendbarkeit des Fusionsgesetzes ist im Einzelfall zu prüfen, da dieses auch spezifische Vorschriften zu Fusion, Umwandlung und Vermögensübertragung unter Beteiligung von Instituten des öffentlichen Rechts enthält (Art. 99 ff. FusG; Art. 145 HRegV⁹⁷). Der hier vorgeschlagene Wortlaut im Organi-

⁹⁷ Champeaux, SHK-HRegV, Art. 106 ff. N 1 ff., in: Rino Siffert/Nicholas Turin (Hrsg.), Handelsregisterverordnung (HRegV), Stämpfli Handkommentar, Bern 2013.

sationserlass schliesst die Anwendbarkeit des Fusionsgesetzes vollständig aus. Stattdessen wird vorgesehen, dass der Bundesrat über die Aktiven und Passiven, die in einem Akt auf die Anstalt übertragen werden, sowie über den Zeitpunkt der Übertragung entscheidet (vgl. Abs. 3 und 4). Das Fusionsgesetz kann jedoch als gute Orientierungshilfe bei der praktischen Abwicklung der Errichtung der Anstalt dienen. Auch der Bundesrat kann sich insbesondere im Rahmen von Absatz 4 das Fusionsgesetz zu Nutze machen, indem er z.B. die Bestimmungen zur Vermögensübertragung (Art. 69 ff., Art. 99 ff. FusG) auf bestimmte Aspekte der Errichtung der Anstalt anwendet. In einem solchen Fall sollte aber Absatz 7 die Anwendbarkeit des Fusionsgesetzes nicht vollumfänglich ausschliessen.

Beispiele:

Artikel 21 ENSIG, Artikel 58 FINMAG, Artikel 91 HMG, Artikel 22 E-WBBG, Artikel 36 RAG, Übergangsbestimmung zur Änderung des EBG gemäss Fassung VE-EGB⁹⁸.

Art. 24 **Übergang der Arbeitsverhältnisse**

Da mit der Errichtung der Anstalt eine neue Organisationsstruktur geschaffen wird, kann es bei den Arbeitsverhältnissen zu Änderungen der einzelnen Arbeitsbereiche, der Funktionen, der organisatorischen Einordnung oder des Arbeitsortes führen. Ausserdem ändern mit der Personalverordnung der Anstalt die arbeitsrechtlichen Bestimmungen. Aus diesen Gründen braucht es übergangsrechtliche Normen, die insbesondere die Rechte der Arbeitnehmenden regeln. Es geht dabei um Fragen wie Lohngarantien, Bewerbungsverfahren (Beispiel: Art. 59 Abs. 3 FINMAG), Anrechnung von Dienstjahren und Ablauf der Umstrukturierung.

Absatz 1: Die Arbeitsverhältnisse der alten Verwaltungseinheit sollen – wie die anderen Rechtsverhältnisse (Art. 23 Mustererlass) – von Gesetzes wegen auf die Anstalt übergehen. Da Artikel 333 OR (Übergang der Arbeitsverhältnisse) nicht direkt anwendbar ist, wenn Arbeitsverhältnisse zwischen zwei öffentlich-rechtlichen Arbeitgebern übergehen⁹⁹, ist der Übergang der Arbeitsverhältnisse im Organisationserlass spezialgesetzlich zu regeln. In der gleichen logischen Sekunde, in der die bisherigen Arbeitsverhältnisse bei der alten Verwaltungseinheit enden, werden sie bei der Anstalt von Gesetzes wegen begründet; sie müssen also weder gekündigt werden, noch muss die Anstalt sie neu begründen. Der Bundesrat legt, wie bei den anderen Rechtsverhältnissen (Art. 23 Abs. 3 Mustererlass), den Zeitpunkt des Übergangs fest.

⁹⁸ Es handelt sich insofern um einen Sonderfall, als hier nicht eine Verwaltungseinheit der zentralen Bundesverwaltung sondern eine privatrechtliche Aktiengesellschaft in eine Anstalt überführt werden soll. Beim Übergang zu beachten sind daher insbesondere die massgeblichen Bestimmungen des OR (Art. 333–333b betreffend den Übergang der Arbeitsverhältnisse, Art. 738 betreffend die Folgen der Auflösung einer Gesellschaft und Art. 751 betreffend die Übernahme durch eine öffentlich-rechtliche Körperschaft).

⁹⁹ Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Auflage, RN 3 und 8 zu Art. 333

Der Übergang erfolgt grundsätzlich mit allen Rechten und Pflichten. Ausgenommen sind nach Absatz 1 die gekündigten Arbeitsverhältnisse und allfällig damit zusammenhängende arbeitsrechtliche Forderungen. Solche Streitigkeiten richten sich nach bisherigem Recht und sind von der bisherigen Arbeitgeberin zu erledigen.

Die Gründung einer neuen Anstalt im hier beschriebenen Fall stellt eine Umstrukturierung im Sinne von Artikel 104 BPV dar. Ist eine von der Umstrukturierung betroffene Person nicht gewillt, zur Anstalt überzutreten, so kommt das Verfahren nach Artikel 104 ff. BPV zur Anwendung. Das Angebot der alten Verwaltungseinheit an die von der Umstrukturierung betroffenen Personen zum Übertritt in die Anstalt gilt grundsätzlich als andere zumutbare Stelle im Sinne von Artikel 104a BPV. Mangelnde Bereitschaft einer angestellten Person zum Übertritt bzw. zur Verrichtung zumutbarer anderer Arbeit gilt als Kündigungsgrund (Art. 10 Abs. 3 Bst. d BPG). Selbst wenn im Übergangszeitpunkt die Kündigungsfrist noch nicht abgelaufen sein sollte, erfolgt kein Übertritt zur Anstalt. Erweist sich ein von der angestellten Person abgelehntes Angebot nach den Kriterien von Artikel 104a BPV als unzumutbar und kann die bisherige Arbeitgeberin dieser Person kein zumutbares anderes Angebot unterbreiten, spricht sie, sofern die angestellte Person das Angebot nicht trotzdem noch annimmt, die Kündigung wegen schwerwiegenden wirtschaftlichen oder betrieblichen Gründen aus (Art. 10 Abs. 3 Bst. e BPG).

