

PROF. DR. IUR. GEORG MÜLLER

em. Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht
und Gesetzgebungslehre
an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

5018 Erlinsbach,
Sugenreben 10
Tel. 062 844 38 73
Fax 062 844 42 04
E-Mail: georg-mueller@sunrise.ch

PD DR. IUR. STEFAN VOGEL

Privatdozent für Staats- und Verwaltungsrecht
sowie Verwaltungswissenschaft
an der Universität Zürich

8117 Fällanden,
Dübendorfstr. 11c
E-Mail: stefan_vogel@bluewin.ch

Rechtsgutachten zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Randnutzung von Software im Verwaltungsvermögen, insbesondere der Veröffentlichung und Verbreitung von Open-Source- Software durch Träger von Bundesaufgaben

Inhaltsverzeichnis:

1. Ausgangslage, Fragestellung und Problemanalyse	2
2. Grundlagen	4
2.1. Wirtschaftliche Natur einer Tätigkeit.....	4
2.2. Arten der wirtschaftlichen Tätigkeit	6
2.3. Administrative Hilfstätigkeit/Bedarfsverwaltung	7
2.3.1. Charakterisierung	7
2.3.2. Abgrenzung zum Beschaffungswesen	8
2.3.3. Leistungen an Dritte	9
3. Vereinbarkeit wirtschaftlicher Tätigkeiten des Staates mit Art. 27 und 94 BV	10
3.1. Grundrechtlicher Abwehranspruch?	10
3.2. Grundsatz der Privatwirtschaft.....	10
3.3. Öffentliche Unternehmen.....	12
3.4. Nebentätigkeiten der Verwaltung	13
3.5. Randnutzung des Verwaltungsvermögens	14
3.6. Vereinbarkeit staatlicher Wirtschaftstätigkeiten mit der Wettbewerbsneutralität	15
4. Weitere Vorgaben der Bundesverfassung.....	16
5. Konkretisierung durch das Finanzhaushaltsgesetzes (FHG)	16
5.1. Entstehungsgeschichte der Regelung im FHG.....	16
5.2. Auslegung des in Art. 41 f. FHG verwendeten Begriffs des Dritten.....	18
5.2.1. Abgrenzung von staatlicher Eigenproduktion und privatem Markt.....	18
5.2.2. Notwendige Differenzierungen bei den (potentiellen) Empfängern.....	19
5.2.3. Massgebliche Kriterien.....	22
5.3. Mögliche Anbieter der wirtschaftlichen Leistungen	22
6. Erbringen von wirtschaftlichen Leistungen durch die eidgenössischen Gerichte.....	23
6.1. Identische Grundregeln	23
6.2. Vereinbarkeit mit der Justizverfassung	23
6.3. Fazit	24
7. Beurteilung von OSS-Lösungen im Besonderen	24

7.1. Grundlagen von OSS	24
7.2. Wirtschaftsverfassungsrechtliche Einordnung und Beurteilung	25
7.3. Zulässigkeit der Nutzung und Weiterentwicklung bestehender OSS-Lösungen.....	27
7.4. Zulässigkeit der eigenständigen Lancierung von OSS.....	28
7.5. Zwischenformen	29
8. Zusammenfassung/Beantwortung der gestellten Fragen	30

1. Ausgangslage, Fragestellung und Problemanalyse

In seiner Antwort vom 20. Februar 2013 zur Interpellation von Nationalrat Thomas Weibel vom 14. Dezember 2012 hält der Bundesrat abschliessend fest, es sei nun die rechtliche Lage zu klären. Er lasse zu diesem Zweck ein entsprechendes juristisches Gutachten erstellen. Dieses solle Aufschluss darüber geben, ob und gegebenenfalls unter welchen Bedingungen die Bundesverwaltung Open-Source-Softwarelösungen weitergeben dürfe. In diesem Zusammenhang hat das Informatiksteuerungsorgan des Bundes (ISB) in Absprache mit dem Bundesamt für Justiz (BJ) die Unterzeichnenden mit der Ausarbeitung eines Rechtsgutachtens beauftragt und folgende Fragen formuliert:

1. Kann der Bund Software, die durch eine Dienststelle der Bundesverwaltung oder in ihrem Auftrag entwickelt wurde, als Open Source Software (OSS) (a) anderen Dienststellen des Bundes, (b) kantonalen und kommunalen Dienststellen, (c) Gerichten, (d) Privaten, (e) öffentlichen Verwaltungen anderer Länder zur Verfügung stellen, sofern damit keine Immaterialgüterrechte verletzt werden? Welche ordnungspolitischen Grundsätze müssen bei der Veröffentlichung von Open Source Software durch die Bundesverwaltung eingehalten werden? Welche rechtlichen Vorgaben bestehen im Zusammenhang mit der Weitergabe von Open Source Software und Befürchtungen einer damit verbundenen Konkurrenzierung der Privatwirtschaft?
2. Kommt es bei der Beurteilung der Frage 1 darauf an, ob der Bund die OSS gegen Entgelt oder gratis zur Verfügung stellt? Inwiefern darf der Bund dabei Beratungsdienstleistung zuhanden der Dienststellen unter Ziff. 1 entgeltlich/unentgeltlich anbieten?
3. Darf der Bund für die Veröffentlichung von OSS einen Zusatzaufwand (Dokumentation, Erfahrungsaustausch, Beratung, weitere...) leisten, ohne von den Dritt-Nutzern eine Gegenleistung zu verlangen? Insbesondere: Ist es zulässig, die zur Verfügung gestellte OSS ohne Gegenleistung von Dritt-Nutzern zu warten und weiterzuentwickeln, obwohl dies auch in deren Interesse liegt?

4. Sind die Fragen 1-3 gleich zu beantworten, wenn eine Einheit der dezentralen Bundesverwaltung die OSS zur Verfügung stellt?
5. Sind die Fragen 1-3 gleich zu beantworten, wenn das Bundesgericht, das Bundesverwaltungsgericht, das Bundesstrafgericht oder das Bundespatentgericht die OSS zur Verfügung stellt?
6. Können Stellen des Bundes (Verwaltungseinheiten oder Gerichte) sich mit Stellen der Kantone oder Gemeinden in Konsortien zusammenschliessen, um gemeinsam Software zu entwickeln oder entwickeln zu lassen und gemeinsam zu nutzen, zu warten und weiterzuentwickeln? Welche Rechtsgrundlagen braucht es hierfür?

Ergänzende Fragen der GPK:

7. Handelt es sich insbesondere bei der Weitergabe der OpenJustitia-Software des Bundesgerichts an die Kantone und an Private um gewerbliche Leistungen im Sinne von Art. 41 FHG? Genügen Art. 12 Abs. 4 FHG und die E-Governmentstrategie Schweiz als gesetzliche Grundlage?
8. Steht die Weitergabe der OpenJustitia-Software des Bundesgerichts an die Kantone und an Private im Einklang mit den Grundsätzen der Wirtschaftsordnung gemäss Art. 94 BV?
9. Ist es staatsrechtlich von Bedeutung bzw. wird allenfalls der Grundsatz der Unabhängigkeit der Justiz tangiert, wenn durch die Weitergabe von Gerichtssoftware an kantonale Gerichte geschäftliche Beziehungen, allenfalls sogar Abhängigkeiten zwischen oberer und unterer Instanz entstehen können?
10. Wie ist die Rechtsstellung des Bundesgerichts in einem allfälligen kommerziellen Rechtsstreit zu beurteilen? Ist es staatsrechtlich unbedenklich, dass die Möglichkeit einer Involvierung des Bundesgerichts als letztinstanzlich urteilendes Gericht in einem solchen Rechtsstreit besteht?

Am 23. Januar 2014 hat beim ISB eine Aussprache mit Vertretern des Bundesgerichts stattgefunden und am 13. März 2014 erfolgte ein Austausch mit Dr. Matthias Stürmer, Institut für Wirtschaftsinformatik der Uni Bern. Die Ergebnisse dieser Gespräche wurden im Gutachten mit berücksichtigt und verarbeitet.

Weitere spezifische Fragen wurden gesondert durch das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum (IGE) beantwortet.¹

Um die gestellten Fragen zu beantworten, muss zuerst geklärt werden, um was für eine Tätigkeit es sich bei der Veröffentlichung bzw. Verbreitung von OSS durch Organe des Bundes handelt. Zu diesem Zweck sind die verschiedenen Arten von (wirtschaftlichen) Tätigkeiten, die im vorliegenden Zusammenhang eine Rolle spielen können, gegeneinander abzugrenzen und ihre Vereinbarkeit mit der Wirtschaftsfreiheit sowie weiteren Vorgaben der Bundesverfassung (BV) zu untersuchen. Anschliessend wird die Regelung des Finanzhaushaltsgesetzes (FHG) erörtert, welche die für die Frage der Zulässigkeit der wirtschaftlichen Tätigkeiten von Organen des Bundes massgebenden Bestimmungen der BV konkretisiert. Hierauf wird geprüft, ob und wieweit die Regelungen der BV und des FHG gegen wirtschaftliche Tätigkeiten der eidgenössischen Gerichte sprechen. Es folgt eine Untersuchung über die Rechtsnatur und Einordnung von OSS. Im Zentrum steht dabei die Frage, inwieweit die Veröffentlichung bzw. Verbreitung von OSS eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellt und unter welchen Voraussetzungen sie zulässig ist. Am Schluss des Gutachtens findet sich eine zusammenfassende Beantwortung der gestellten Fragen.

