

# **Mustererlass für Anstalten mit Dienstleistungen mit Mono- polcharakter**

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

<b>1 Vorbemerkungen</b>	<b>4</b>
<b>2 Erläuterungen zu einzelnen Artikeln</b>	<b>6</b>
<i>Ingress</i>	6
<b>1. Abschnitt: Anstalt und Ziele</b>	6
<i>Art. 1</i> Anstalt	6
<i>Art. 2</i> Ziele	9
<b>2. Abschnitt: Aufgaben und Zusammenarbeit</b>	10
<i>Art. 3</i> Aufgaben	10
<i>Art. 4</i> Zusammenarbeit; Gründung von und Beteiligungen an Rechtsträgern	12
<b>3. Abschnitt: Organisation</b>	14
<i>Art. 5</i> Organe	14
<i>Art. 6</i> Verwaltungsrat: Zusammensetzung, Wahl und Organisation	15
<i>Art. 7</i> Verwaltungsrat: Aufgaben	22
<i>Art. 8</i> Geschäftsleitung	30
<i>Art. 9</i> Revisionsstelle	31
<b>4. Abschnitt: Personal</b>	34
<i>Art. 10</i> Anstellungsverhältnisse	34
<i>Art. 11</i> Pensionskasse	36
<b>5. Abschnitt: Finanzierung und Finanzhaushalt</b>	39
<i>Art. 12</i> Finanzierung	39
<i>Art. 13</i> Gebühren	39
<i>Art. 14</i> Abgeltungen des Bundes	41
<i>Art. 15</i> Drittmittel	42
<i>Art. 16</i> Geschäftsbericht	42
<i>Art. 17</i> Rechnungslegung	43
<i>Art. 18</i> Reserven	44
<i>Art. 19</i> Tresorerie	46
<i>Art. 20</i> Steuern	47
<i>Art. 21</i> Liegenschaften	47
<b>6. Abschnitt: Wahrung der Bundesinteressen</b>	48
<i>Art. 22</i> Strategische Ziele	48
<i>Art. 23</i> Aufsicht	50
<b>7. Abschnitt: Gewerbliche Leistungen</b>	51
<i>Art. 24</i>	51
<b>8. Abschnitt: Schlussbestimmungen</b>	53

<i>Art. 25</i>	Errichtung der Anstalt	53
<i>Art. 26</i>	Übergang der Arbeitsverhältnisse	56
<i>Art. 27</i>	Zuständige Arbeitgeberin	59
<i>Art. 28</i>	Registereintragungen	60
<i>Art. 29</i>	Aufhebung anderer Erlasse	60
<i>Art. 30</i>	Änderung anderer Erlasse	60
<i>Art. 31</i>	Referendum und Inkrafttreten	61
<b>3</b>	<b>Anhang: Weitere mögliche Regelungsgegenstände</b>	<b>63</b>

## 1 Vorbemerkungen

*Das Parlament hatte eine einheitliche Steuerung ausgelagerter Einheiten verlangt. Der Bundesrat kam diesem Anliegen mit dem **CG-Bericht**<sup>1</sup> 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 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 können. 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. in den geltenden Bundesgesetzen über Anstalten, sowie die Erläuterungen im CG-Bericht, im Zusatzbericht<sup>2</sup> und im EFV-Bericht<sup>3</sup>.*

*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. Zurzeit werden verschiedene 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 bietet der Anhang zu diesem Mustererlass.*

*Im Anhang 2 des Mustererlasses zu den «Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht» werden die wichtigsten Unterschiede dieser Einheiten gegenüber den «Anstalten mit Dienstleistungen mit Monopolcharakter» dargestellt.*

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

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

<sup>3</sup> 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](http://www.efv.admin.ch>Themen>Finanzpolitik, Grundlagen>Corporate Governance>Grundlagen)

*Hinsichtlich der organisationsrechtlichen Zuordnungen von Anstalten mit Dienstleistungen mit Monopolcharakter sei auch auf den Bericht zum Anhang zur Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung<sup>4</sup> sowie auf die Erläuterungen der BK zur Revision "Anhang RVOV", Teilrevision RVOV (Gliederung der Bundesverwaltung)<sup>5</sup> verwiesen.*

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

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

<sup>5</sup> [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: Artikel 125 BV für das Eidgenössische Institut für Metrologie oder Artikel 100 Absatz 1 und 101 Absatz 1 BV für die Schweizerische Exportrisikoversicherung.

### 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.

*Absatz 1:* 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 RVOG<sup>6</sup>).

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, BPG<sup>7</sup>, FKG<sup>8</sup> und FHG<sup>9</sup>) ebenfalls im Organisationserlass vorzusehen.

Die Rechtsform einer öffentlich-rechtlichen Anstalt des Bundes entspricht dem Charakter der Aufgaben: Die Erbringung von Dienstleistungen mit Monopolcharakter durch Einheiten des Bundes ist hoheitlicher Natur. Der Gewinnstrebigkeit sind Grenzen gesetzt. Die Finanzierung der Dienstleistungen mit Monopolcharakter erfolgt über Gebühren und wird vielfach auch über allgemeine Steuermittel (mit-) finanziert. Wo sich verselbständigte Einheiten hingegen weitgehend über Preise am (allenfalls regulierten) Markt finanzieren und damit die Voraussetzungen für die wirtschaftliche Selbständigkeit aufweisen, ist die Wahl einer privatrechtlichen Rechtsform vorzusehen.

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

*Absatz 2:* Der Organisationserlass enthält verschiedene Vorschriften über die Organisation der Anstalt (Bsp: Art und Anzahl der formellen Organe, Kompetenzabgren-

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

<sup>7</sup> Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (BPG, SR 172.220.1)

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

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

zung zwischen den Organen). Im Rahmen bzw. unter Vorbehalt dieser Vorgaben organisiert sich die Anstalt selber (Bsp: Erlass des Organisationsreglements durch den Verwaltungsrat nach Art. 7 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 (Beispiele: Art. 31 Abs. 1 und 3 KFG<sup>10</sup> [Pro Helvetia mit Sitz in Bern]). 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 FusG<sup>11</sup>) 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 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 steht<sup>12</sup>. Institute des öffentlichen Rechts, die nicht zur Eintragung verpflichtet sind, haben das Recht, sich eintragen zu lassen<sup>13</sup>. Soll dieser Entscheid nicht dem Verwaltungsrat überlassen bleiben, so muss die Pflicht zu Eintragung im Organisationserlass vorgesehen werden. Zu den Einzelheiten des Handelsregistereintrags vgl. Art. 106–108 HRegV<sup>14</sup>.

Laut Bundesgericht wirkt der Eintrag eines Instituts des öffentlichen Rechts ins Handelsregister im Allgemeinen nicht konstitutiv. Das öffentliche Recht kann je-

<sup>10</sup> Bundesgesetz vom 11. Dezember 2009 über die Kulturförderung (Kulturförderungsgesetz, KFG, SR 442.1)

<sup>11</sup> 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: BBJ 2000 4337, 4389

<sup>12</sup> Vgl. auch BGE 115 Ib 233 E. 3, S. 237, Zuger Kantonalbank.

<sup>13</sup> 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 (BBJ 2015 3617 [Botschaft], BBJ 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.

<sup>14</sup> Handelsregisterverordnung vom 14. Oktober 2007 (HRegV, SR 221.411)

doch 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 zukommt<sup>15</sup>. Nach Artikel 25 Absatz 2 des Mustererlasses bestimmt der Bundesrat den Zeitpunkt, in dem die Anstalt die Rechtspersönlichkeit erlangt.

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 Rechtsverkehrs<sup>16</sup>. 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<sup>17</sup> 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.

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).

Vorschriften zur Unabhängigkeit gegenüber dem Bund oder gegenüber interessierten Dritten können hier ebenfalls angebracht sein (vgl. Art. 1 Abs. 3 E-SAFIG und Art. 9c Abs. 2 VE-EBG).

### *Beispiele<sup>18</sup>:*

*Artikel 21 E-PrävG<sup>19</sup>, Artikel 5 MSG<sup>20</sup>, Artikel 3 SERVG<sup>21</sup>, Artikel 2 EHB-Verordnung<sup>22</sup>, Artikel 1 SIRG<sup>23</sup>, Artikel 1 und 5 ETH-Gesetz<sup>24,25</sup>, Artikel 1 IGEG<sup>26</sup>,*

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> Die Zuständigkeiten im öffentlich-rechtlichen Rechtsverkehr (insb. Erlass von Verfügungen) richten sich nach dem Organisationserlass und dem Organisationsreglement.

<sup>17</sup> Handelsregisterverordnung vom 14. Oktober 2007 (HRegV, SR 221.411)

<sup>18</sup> Das (geplante) Bundesgesetz über die Anstalt zur Verwaltung der Ausgleichsfonds von AHV, IV und EO (Ausgleichsfondsgesetz) ist in verschiedener Hinsicht ein Sonderfall. Die Anstalt «compenswiss (Ausgleichsfonds AHV/IV/EO)» wird daher in diesem Mustererlass nicht unter den Beispielen aufgeführt.

<sup>19</sup> Entwurf des Bundesgesetzes über Prävention und Gesundheitsförderung (Präventionsgesetz, hier: E-PrävG), in: BB1 2009 7189, Botschaft vom 30. September 2009 in: BB1 2009 7071). Die Vorlage ist im Parlament gescheitert.

<sup>20</sup> Bundesgesetz vom 12. Juni 2009 über die Museen und Sammlungen des Bundes (Museums- und Sammlungsgesetz, MSG, SR 432.30)

<sup>21</sup> Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Schweizerische Exportrisikoversicherung (Exportrisikoversicherungsgesetz, SERVG, SR 946.10)

<sup>22</sup> Verordnung vom 14. September 2005 über das Eidgenössische Hochschulinstitut für Berufsbildung (EHB-Verordnung, SR 412.106.1)



Artikel 1 EIMG<sup>27</sup>, Artikel 2 Vorentwurf zu einem Bundesgesetz (hier: VE-BG) über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung<sup>28</sup>, Artikel 1 E-SAFIG<sup>29</sup>.

## Art. 2 Ziele

Die Zielbestimmungen sind aus den höherrangigen Zielen des Bundes hergeleitet. Die Ziele sollten auf unbestimmte Zeit angelegt sein. Sie bilden den Rahmen für die Aufgaben der Anstalten.

Fallen die Zielsetzungen weg (bei einem Wegfall eines Monopols; Bsp. Eidgenössische Alkoholverwaltung), so ist der Fortbestand der Anstalt zu überprüfen.

Die Zielvorgaben bieten keine genügende Grundlage, um die Tätigkeit der Anstalt klar einzugrenzen. Sie entbinden daher nicht vom Erlass von detaillierteren Bestimmungen über die Aufgaben (Art. 3 Mustererlass), über die gewerblichen Leistungen (Art. 24 Mustererlass) und die Kooperationen (Art. 4 Mustererlass – insb. Beteiligungen).

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

<sup>23</sup> Bundesgesetz vom 6. Oktober 1978 über das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung (SIRG, [SR 425.1](#))

<sup>24</sup> Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über die Eidgenössischen Technischen Hochschulen (ETH-Gesetz, [SR 414.110](#)).

<sup>25</sup> Mit der Botschaft vom 24. Februar 2016 zur Förderung von Bildung, Forschung und Innovation in den Jahren 2017–2020 ([BBI 2016 3089](#)) schlägt der Bundesrat eine Änderung des ETH-Gesetzes vor (Entwurf in [BBI 2016 3369](#)). Die Änderung sieht u.a. Anpassungen an einzelne Corporate-Governance-Leitsätze des Bundes vor. Der Entwurf wird hier mit [E-ETH-Gesetz](#) zitiert.

<sup>26</sup> Bundesgesetz vom 24. März 1995 über Statut und Aufgaben des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum (IGEG, [SR 172.010.31](#))

<sup>27</sup> Bundesgesetz vom 17. Juni 2011 über das Eidgenössische Institut für Metrologie (EIMG, [SR 941.27](#))

<sup>28</sup> Fundstelle:

[https://www.admin.ch>Startseite>Bundesrecht>Vernehmlassungen>Abgeschlossene Vernehmlassungen \(Vorentwurf eines Bundesgesetzes \[VE-BG\] über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung\)](https://www.admin.ch>Startseite>Bundesrecht>Vernehmlassungen>Abgeschlossene Vernehmlassungen (Vorentwurf eines Bundesgesetzes [VE-BG] über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung).

Nach der Vernehmlassung wurde auf die Weiterführung des Vorhabens in der bisherigen Form verzichtet. Der Bundesrat hat stattdessen am 4. Dezember 2015 eine [Botschaft](#) zur Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG) (Stärkung von Qualität und Wirtschaftlichkeit) verabschiedet ([BBI 2016 257](#); [BBI 2016 305 \[Entwurf\]](#)). Er schlägt darin vor, an Stelle eines Qualitätszentrums die Aktivitäten in einem Netzwerk auszubauen. Dazu will der Bund mit den bisherigen Akteuren zusammenarbeiten und eine *ausserparlamentarische Qualitätskommission* (Art. 58c E-KVG) sowie eine Fachstelle innerhalb des Bundesamtes für Gesundheit (BAG) einsetzen. Auf ein eigenständiges Gesetz wird verzichtet. Der Bund übernimmt eine strategische und operative Steuerung, um den zweckkonformen Einsatz der Mittel der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zu gewährleisten.

<sup>29</sup> Entwurf des Bundesgesetzes über die Schweizerische Agentur für Innovationsförderung (Innosuisse-Gesetz, hier: E-SAFIG) in: [BBI 2015 9535](#), Botschaft vom 25. November 2015 in: [BBI 2015 9487](#)). Die Innosuisse ist das Förderorgan des Bundes für die wissenschaftsbasierte Innovation.