Ein Vorbehalt bezüglich Übergang der Arbeitsverhältnisse von Gesetzes wegen gilt hinsichtlich der Ernennung der Geschäftsleitung: Deren Mitglieder müssen im Hinblick auf die Errichtung der Anstalt neu bestellt werden. Der Bundesrat ernennt in einem ersten Schritt den Verwaltungsrat (Art. 5 Abs. 3 Mustererlass). Der Verwaltungsrat bestimmt daraufhin, unter Vorbehalt der Genehmigung durch den Bundesrat, den Direktor oder die Direktorin der Anstalt sowie, in eigener Kompetenz, die übrigen Geschäftsleitungsmitglieder (Art. 6 Bst. h und i Mustererlass). Mittels einer gestaffelten Inkraftsetzung des Organisationserlasses können die Organe vorgängig besetzt werden, so dass diese die notwendigen Vorbereitungsmaßnahmen für die Betriebsaufnahme der Anstalt treffen können.

Absatz 2: Beim Übergang von Arbeitsverhältnissen besteht – in Anlehnung an Artikel 25 Absatz 3 BPV – kein Anspruch der angestellten Person auf Weiterführung der Funktion, des Arbeitsbereichs, der organisatorischen Eingliederung und des Arbeitsorts.

Ausgehend von der bisherigen Praxis bei Anstaltsgründungen wird beim Übergang der Arbeitsverträge auf die Anstalt eine befristete Lohngarantie vorgesehen. Angestellte der Bundesverwaltung, denen aufgrund einer Reorganisation bzw. Umstrukturierung innerhalb der Bundesverwaltung eine neue Stelle zugewiesen werden muss, erhalten eine Lohngarantie von, je nach Alter, mindestens zwei Jahren (Art. 25 Abs. 3 i. V. m. Art. 52a BPV). Als eigene Arbeitgeberin mit Rechtspersönlichkeit soll die personalpolitische Freiheit der Anstalt jedoch nicht übermässig lange eingeschränkt werden, weshalb die Lohngarantie im Organisationserlass übergangsrechtlich auf ein Jahr beschränkt wird. Die gesetzliche Lohngarantie von einem Jahr gilt auch in jenen Fällen, bei denen aufgrund der Personalbeurteilung durch die alte oder neue Arbeitgeberin eine Lohnsenkung angezeigt wäre. Die Anzahl derartiger Fälle dürfte so gering sein, dass auf eine Ausnahme von der Lohngarantie verzichtet

werden kann¹⁰⁰. Erfahren – wie es in der Anfangsphase oftmals vorkommt – die organisatorischen Strukturen der Anstalt bzw. die Arbeitsverträge nochmals Anpassungen und geschieht dies im ersten Anstellungsjahr, so gilt die Lohngarantie nach Absatz 2 weiter.

Ein zusätzlicher übergangsrechtlicher Kündigungsschutz ist nicht nötig, da bzw. wenn die Arbeitsverhältnisse weiterhin dem BPG und damit dem öffentlichen Dienstrecht unterstehen. Vorgesehen wurde ein einjähriger Schutz vor Kündigung durch die neue Arbeitgeberin hingegen für den Übergang der öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse von der Eidgenössischen Alkoholverwaltung (EAV) zur «alco-suisse ag» – da diese wie auch deren Personalrecht dem OR unterstehen (Art. 76d Abs. 2 E-AllG¹⁰¹).

Ab Übergang auf die Anstalt unterstehen die Arbeitsverhältnisse deren Personalrecht bzw. Personalverordnung (z.B. hinsichtlich Lohnfortzahlungsmodalitäten bei Krankheit und Unfall). Der Rechtsübergang nach Absatz 1 bedeutet jedoch, dass die Anstalt der angestellten Person die bei der alten Verwaltungseinheit geleisteten Dienstjahre auf die Ansprüche nach neuem Personalrecht anrechnen muss. Ansprüche, die an die Anzahl Dienstjahre knüpfen (z.B. Umfang und Form der Treueprämie) und sich erst nach dem Vertragsübergang realisieren würden, können bei der Anstalt nicht automatisch eingelöst werden. Ob der Anspruch besteht bzw. entstanden ist, muss vielmehr nach dem Personalrecht der Anstalt neu beurteilt werden (Abs. 1).

Absatz 3: Die Arbeitsverhältnisse unterstehen, unter Vorbehalt der einjährigen Lohngarantie nach Absatz 2, ab Übergang dem neuen Personalrecht der Anstalt. Diese muss ihren Angestellten daher neue Arbeitsverträge unterbreiten. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist hierfür eine kurze Frist vorzusehen. Die Angestellten sollen nicht über einen längeren Zeitraum noch einen auf die alte Arbeitgeberin lautenden Arbeitsvertrag haben.

Da das Personal den Übergang der Arbeitsverhältnisse auf die Anstalt nicht selbst veranlasst hat und zudem während der Probezeit erleichterte Kündigungsvoraussetzungen bzw. keine Kündigungsschutzfristen gelten, darf zu seinem Schutz in den neuen Arbeitsverträgen keine Probezeiten angesetzt werden.