2. Grundlagen

2.1. Wirtschaftliche Natur einer Tätigkeit

Die Abgrenzung privatwirtschaftlicher Tätigkeiten von solchen der leistenden Verwaltung ist nicht immer einfach. Oft wird wirtschaftliches Staatshandeln mit der Tätigkeit öffentlicher Unternehmen gleichgesetzt, was jedoch eine verkürzte Betrachtungsweise darstellt. Auch Verwaltungseinheiten können sich wirtschaftlich betätigen. Für die Beurteilung muss auf die spezifische Natur einer bestimmten Tätigkeit abgestellt werden. Dabei lassen sich die in anderen Regelungsbereichen (wie z.B. Art. 2 f. KG oder Art. 61 Abs. 2 OR) verwendeten Definitionen für die Beantwortung der hier interessierenden verfassungsrechtlichen Fragestellung nur beschränkt heranziehen. So stimmt insbesondere der Begriff der gewerblichen Verrichtung von öffentlichen Beamten oder Angestellten im Sinne von Art. 61 Abs. 2 OR nicht mit dem wirtschaftsverfassungsrechtlichen Begriff der (privat-)wirtschaftlichen Tätigkeit des Gemeinwesens überein, weil er kasuistisch gewachsen und primär durch die Frage geprägt ist, ob für die Haftung kantonales

¹ Open Source Software in der Bundesverwaltung, Gutachten des IGE vom 14. Februar 2014.

Recht oder Bundeszivilrecht anwendbar ist.² Im Wirtschaftsverfassungsrecht sind dagegen vor allem ordnungspolitische und ökonomische Überlegungen massgebend. Unter wirtschaftlicher Tätigkeit versteht man deshalb ganz allgemein das Erbringen marktfähiger Leistungen an Dritte. Die Gewinnabsicht oder die Entgeltlichkeit sind zwar typisch, aber nicht begriffswesentlich.³ Die Gefahr einer Verzerrung des Wettbewerbs ist bei unentgeltlichen oder (quer-)subventionierten Angeboten von staatlichen oder staatlich beherrschten Organisationen sogar grösser als bei gewinnorientierten Tätigkeiten.⁴ Die Gewinnerorientierung sorgt per se für ein Minimum an Wettbewerbsneutralität. Dass eine Leistung unentgeltlich erbracht wird, ändert zudem wenig an deren Inhalt und macht diese – materiell betrachtet – nicht automatisch zu einer Verwaltungstätigkeit. Soweit der Staat eine private Wirtschaftstätigkeit substituiert, spricht dies unabhängig von den verfolgten Zielen für die wirtschaftliche Natur des Handelns. Das gilt in besonderem Masse für Leistungen, die in keinem klaren Bezug zu einer staatlichen Aufgabe stehen. Vom wirtschaftlichen Charakter einer bestimmten Leistung des Staates ist somit auszugehen, wenn diese in der Regel primär durch private Wettbewerber am Markt erbracht wird. Wirtschaftliche Tätigkeit erweist sich mit anderen Worten als *Anbieten einer marktfähigen Leistung an einen relativ offenen Kreis*⁵ von Bezüglern.⁶

² Vgl. z.B. BGE 122 III 101, 104 ff.; 128 III 76, 78 ff.; 133 III 462, 465 ff.

³ *Beat Krähenmann*, Privatwirtschaftliche Tätigkeit des Gemeinwesens, Basler Diss., Basel/Frankfurt a.M. 1987, S. 12. Die Beauftragte der Bundesregierung für Informationstechnik führt in ihrem Bericht "Rechtliche Aspekte der Nutzung, Verbreitung und Weiterentwicklung von Open-Source-Software" (Begleitdokument zum Migrationsleitfaden 4.0) vom März 2012 (http://www.cio.bund.de/SharedDocs/Publikationen/DE/Architekturen-und-Standards/migrationsleitfaden_4_0_rechtliche_aspekte_download.pdf?__blob=publicationFile, besucht am 22.03.2014), S. 50, aus, die Weitergabe von Software an Dritte durch eine Gemeinde sei immer als wirtschaftliche Betätigung anzusehen, wenn sie keine hoheitliche Tätigkeit darstelle. Wirtschaftliche Tätigkeit liege schon dann vor, wenn die Gemeinde am Austausch von Leistungen und ggf. Gegenleistungen auf einem bestimmten Markt teilnehme. Darunter falle die – auch unentgeltliche – Weitergabe von Software. Unerheblich sei, ob die Kommune ihre Tätigkeit in der Absicht, Gewinn zu erzielen, ausübe. Widersprüchlich ist in dieser Hinsicht die Botschaft zur Änderung des Finanzhaushaltgesetzes und weiterer Erlasse vom 30. September 2009, BBl 2009 7207: Einerseits wird die "gewerbliche Leistung" als "entgeltliche Lieferung von Gütern und Dienstleistungen" bezeichnet, die nicht die Erfüllung öffentlicher Aufgaben bezweckt (7219); andererseits wird – aufgrund des verfassungsrechtlichen Gebots der Wettbewerbsneutralität – vorgeschlagen, in Art. 41a FHG u.a. die Anforderung zu statuieren, dass die gewerbliche Leistung zu mindestens kostendeckenden Preisen erbracht werden müsse (7220). Eine solche *Mindestvorgabe* muss konsequenterweise auch den (Extrem-)Fall der Unentgeltlichkeit abdecken. Ein anderes Verständnis, wonach ungenügende Kostendeckung verboten, gänzliche Kostenlosigkeit dagegen erlaubt ist, wäre mit dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität nicht in Einklang zu bringen und würde sich als sinnwidrig erweisen.