Zielvorgaben können sich auch auf die Rechtsanwendung und die Rechtsprechung auswirken (zum Beispiel im Rahmen des Staatshaftungsrechts nach Verantwortlichkeitsgesetz [Art. 19 i.V.m. Art. 3 VG]<sup>30</sup>, bei Vermögensschäden bzw. der Prüfung der Widerrechtlichkeit [Frage der Schutznorm]).

*Beispiele:*

*Artikel 2 und 6 ETH-Gesetz, Artikel 2 SIRG, Artikel 5 SERV, Artikel 2 EIMG, Artikel 3 KFG (Pro Helvetia), Artikel 2 MSG, Artikel 2 E-PrävG, Artikel 3 VE-BG über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Artikel 2 E-SAFIG.*

## **2. Abschnitt: Aufgaben und Zusammenarbeit**

### **Art. 3 Aufgaben**

Eine klare Aufgabenübertragung ist notwendig im Hinblick auf eine klare Eingrenzung der Tätigkeiten der Anstalt, die klare Zuweisung von Verantwortlichkeiten, weiter als Anknüpfungspunkt für die interne Kompetenzregelung (Verwaltungsrat und Geschäftsleitung), für die aufgabenspezifische Regelung zur Finanzierung der Anstalt (Art. 12 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 gegebenenfalls auf die entsprechenden Bundesgesetze hinzuweisen. Im Organisationserlass vorgesehen werden können zum Beispiel auch Pflichtaufgaben wie die Beteiligung der Anstalt an der technischen Zusammenarbeit auf ihrem Aufgabengebiet (Art. 3 Abs. 2 Bst. f EIMG) oder die Einsitznahme bzw. Mitwirkung in internationalen Fachorganisationen (im Unterschied zur Kann-Bestimmung nach Art. 3 Abs. 3 Mustererlass).

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.

*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. Die Aufgabenübertragung durch den Bundesrat erfolgt in der Regel mittels Verordnung. Die Aufgaben und deren allfällige Abgeltung sind aber im Organisationserlass dem Grundsatz nach zu definieren (Leistungspflicht ohne Abgeltung oder Notwendigkeit einer subventionsrechtlichen Grundlage zur Ausrichtung von Abgeltungen). Nicht abgeltungsberechtigt ist die Mitwirkung bei der Rechtsetzung (Abs. 2).

<sup>30</sup> Bundesgesetz vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz, VG, SR 170.32)

Absatz 3: 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<sup>31</sup>, Artikel 31 Absatz 2 Buchstabe g RAG<sup>32</sup>. 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 blossе 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 Rahmen 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. Beispiele: Artikel 3 Absatz 4 EIMG, Artikel 3 Absatz 3 E-SAFIG.

#### *Beispiele:*

*Artikel 3 SIRG, Artikel 2 IGEG, Artikel 7 MSG, Artikel 3 EIMG, Artikel 3 und 7 SERVG, Artikel 3 und 4 EHB-Verordnung, Artikel 22 E-PrävG, Artikel 7 ff. ETH-Gesetz, Artikel 4 VE-BG über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Artikel 3 E-SAFIG.*

<sup>31</sup> Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG, SR 956.1)

<sup>32</sup> 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: BBl 2013 6857.

#### Art. 4 Zusammenarbeit; Gründung von und Beteiligungen an Rechtsträgern

Die Notwendigkeit einer solchen Regelung muss im Einzelfall geprüft werden.

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 (insb. kommerzielle) Kooperationen als auch Beteiligungen untersagt.

*Absatz 1:* 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 von der Ermächtigung ist die Pflicht zur Zusammenarbeit mit Dritten, bei der es sich um eine zwingend wahrzunehmende Aufgabe handelt. Wo ein öffentliches Interesse besteht, wird die Anstalten verpflichtet, mit anderen, im Gesetz näher zu definierenden Stellen zusammenzuarbeiten.

Artikel 14 RVOV verpflichtet die Verwaltungseinheiten des Bundes untereinander zur Zusammenarbeit. Sie erteilen (zur Wahrung des Amtsgeheimnisses) anderen Verwaltungseinheiten aber (nur) die Auskünfte, die für deren gesetzliche Aufgabenerfüllung erforderlich sind. Der Gegenstand und Adressat der Zusammenarbeit der Anstalt sollen soweit möglich näher umschrieben werden (z.B. Gutachtertätigkeit für den Bund, Zusammenarbeit mit kantonalen Stellen im Fachbereich etc.). Weitere Beispiele: Beratung von Amtsstellen und Unternehmen durch die WEKO (vgl. Art. 24a Abs. 1 E-KG<sup>33</sup>); Zusammenarbeit des Instituts für Prävention und Gesundheitsförderung<sup>34</sup> mit den zuständigen Bundesstellen, den Kantonen, den Forschungsorganen sowie mit Dritten (vgl. Art. 23 Abs. 1 E-PrävG).

*Absatz 2:* Von der Zulassung von Gründungen und Beteiligungen ist nur sehr zurückhaltend Gebrauch zu machen. Dabei gilt zu bedenken, dass mit jeder weiteren Auslagerung die formelle und faktische Kontrolle und Steuerung durch den Bund erschwert wird. Eine solche Ermächtigung muss daher sachlich begründbar sein (keine Regelung auf Vorrat).

Anders als bei privatrechtlich organisierten und mehrheitlich am Markt tätigen Einheiten sollen bei den Anstalten mit Dienstleistungen mit Monopolcharakter

<sup>33</sup> Änderung vom (...) des Kartellgesetzes, BBl 2012 3989 (hier: E-KG). Am 17. September 2014 trat der Nationalrat – trotz Eintretensentscheid des Ständerats (06.06.2015) – auf die Vorlage zum zweiten Mal nicht ein. Damit war diese Reform gescheitert. Die organisationsrechtlichen Bestimmungen als solche waren aber nicht in Frage gestellt worden.

<sup>34</sup> Das Institut wurde aufgrund der Ablehnung im Parlament nicht realisiert.

aufgrund ihrer Nähe zum Bund (überwiegend [hoheitliche] Erfüllung von Bundesaufgaben) Gründungen und Beteiligungen nicht allein dem Entscheid des Bundesrates und den obersten Leitungsorganen der Anstalt überlassen bleiben. Vielmehr soll der Gesetzgeber darüber entscheiden. Beispiele: Artikel 4 Absatz 2 E-SAFIG sieht vor, dass sich die Innosuisse im Rahmen der strategischen Ziele des Bundesrates nur an nicht gewinnorientierten privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Rechtsträgern beteiligen kann. Die ETH und die Forschungsanstalten können im Rahmen des Leistungsauftrages<sup>35</sup> und der Weisungen des ETH-Rates zur Erfüllung ihrer Aufgaben Gesellschaften gründen, sich an solchen beteiligen oder auf andere Art mit Dritten zusammenarbeiten (Art. 3a ETH-Gesetz).

Allfällige Beteiligungen und Gründungen müssen der Erreichung der Ziele und der Erfüllung der Aufgaben der Anstalt dienen (Art. 2 und 3 Mustererlass) und betriebswirtschaftlichen Grundsätzen entsprechen (Art. 1 Abs. 3 Mustererlass). Zudem müssen die Finanzierung, Steuerung und Kontrolle gesichert sein. In den strategischen Zielen sind zwingend Vorgaben über die zulässigen Gründungen bzw. Beteiligungen enthalten. Beispiel: Artikel 4 Absatz 3 EIMG.

Den Rahmen von Artikel 4 übersteigt es, wenn im Sinn von Artikel 178 Absatz 3 BV und Artikel 2 Absatz 4 RVOG Aufgaben auf Dritte übertragen werden sollen. Für eine Übertragung öffentlich-rechtlicher Aufgaben auf Dritte und das dabei anwendbare Verfahren müssten spezifische gesetzliche Grundlagen geschaffen werden. Beispiel: Artikel 4 Absatz 2 EIMG.

Absatz 3: 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<sup>36</sup>, Artikel 31 Absatz 2 Buchstabe g RAG<sup>37</sup>. 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

<sup>35</sup> Im E-ETH-Gesetz wird neu die Steuerung über strategische Ziele vorgesehen. Diese sind zeitlich und inhaltlich auf den Zahlungsrahmen für den ETH-Bereich abgestimmt. Für die Umsetzung schliesst der ETH-Rat mit den beiden ETH und den Forschungsanstalten Zielvereinbarungen ab und teilt die Bundesmittel zu.

<sup>36</sup> Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG, SR 956.1)

<sup>37</sup> 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.

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 Rahmen 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. Beispiele: Artikel 3 Absatz 4 EIMG, Artikel 3 Absatz 3 E-SAFIG.

*Beispiele:*

*Artikel 4 EIMG und 8 SERVG (unter Einschluss der Regelung des Bezugs Dritter), Artikel 23 E-PrävG, Artikel 4 SIRG, Artikel 3 und 3a ETH-Gesetz (Art. 3a E-ETH-Gesetz), Artikel 4 EHB-Verordnung, Artikel 5 VE-BG über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Artikel 4 E-SAFIG.*

### **3. Abschnitt: Organisation**

#### *Art. 5 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.

*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 – 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. 8 Mustererlass). Dieser Status bezweckt die kompetenzmässige Abgren-

zung 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).

Vgl. zur Haftung der Anstalt bzw. ihrer Organe die Bemerkungen zu Artikel 10 des Mustererlasses.

Ein Beirat als weiteres Organ mit Entscheidungsbefugnissen ist nur ganz ausnahmsweise gerechtfertigt, da schlanke Strukturen anzustreben sind (LS 2). (Vgl. beispielsweise den Innovationsrat im E-SAFIG: Art. 5 Bst. c [Innovationsrat], Art. 9 [Stellung, Wahl, Organisation und Interessenbindungen], Art. 10 [Aufgaben, wie Entscheid über Fördergesuche], Art. 7 Abs. 1 Bst. b, j, k und l [Aufgaben des Verwaltungsrates gegenüber dem Innovationsrat: Wahl, Entschädigung, Aufsicht] sowie Art. 8 Abs. 2 Bst. c, d und f [Aufgaben der Geschäftsleitung gegenüber dem Innovationsrat]: Vorbereitung von Entscheidungsgrundlagen und Unterstützung bei der Vorbereitung seiner Geschäften, Erlass von Verfügungen und Abschluss von Verträgen gestützt auf seine Entscheide]).

*Beispiele:*

*Artikel 10 MSG, Artikel 5 EIMG, Artikel 22 SERVG, Artikel 25 E-PrävG, Artikel 3 IGEG, Artikel 5 SIRG (allerdings wird der Direktor zusätzlich separat aufgeführt und die Revisionsstelle fehlt [keine eigene Rechnung]), Artikel 6 VE-BG über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Artikel 5 E-SAFIG.*

## **Art. 6 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. 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 Verwaltungsrats, Interessenkonflikte). Vom Bund instruierbare Vertreterinnen und Vertreter sind in der Regel nicht vorzusehen, da eine solche Einsitznahme nur in begründeten Ausnahmefällen erfolgen soll (LS 9).

Zur ausgewogenen Vertretung der Landessprachen vgl. Artikel 6a Absatz 1 Buchstabe c BPG und Artikel 2a Kaderlohnverordnung (hier: KadLV)<sup>38</sup>. Die vom Bundesrat am 6. November 2013 beschlossenen Richtwerte für die Vertretung der Sprachgemeinschaften<sup>39</sup> und die Zielquote für die Geschlechtervertretung<sup>40</sup> sind seit 1. Januar 2014 in Kraft. Die Vorgaben gelten für die obersten Leitungsorgane nach Artikel 2 Absatz 2 KadLV. Im jährlichen Kaderlohnreporting<sup>41</sup> 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 Institutsrats von selbstständigen Organisationen des Bundes (vgl. Art. 8j RVOV sowie das Musteranforderungsprofil<sup>42</sup>; 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 Vertretung 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 PSPV<sup>43</sup>).

Am 28. November 2014 hat der Bundesrat gestützt auf die Empfehlung der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates<sup>44</sup> eine «Weisung über die Wahl des obersten Kaders durch den Bundesrat (Grundelemente für die Vorbereitung von Wahlgeschäften durch die Departemente und die Bundeskanzlei)»<sup>45</sup> 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 Bundesrats nicht erfasst. Ob für die Wahlverfahren von Leitungsorganen von dezentralen Verwaltungseinheiten ähnliche Regelungen erlassen

38 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)

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

40 30 Prozent für die Vertretung der beiden Geschlechter (Stand: 6. November 2013).

41 [https://www.epa.admin.ch/Dokumentation>Zahlen und Fakten>Berichte](https://www.epa.admin.ch/Dokumentation/Zahlen%20und%20Fakten/Berichte)

42 [https://www.efv.admin.ch/Themen>Finanzpolitik>Corporate Governance>Grundlagen; Muster Anforderungsprofil für VR/IR](https://www.efv.admin.ch/Themen/Finanzpolitik/Corporate%20Governance/Grundlagen;Muster%20Anforderungsprofil%20f%C3%BCr%20VR/IR)

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

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

45 BBl 2014 9737



werden sollen, wird vom Bundesrat geprüft. Er hat dem EFD (EPA, EFV) einen entsprechenden Prüfauftrag erteilt.<sup>46</sup>

*Absatz 2:* 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<sup>47</sup>. 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 Verwaltungsrats 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 der 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 Amtsdauer auf ein Jahr gilt für börsennotierte Aktiengesellschaften (Art. 95 Abs. 3 BV und Art. 3 und 4, je Abs. 2, VegüV<sup>48</sup>). 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 (LS 7). Eine gestaffelte Erneuerung der Verwaltungsmitglieder hat den Vorzug, dass

<sup>46</sup> 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 dazu vom 18. Dezember 2015 (BBl 2016 1763).