Absatz 4: Beschwerden des Personals, die im Zeitpunkt des Übergangs der Arbeitsverhältnisse hängig sind, werden nach bisherigem Recht beurteilt. Falls möglich, soll die alte Verwaltungseinheit solange formell bestehen bleiben, bis sie alle nach bisherigem Recht zu beurteilende Streitigkeiten erledigen konnte.

Weiterer oder abweichender Regelungsbedarf muss im Einzelfall zusammen mit dem EPA geprüft werden.

Beim Übergang des Personals zur Anstalt sind auch die rechnungsmässigen Verbindlichkeiten zu beachten. Insbesondere Zeitguthaben des Personals sind soweit möglich vor dem Übergang der Arbeitsverhältnisse abzubauen. Im Rahmen der

¹⁰⁰ Nach der BPV (Art. 39 Abs. 5) sind Lohnsenkungen bis maximal zwei Prozent nur möglich, wenn die angestellte Person gemäss Personalbeurteilung die Ziele nicht erreicht.

¹⁰¹ BB1 2016 7649

Transaktionsbilanz können für verbliebene Gleitzeit-, Ferien- und Überzeitguthaben Rückstellungen übertragen werden.

Beispiele:

Artikel 22 ENSIG, Artikel 59 FINMAG, Artikel 92 HMG, Artikel 23 E-WBBG.

Art. 25 Zuständige Arbeitgeberin

Die Anstalt wird als Arbeitgeberin neu für Aufgaben zuständig sein, die ihre Vorläuferorganisationen in der zentralen Bundesverwaltung erfüllt haben. Gleich wie für die aktiven Mitarbeitenden (Art. 24 Mustererlass) muss auch für die Rentenbezüglerinnen und Rentenbezügler die Rechtslage im Organisationserlass übergangsrechtlich klargestellt werden.

Die Anstalt ist für alle bisherigen und – im festgelegten Rahmen – künftigen Alters-, Hinterbliebenen- und Invalidenrentenbezüglerinnen und -bezügler der Anstalt die zuständige Arbeitgeberin und wird die entsprechenden Arbeitgeberpflichten übernehmen müssen (wie Finanzierung der Verwaltungskosten oder einer ausserordentlichen Teuerungsanpassung, evtl. Arbeitgeberbeitrag im Sanierungsfall).

Nach Artikel 32f Absatz 1 BPG ist bei einem Statuswechsel der neue Arbeitgeber auch für die bisherigen Rentenbezüglerinnen und -bezügler der Verwaltungseinheit zuständig. Die der Anstalt zurechenbaren Rentenbezüglerinnen und -bezügler folgen somit dem aktiven Personal in das neue Vorsorgewerk. Die Ausnahmeregelung von Artikel 32f Absatz 2 BPG ist *restriktiv* zu handhaben (Beispiel: Art. 76e E-AlkG¹⁰²).

Beispiele:

Artikel 24 E-WBBG, Artikel 23 ENSIG, Artikel 60 FINMAG.

Art. 26 Registereintragungen [Weitere Übergangsbestimmungen]

Absatz 1: Das zuständige Departement soll während einer Übergangsfrist Registereinträge (Handelsregister, Grundbuch etc.), die aufgrund der Errichtung der Anstalt geändert werden müssen, steuer- und gebührenfrei mittels Verfügung bereinigen können. Die Verfügung dient als Eintragungsgrundlage.

Absatz 2: Eine nachträgliche, steuerneutrale Aufwertung ist im Organisationserlass vorzusehen und nur zu gewähren, wenn sachliche Gründe hierfür vorliegen (Unsi-

¹⁰² Änderung vom 30. September 2016 des Bundesgesetzes über die gebrannten Wasser (Alkoholgesetz vom 21. Juni 1932, SR 680), E-AlkG in: BB1 **2016** 7649.
Der Bundesrat wird mit dieser Bestimmung ermächtigt, aus dem Vermögen der EAV die Finanzierung der Arbeitgeberpflichten für die Rentenbeziehenden des Profitcenter zu übernehmen, die Anspruch auf Leistungen aus dem Vorsorgewerk Bund haben, wenn die Vorsorgeeinrichtung der «alcosuisse ag» die Rentenbeziehenden nicht übernimmt oder deren Verbleib im Vorsorgewerk Bund im finanziellen Interesse des Bundes liegt.

cherheiten bei der Bewertung, Änderung des Rechnungslegungsstandards etc.). Im Regelfall haben entsprechende Bereinigungen im Rahmen der Übertragung von Aktiven und Passiven – auch steuerneutral (Art. 23 Abs. 5 Mustererlass) – zu erfolgen.

Ob weiterer übergangsrechtlicher Regelungsbedarf im Organisationserlass besteht oder ob eine solche Regelung allenfalls besser im Aufgabenerlass platziert wird, muss im Einzelfall geprüft werden. Übergangsrechtlich zu regeln sind beispielsweise die Zuständigkeit zur Beurteilung von Beschwerden im Bereich der alten Verwaltungseinheit und das anwendbare Recht. Die alte Verwaltungseinheit soll möglichst solange formell bestehen bleiben, bis sie alle nach bisherigem Recht zu beurteilenden Streitigkeiten erledigen konnte.

Beispiele:

Artikel 15 Absatz 1 Buchstabe b und Absatz 4 POG¹⁰³ (Registereintragen und Aufwertung stiller Reserven), Artikel 58 Absatz 3 FINMAG (Rechtsschutz), Artikel 94 HMG (hängige Verfahren), Artikel 25 E-WBBG, E-KG Ziff. III Artikel 1–3 (anwendbares Recht und Verfahrensrecht).

Art. 27 Aufhebung anderer Erlasse

Vgl. Bemerkungen zu Artikel 28.

Art. 28 Änderung anderer Erlasse

Artikel 27 und 28: Umfassen die Bestimmungen zur Aufhebung und zur Änderung anderer Erlasse zusammen mehr als eine Druckseite, so werden sie in einem Anhang aufgeführt (vgl. Gesetzestechnische Richtlinien des Bundes [GTR] von 2013, Rz. 48 ff.¹⁰⁴)

Mögliche Regelungsgegenstände zu den Artikeln 27 und 28:

- Aufhebung von Grundlagen für ausgelagerte Aufgaben, für Organisationseinheiten oder für übertragene Vermögen (z.B. Spezialfonds).
- Änderungen im Aufgabenerlass oder in anderen Bundesgesetzen von Bestimmungen bezüglich der Beaufsichtigten (Bsp: Bankengesetz bei der FINMA) oder zur Koordination mit anderen Einheiten (Bsp: Amtshilfe zwischen Aufsichtsbehörden).
- Ergänzung von Artikel 8 Absatz 2 FKG.
- Änderungen von Bestimmungen über die Rechtspflege (Bsp: Art. 33 Bst. b Ziff. 5 VGG betr. Abberufung eines Verwaltungsratsmitglieds). Weiter ist al-

¹⁰³ Bundesgesetz vom 17. Dezember 2010 über die Organisation der Schweizerischen Post (Postorganisationsgesetz, POG, SR 783.1)

¹⁰⁴ [www.bk.admin.ch/Themen>Gesetzgebung>Gesetzestechnik](http://www.bk.admin.ch/Themen/Gesetzgebung/Gesetzestechnik)

lenfalls Artikel 14 VwVG¹⁰⁵ (Zuständigkeit zur Zeugeneinvernahme) zu ergänzen.

- Ergänzung im Geltungsbereich von Artikel 2 BöB.
- Änderungen bezüglich neuer Bezeichnungen.

Art. 29 Referendum und Inkrafttreten

Eine gestaffelte Inkraftsetzung ist möglich und in der Regel sinnvoll. Die Gründung der Anstalt erfordert zudem verschiedene Bundesratsentscheide (vgl. Art. 23 Abs. 2–4 Mustererlass). Beispiele: Gestützt auf Artikel 26 ENSIG wurden einzelne Bestimmungen ein Jahr vor der vollständigen Inkraftsetzung wirksam (vgl. AS 2007 5635, 5643). Gestützt auf Artikel 30 Absatz 2 EIMG¹⁰⁶ wurden die Artikel 5–13, 18 Absatz 3, 19, 22 Absatz 3, 23, 24 und 27 dieses Gesetzes auf den 1. Januar 2012 in Kraft gesetzt, die restlichen Bestimmungen ein Jahr später (vgl. AS 2011 6515). Zum gestaffelten Inkrafttreten vgl. auch die Gesetzestechnischen Richtlinien GTR, Rz. 176 ff.

Welche Bestimmungen vorzeitig in Kraft gesetzt werden sollen, ist im Einzelfall sorgfältig zu prüfen. In Frage kommen namentlich folgende Bestimmungen des Mustererlasses: Artikel 1 (Anstalt/Rechtsform und Rechtspersönlichkeit), Artikel 4–10 (Organisation und Personal), Artikel 15 (Rechnungslegung), Artikel 17 Absatz 3 (Tresorerievereinbarung), Artikel 18 (Verantwortlichkeit), Artikel 20 Absatz 4 (Vertrag betr. Miete oder Nutzniessung von Liegenschaften des Bundes), Artikel 22 (Aufsicht) und Artikel 23 (Errichtung der Anstalt).

Es ist das nötige Augenmerk darauf zu richten, dass die vollständige Inkraftsetzung des Organisationserlasses, die Inkraftsetzung der (geänderten) Aufgabenbestimmungen und die Ausserkraftsetzung oder Änderung bestehenden Rechts aufeinander abgestimmt sind. So muss jederzeit klar sein, wer gestützt auf welche Bestimmungen handelt. Die vollständige Inkraftsetzung des Organisationserlasses erfolgt auf den Zeitpunkt, auf den die Anstalt hinsichtlich der Wahrnehmung ihrer Aufsichtsaufgaben operativ wird, d.h. zeitgleich mit der Inkraftsetzung des Aufgabenerlasses. Handelt es sich nicht um eine neu begründete Aufsichtstätigkeit, so bestehen vorübergehend parallel zwei Organisationen: Einerseits die zentrale Verwaltungseinheit, die die Aufsicht nach den bisherigen Aufgabenbestimmungen wahrnimmt. Andererseits die Organe der Anstalt, die gestützt auf die Teilkraftsetzung des Organisationserlasses die nötigen Vorbereitungen treffen, damit die Aufsichtstätigkeit der zentralen Verwaltungseinheit abgelöst bzw. von der Anstalt nach dem geänderten Aufgabenerlass übernommen werden kann.

¹⁰⁵ Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR **172.021**)

¹⁰⁶ Bundesgesetz vom 17. Juni 2011 über das Eidgenössische Institut für Metrologie (EIMG, SR **941.27**)

3 Anhang 1: Weitere mögliche Regelungsgegenstände

Vertragsschlusskompetenz für internationale Vereinbarungen: Sofern ein entsprechender Bedarf besteht und die Regelung gemäss Artikel 3 Absatz 4 dieses Mustererlasses (Mitwirkung oder Vertretung des Bundes im Rahmen bestehender Verträge) nicht ausreicht, können im Organisationserlass weitergehende Rechtsgrundlagen für die Zusammenarbeit in einem internationalen Kontext geschaffen werden. Dies bedingt, dass dem Bundesrat die entsprechenden Vertragsschlusskompetenzen zugewiesen werden. Beispiel: [Artikel 64 Absatz 5 E-HMG](#).