<sup>47</sup> BGE 119 Ib 99 E. 2.a.

<sup>48</sup> 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.

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 ab<sup>49</sup>. 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 VGG<sup>50</sup> 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 Präsidentschaft abberufen wird, aber als Mitglied im Verwaltungsrat verbleiben kann.

Beim ETH-Rat gibt es bezüglich Abwahlmöglichkeiten Unterschiede zwischen den auf Amtsdauer gewählten Personen, die in einem Arbeitsverhältnis stehen (Art. 14 Abs. 2 und 3 BPG), und den übrigen Mitgliedern, die in einem öffentlich-rechtlichen Mandatsverhältnis stehen (Art. 17 Abs. 1<sup>bis</sup> E-ETH-Gesetz). In denjenigen Fällen, in denen der Arbeitsvertrag und die Einsitznahme im ETH-Rat unabhängig voneinander bestehen, ist die Möglichkeit der Abberufung aus dem ETH-Rat gesetzlich zu regeln (Art. 24 Abs. 4 E-ETH-Gesetz).

*Absatz 4:* Nach Aktienrecht besteht das Mandat der Verwaltungsratsmitglieder, trotz Wahl durch die Generalversammlung, mit der Aktiengesellschaft. 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. Die obligationenrechtlichen Bestimmungen über den Auftrag kommen als ergänzendes öffentliches Recht zur Anwendung, soweit öffentlich-rechtlich (im Organisationserlass und in Art. 6a BPG bzw. der darauf basierenden Kaderlohnverordnung) nichts bzw. nichts anderes geregelt ist. Diese Regelung entspricht bisheriger Anschauung und Rechtspraxis.

<sup>49</sup> BGE 2A.312/2004 vom 22. April 2005 E.2.1.2

<sup>50</sup> Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32)

Am 25. November 2015 hat der Bundesrat mit der Karenzfristverordnung<sup>51</sup> die Rechtsgrundlage geschaffen, damit er für Mitglieder von Verwaltungs- und Institutsräten von Anstalten des Bundes, die mit Aufsichts- und Regulierungsaufgaben betraut sind, im Wahlbeschluss eine Karenzfrist ansetzen kann, 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<sup>bis</sup> Abs. 1 RVOV). Spezifische Regelungen zur Karenzfristproblematik des Verwaltungs- bzw. Institutsrats bestehen mittlerweile bereits bei der FINMA<sup>52</sup>, beim ENSI<sup>53</sup> und bei Swissmedic<sup>54</sup>. Artikel 6a des ENSI-Personalreglements sieht für den Direktor bzw. die Direktorin und das übrige Personal eine analoge Karenzfristregelung vor. Nicht nötig ist eine solche Regelung für Anstalten mit Dienstleistungen mit Monopolcharakter.

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 zu schaffenden und anzuwendenden Grundsätze sowie auf die Berichterstattung des Verwaltungsrates gegenüber dem Bundesrat über seine Honorierung aus (vgl. Art. 1 ff. KadLV sowie Zusatzbericht, BBI 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. 7 Bst. e, Art. 10 und Art. 23 Abs. 2 Bst. c Ziff. 2 Mustererlass).

Die KadLV enthält Vorschriften zur Entlohnung und weitere Vertragsbedingungen der obersten Kader und Leitungsorgane von Anstalten (und Unternehmen) des Bundes. 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 Mit-

<sup>51</sup> 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.

<sup>52</sup> Artikel 38a FINMA-Personalverordnung 11. August 2008 (SR 956.121)

<sup>53</sup> Artikel 6a ENSI Personalreglement vom 17. Oktober 2008 (SR 732.221)

<sup>54</sup> Artikel 34a Verordnung vom 28. September 2001 über das Personal des Schweizerischen Heilmittelinstituts (SR 812.215.4)

glieder des Verwaltungsrats 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. Allfällige gestützt auf das Kaderlohnreporting erfolgte Änderungen wirken somit erst zukunftsgerichtet.<sup>55</sup>

Die Artikel 394 ff. OR über den Auftrag<sup>56</sup> 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 unter anderem die Sorgfaltspflicht, die Geheimhaltungspflicht, das Konkurrenzverbot, das Verbot des Insiderhandels und die Treupflicht im Umgang mit Interessenkonflikten. Beispielsweise gehört es zur Sorgfaltspflicht, der zeitlichen Belastung durch Nebenbeschäftigungen Rechnung zu tragen (vgl. insb. Art. 11 KadLV; vgl. dazu auch die Bemerkungen zu Art. 7 Bst. c Mustererlass). Der Verwaltungsrat soll sowohl generell die Spielregeln für den Umgang mit Interessenkonflikten regeln, wie auch in einzelnen konkreten Fällen die nötigen Massnahmen ergreifen. Während sich die Melderechte und Meldepflichten für die Mitglieder der Geschäftsleitung und 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. Vgl. zum Ganzen auch die Bemerkungen zu Artikel 7 Buchstabe c des Mustererlasses.

*Absatz 6:* Der Verwaltungsrat ist gegenüber dem Bundesrat mitverantwortlich dafür, dass die Interessenbindungen, die 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

<sup>55</sup> 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 Verwaltungsrats verweigert.

<sup>56</sup> BGE 130 III 213: Wohl die Mehrheit der Lehre nimmt für Mitglieder des Verwaltungsrats einer Aktiengesellschaft einen mandatsähnlichen Vertrag an.

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 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. 23 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 werden<sup>57</sup>. Beispiel: Artikel 7 Absatz 4 VE-BG über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung. 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-HMG<sup>58</sup> zur Offenlegung der Interessenbindungen der Mitglieder des Institutsrats. Hier wird neu 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. Für die Mitglieder des ETH-Rats, die in einem Arbeitsverhältnis mit dem ETH-Bereich stehen, gilt Artikel 20 BPG (Wahrung der Interessen des Arbeitgebers). Für die übrigen Ratsmitglieder wird mit Artikel 24b E-ETHG-Gesetz die Treuepflicht nun ebenfalls gesetzlich verankert. Für die Offenlegung von Interessenbindungen vor der Wahl und während der Amtszeit sowie die Berichterstattung im Geschäftsbericht vgl. neu explizit Artikel 24c E-ETHG-Gesetz.

*Absatz 7:* Die Pflichten zur Wahrung von Amts-, Berufs- und Geschäftsgeheimnissen sowie Regeln zur Information der Öffentlichkeit sind, je nach Adressat und den übrigen Umständen, im Organisations- oder im Aufgabenerlass zu regeln und allenfalls im Organisationsreglement oder im Mandat zu konkretisieren. Da die Mitglieder des Verwaltungsrats nicht zum Personal der Anstalt gehören, sind sie den Best-

<sup>57</sup> 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)

<sup>58</sup> Änderung des Bundesgesetzes über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetzes, 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.

immungen des BPG zur Schweigepflicht (Art. 22) nicht unterstellt. Deshalb wird hier eine vergleichbare Bestimmung in den Organisationserlass aufgenommen.

*Beispiele:*

*Artikel 11 MSG, Artikel 26 E-PrävG, Artikel 24 SERVG, Artikel 11 und 32 (Gewinn und Reserven) EHB-Verordnung, Artikel 4 IGEG, Artikel 24 ff. und 27 ff. ETH-Gesetz (Art. 17 Abs. 1<sup>ms</sup> [öffentlich-rechtliches Mandat], 24 Abs. 4 [Abberufung], 24a [Ausschüsse], 24b [Treuepflicht] und 24c [Offenlegung von Interessenbindungen] E-ETH-Gesetz), Artikel 6 ff. SIRG, Artikel 6 ff. EIMG, Artikel 7 VE-BG über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Artikel 6 E-SAFIG. Die meisten Beispiele sind noch nicht dem Mustererlass entsprechend ausgestaltet.*

## Art. 7 Verwaltungsrat: Aufgaben

*Buchstabe a:* Anstalten, die Dienstleistungen mit Monopolcharakter erbringen, gehören zu den Einheiten des Bundes, die nach Artikel 8 Absatz 5 RVOG über strategische Ziele geführt werden. Der Verwaltungsrat der Anstalt ist verantwortlich für die innerbetriebliche Umsetzung der vom Bundesrat erlassenen strategischen Ziele (Art. 22 Mustererlass).<sup>59</sup> 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 im Rahmen seiner Aufsicht zu überprüfen zu können (vgl. Art. 22 und 23 Mustererlass). Vgl. die «Mustervorlage<sup>60</sup> 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».

*Buchstabe b:* Artikel 5 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,

<sup>59</sup> Dies gilt auch bei privat- oder spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften mit Mehrheitsbeteiligung des Bundes, unabhängig davon, ob eine Stammhaus-, Holding- oder Konzernstruktur vorliegt. Der Verwaltungsrat ist so auch verantwortlich für die Umsetzung und Erreichung der strategischen Ziele bei Tochtergesellschaften. Deren Einbindung muss auf der personellen Ebene (Vertreter in den Verwaltungsräten der Töchter), der gesellschaftsrechtlichen Ebene (Statuten, Organisationsreglemente, Aktionärsbindungsverträge etc.) und der vertraglichen Ebene (vertragliche Überbindung – in Geschäftsführungs- bzw. Managementverträgen etc.) durch den Verwaltungsrat sichergestellt werden. Dieser muss die Steuerung und Kontrolle (Informationszugang und Sanktionensystem) garantieren können.

<sup>60</sup> [http://www.efv.admin.ch/d/themen/finanzpolitik\\_grundlagen/cgov.php](http://www.efv.admin.ch/d/themen/finanzpolitik_grundlagen/cgov.php)

soweit er sie nicht übertragen hat<sup>61</sup>. Demgegenüber sind bei den Anstalten die strategische (Verwaltungsrat) und die operative Ebene (Geschäftsleistung) bereits auf Gesetzebene 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. 8 Abs. 2 Bst. b Mustererlass). Der Verwaltungsrat kann – unter Vorbehalt von Art. 8 Abs. 2 Bst. e Mustererlass – im Organisationsreglement zum Beispiel 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 Verwaltungsrats zu wahren. Der Verwaltungsrat und seine Ausschüsse können Drittpersonen (namentlich Fachleute) zur Beratung beiziehen. Diese sind vertraglich zur Geheimhaltung zu verpflichten. Der 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 Entscheidungsbefugnisse an Ausschüsse delegiert würden, bleibt der Verwaltungsrat für Fehler verantwortlich, wie wenn er sie selbst begangen hätte.

*Buchstabe b<sup>bis</sup>*: Der Bedarf nach einer solchen Norm ist im Einzelfall abzuklären und eher denkbar bei Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht als bei Anstalten mit Dienstleistungen mit Monopolcharakter. Es handelt sich um Ausführungsbestimmungen, die der Verwaltungsrat selber erlassen kann. Eine gesetzliche Delegation zum Erlass generell-abstrakter Normen mit Aussenwirkung ist jedoch nur im Ausnahmefall zulässig. Sie erfolgt 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. Beispiele: Artikel 36 Absatz 4 ETH-Gesetz

<sup>61</sup> 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 Entscheidungsbefugnisse an einzelne Verwaltungsratsmitglieder bzw. an Ausschüsse ebenfalls unter Artikel 716b Absatz 1 OR.

i.V.m. der Immaterialgüter- und Beteiligungsverordnung ETH-Bereich<sup>62</sup>; Verordnung des ETH-Rates über die Eidgenössischen Technischen Hochschulen Zürich und Lausanne<sup>63</sup>.

*Buchstabe c:* 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.). Beispiele betr. Geschäftsleitung und übriges Personal: Artikel 15 ff. PV-METAS<sup>64</sup> (Verhaltensgrundsätze, Nebenbeschäftigung, Einkommen aus Arbeiten für Dritte, Annahme von Geschenken und sonstigen Vorteilen, Einladungen, Geheimhaltungspflicht, Eigengeschäfte). Die Verordnung gilt für alle Angestellten des EIMG, also inklusive Geschäftsleitungsmitglieder. Als Konkretisierung von Artikel 34 der Verordnung über das Personal des Schweizerischen Heilmittelinstituts (Sorgfalts- und Treuepflicht)<sup>65</sup> hat Swissmedic für seine Angestellten einen Verhaltenskodex erlassen. Artikel 34a dieser Verordnung regelt den Wechsel von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Swissmedic zu einer Firma mit Betriebsbewilligung nach dem Heilmittelgesetz.

Die Regelung zur Vermeidung von Interessenkonflikten der Mitglieder des Verwaltungsrats kann in politisch besonders sensiblen Bereichen direkt durch Verordnung erfolgen (Bsp. Art. 4–4b ENSIV<sup>66</sup>).<sup>67</sup>

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 2014<sup>68</sup> 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 organisationalen- und personalrechtlichen Bestimmungen zur Vermeidung von Interessenkonflikten besondere Aufmerksamkeit zu schenken ist. Weitergeführt werden soll auch der

<sup>62</sup> Verordnung vom 24. März 2004 des ETH-Rates über die Immaterialgüter im ETH-Bereich und die Beteiligung an Unternehmungen, Immaterialgüter- und Beteiligungsverordnung ETH-Bereich (IGBV-ETH, SR 414.172). Diese Verordnung unterliegt allerdings der Genehmigung durch den Bundesrat (vgl. Genehmigungsbeschluss vom 23. Juni 2004).

<sup>63</sup> Verordnung des ETH-Rates vom 13. November 2003 über die Eidgenössischen Technischen Hochschulen Zürich und Lausanne (ETHZ-ETHL-Verordnung, SR 414.110.37)

<sup>64</sup> Verordnung des METAS vom 24. Oktober 2012 über sein Personal (SR 941.273)

<sup>65</sup> Verordnung vom 28. September 2001 über das Personal des Schweizerischen Heilmittelinstituts (SR 812.215.4)

<sup>66</sup> Verordnung vom 12. November 2008 über das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat (ENSIV, SR 732.21)

<sup>67</sup> 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.