Nebentätigkeiten: Vgl. LS 15. Kommerzielle Nebentätigkeiten sind Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht verwehrt. Ausnahmsweise und in engen Grenzen ist gestützt auf eine explizite Gesetzesgrundlage das Erbringen von Dienstleistungen gegen ein (mindestens kostendeckendes) Entgelt denkbar, sofern dadurch die Unabhängigkeit der Anstalt gegenüber den Beaufichtigten bzw. der Aufgabenerfüllung nicht gefährdet wird (vgl. [Art. 69 Abs. 2 E-HMG](#)). Anders verhält es sich mit nicht kommerziellen Dienstleistungen gegenüber Behörden oder internationalen Organisationen (vgl. [Art. 3 ENSIG](#)). Sofern es sich rechtfertigt, kann Artikel 3 (Aufgaben) entsprechend (mit einem Abs. 5) ergänzt werden¹⁰⁷. Bei einer Eintragung der Anstalt im Handelsregister entspricht die Zweckumschreibung demnach den Aufgaben nach Artikel 3 Absätze 1 und 5 des Mustererlasses.

Jährliche Aufsichtsabgabe: Wenn Aufsichtsaufgaben wahrgenommen werden, deren Kosten aufgrund fehlender individueller Zurechenbarkeit nicht durch Gebühren gedeckt werden können, so ist es ausnahmsweise und unter bestimmten Voraussetzungen möglich, die Erhebung von Aufsichtsabgaben durch die Anstalt vorzusehen. Bei Aufsichtsabgaben handelt es sich laut Bundesamt für Justiz (BJ) um eine Sonderform von Kausalabgaben, falls eine «qualifizierte Gruppenäquivalenz» besteht. Das BJ sieht die verfassungsrechtliche Grundlage für die Abgabe als in der jeweiligen Sachkompetenz des Bundes enthalten.¹⁰⁸ Nach Auffassung des Bundesgerichts dient das Erfordernis der verfassungsrechtlichen Grundlage zur Erhebung von Steuern in erster Linie dazu, die Steuerhoheiten von Bund und Kantonen abzugrenzen; es sei verfassungsrechtlich nicht zum Vornherein und offensichtlich ausgeschlossen, die Kompetenz zur Erhebung von Aufsichtsabgaben in der entsprechenden Sachzuständigkeit des Bundes zu sehen, falls die Voraussetzungen von Artikel 164 Absatz 1 Buchstabe d BV (Grundsätze der Abgabenerhebung auf Gesetzesstufe) erfüllt sind (vgl. [Urteil 2C 725/2007](#) vom 2. Oktober 2008 E. 4.2.2). Im Organisationserlass zu regeln sind somit der Kreis der Abgabepflichtigen, der Gegenstand und die Bemessung der jährlichen Aufsichtsabgabe. Artikel 46a RVOG betreffend Gebühren ist auf die Erhebung von Aufsichtsabgaben nicht anwendbar. Daher ist im

¹⁰⁷ Die Ergänzung (als Abs. 5) lautet: «Die Anstalt kann gegen Entgelt Dienstleistungen im Rahmen der Aufgaben nach diesem Gesetz für andere Behörden und internationale Organisationen erbringen, sofern diese Dienstleistungen die Unabhängigkeit der Anstalt nicht gefährden.» (Beispiel: [Art. 69 Abs. 2 E-HMG](#)). In diesem Fall ist auch Artikel 11 Absatz 1 des Mustererlasses (als Bst. c) wie folgt zu ergänzen: «Entgelte für Dienstleistungen an andere Behörden und internationale Organisationen nach Artikel 3 Absatz 5». (Beispiel: [Art. 77 Abs. 2 Bst. c E-HMG](#)).

¹⁰⁸ VPB 2000 S. 337 ff. Nr. 64.25

Organisationserlass die Regelung der Einzelheiten an den Bundesrat zu delegieren. Dazu gehören insbesondere das Verfahren zur Erhebung der Aufsichtsabgabe, die anrechenbaren Aufsichtskosten, die Aufteilung auf die Beaufsichtigten bzw. die verschiedenen Aufsichtsbereiche und die Verjährung der Abgabeforderungen. Der Bundesrat hat nebst den gesetzlichen auch die abgaberechtlichen Vorgaben (Äquivalenzprinzip, Rechtsgleichheit, Willkürverbot usw.) zu beachten. Beispiele: Für FINMA, ENSI und RAB vgl. Artikel 15 FINMAG, Artikel 83 Absatz 2 Kernenergiegesetz¹⁰⁹ und Artikel 21 RAG, vgl. ferner Artikel 13 VE-EBG.¹¹⁰ Die Anstalt erhebt von den Beaufsichtigten jährlich (pro Aufsichtsbereich) eine Aufsichtsabgabe für die Kosten, die durch die Gebühren nicht gedeckt sind.

Abgeltungen und Reservenbildung: Der Bundesrat kann der Anstalt jährlich Beiträge zur Abgeltung bestimmter, ihr durch das Gesetz übertragenen Aufgaben gewähren, soweit sie nicht bereits durch Gebühren (und evtl. weitere Art von Eigenfinanzierung) gedeckt sind. Die Kosten der Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht sollen soweit als möglich durch die Beaufsichtigten finanziert werden. Beispiele: FINMA und RAB finanzieren sich vollständig über Gebühren und Aufsichtsabgaben der Beaufsichtigten. Die Wettbewerbsbehörde kann sich demgegenüber nicht selber finanzieren, insbesondere weil sie keinen Sektor beaufsichtigt, der zur Finanzierung herangezogen werden könnte. Sie ist daher zur Erfüllung ihrer Aufgaben auf Abgeltungen des Bundes angewiesen. Bei überwiegend mittels Abgeltungen finanzierten Anstalten sind keine Reserven zur Deckung von Ertragsrisiken vorzusehen. Es gilt zu verhindern, dass auf diesem Weg mit Mitteln des Bundes verdeckt Eigenkapital gebildet wird. Die Bildung von Reserven lässt sich auch nicht unter Hinweis auf eine allfällige, spätere Reduktion der Abgeltungen rechtfertigen. In der Regel erfolgt eine solche Kürzung wegen bzw. zusammen mit einem (vorher beschlossenen und daher planbaren) Aufgabenverzicht und einer entsprechenden Ausgabenreduktion. Demzufolge sah das E-WBB für die Wettbewerbsbehörde keine Vorschrift zur Reservenbildung vor.

Verfahren und Rechtsschutz: Für das Verfahren und den Rechtsschutz gelten die allgemeinen Regelungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes, des Verwaltungsgerichts- und des Bundesgerichtsgesetzes. Sonderregelungen sind möglich für Präzisierungen und in begründeten Fällen für Abweichungen. Sie gehören zur Regelung der Aufgaben bzw. in den Aufgabenerlass. Zusammen mit einem neuen Organisationserlass können bereits bestehende Aufgabenerlasse geändert bzw. Sonderregelungen zu Verfahren und Rechtsschutz statuiert werden (vgl. Art. 28 Mustererlass). Ist die Anstalt zur Beschwerde berechtigt, so ist dies speziell zu regeln. Dieses Beschwerderecht ist vor allem bei Anstalten mit Aufsichtsaufgaben von Bedeutung. Beispiele: Artikel 84 HMG, Artikel 19 und 20 ENSIG, Artikel 53 und 54 FINMAG, Artikel 39 E-KG, Artikel 28 Absatz 5 RAG, Artikel 9s VE-EBG. Übergangsrechtlich zu regeln ist die Zuständigkeit zur Beurteilung von Beschwerden im Bereich der alten Verwaltungseinheit und das anwendbare Recht. Weiter ist allenfalls Artikel 14 VwVG (Zuständigkeit zur Zeugeneinvernahme) zu ergänzen.

¹⁰⁹ Kernenergiegesetz (KEG) vom 21. März 2003 (SR 732.1)

¹¹⁰ Vergleichbare Regelung auch für die Oberaufsichtskommission in Artikel 64c BVG.

Beschaffungsrecht: Öffentlich-rechtliche Einheiten, die öffentliche Aufgaben erfüllen, sollten Beschaffungen nach dem Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) tätigen (vgl. für das IGE: VPB 67.4). Das BöB gilt formell für organisatorisch verselbständigte Einheiten aber nur, wenn sie im BöB ausdrücklich aufgeführt werden (so das ENSI in Art. 2 Abs. 1 Bst. e BöB), da dieses Gesetz dem Enumerationsprinzip folgt. Es muss deshalb zusammen mit dem Bundesamt für Bauten und Logistik (BBL) geprüft werden, ob im BöB eine Unterstellung der Anstalt unter dieses Gesetz vorgesehen werden muss. – Auf Anstalten, die nicht überwiegend Dienstleistungen am Markt erbringen, ist jedenfalls das 3. Kapitel der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) anwendbar (Art. 32 Bst. a VöB i.V.m. Art. 7a Abs. 1 Bst. c RVOV).¹¹¹

Evaluation: Wenn ein konkretes Interesse daran besteht (wie namhafte Finanzierung über Abteilungen des Bundes), kann eine Evaluationsklausel vorgesehen werden. Vgl. dazu auch Artikel 170 BV, Artikel 141 ParlG, Artikel 5 SuG.

Qualitätssicherung: Beispiel: Artikel 4 ENSIG.

Subdelegation von Ausführungsbestimmungen: Sofern ein ausgewiesener Bedarf besteht, kann analog zum RVOG eine Subdelegationsbestimmung festgeschrieben werden (vgl. für Ämter und Gruppen von Ämtern Art. 48 Abs. 2 RVOG), die es dem Bundesrat ermöglicht, die Anstalt zu ermächtigen, in Belangen von beschränkter Tragweite Ausführungsbestimmungen zum Organisationserlass zu erlassen. Eine Subdelegation kommt namentlich in vorwiegend technischen Angelegenheiten in Betracht und richtet sich an den Verwaltungsrat (Art. 6 Bst. c Mustererlass). Die Zulässigkeit und die Rahmenbedingungen für eine Subdelegation sind zwingend zu prüfen bzw. zu beachten. Beispiel: Artikel 7 und 55 Absatz 2 FINMAG.

Befristete Zurverfügungstellung von Immobilien: Werden Immobilien befristet zur Verfügung gestellt, so ist in Anlehnung an Artikel 19 dieses Mustererlasses eine entsprechende Übergangsregelung zu schaffen. Beispiel: Artikel 41 EHB-Verordnung.