<sup>68</sup> BBl 2015 1265



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 Verwaltungsrats 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 Organisationsreglement. 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-OR<sup>69</sup> 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 Mit-

<sup>69</sup> Vorentwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) und Erläuterungsbericht (Vernehmlassungsvorlage vom 28. November 2014)

gliedschaften in analogen Organen anderer Unternehmen und Anstalten des Bundes des öffentlichen oder privaten Rechts informieren<sup>70</sup>. Vgl. jetzt ausdrücklich Artikel 6 Absatz 6 des Mustererlasses.

*Buchstabe d:* Der Verwaltungsrat wird verpflichtet, ein Reglement über die Entgegennahme und die Verwaltung von Drittmitteln (vgl. Art. 15 und 24 Mustererlass) zu erlassen. Regelungsgegenstand eines solchen Reglements können beispielsweise sein: die Beschaffung von Drittmitteln (Bsp. Spenden, Sponsoring), die Voraussetzungen und Rahmenbedingungen für Drittmittelprojekte oder Drittmittelstellen, die Finanzierungsplanung einschliesslich Folgekostenabschätzungen, und – wichtig – Zuständigkeitsfragen (Bsp. Meldepflichten, Annahme von Zuwendungen, Abschluss von Verträgen). Die entsprechenden Vorschriften sollen nicht nur die Anstalt als Organisation insgesamt sondern auch ihre Teilbereiche und ihre Vertreterinnen und Vertreter erfassen. Die Entgegennahme von Drittmitteln ist zulässig, soweit sie sich positiv auf die Aufgabenerfüllung auswirkt (wie Förderung der Fachkompetenz, Schaffen von Synergieeffekten). Eine Grenze ist dort zu ziehen, wo ihre Entgegennahme die Gefahr von Verstössen gegen gesetzliche Vorschriften in sich birgt; ebenso, wenn die Unabhängigkeit, die Glaubwürdigkeit, die Reputation, die Zielerreichung oder die Aufgabenerfüllung der Anstalt oder einzelner Personen (z.B. bei Interessenkonflikten) beeinträchtigt werden könnten (vgl. auch Art. 24 Abs. 1 Bst. b Mustererlass).<sup>71</sup> Beispiel: Artikel 34c ETH-Gesetz, wonach die ETH und die Forschungsanstalten über die Mittel verfügen, die ihnen von dritter Seite zufließen, soweit dies mit ihrer Aufgabe vereinbar ist. Der ETH-Rat erlässt Vorschriften über die Verwaltung dieser Drittmittel.

*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. 10 Mustererlass)<sup>72</sup>. Personalstatut und Pensionskassenstatut sind inskünftig dem gleichen Rechtskreis – öffentliches Recht oder Privatrecht – zugeordnet. Das Pensionskassenstatut von Einheiten, die Dienstleistungen mit

<sup>70</sup> Bundesratsbeschluss vom 19. Dezember 2003 (im Anhang 3 zum Kaderlohnreporting; Offenlegung der Bindungen) (<http://www.epa.admin.ch>>Dokumentation>Zahlen und Fakten>Berichte, Entlohnung, Kaderlohnreporting)

<sup>71</sup> Vgl. ferner für den Geltungsbereich des FHG (dem Anstalten mit eigener Rechnung nicht unterstellt sind): Artikel 54 FHG sowie Artikel 63 und 64 FHV (Drittmittel und Kofinanzierungen sowie Zuwendungen).

<sup>72</sup> 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.

Monopolcharakter erbringen, ist somit ein öffentlich-rechtliches Statut im Rahmen des BPG (vgl. Art. 11 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).

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 Rechnung<sup>73</sup> 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-BPG<sup>74</sup> 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 BVG<sup>75</sup>).

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

<sup>73</sup> 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).

<sup>74</sup> Rahmenverordnung zum Bundespersonalgesetz vom 20. Dezember 2000 (SR 172.220.11)

<sup>75</sup> Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG, SR 831.40)

Art. 9 Abs. 2 Publica-Gesetz<sup>76</sup>). Vorbehalten bleibt eine allfällige (gegenüber Art. 11 Abs. 2 BVG spezialgesetzliche) Anordnung eines Zusammenschlusses durch den Bundesrat (geplante Änderung von Art. 32d BPG<sup>77</sup>).

Zu den Anstellungsverhältnissen und zur Genehmigung der Personalverordnung durch den Bundesrat sei auf die Bemerkungen zu Artikel 10 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 11 des Mustererlasses.

*Buchstabe e (Gebühren):* Die Gebührenbestimmungen (vgl. Art. 13 Mustererlass) unterliegen der Genehmigung durch den Bundesrat. Bei der Festsetzung der Gebühren darf ein Einnahmenüberschuss eingeplant werden, wenn damit allfällige Reserven aufgebaut werden sollen (vgl. Art. 7 Bst. I und Art. 18 Mustererlass). Ausser zu den Gebühren sind allenfalls auch Bestimmungen zu den Abgeltungen (vgl. Art. 14 Mustererlass) vorzusehen.

*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 Direktor<sup>78</sup>. Die zentrale Stellung und Verantwortlichkeit dieser Funktion (insb. Entscheidfunktion und Vertretung der Anstalt nach aussen, vgl. Art. 8 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 Verwaltungsrats. Auf einen Genehmigungsvorbehalt des Bundesrates kann hier verzichtet werden, da die von ihm genehmigte Personalverordnung (Art. 7 Bst. e und Art. 10 Mustererlass) und die von ihm erlassene KadLV 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 Verfü-

<sup>76</sup> Bundesgesetz vom 20. Dezember 2006 über die Pensionskasse des Bundes (PUBLICA-Gesetz, SR 172.222.1)

<sup>77</sup> BBl 2016 311 (Botschaft) und BBl 2016 353 363f. (Gesetzesentwurf)

<sup>78</sup> 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.

gungen: 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. 8 Abs. 2 Bst. b Mustererlass).

*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. 9 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 Angemessenheit soll 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. 18 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 (Art. 18 Mustererlass). Der konkrete Entscheid des Verwaltungsrates zur

Bildung und Verwendung von 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 Abteilungen werden in Artikel 14 dieses Mustererlasses geregelt.

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

Zum Geschäftsbericht vgl. Artikel 16 dieses Mustererlasses.

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 11 MSG, Artikel 26 E-PrävG, Artikel 24 SERV, Artikel 11 und 32 (Gewinn und Reserven) EHB-Verordnung, Artikel 4 IGEG, Artikel 24 ff. und 27 ff. ETH-Gesetz (Art. 25 Abs. 1 Bst. a und 33a [Umsetzung strategische Ziele], 34 [Berichterstattung], 35 Abs. 3 und 4 [Entlastung, Ertragsüberschuss, Geschäftsbericht], 35a<sup>bis</sup> [IKS und Risikomanagement], 35d<sup>er</sup> Abs. 1 [Internes Audit] E-ETH-Gesetz), Artikel 6 ff. SIRG, Artikel 6 ff. EIMG, Artikel 7 VE-BG über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Artikel 6 E-SAFIG. Die meisten Beispiele sind noch nicht dem Mustererlass entsprechend ausgestaltet.*

## Art. 8 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 befristet ein Abweichen von dieser Regel sachlich zwingend erscheint (Gründung, Sanierung, Umwandlung etc.).

Der Verwaltungsrat ist verantwortlich für die innerbetriebliche Umsetzung der strategischen Ziele (Art. 7 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 Nebenbeschäftigten der Geschäftsleitungsmitglieder. Daneben sieht Artikel 23 BPG auch für das übrige Personal vor, dass die Ausführungsbestimmungen zu den Nebenbeschäftigten die Ausübung bestimmter Tätig-

keiten und öffentlicher Ämter von einer Bewilligung abhängig machen können, soweit sie die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben zu beeinträchtigen vermögen.

*Absatz 2 Buchstabe b:* Sofern Verfügungskompetenzen bestehen. Vorbehalten bleiben gegebenenfalls die Entscheid- und Mitwirkungsrechte des Verwaltungsrats. Die entsprechende Regelung gehört ins Organisationsreglement (vgl. Bemerkungen zu Art. 7 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 (teils 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 28 E-PrävG, Artikel 9 und 10 EIMG, Artikel 12 MSG, Artikel 25 SERVG, Artikel 8 SIRG, Artikel 5 und 7 IGEG, Artikel 12 EHB-Verordnung, Artikel 8 VE-BG über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Artikel 8 E-SAFIG.*

## Art. 9 Revisionsstelle

*Absatz 1:* Bei den Anstalten mit Dienstleistungen mit Monopolcharakter hat der Bundesrat, vergleichbar mit der Generalversammlung bei Aktiengesellschaften, die Kompetenz zur Ernennung und zur Abberufung der externen Revisionsstelle. 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).

Die Wahl erfolgt in der Regel gestützt auf einen Wahlvorschlag des Verwaltungsrats. Der Verwaltungsrat der Anstalt muss – bereits beim Ausschreibungs- bzw. Offertverfahren – die gesetzlichen Anforderungen (Abs. 2 und 3) und allfällige, vom Bundesrat in der Verordnung oder einzelfallweise (Abs. 5) festgelegten Vorgaben berücksichtigen. Bei Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht ist dagegen in gewissen Fällen die Eidgenössische Finanzkontrolle (EFK) zwingend (auch) die zuständige (externe) Revisionsstelle. Eine solche Regelung findet sich etwa bei der FINMA und bei der RAB, weil diese Anstalten unter anderem die privaten Revisionsgesellschaften beaufsichtigen.

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).

*Absatz 2:* Es wird dynamisch auf die Regelung des Aktienrechts verwiesen. 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 gegenüber 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: BBl 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 Bestimmungen 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 An-



hang zur Jahresrechnung, wie es nach dem alten Recht (Art. 663b Ziff. 12 aOR<sup>79</sup>) 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. 7 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, richten sich 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 13 MSG, Artikel 31 E-PrävG, Artikel 11 EIMG, Artikel 26 SERVG, Artikel 13 EHB-Verordnung, Artikel 35a ETH-Gesetz, Artikel 6 IGEG, Artikel 9 VE-BG*

*über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Artikel 11 E-SAFIG.*

#### **4. Abschnitt: Personal**

##### **Art. 10 Anstellungsverhältnisse**

*Absatz 1:* Für verselbständigte Einheiten, die Dienstleistungen mit Monopolcharakter erbringen, ist im Organisationserlass ein öffentlich-rechtliches Personalstatut im Rahmen des BPG vorzusehen (Zusatzbericht: BBI 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<sup>bis</sup> BPG Ausführungsbestimmungen erlassen dürfen, die vom Bundesrat zu genehmigen sind (vgl. Art. 7 Bst. e Mustererlass). Dies ist in der Botschaft darzulegen.

Nur soweit der Gesetzgeber (Art. 3 Abs. 2, Art. 37 Abs. 3 und 3<sup>bis</sup> 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: BBI 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<sup>bis</sup> 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, der VBPV<sup>80</sup> und der BPDV<sup>81</sup>) als

<sup>80</sup> Verordnung des EFD vom 6. Dezember 2001 zur Bundespersonalverordnung (VBPV, SR 172.220.111.31)

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. 7 Bst. e Mustererlass; Art. 37 Abs. 3<sup>bis</sup> 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: BBI 2009 2693 f.; LS 30). Beispiel: Verordnung des METAS über sein Personal (PV-METAS<sup>82</sup>). Vgl. im Übrigen die Bemerkungen zu Artikel 7 Buchstabe e sowie Artikel 26 dieses Mustererlasses zum Übergangsrecht.

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

*Verantwortlichkeit (Haftung):* Die Verantwortlichkeit der Anstalt, ihrer Organe und ihres Personals richtet sich nach dem Verantwortlichkeitsgesetz vom 14. März 1958<sup>83</sup>. Beispiele für Sonderregelungen, die die Anwendung des VG ausschliessen, finden sich in Anhang 1.

Nach Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe f VG sind diesem Gesetz alle Personen unterstellt, die unmittelbar mit öffentlich-rechtliche Aufgaben des Bundes betraut sind. Daher kommt das VG auch zur Anwendung, wenn Organe oder Angestellte der Anstalt, soweit diese mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben des Bundes betraut ist, in Ausübung ihrer amtlichen Tätigkeit Dritte oder den Bund widerrechtlich schädigen (Art. 19 VG i.V.m. Art. 3 VG). Können gestützt auf den Organisationserlass öffentlich-rechtliche Aufgaben der Anstalt auch an Dritte übertragen werden, so richtet sich deren Haftung ebenfalls nach dem VG.

Bei einer Schädigung Dritter haftet die Anstalt, d.h. gegenüber den fehlbaren Angestellten oder Organen steht dem geschädigten Dritten kein Anspruch zu. Es handelt sich um eine betragsmässig unbegrenzte Kausalhaftung der Anstalt. Wenn die Anstalt als Subjekt des Zivilrechts auftritt, haftet sie nach dessen Bestimmungen (Art. 11 VG). Soweit die Anstalt die geschuldete Entschädigung nicht selber finanzieren kann, haftet der Bund subsidiär für den ungedeckten Betrag (sog. Ausfallhaftung). Das VG regelt auch den Regress der Anstalt und des Bundes gegenüber den fehlbaren Organen und Angestellten der Anstalt. Eine direkte Haftung trifft die Organe oder Angestellten, wenn sie die Anstalt oder den Bund direkt geschädigt haben. Die Anstalt hat dem Bund in einem solchen Fall einen allenfalls ungedeckt gebliebenen Betrag zu ersetzen (Art. 19 Abs. 1 Bst. b VG).