In den Aufgabenerlass gehören insbesondere Regelungen zu: Information der Öffentlichkeit, Zusammenarbeit mit anderen Behörden im Sinne der Amts- oder Rechtshilfe, Datenbearbeitung. Ein weiterer möglicher Regelungsgegenstand ist die Übertragung von Aufsichtsaufgaben auf Dritte. Diese Beauftragten sind gesetzlich der Geheimhaltung zu unterstellen. Beispiele: Artikel 14, 22 und 23 FINMAG (Amtsgeheimnis, Information der Öffentlichkeit und Datenbearbeitung), Artikel 41, 48 und 49 KG (Amtshilfe, Veröffentlichung von Entscheiden und Urteilen, Informationspflichten), Artikel 25 E-KG (Amts- und Geschäftsgeheimnis), Artikel 20 und Artikel 40 Absatz 1 Buchstabe d RAG, Artikel 14 Absatz 4 und Artikel 24 ff. FINMAG (mit Aufsichtsaufgaben beauftragte Dritte und Geheimhaltung); Veröffentlichung, insb. Umgang mit sicherheitsrelevanten Informationen). Anzumerken bleibt, dass zwischen Dienstleistungsaufträgen und der Übertragung öffentlich-rechtlicher Aufgaben unterschieden werden muss. Das Legalitätserfordernis besteht

¹¹¹ Die VöB regelt, nebst der Vergabe öffentlicher Aufträge nach dem Gesetz, im 3. Kapitel die sog. «übrigen Beschaffungen» des Bundes (vgl. auch Art. 1 Bst. b VöB).

nicht für Nebendienstleistungen, die sich im Rahmen administrativer Hilfstätigkeiten halten, da damit keine Verwaltungsaufgaben übertragen werden. Nicht zu den Verwaltungsaufgaben gehört der (hilfsweise) Beizug Privater zur Erfüllung einer Bundesaufgabe durch eine Behörde. Es handelt sich um die privatrechtliche Tätigkeit des Staates, durch die er die für die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben notwendigen Sachgüter und Leistungen beschafft. In solchen Fällen («Bedarfsverwaltung» und «administrative Hilfstätigkeit») hat der private Rechtsträger keine eigenen Entscheidungskompetenzen, sondern handelt lediglich als Unterakkordant der Behörde und erbringt ihr gegenüber gewisse Dienstleistungen. Hierfür braucht es keine gesetzliche Grundlage. Hingegen ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Vergabe eines solchen Dienstleistungsauftrags unter das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.1) fällt und ausgeschrieben werden muss.

Personalinformationssystem (Datenschutz): Für die dem BPG unterstellten Arbeitgeber, deren Personendaten nicht durch das EFD im System BV Plus verwaltet werden, ist eine formell-gesetzliche Grundlage im Organisationserlass zu schaffen, solange im BPG für diese Arbeitgeber eine eigene Regelung fehlt. Beispiele: Artikel 36a und 36b ETH-Gesetz (Personalinformationssysteme, Studienadministrationssysteme); Artikel 53 ff. PV-METAS zur Datenbearbeitung (vgl. zum Personalinformationssystem dort insb. Art. 59 f.). In der vom Bundesrat am 18. Dezember 2015 verabschiedeten Botschaft zum Bundesgesetz über die Anstalt zur Verwaltung der Ausgleichsfonds von AHV, IV und EO (Ausgleichsfondsgesetz) wird eine Änderung des BPG vorgeschlagen. Demnach sollen Artikel 27a–27c BPG aufgehoben und durch einen neuen Artikel 27 (Personaladministration) ersetzt werden (BBl 2016 311 [Botschaft] und BBl 2016 353 362 [Gesetzesentwurf]). Die vorgeschlagene Änderung wäre auf die Datenbearbeitung im Personalwesen von sämtlichen Arbeitgebern anwendbar, deren Personalrecht dem BPG unterstellt ist. Bis zum Inkrafttreten der Änderung des BPG ist die dort vorgeschlagene Bestimmung¹¹² in

¹¹² [*hier: Art. 9a*] Personaladministration

¹ Die Arbeitgeber bearbeiten [*hier: Die X bearbeitet*] in Papierform und in einem oder mehreren Informationssystemen Daten ihrer Angestellten [*hier: ihres Personals*] zur Erfüllung der Aufgaben nach diesem Gesetz, insbesondere für:

- a. die Ermittlung des erforderlichen Personalbedarfs;
- b. die Sicherung des erforderlichen Personalbestands durch Gewinnung von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern;
- c. die Lohn- und Gehaltsabrechnung, das Anlegen von Personalakten, die Meldungen an die Sozialversicherungen;
- d. das Fördern sowie den langfristigen Erhalt von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern;
- e. die Erhaltung und Verbesserung der Qualifikation der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter;
- f. die Planung, Steuerung und Kontrolle durch Datenanalysen, Vergleiche, Berichterstattung und Massnahmenplanung.

² Sie können [*hier: Sie kann*] folgende für die Erfüllung ihrer Aufgaben nach Absatz 1 notwendigen Daten ihres Personals, einschliesslich besonders schützenswerte Personendaten und Persönlichkeitsprofile, bearbeiten:

- a. Angaben zur Person;

den Organisationserlass aufzunehmen. Zur Kommentierung kann auf die entsprechenden Erläuterungen in der Botschaft zum Ausgleichsfondsgesetz, Änderung des BPG, verwiesen werden (BBl 2016 342 ff.).

- b. Angaben zur gesundheitlichen Situation in Bezug auf die Arbeitsfähigkeit;
- c. Angaben zu Leistungen und Potenzial sowie zur persönlichen und beruflichen Entwicklung;
- d. erforderliche Daten im Rahmen der Mitwirkung beim Vollzug des Sozialversicherungsrechts;
- e. Verfahrensakten und Entscheide von Behörden in Verbindung mit der Arbeit.

³ Sie sind [*hier: Sie ist*] verantwortlich für den Schutz und die Sicherheit der Daten.

⁴ Sie dürfen [*hier: Sie darf*] Daten an Dritte weitergeben, wenn dafür eine rechtliche Grundlage besteht oder die betroffene Person der Weitergabe schriftlich zugestimmt hat.

⁵ Sie erlassen [*hier: Sie erlässt*] Ausführungsbestimmungen über:

- a. die Architektur, die Organisation und den Betrieb des Informationssystems oder der Informationssysteme;
- b. die Bearbeitung der Daten, insbesondere die Beschaffung, Aufbewahrung, Archivierung und Vernichtung;
- c. die Berechtigungen zur Datenbearbeitung;
- d. die Datenkategorien nach Absatz 2;
- e. den Schutz und die Sicherheit der Daten.

⁶ Sie können [*hier: Sie kann*] die Bekanntgabe von nicht besonders schützenswerten Daten im Abrufverfahren vorsehen. Sie erlassen [*hier: Sie erlässt*] dazu Ausführungsbestimmungen.

4 Anhang 2: Die wesentlichsten Unterschiede gegenüber Anstalten, die Aufgaben mit Monopolcharakter erfüllen

Strategische Ziele: Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht sollen ihre Aufgaben fachlich unabhängig erfüllen. Anstelle des Bundesrates erlässt deshalb der Verwaltungsrat die strategischen Ziele der Anstalt. Nach heutiger Rechtssetzungspraxis bedürfen die strategischen Ziele der Genehmigung durch den Bundesrat. Anwendbare LS: 16, 17, 18, 22a, 22b, 32.

Unabhängigkeit der Mitglieder der Organe: Wo Aufsichtsaufgaben wahrzunehmen sind, muss der Unabhängigkeit der Entscheidungsträgerinnen und Entscheidungsträger gegenüber den beaufsichtigten Kreisen besondere Beachtung geschenkt werden. Zu prüfen ist insbesondere, ob für die Mitglieder des Verwaltungsrats im Organisationserlass besondere Unvereinbarkeitsvorschriften erlassen werden sollen. Mit der Karenzfristverordnung vom 25. November 2015 hat der Bundesrat zudem die rechtlichen Grundlagen geschaffen, damit mit Mitarbeitenden der zentralen Bundesverwaltung sowie mit Personen in dezentralen Verwaltungseinheiten oder ausserparlamentarischen Kommissionen mit Aufsichts- und Regulierungsaufgaben bei Bedarf eine Karenzfrist vereinbart werden kann. Die Personalverordnung der Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht ist gegebenenfalls entsprechend auszugestalten.

Gewerbliche Leistungen: Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht sind nicht gewinnstrebig. Um die fachliche Unabhängigkeit von Aufsichtsbehörden zu wahren bzw. mit Rücksicht auf die besondere Sensibilität der von diesen Anstalten wahrgenommenen Aufgaben, ist die Erbringung von kommerziellen Nebenleistungen untersagt (CG-Bericht: BBl 2006 8285 f.; EFV-Bericht, S. 46). Anwendbarer LS: 15.

Kooperationen, Gründungen von und Beteiligungen an Rechtsträgern: Kooperationen oder Beteiligungen sind dadurch gekennzeichnet, dass sie auf die Erreichung des Zweckes der Anstalt begünstigend einwirken. Die Anstalt benötigt sie aber nicht zwingend für die Erfüllung ihres gesetzlichen Zwecks. Die Übertragung hoheitlicher oder subventionierter Aufgaben auf Dritte kann politisch heikel sein und die Kontrolle bzw. Steuerung durch den Bund erschweren. Da vom Bund beherrschte Aktiengesellschaften im Wesentlichen Tätigkeiten am Markt erbringen und nicht hoheitliche Aufgaben erfüllen, sind ihnen Kooperationen und Beteiligungen grundsätzlich erlaubt (CG-Bericht: BBl 2006 8285 f.; EFV-Bericht, S. 10 und 46; LS: 14). Demgegenüber sind den Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht mit Rücksicht auf die Sensibilität ihrer Aufgaben sowohl (kommerzielle) Kooperationen als auch Beteiligungen untersagt. Einheiten, die Dienstleistungen mit Monopolcharakter erbringen, sollen Kooperationen und Beteiligungen nur ausnahmsweise, in Abstimmung mit ihrer Zweckbestimmung, ihren Aufgaben und den strategischen Zielen des Bundesrates eingehen können. Zu unterscheiden vom Verbot, Kooperationen einzugehen, sind Pflichten zur Zusammenarbeit mit Dritten: Wo ein öffentliches Interesse besteht, wird die Anstalt verpflichtet, mit anderen im Gesetz näher zu definierenden Stellen zusammenzuarbeiten, zum Beispiel im Sinne der Amts- oder Rechtshilfe oder der Beteiligung an der technischen Zusammenarbeit

im Aufgabenbereich. Zur Beteiligung an den Tätigkeiten internationaler Organisationen vgl. Artikel 3 Absatz 4 des Mustererlasses.

Finanzierung: Die Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht sind nach heutiger Praxis in der Regel selbsttragend, d.h. sie finanzieren sich über Gebühren (und evtl. Aufsichtsabgaben), welche die Beaufsichtigten entrichten. Nur soweit dies nicht möglich ist, kommen Abgeltungen des Bundes in Frage. Aufgrund der hoheitlichen Tätigkeit sowie der Nähe zur Zentralverwaltung (Ministerialaufgaben) darf keine Finanzierung über Drittmittel erfolgen. Anwendbarer LS: 26.

Gebührenverordnung: Der Bundesrat hat nicht nur ein Genehmigungsrecht, sondern er erlässt die Verordnung über die Gebühren und allfällige Aufsichtsabgaben selbst. Damit können Fehlanreize vermieden und die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde kann gestärkt werden.

Besondere Haftungsbestimmung: Die Haftung nach Artikel 19 VG untersteht folgendem Vorbehalt: Die Anstalt und allfällige mit einzelnen ihrer öffentlich-rechtlichen Aufgaben beauftragte Dritte haften nur, wenn sie eine wesentliche Amtspflicht verletzt haben und die Schäden nicht auf Pflichtverletzungen einer oder eines Beaufsichtigten zurückzuführen sind (vgl. Art. 18 Mustererlass und die Bemerkungen dazu).