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

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

83 Bundesgesetz vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz, VG, SR 170.23)

*Beispiele:*

*Artikel 29 E-PrävG, Artikel 12 EIMG, Artikel 14 Absatz 1 MSG, Artikel 17 ff. ETH-Gesetz, Artikel 16 EHB-Verordnung, Artikel 10 VE-BG über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Artikel 12 E-SAFIG.*

**Art. 11 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 Dienstleistungen mit Monopolcharakter 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 die 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 mit PUBLICA. Denkbar ist 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 vorgeschlagen (BBl 2016 311 [Botschaft] und BBl 2016 353 363f. [Gesetzesentwurf]). 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<sup>bis</sup> der vorgeschlagenen Änderung des BPG). Kleine Vorsorgewerke sind beispielsweise

se 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. 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. 27 Mustererlass).

Die Anstalten 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 Bundesrats einer anderen Vorsorgeeinrichtung anschliessen kann, wurde im Rahmen der Änderung des BPG vom 14. Dezember 2012<sup>84</sup> gestrichen (vgl. Art. 32a Abs. 2 BPG).

Die Anstalten mit Dienstleistungen mit Monopolcharakter sollen aufgrund ihrer Aufgaben 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. 7 Bst. f Mustererlass). Dem Bundesrat wird auf dem Wege der Genehmigung des

<sup>84</sup> AS 2013 1493; BBl 2011 6703

Anschlussvertrags (Art. 32e Abs. 3 BPG – LS 36) eine direkte Steuerung der Einheit als Arbeitgeber<sup>85</sup> 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 Gebührenpflichtigen unangemessene Vorsorgelösungen der Anstalt mitfinanzieren 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<sup>86</sup> 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 Vorsorgereglemente 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 z. B. um Fragen der Generationengerechtigkeit oder 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 14 Absatz 2 MSG, Artikel 13 EIMG, Artikel 30 E-PrävG, Artikel 18 und 18a EHB-Verordnung, Artikel 17 Absatz 1 ETH-Gesetz, Artikel 11 VE-BG über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Artikel 13 E-SAFIG.*

<sup>85</sup> NB: Die Steuerung durch den Bundesrat gilt nicht PUBLICA als Vorsorgeeinrichtung.

<sup>86</sup> Dito Fn 85

## 5. Abschnitt: Finanzierung und Finanzhaushalt

### Art. 12 Finanzierung

*Generell zu den Artikeln 12–15:* In den meisten Organisationserlassen ausgelagerter Einheiten wird heute lediglich festgehalten, dass sie sich insgesamt aus Gebühren und Abgeltungen finanzieren, allenfalls weiter aus Drittmitteln bzw. – im Falle gewerblicher Leistungen (analog Art. 41a Abs. 3 FHG) – über mindestens kostendeckende Preise<sup>87</sup>. Damit wird die Frage offen gelassen, wie die Erfüllung einer bestimmten Aufgabe nach ihrer Auslagerung finanziert werden soll: Ist sie ausschliesslich über Gebühren oder Drittmittel 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. Mischrechnungen, (unzulässige) Querfinanzierungen zwischen verschiedenen Aufgabenbereichen und Doppelfinanzierungen können so vermieden werden. Bei der Finanzierung der Anstalt sollte die aufgabenspezifische Verwendung der Mittel – differenziert nach ihrer Herkunft – im Rahmen der strategischen Ziele festgelegt werden.

Damit die angestrebte Transparenz tatsächlich gewährleistet werden kann, braucht es eine entsprechend ausgebauten Rechnungslegung (vgl. Art. 17 Mustererlass).

#### *Beispiele:*

*Artikel 14 EIMG, Artikel 32 E-PrävG, Artikel 17 MSG, Artikel 29 EHB-Verordnung, Artikel 34b ff. ETH-Gesetz, Artikel 12 IGEG, Artikel 12 VE-BG über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Artikel 14 E-SAFIG.*

### Art. 13 Gebühren

*Absatz 1:* Verselbständigten Einheiten wird nur in Ausnahmefällen die Befugnis zum Erlass generell-abstrakter Normen mit Aussenwirkung delegiert (LS 13). Deshalb wird im Falle einer Delegation die Gebührenverordnung des Verwaltungsrates der Genehmigung durch den Bundesrat unterstellt (vgl. Art. 7 Bst. e Mustererlass; LS 13 und CG-Bericht: BB1 2006 8275 u. 8284 ff.).

*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 genehmigt wird (Vetorecht). Eine notwendige

<sup>87</sup> Evtl. auch direkt aus Steuern, wie bei der Eidgenössischen Alkoholverwaltung.

Einschränkung kann sich ergeben, wenn die Kantone gebührenpflichtig sind. Deshalb hat der Bundesrat die auf das Messgesetz gestützte GebV-METAS<sup>88</sup> erlassen.

Zwar kann Artikel 46a RVOG auch als Gesetzesgrundlage für die Erhebung von Gebühren durch Einheiten der dezentrale Bundesverwaltung im Sinn von Artikel 2 Absatz 3 RVOG dienen (vgl. Botschaft zu Art. 46a RVOG, BBl 2003, 5761). Dabei wäre aber der Bundesrat für den Erlass der Gebührenverordnung zuständig. Anstalten, die Dienstleistungen mit Monopolcharakter erbringen, sollen jedoch ihre Gebührenverordnung – unter Vorbehalt der Genehmigung durch den Bundesrat – selber erlassen können. Deshalb ist im Organisationserlass eine eigene formell-gesetzliche Grundlage nötig.

*Absatz 2 Buchstaben a und b:* Die Spezifizierung der Ermächtigung zur Rechtsetzung in den aufgezählten Bereichen ist aus Artikel 46a RVOG übernommen, bis auf eine Modifikation der Formulierung in Buchstabe b, wo von «Modalität der Erhebung» statt von «Verfahren» die Rede ist. Grund für diese Abweichung bildet der Umstand, dass der Verwaltungsrat die Möglichkeit haben soll, vor Erlass einer Gebührenverfügung Rechnung zu stellen, den Erlass einer Verfügung also nur für strittige Fälle vorzusehen.

*Absatz 2 Buchstaben c und d:* Die vom Bundesrat erlassene Allgemeine Gebührenverordnung (AllgGebV)<sup>89</sup> regelt (u.a.) die Haftung bei einer Mehrheit von gebührenpflichtigen und die Verjährung von Gebührenforderungen. Da der Erlass der Gebührenverordnung hier an die Anstalt bzw. deren Verwaltungsrat delegiert ist, gilt die AllgGebV nicht eo ipso. Der Organisationserlass schafft die Grundlage für eine entsprechende Normierung durch den Verwaltungsrat. Dieser kann sich bei der konkreten Ausgestaltung der Gebührenverordnung primär an den Regelungen und der Praxis zur AllgGebV orientieren.

*Absatz 3:* Die vorgeschlagene Regelung lässt der Anstalt – unter Einhaltung des Äquivalenzprinzips und des Kostendeckungsprinzips – einen grossen Spielraum bei der Festsetzung der Höhe der Gebühren. Dies rechtfertigt sich insbesondere dann, wenn die Anstalt über finanzielle Autonomie verfügen soll und gleichzeitig (insb. nach den bundesrätlichen Vorgaben in den strategischen Zielen) in bestimmten Bereichen zur Eigenwirtschaftlichkeit bzw. zu einem bestimmten Eigenfinanzierungsgrad verpflichtet wird. Eine weitere Leitplanke ergibt sich aus der Regelung zu allfälligen Abgeltungen des Bundes (Art. 14 Mustererlass), da diese sich auf den Selbstfinanzierungsgrad der Anstalt auswirken.

*Absatz 4:* Welche Ausnahmen von der Gebührenerhebung für Verfügungen und Dienstleistungen möglich sein sollen, muss für jede Anstalt einzeln geprüft werden. Eine allfällige Regelung kann sich auch hier an der AllgGebV orientieren.

<sup>88</sup> Verordnung vom 5. Juli 2006 über die Gebühren des Eidgenössischen Instituts für Metrologie (GebV-METAS, SR 941.298.2)

<sup>89</sup> Allgemeine Gebührenverordnung vom 8. September 2004 (AllgGebV, SR 172.041.1)



Beispiele für Gebührenverordnungen: Gebührenordnung des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum<sup>90</sup>; Verordnung über die Gebühren des Eidgenössischen Instituts für Metrologie<sup>91</sup>. Besonderheit: Die Kantone und mit Vollzugsaufgaben betraute Dritte (Art. 18 Abs. 3 Messgesetz<sup>92</sup>) nehmen für ihre Aufgaben Dienstleistungen des Instituts für Metrologie in Anspruch. Da bei der Festlegung der Höhe der Gebühr auch die Dienstleistungen des Instituts eingerechnet sind, sind die Kantone und die beauftragten Dritten verpflichtet, einen pauschalen Anteil ihrer Gebühreneinnahmen dem Institut weiterzugeben (Art. 19 Abs. 5 Messgesetz i.V.m. Art. 3 Abs. 2 Bst. b GebV-METAS).

*Beispiele:*

*Artikel 15 EIMG, Artikel 13 IGEG, Artikel 33 EHB-Verordnung, Artikel 34d ETH-Gesetz (Art. 34d Abs. 3 E-ETH-Gesetz [Studiengebühren]).*

#### **Art. 14 Abgeltungen des Bundes**

*Absatz 1:* Falls der *Bundesrat* der Anstalt gestützt auf den *Organisationserlass* Aufgaben überträgt (vgl. Art. 3 Abs. 3 Mustererlass), werden diese vom Bund abgegolten. Abgeltungsberechtigt sind dabei auch die zur Erfüllung dieser Aufgaben notwendigen, anteiligen Betriebskosten.

Nicht abgeltungsberechtigt ist die Mitwirkung der Anstalt bei Gesetzgebungsarbeiten des Bundes, die ihre Organisation und ihren Aufgabenbereich betreffen (vgl. Art. 3 Abs. 2 Mustererlass). Diese Mitwirkung liegt nicht zuletzt auch stark im Eigeninteresse der Anstalt.

*Absatz 2:* Im Übrigen kann der Bund in einzelnen Fällen die Erfüllung bestimmter Aufgaben, die der *Organisationserlass* der Anstalt überträgt, ganz oder teilweise abgelden. Ein allfälliger Finanzierungsbeitrag des Bundes dient der Anstalt dazu, die ihrem gesetzlichen Auftrag entsprechenden Dienstleistungen mit Monopolcharakter zu erbringen. Bei der Beitragsbemessung werden jedoch ihre Möglichkeiten zur Eigenfinanzierung (Einnahmen aus Gebühren und Drittmitteln) berücksichtigt. Damit werden Doppelfinanzierungen verhindert, und die Eigenwirtschaftlichkeit wird gestärkt.

Abgeltungen sind Subventionen im Sinne des Subventionsgesetzes (SuG)<sup>93</sup>. Daher sind die materiellen und formellen Rahmenbedingungen des SuG zu beachten, soweit der *Organisationserlass* keine abweichenden Regelungen enthält.

Abgeltungen dürfen frühestens ausbezahlt werden, wenn und soweit Aufwendungen unmittelbar bevorstehen. Vor der Festsetzung des endgültigen Betrages dürfen in der

<sup>90</sup> Gebührenordnung des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum vom 28. April 1997, vom Bundesrat genehmigt am 17. September 1997 (IGE-GebO, **SR 232.148**)

<sup>91</sup> Verordnung vom 5. Juli 2006 über die Gebühren des Eidgenössischen Instituts für Metrologie (GebV-METAS, **SR 941.298.2**)

<sup>92</sup> Bundesgesetz vom 17. Juni 2011 über das Messwesen (Messgesetz, MessG, **SR 941.20**)

<sup>93</sup> Bundesgesetz vom 5. Oktober 1990 über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz, SuG, **SR 616.1**)

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. 7 Bst. m Mustererlass) und die (tranchenweisen) Auszahlungen beim zuständigen Fachdepartement auslösen zu können. Die Einzelheiten dieser Auszahlungen sind Gegenstand der Tresorerievereinbarung nach Artikel 19 Absatz 3 des Mustererlasses oder von Subventionsverträgen (Art. 19 f. SuG).

*Beispiele:*

*Artikel 32 Absätze 1 und 2 E-PrävG, Artikel 29 Absatz 2 EHB-Verordnung, Artikel 34b ETH-Gesetz, Artikel 16 EIMG, Artikel 14 VE-BG über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Artikel 15 E-SAFIG.*

### **Art. 15 Drittmittel**

*Absätze 1 und 2:* Als Drittmittel gelten – nebst den Einnahmen aus gewerblichen Leistungen (vgl. Art. 24 Mustererlass) – die Beiträge und Entgelte Dritter für nicht-gewerbliche Leistungen sowie allfällige Zuwendungen Dritter (insb. Drittmittelaufnahmen aufgrund von Forschungs- und Entwicklungsaufträgen oder Kooperationsverträgen).

Vgl. zur Verantwortung des Verwaltungsrats bei der Entgegennahme, Verwaltung und Reglementierung von Drittmitteln auch die Bemerkungen zu Artikel 7 Buchstabe d des Mustererlasses.

*Beispiele:*

*Artikel 17 EIMG, Artikel 32 Absatz 3 E-PrävG, Artikel 34c ETH-Gesetz, Artikel 29 EHB-Verordnung, Artikel 15 VE-BG über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Artikel 16 E-SAFIG.*

### **Art. 16 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 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 9 Absatz 3 des Mustererlasses.

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

Zur Veröffentlichung des Geschäftsberichts vgl. Artikel 7 Buchstabe n des Mustererlasses.

*Beispiele:*

*Artikel 8 Buchstabe g EIMG, Artikel 26 EHB-Verordnung, Artikel 17 VE-BG über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Artikel 17 E-SAFIG.*

### Art. 17 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 FER<sup>94</sup>. Der Verwaltungsrat legt, unter Vorbehalt von Absatz 6, den anerkannten Standard zur Rechnungslegung fest. Er hat – auch bei einem allfälligen Wechsel des 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 oder Abgeltungen nötig würde.

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

*Absatz 5:* Die Grundsätze der Kostenwahrheit und das Transparenzerfordernis hinsichtlich der wesentlichsten Mittelflüsse, differenziert nach den verschiedenen Arten von Einnahmen der Anstalt, setzen eine entsprechend ausgebaute Rechnungslegung voraus (vgl. dazu auch die einleitenden Bemerkungen zu Art. 12 Mustererlass).

<sup>94</sup> Vgl. Artikel 1 Absatz 1 der Verordnung vom 21. November 2012 über die anerkannten Standards zur Rechnungslegung (VASR, SR 221.432)

*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 zur Rechnungslegung oder Ergänzungen dazu vorschreiben. Dies wird er insbesondere dann tun, wenn die Anwendung des entsprechenden Standards 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 34 E-PrävG, Artikel 19 MSG, Artikel 19 EIMG, Artikel 35 ETH-Gesetz (Art. 35a Abs. 5 E-ETH-Gesetz), Artikel 31 EHB-Verordnung, Artikel 29 SERVVG, Artikel 16 VE-BG über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Artikel 18 E-SAFIG.*

### *Art. 18 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 bestimmt sich im Einzelfall, ob mittels einer entsprechenden Gesetzesbestimmung die Anstalt mit Dienstleistungen mit Monopolcharakter ermächtigt oder verpflichtet werden soll, Reserven zu bilden.

Die Bildung von Reserven erfolgt im Rahmen des Jahresabschlusses aus erzieltm Gewinn. Sie darf somit beispielsweise nicht aufgrund einer Neubewertung von Aktiven vorgenommen werden. Gewinne können aus nicht ausbezahlten Anteilen jährlicher Bundesbeiträge (Abgeltungen) entstehen, weiter aus Zuwendungen Dritter und evtl. aus anderen Drittmitteln.

Bei überwiegend mittels Abgeltungen finanzierten Anstalten sind keine Reserven zur Deckung von Ertragsrisiken vorzusehen. Auch eine allfällige Kürzung der Abgeltungen kann die Bildung von Reserven nicht rechtfertigen: In der Regel erfolgt die Kürzung der Abgeltungen des Bundes, wenn auf die Wahrnehmung bestimmter Aufgaben durch die Anstalt verzichtet werden soll, so dass deren Mittelbedarf entsprechend sinkt. 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. 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. 19 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. 17 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. 7 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. 7 Bst. 1 und n Mustererlass und Erläuterungen dazu). Schliesslich unterstehen die Bildung und Verwendung der Reserven, wie erwähnt, der administrativen Aufsicht des Bundesrats. Dieser kann bei Fehlentwicklungen eingreifen und notfalls die Genehmigung des Geschäftsberichts und damit auch die beantragte Gewinnverwendung bzw. Reservenbildung ablehnen.

Für den Bereich der gewerblichen Leistungen dürfen keine Reserven aus Abgeltungen oder Gebühren gebildet werden. Dies würde gegen das gesetzliche Quersubventionierungsverbot verstossen (vgl. Art. 24 Abs. 3 Mustererlass). Wenn für diesen Bereich Reserven gebildet würden, dann ausschliesslich aus dem Ertrag aus gewerblichen Leistungen.

*Beispiele:*

*Artikel 20 EIMG, Artikel16 IGEG, Artikel 32 EHB-Verordnung, Artikel 19 E-SAFIG.*

## Art. 19 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 marktconforme Zinsen. Nicht verzinst werden Abgeltungen des Bundes. Beispiel: Die Reserven des ETH-Bereichs aus den direkten Bundesbeiträgen sowie aus denjenigen Mitteln, die indirekt vom Bund stammen, sind bei der EFV anzulegen. Mittel, die weder direkt noch indirekt vom Bund stammen, kann der ETH-Bereich entweder selbst verwalten oder ebenfalls bei der EFV anlegen (Art. 35a<sup>quater</sup> Abs. 1 E-ETH-Gesetz).

*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. 14 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 frühstens 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 HMG<sup>95</sup>). Der Anstalt kann ein Tresoriedarlehen gewährt werden, falls ein Startkapital erforderlich sein sollte. Dies bedarf einer Regelung in den Übergangsbestimmungen (vgl. Art. 25 Abs. 6 Mustererlass). Der Aufbau der RAB erfolgte beispielsweise über Tresoriedarlehen (Art. 36 Abs. 2 RAG<sup>96</sup>). 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 33 E-PrävG, Artikel 18 MSG, Artikel 18 EIMG, Artikel 28 SERV, Artikel 30 EHB-Verordnung, Artikel 11 IGEG, Artikel 35a<sup>quater</sup> E-ETH-Gesetz, Artikel 24 VE-BG über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Artikel 20 E-SAFIG.*

<sup>95</sup> Bundesgesetz vom 15. Dezember 20 über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG, SR 812.21)

<sup>96</sup> Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren (Revisionsaufsichtsgesetz, RAG, SR 221.302)

## Art. 20 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 Anstalt unterliegt im Bereich der gewerblichen Leistungen der Mehrwertsteuerpflicht. Die Erfüllung hoheitlicher Aufgaben ist 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 denkbar, sofern sie sachlich begründet werden kann.

Bei einer teilweisen Steuerpflicht ist die Anstalt zur Führung einer Spartenrechnung zu verpflichten (vgl. Art. 17 Abs. 5 Mustererlass). Voraussetzung für eine partielle Steuerbefreiung ist, dass die Mittel, für die eine Steuerbefreiung verlangt wird, rechnermässig klar vom übrigen Vermögen (Bilanz) und Erfolg (Erfolgsrechnung) ausgeschieden sind.

*Absatz 2:* Die Steuerpflicht ist in jedem Einzelfall in Zusammenarbeit mit der ESTV im Detail zu klären. 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. 25 Abs. 5 Mustererlass).

### *Beispiele:*

*Artikel 20 MSG, Artikel 35 E-PrävG, Artikel 30 SERV, Artikel 17 IGEG, Artikel 21 EIMG, Artikel 24 VE-BG über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Artikel 21 E-SAFIG.*

## Art. 21 Liegenschaften

*Absätze 1 und 2:* Eine Regelung ist nur erforderlich, wenn der Anstalt tatsächlich Liegenschaften des Bundes zur Verfügung gestellt werden. Im Normalfall sollen 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. Mit 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.

Zur Nutzungsüberlassung gemieteter Immobilien des Bundes an Dritte durch die Anstalt vgl. Artikel 34b<sup>bis</sup> E-ETH-Gesetz<sup>97</sup>.

*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 FHV<sup>98</sup> 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.

*Beispiele:*

*Artikel 35b ETH-Gesetz (Art. 34b<sup>bis</sup> E-ETHG-Gesetz [Nutzungsüberlassungen]), Artikel 16 MSG, Artikel 28 EHB-Verordnung, Artikel 22 EIMG, Artikel 22 E-SAFIG.*

## **6. Abschnitt: Wahrung der Bundesinteressen**

### *Art. 22 Strategische Ziele*

*Absätze 1 und 2:* Der Bundesrat führt die Anstalt mittels strategischer Ziele (Art. 8 Abs. 5 RVOG), die grundsätzlich für vier Jahre festgelegt werden; bei Bedarf sind sie aufgrund der jährlichen Prüfung und Berichterstattung während ihrer Geltungsdauer anzupassen. Vgl. die «Mustervorlage<sup>99</sup> für den Erlass der strategischen Ziele von verselbständigten Einheiten des Bundes; Fassung für Dienstleister mit Mono-

<sup>97</sup> Der ETH-Rat entrichtet für die vom ETH-Bereich genutzten Immobilien des Bundes einen Immobilienertrag (jährliche Abschreibung der Gebäude und Verzinsung des darin gebundenen Kapitals) und erhält vom Bund einen Unterbringungsbeitrag. Dieser Vorgang wird finanzierungs-, aber nicht ausgabenwirksam abgewickelt. Die geringfügige, vorübergehende Nutzungsüberlassung nicht selbst genutzter Räumlichkeiten an Dritte (Vergabe von Baurechten und Untervermietung) führt zu einer doppelten Abgeltung (durch den Bund und die Dritten). Der Ertrag wäre daher dem Bund abzuliefern bzw. von seinem Unterbringungsbeitrag abzuziehen. Der Bund soll jedoch von der Ablieferung der aus der Nutzungsüberlassung an Dritte erzielten Erträge absehen können, wenn diese nur geringfügig sind und die Nutzungsüberlassung im Interesse des Bundes liegt. Damit soll der Anreiz für eine sinnvolle Drittnutzung vorübergehend ungenutzter Flächen bestehen bleiben.

<sup>98</sup> Finanzhaushaltverordnung vom 5. April 2006 (FHV, SR 611.01)

<sup>99</sup> [http://www.efv.admin.ch/d/themen/finanzpolitik\\_grundlagen/cgov.php](http://www.efv.admin.ch/d/themen/finanzpolitik_grundlagen/cgov.php)



polcharakter und als Empfehlung für Anstalten der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht».

Mit den strategischen Zielen macht der Bundesrat der Anstalt gestützt auf die Bestimmungen über die Ziele und Aufgaben unternehmens- und aufgabenbezogene Vorgaben. Der Verwaltungsrat wird vorgängig angehört.

Die strategischen Ziele 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 der strategischen Ziele. Diese 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 (CG-Bericht Ziff. 4.2.6).

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 PubLV<sup>100</sup>). Die Publikation der strategischen Ziele durch die Anstalt (z.B. auf ihrer Homepage<sup>101</sup>) ist vor der Beschlussfassung 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. 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 Oberaufsicht<sup>102</sup>. Mit der öffentlich zugänglichen Kurzberichterstattung des Bundesrates über die Erfüllung der strategischen Ziele der verselbständigten Einheiten des Bundes<sup>103</sup> und mit der ausführlichen Berichterstattung an die Aufsichtskommissionen schafft der Bundesrat die Voraussetzung dafür, dass die eidgenössischen Räte ihre Oberaufsicht über die Eignerpolitik des Bundes gezielt ausüben können. Bei Bedarf sollen sie in der Lage sein, im Rahmen des gesetzlich verankerten parlamentarischen Instrumentariums auf die Steuerung und

<sup>100</sup> Verordnung vom über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsverordnung, PubLV, SR 170.512.11)

<sup>101</sup> Beispiel: Strategische Ziele des Bundesrates für das Eidgenössische Institut für Metrologie für die Jahre 2013 bis 2016 (www.metas.ch)

<sup>102</sup> Graf/Theiler/von Wyss, Kommentar zum Parlamentsgesetz vom 13. Dezember 2002, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung (vgl. insb. den Kommentar zu Art. 28 ParlG).

<sup>103</sup> Zur Berichterstattung über die Erreichung strategischer Ziele vgl. [http://www.efv.admin.ch/d/themen/finanzpolitik\\_grundlagen/cgov/berichterstattung.php](http://www.efv.admin.ch/d/themen/finanzpolitik_grundlagen/cgov/berichterstattung.php)

Kontrolle Einfluss zu nehmen (Art. 28 und Art. 148 Abs. 3<sup>bis</sup> ParlG<sup>104</sup>; vgl. Bericht der Finanzkommission des Nationalrates vom 29. März 2010 betr. Parlamentarisches Instrumentarium zu den strategischen Zielen der verselbstständigten Einheiten (Parlamentarische Initiative), in: BBl 2010 3382 f.)<sup>105</sup>

*Beispiele:*

*Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe a E-PrävG, Artikel 22 MSG, Artikel 23 EIMG, Artikel 33 SERVG, Artikel 45 KFG, Artikel 33 E-ETH-Gesetz, Artikel 20 VE-BG über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Artikel 24 E-SAFIG.*

## Art. 23 Aufsicht

*Absatz 1:* Die Aufsicht über die Anstalt liegt beim Bundesrat. Es handelt sich dabei weder um eine Dienstaufsicht noch um eine fachliche Aufsicht. Sie kann am ehesten als Aufsicht über die Betriebsführung umschrieben werden.

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

<sup>104</sup> Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG, SR 171.10)

<sup>105</sup> 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).

tatsächlich wahrnehmen kann.<sup>106</sup> Die Auflistung der einzelnen Aufsichtsinstrumente ist daher nicht abschliessend.

*Absatz 2:* Der Bundesrat ist berechtigt, 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.

Der Bundesrat kann zusätzlich Prüfberichte der Revisionsstelle veranlassen (Art. 9 Abs. 5 Mustererlass) und erhält Einsicht in bestehende Prüfberichte der Revisionsstelle (Art. 9 Abs. 4 Mustererlass) sowie der EFK (vgl. Art. 14 Abs. 1<sup>bis</sup> 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.

Die Kompetenz des Bundesrates zur Wahl und Abberufung der Revisionsstelle entfällt, wenn die EFK zwingend auch die Funktion der externen Revisionsstelle wahrnimmt, wie etwa bei der FINMA und der RAB (Art. 12 FINMAG; Art. 32 RAG). Dort liegt der Grund für diese Lösung darin, dass die privaten Revisionsgesellschaften zum Kreis der durch die FINMA bzw. die RAB Beaufichtigten gehören.

*Beispiele:*

*Artikel 36 E-PrävG, Artikel 24 EIMG, Artikel 21 MSG, Artikel 26 EHB-Verordnung, Artikel 21 VE-BG über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Artikel 25 E-SAFIG.*

## **7. Abschnitt: Gewerbliche Leistungen**

*Art. 24*

Gewerbliche Leistungen sind Leistungen wirtschaftlicher Natur, die normalerweise private Anbieterinnen und Anbieter einem breiteren Abnehmerkreis am Markt bzw.

<sup>106</sup> 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>)

im Wettbewerb erbringen. Solche Leistungen zeichnen sich durch ihre Marktfähigkeit aus.

Wenn ausgelagerte Einheiten gewerbliche Tätigkeiten zu Lasten der privaten Wettbewerbsteilnehmer ausdehnen, so geraten sie grundsätzlich in Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 und 94 BV). Gewerbliche Leistungen sollen daher nur möglich sein, wenn ein ausreichendes öffentliches Interesse nachgewiesen werden kann und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit eingehalten ist. Um dies sicherzustellen, verlangt Artikel 41 FHG eine klare gesetzliche Grundlage für alle gewerblichen Leistungen des Staates, einschliesslich wirtschaftliche Nebenleistungen und Randnutzungen<sup>107</sup>. Als wirtschaftliche Nebenleistungen werden im Allgemeinen Leistungen einer ausgegliederten Einheit verstanden, die diese neben ihrer Hauptaufgabe erbringt; dabei müssen solche Leistungen (als Vor- oder Nachleistungen) aber stets in einem engen sachlichen Zusammenhang zur Hauptaufgabe stehen (Bsp.: Durchführen von Beratungen und Expertisen). Dies ist Ausdruck des Legalitäts- und des Spezialitätsprinzips, wonach sich eine staatliche Einheit nur innerhalb ihres gesetzlich definierten Aufgabebereichs betätigen darf. Als Randnutzung<sup>108</sup> wird bezeichnet, wenn eine staatliche Einheit ihr Verwaltungsvermögen über den primären Verwendungszweck hinaus nutzt, indem sie es – ohne Beeinträchtigung ihrer eigentlichen Zielsetzung – wirtschaftlich verwertet. So können unter Umständen bestehende, zur Aufgabenerfüllung notwendige Infrastrukturen besser ausgelastet werden, indem ein ansonsten ungenutztes Potential verwertet wird (Bsp.: Möglichkeit zur Drittnutzung von Gebäudeteilen; Messmittel des METAS zur Verfügung stellen).

Von gewerblichen Leistungen zu unterscheiden sind administrative Hilfstätigkeiten (Bedarfsverwaltung)<sup>109</sup>. Die Beschaffung oder Instandhaltung der notwendigen Mittel und Infrastrukturen steht in Zusammenhang mit der Erfüllung spezifischer staatlicher Aufgaben und bewirkt, dass die Angestellten ihre Arbeit effizient und zweckmässig erfüllen können (z.B. Bereitstellen von Informatikdienstleistungen oder Büroräumlichkeiten). Für solche Tätigkeiten auf betrieblicher bzw. verwaltungsinterner Ebene, die keine «direkte» Aussenwirkung haben, braucht es keine gesetzliche Grundlage. Der private Rechtsträger hat dabei keine eigenen Entscheidungskompetenzen, sondern handelt lediglich als Unterakkordant der Behörde und erbringt ihr gegenüber gewisse Dienstleistungen.

*Absatz 1:* Diese Bestimmung entspricht der Formulierung von Artikel 41a Absatz 2 FHG (BBl 2009 7242). Die Regelungen für die ausgelagerten Einheiten müssen weitergehend konkretisiert werden (vgl. nachfolgende Begründung).

*Absatz 2:* Die nicht abschliessende Aufzählung bildet einen zusätzlichen gesetzlichen Rahmen, da – im Unterschied zur zentralen Bundesverwaltung – eine mit-

<sup>107</sup> Vgl. BGE 138 I 378 («Glarnersach»): Artikel 94 BV enthält den Grundsatz der Staatsfreiheit der Wirtschaft (sog. «Grundsatz der Privatwirtschaft»), verbietet aber unternehmerische Tätigkeiten des Staates nicht, sofern folgende Voraussetzungen erfüllt sind: Die Tätigkeit beruht auf einer *gesetzlichen Grundlage*, liegt im *öffentlichen Interesse*, ist *verhältnismässig* und *wettbewerbsneutral*.

<sup>108</sup> René Rhinow/Gerhard Schmid/Giovanni Biaggini/Felix Uhlmann, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011, § 18 Rz. 20

<sup>109</sup> Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 29. März 1995, VPB 60.1 Ziff. 4

schreitende Kontrolle und eine Dienstaufsicht mit entsprechendem Weisungsrecht fehlen. Weiter sind die Rechte und Pflichten der ausgelagerten Einheiten dem Grundsatz nach im Gesetz zu regeln. Schliesslich bildet die Aufzählung auch den Anknüpfungspunkt für die Formulierung der strategischen Ziele im Bereich der gewerblichen Leistungen.

*Absatz 2 Buchstabe b:* Die Führung von Nebenbetrieben unterliegt den gleichen Einschränkungen wie die Erbringung der übrigen gewerblichen Leistungen. Sie muss zudem einem klaren Bedürfnis der Kundschaft entsprechen und einer optimaleren Nutzung der vorhandenen Infrastruktur dienen. Beispiele: Führen eines Cafés oder eines Restaurierungs- oder Kopierbetriebes, Beratungstätigkeit im Fachgebiet.

*Absatz 2 Buchstabe c:* Insbesondere im Bildungs- (Patente) und im Kulturbereich (Urheberrechte) ist diese Bestimmung von einiger Bedeutung. Beispiele: Öffentliche Sondernutzungsrechte (Parkieren auf öffentlichem Grund), aber auch private Rechte wie Miete, Pacht, Immaterialgüterrechte etc. (vgl. Art. 8 Abs. 1 MSG).

*Absatz 3:* Gemäss Artikel 17 Absatz 5 des Mustererlasses muss das betriebliche Rechnungswesen so ausgestaltet werden, dass Kosten und Erträge der einzelnen Tätigkeiten bzw. nach Sparten ausgewiesen werden können.

Als Grundlage für die Berechnung von kostendeckenden Preisen sind die Kostenfaktoren betreffend die tatsächlich genutzte Infrastruktur zu berücksichtigen und nicht die Vollkosten für die ganze Anstalt (modifizierte Vollkostenrechnung). Die Festschreibung des Quersubventionierungsverbots verhindert die Finanzierung von gewerblichen Leistungen mit Mitteln, die im Bereich der Erfüllung öffentlicher Aufgaben generiert werden (Gebühren, Abgeltungen etc.). Ein Mittelfluss in die andere Richtung ist unproblematisch. Weder der Bundesrat noch das zuständige Departement können Ausnahmen von der Pflicht zur Erhebung (mindestens) kostendeckender Preise oder vom Verbot der Quersubventionierung vorsehen.

*Absatz 4:* Im Bereich der gewerblichen Leistungen soll es nicht zu Wettbewerbsverzerrungen kommen. Für die Anstalt sind beispielsweise die gleichen Steuer-, Transport- (bspw. Nachtfahrverbot), Arbeitnehmerschutz-, Öffnungs-, Sicherheits- und Haftungsvorschriften anwendbar wie für die privaten Anbieterinnen und Anbieter.

*Beispiele:*

*Artikel 24 E-PrävG, Artikel 8 MSG, Artikel 25 EIMG, Artikel 5 EHB-Verordnung, Artikel 14 IGEG, Artikel 22 VE-BG über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung.*

## **8. Abschnitt: Schlussbestimmungen**

### **Art. 25 Errichtung der Anstalt**

Die Bestimmung enthält eine Reihe von Regelungen im Hinblick auf die Errichtung der 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 Organi-

sationserlasses. 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, sinnvoll und unmittelbar durch die Errichtung der Anstalt bedingt ist (Änderungen von Bezeichnungen, Vertragspartner etc.). Die Unternehmensstruktur muss möglichst frühzeitig definiert werden. Falls die Übertragung von Rechtsverhältnissen auf Tochtergesellschaften ermöglicht werden soll, wäre eine gesetzliche Grundlage zu schaffen.

*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. 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. 31 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 erlässt der Bundesrat deren strategische Ziele. Er erlässt oder genehmigt die erforderlichen Ordnungsbestimmungen 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. 17 Abs. 3 und 6 Mustererlass) ist auch mit der Revisionsstelle abzustimmen.

*Absatz 4 Buchstabe b:* Sind Drittvermögen von der Schaffung der Anstalt betroffen bzw. sollen diese auch in die Anstalt überführt werden, so kann dem Bundesrat die Kompetenz erteilt werden, eine entsprechende Vereinbarung über die Übernahme eines allfälligen Vermögens abzuschliessen. Es handelt sich hier vor allem um die Übernahme von Geschäften und Vermögen bzw. Teilen davon, die Vorläuferorganisationen gehören. Beispiel: Artikel 42 Absatz 3 E-PrävG, wonach vorgesehen war, dass der Bundesrat mit der nach Artikel 19 KVG<sup>110</sup> gegründeten, privatrechtlichen Stiftung «Gesundheitsförderung Schweiz» die Übernahme von deren Vermögen vereinbaren kann.

*Absatz 4 Buchstabe c:* 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 ist diese Bestimmung nicht nötig. Eine allfällige Startfinanzierung erfolgt im Rahmen eines Darlehens (vgl. Abs. 6).

*Absatz 4<sup>bis</sup>:* Die Übertragung von Mitteln eines Fonds auf die Anstalt setzt eine explizite gesetzliche Grundlage voraus. Beispiele: Artikel 28 Absatz 3 Buchstabe a MSG (Übertragung der Mittel aus dem Spezialfonds der MUSEE-SUISSE-Gruppe auf das SNM); Artikel 42 Absatz 2 E-PrävG (vorgesehen war die Übertragung der Aktiven und Passiven des nach Artikel 28 TStG<sup>111</sup> eingerichteten, spezialrechtlichen «Tabakpräventionsfonds» durch den Bundesrat auf das Institut).

*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-AlkG<sup>112</sup>. Nach Errichtung der Anstalt

<sup>110</sup> Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG, SR 832.10)

<sup>111</sup> Bundesgesetz vom 21. März 1969 über die Tabakbesteuerung (Tabaksteuergesetz, TStG, SR 641.31)

<sup>112</sup> Entwurf einer Änderung des Bundesgesetzes über die gebrannten Wasser (Alkoholgesetz vom 21. Juni 1932, SR 680), E-AlkG in: BBl 2016 3691; Botschaft des Bundesrates vom 6. April 2016 in: BBl 2016 3649

richtet sich die Steuerpflicht nach Artikel 20 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. 28 Mustererlass).

*Absatz 6:* Sollte die Anstalt kurzfristig für den Aufbau zusätzliche Mittel benötigen, 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 HRegV<sup>113</sup>). Der hier vorgeschlagene Wortlaut im Organisationserlass schliesst die Anwendbarkeit des Fusionsgesetzes vollständig aus. Dies gilt nach heutiger Praxis in der Regel auch für die Übertragung von Vermögenswerten Dritter auf die Anstalt nach Artikel 25 Absatz 4 Buchstabe b des Mustererlasses. 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 28 MSG, Artikel 42 E-PrävG, Artikel 27 EIMG, Artikel 39 SERV, Artikel 23 VE-BG über das Zentrum für Qualität in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Artikel 27 E-SAFIG.*

## Art. 26 Übergang der Arbeitsverhältnisse

Da mit der Errichtung der Anstalt eine neue Organisationsstruktur geschaffen wird, kann es bei den Arbeitsverhältnissen zu Änderungen der einzelnen Arbeitsbereiche, 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. 28 EIMG, Art. 59 Abs. 3 FINMAG), Ablauf der Umstrukturierung und Anrechnung von Dienstjahren.

Der Bundesrat wird mit dieser Bestimmung ermächtigt, aus dem Vermögen der EAV (die eine eigene Rechnung hat) 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.

<sup>113</sup> Champeaux, SHK-HRegV, Art. 106 ff. N 1 ff., in: Rino Siffert/Nicholas Turin (Hrsg.), Handelsregisterverordnung (HRegV), Stämpflis Handkommentar, Bern 2013.



*Absatz 1:* Die Arbeitsverhältnisse der alten Verwaltungseinheit sollen – wie die anderen Rechtsverhältnisse (Art. 25 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 übergehen<sup>114</sup>, 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. 25 Abs. 3 Mustererlass), den Zeitpunkt des Übergangs fest.

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. 6 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. 7 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 Weiterfüh-

<sup>114</sup> Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Auflage, RN 3 und 8 zu Art. 333

rung 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 kann<sup>115</sup>. 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 wird 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-AlkG<sup>116</sup>).

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.

<sup>115</sup> 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.

<sup>116</sup> BB1 2016 7649

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 Probezeit 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, nebst dem rechtlichen Regelungsbedarf, auch die rechnungsmässigen Verbindlichkeiten zu beachten. Insbesondere Zeitguthaben des Personals sind soweit möglich vor dem Übergang der Arbeitsverhältnisse abzubauen. Im Rahmen der Transaktionsbilanz können für verbliebene Gleitzeit-, Ferien- und Überzeitguthaben Rückstellungen übertragen werden.

*Beispiele:*

*Artikel 43 E-PrävG, Artikel 29 MSG, Artikel 40 SERVG (privatrechtliche Anstellung), Artikel 28 EIMG, Artikel 38 Absatz 1, 39 (Nachqualifikation) und 40 EHB-Verordnung, Artikel 28 E-SAFIG.*

#### *Art. 27 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. 26 Mustererlass) muss auch für die Rentenbezügerinnen und Rentenbezüger die Rechtslage im Organisationserlass übergangsrechtlich klargestellt werden.

Die Anstalt ist für alle bisherigen und – im festgelegten Rahmen – künftigen Alters-, Hinterbliebenen- und Invalidentrentenbezügerinnen und -bezüger 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 Rentenbezügerinnen und -bezüger der Verwaltungseinheit zuständig. Die der Anstalt zurechenbaren Rentenbezügerinnen und -bezüger 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-AlkG).

*Beispiele:*

*Artikel 30 MSG, Artikel 29 EIMG, Artikel 29 E-SAFIG.*

## Art. 28 Registereintragungen

*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 (Unsicherheiten bei der Bewertung, Änderung des Rechnungslegungsstandards etc.). Im Regelfall haben entsprechende Bereinigungen im Rahmen der Übertragung von Aktiven und Passiven – auch steuerneutral (Art. 25 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 beurteilende Streitigkeiten erledigen konnte. Beispiele: auf laufende Verfahren anwendbares Recht (Art. 58 Abs. 3 FINMAG); anwendbares Recht für nach bisherigem Recht abgegebene Zusicherungen oder Garantien (Art. 38 SERVG). Vgl. auch Anhang 1, u.a. die Bemerkungen zu «Verfahren und Rechtsschutz».

*Beispiele:*

Artikel 15 Absatz 1 Buchstabe b und Absatz 4 POG<sup>117</sup>, Artikel 30 E-SAFIG.

## Art. 29 Aufhebung anderer Erlasse

Vgl. Bemerkungen zu Artikel 30 des Mustererlasses.

*Beispiele:*

Artikel 26 MSG.

## Art. 30 Änderung anderer Erlasse

Artikel 29 und 30: 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.)<sup>118</sup>.

*Beispiele:*

<sup>117</sup> Bundesgesetz vom 17. Dezember 2010 über die Organisation der Schweizerischen Post (Postorganisationsgesetz, POG, SR 783.1)

<sup>118</sup> [www.bk.admin.ch/Themen/Gesetzgebung>Gesetztechnik](http://www.bk.admin.ch/Themen/Gesetzgebung/Gesetztechnik)

*Artikel 27 MSG, Anhang zum E-PrävG, Anhang zu Artikel 26 E-SAFIG (insb. Änderung des FIG<sup>119</sup>).*

*Weitere mögliche Regelungsgegenstände zu den Artikeln 29 und 30:*

- Aufhebung von Grundlagen für ausgelagerte Aufgaben, für Organisationseinheiten oder für übertragene Vermögen (z.B. Spezialfonds).
- Änderungen von Bestimmungen über die Rechtspflege (Bsp.: Art. 33 Bst. b Ziff. 5 VGG betr. Abberufung eines Verwaltungsratsmitglieds). Weiter ist allenfalls Artikel 14 VwVG<sup>120</sup> (Zuständigkeit zur Zeugeneinvernahme) zu ergänzen.
- Ergänzung im Geltungsbereich von Artikel 2 BöB.
- Änderungen bezüglich neuer Bezeichnungen.

### *Art. 31 Referendum und Inkrafttreten*

Eine gestaffelte Inkraftsetzung ist möglich und in der Regel sinnvoll. Beispiel (allerdings ein eher atypischer Fall): Gestützt auf Artikel 31 Absatz 2 MSG (SR 432.301) wurden die Artikel 9–14, 15 Absatz 5, 16 Absatz 3, 18 Absatz 3, 19–22 und 28 dieses Gesetzes auf den 19. Oktober 2009 in Kraft gesetzt<sup>121</sup>, die übrigen Bestimmungen per 1. Januar 2010<sup>122</sup>. Die Gründung der Anstalt erfordert zudem verschiedene Bundesratsentscheide (vgl. Art. 25 Abs. 2–4 Mustererlass). 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 5–11 (Organisation und Personal), Artikel 17 (Rechnungslegung), Artikel 19 Absatz 3 (Tresorerievereinbarung), Artikel 21 Absatz 4 (Vertrag betr. Miete oder Nutzniessung von Liegenschaften des Bundes), Artikel 22 (strategische Ziele), Artikel 23 (Aufsicht) und Artikel 25 (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 Aufgaben operativ wird, d.h. zeitgleich mit der Inkraftsetzung des Aufgabenerlasses. Allenfalls

<sup>119</sup> Bundesgesetz vom 14. Dezember 2012 über die Förderung der Forschung und der Innovation, FIG, SR 420.1

<sup>120</sup> Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021)

<sup>121</sup> Verordnung über eine Teilinkraftsetzung des Museums- und Sammlungsgesetzes und die Betriebsaufnahme des Schweizerischen Nationalmuseums vom 30. September 2009 (SR 432.301)

<sup>122</sup> Verordnung über die abschliessende Inkraftsetzung des Museums- und Sammlungsgesetzes vom 4. Dezember 2009 (AS 2009 6427)

bestehen vorübergehend parallel zwei Organisationen: Einerseits die zentrale Verwaltungseinheit, die die Aufgaben nach bisherigem Recht wahrnimmt. Andererseits die Organe der Anstalt, die gestützt auf die Teilkraftsetzung des Organisationserlasses die nötigen Vorbereitungen treffen, damit die Tätigkeit der zentralen Verwaltungseinheit durch die Geschäftsaufnahme der Anstalt nach dem geänderten Aufgabenerlass abgelöst werden kann.

*Beispiele:*

*Artikel 31 Absatz 2 MSG, Artikel 42 EHB-Verordnung, Artikel 30 Absatz 2 EIMG, Artikel 31 E-SAFIG.*

### 3 Anhang: Weitere mögliche Regelungsgegenstände

**Vertragsschlusskompetenz für internationale Vereinbarungen:** Sofern ein entsprechender Bedarf besteht und die Regelung gemäss Artikel 3 Absatz 4 dieses Mustererlasses nicht ausreicht (Mitwirkung oder Vertretung des Bundes im Rahmen bestehender Verträge), können im Organisationserlass weitergehende Regelungen für die Zusammenarbeit in einem internationalen Kontext geschaffen werden. Dies bedingt, dass dem Bundesrat die entsprechenden Vertragsschlusskompetenzen zugewiesen werden. Allenfalls kann hier auch eine notwendige subventionsrechtliche Grundlage für Beiträge des Bundes geschaffen werden. Beispiele: Artikel 4 Absätze 3 und 4 EIMG; Artikel 37 Absatz 3 E-PrävG.

**Anwendung Privatrecht:** Wenn Rechtsverhältnisse *ausnahmsweise* privatrechtlich geregelt werden sollen (z.B. Rechtsverhältnisse zu den Benutzungsberechtigten bzw. zur Kundschaft). Eine solche Regelung gehört grundsätzlich in den Aufgabenerlass, ist aber im Organisationserlass aufzunehmen, wenn kein Aufgabenerlass vorhanden ist. In den Erläuterungen zu einer solchen Regelung sollte auch auf die *Haftung* eingegangen werden; insbesondere sollte darauf hingewiesen werden, dass das VG grundsätzlich nicht anwendbar ist. Falls möglich, so kann spezifiziert werden, welches Recht konkret zur Anwendung gelangt (Auftragsrecht etc.). Beispiele für Sonderregelungen: Ausschluss der Anwendung des VG für die Verantwortlichkeit der Mitglieder der Organe bzw. Verweisung auf die aktienrechtlichen Bestimmungen in: Artikel 23 SERVG (das Personal ist nach OR, d.h. zivilrechtlich angestellt). Gemäss Artikel 9 MSG unterstehen die Rechtsverhältnisse des SNM gegenüber seinen Vertragspartnern und Kunden und damit auch die Haftung der Anstalt dem Privatrecht. Vorbehalten sind die Rechtsbeziehungen, für die im MSG ausdrücklich das öffentliche Recht vorgesehen wird, wie namentlich der öffentlich-rechtliche Vertrag zwischen dem Bund und dem SNM betreffend die Liegenschaftsnutzung (vgl. Art. 16 Abs. 3 MSG).

**Dotationskapital:** Unter Dotationskapital ist das Grundkapital zu verstehen, das der Bund einer ihm gehörenden Anstalt zur Verfügung stellt. Das einbezahlte Dotationskapital wird zum Eigenkapital gerechnet. Stellt der Bund der Anstalt ausnahmsweise ein Dotationskapital zur Verfügung (vgl. auch Bemerkungen zu Art. 19 Abs. 3 Mustererlass), so müssen insbesondere dessen Höhe (allenfalls Kompetenzdelegation), dessen Art (Sacheinlage, wie Übertragung von Liegenschaften, oder Bareinlage) und der Zeitpunkt der Einlage geregelt werden. Anwendbarer LS: 24.

**Spezielle Garantien und Risikoübernahmen:** Soll der Bund neben der Sicherstellung der Zahlungsbereitschaft (vgl. Art. 19 Abs. 2 Mustererlass) ausnahmsweise noch weitere Garantien übernehmen, so müssen diese explizit im Gesetz aufgeführt werden. Beispiele: Artikel 33 Absatz 2 und Absatz 4 SERVG. Anwendbarer LS: 12.

**Mobilien:** Erhält die Anstalt vom Bund Mobilien zu Eigentum oder zur Nutzung, so ist dies ebenfalls im Gesetz zu regeln (im Rahmen des öffentlichen Rechts). Beispiele: Artikel 40c ETH-Gesetz, Artikel 15 MSG.

**Immaterialgüterrechte:** Werden im Rahmen der Anstalt Immaterialgüter (z.B. Patente, Urheberrechte) geschaffen, so sind insbesondere das Eigentum (in der

Regel bei der Anstalt), die Verwendung und eine allfällige Gewinnbeteiligung der Personen, welche die Immaterialgüter geschaffen haben, zu regeln. Beispiele: Artikel 19 EHB-Verordnung, Artikel 36 ETH-Gesetz.

**Versicherungspflicht:** Ist eine Befreiung von Versicherungsobligatorien oder die Schaffung einer Versicherungspflicht vorgesehen, so ist dies gesetzlich zu regeln. Beispiele: Artikel 15 Absatz 5 MSG (Kompetenzdelegation).

**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 in der Regel in den Aufgabenerlass (vgl. aber auch die Bemerkungen zu Art. 26 Abs. 4 Mustererlass). Zusammen mit einem neuen Organisationserlass können bereits bestehende Aufgabenerlasse geändert bzw. Sonderregelungen zu Verfahren und Rechtsschutz statuiert werden (vgl. Art. 28 bzw. 30 Mustererlass). Zu prüfen ist, ob übergangsrechtliche Bestimmungen notwendig sind (wie Zuständigkeit zur Beurteilung von Beschwerden im Bereich der alten Verwaltungseinheit und das anwendbare Recht). Ist die Anstalt zur Beschwerde berechtigt, so ist dies speziell zu regeln. Beispiele: Artikel 37 und 37a ETH-Gesetz. Weiter ist allenfalls Artikel 14 VwVG (Zuständigkeit zur Zeugeneinvernahme) zu ergänzen.

**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, 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. Beispiele: Artikel 27 MSG i.V.m. Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe f BöB; Artikel 26 EIMG i.V.m. Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe g BöB. – 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).<sup>123</sup>

**Evaluation:** Wenn ein konkretes Interesse daran besteht, kann eine Evaluationsklausel vorgesehen werden. Vgl. dazu auch Artikel 170 BV, Artikel 141 ParlG, Artikel 5 SuG. Beispiele: Artikel 38 E-PrävG, Artikel 35 SERVG.

**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. 7 Bst. c Mustererlass). Die

<sup>123</sup> 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).



Zulässigkeit und die Rahmenbedingungen für eine Subdelegation sind zwingend zu beachten.

**Qualitätssicherung:** Artikel 10a ETH-Gesetz.

**Betriebsorganisation:** Regionale Verankerung, Konzern-/ Holdingstrukturen/ Zweigniederlassungen. Beispiele: Zusammensetzung des Schweizerischen Nationalmuseums (Art. 6 MSG), Regionalinstitute des EHB (Art. 3 Abs. 2 EHB-Verordnung), Agenturen der SUVA (Art. 65 UVG<sup>124</sup>), Umschreibung des ETH-Bereichs (Art. 1 ETH-Gesetz).

**Koordinationsfragen:** Weitere befristete Regelungen können aufgrund der Auslagerung von Aufgaben bzw. der Errichtung der Anstalt notwendig werden, insbesondere bezüglich Koordination. Beispiel: Artikel 38 SERVG (Übergangsrecht für bestehende Garantien).

**Befristete Zurverfügungstellung von Immobilien:** Werden Immobilien befristet zur Verfügung gestellt, so ist in Anlehnung an Artikel 21 dieses Mustererlasses eine entsprechende Übergangsregelung zu schaffen. Beispiel: Artikel 41 EHB-Verordnung.

**Personalinformationssystem (Datenschutz<sup>125</sup>):** 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) wurde eine Änderung des BPG vorgeschlagen. Demnach sollen Artikel 27a–27c BPG aufgehoben und durch einen neuen Artikel 27 (Personaladministration) ersetzt werden (BBJ 2016 311 [Botschaft] und BBJ 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 Bestimmung<sup>126</sup> in

<sup>124</sup> Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung (UVG, SR 832.20)

<sup>125</sup> Andere Datenschutzbestimmungen finden sich i.d.R. im Aufgabenerlass. Vgl. zum Beispiel zum Umgang mit Personendaten in Forschungsprojekten die Artikel 36c ff. E-ETH-Gesetz.

<sup>126</sup> [hier: Art. 10a] Personaladministration

<sup>1</sup> 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;

den Organisationserlass aufzunehmen. Zur Kommentierung kann auf die entsprechenden Erläuterungen in der Botschaft zum Ausgleichsfondsgesetz, Änderung des BPG, verwiesen werden (BB1 2016 342 ff.).

- e. die Erhaltung und Verbesserung der Qualifikation der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter;
- f. die Planung, Steuerung und Kontrolle durch Datenanalysen, Vergleiche, Berichterstattung und Massnahmenplanung.

<sup>2</sup> 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;
- 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.

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

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

<sup>5</sup> 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.

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