⁴ *Peter Hänni/Andreas Stöckli*, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 2013, Rz. 1734.

⁵ Bei einer rein verwaltungsinternen Leistungserstellung liegt ein Fall von administrativer Hilfstätigkeit bzw. Bedarfsverwaltung vor, dazu unter Ziff. 2.3.

⁶ *Johannes Reich*, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, Basler. Diss., Zürich/St. Gallen 2011, Rz. 909; *René Rhinow/Gerhard Schmid/Giovanni Biaggini/Felix Uhlmann*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011, § 18 Rz. 10; *Felix Uhlmann*, Gewinnerorientiertes Staatshandeln, Diss., Basel/Frankfurt a.M. 1997, S. 18 f.; *Stefan Vogel*, Der Staat als Marktteilnehmer, Voraussetzungen der Zulässigkeit wirtschaftlicher Tätigkeit des Gemeinwesens in Konkurrenz zu Privaten, Diss., Zürich 2000, S. 22.

2.2. Arten der wirtschaftlichen Tätigkeit

Hauptanwendungsfall wirtschaftlicher Staatstätigkeiten bilden *öffentliche Unternehmen*. Während sich diese früher schwergewichtig in Gebieten betätigten, in denen der Staat über ein rechtliches oder faktisches Monopol verfügt(e), kommt es aufgrund der Liberalisierung und Marktöffnung in diesen Bereichen heute zunehmend zu Konkurrenzsituationen zwischen Staatsbetrieben und Privatwirtschaft. Das verstärkt zwar das wettbewerbspolitische Konfliktpotential. Trotzdem blieben bis heute grössere (materielle) Vollprivatisierungen aus. Im Vergleich zum angrenzenden Ausland verfügt die Schweiz damit über einen relativ stabilen, umfangmässig aber nicht allzu stark ins Gewicht fallenden Staatssektor.⁷

Dass in den letzten Jahren auch *Verwaltungseinheiten* vermehrt wirtschaftlichen Tätigkeiten nachgehen, hat verschiedene Gründe. Vor allem die Idee des New Public Management hat zu einer verstärkten Orientierung der Verwaltung an (privat-)wirtschaftlichen Arbeitsmethoden geführt.⁸ Von einer *wirtschaftlichen Nebentätigkeit* spricht man in der Lehre, wenn eine staatliche Organisation wirtschaftliche Leistungen neben einer Verwaltungshauptaufgabe erbringt. Typisch für diese Geschäfte ist, dass sie einen engen materiellen Bezug zur Verwaltungshauptaufgabe aufweisen, der für die Beurteilung der Zulässigkeit von zentraler Bedeutung ist.

Werden Verwaltungsinfrastrukturen bzw. -mittel über ihren primären Verwendungszweck hinaus auch noch wirtschaftlich genutzt, ohne dass damit die verwaltungsbezogene Zielsetzung nachteilig tangiert wird, hat man es mit einer sog. *Randnutzung* zu tun.⁹ Bei dieser wird ein wirtschaftlich verwertbares (Rest-)Potential des Verwaltungsvermögens genutzt, das ansonsten brachliegen würde. Im Unterschied zu einer eigentlichen Nebentätigkeit beschränkt sich die Randnutzung auf eine reine Verwertungstätigkeit. Die Motivation dafür kann sowohl finanzieller wie auch ideeller Natur sein.

⁷ Hänni/Stöckli (Anm. 4), Rz. 1696.

⁸ Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann (Anm. 6), § 3 Rz. 112.

⁹ Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann (Anm. 6), § 18 Rz. 20; Uhlmann (Anm. 6), S. 100 f.

2.3. Administrative Hilfstätigkeit/Bedarfsverwaltung

2.3.1. Charakterisierung

Administrative Hilfstätigkeit bzw. Bedarfsverwaltung beinhaltet die verwaltungsinterne Bereitstellung der für die Erfüllung der Verwaltungsaufgaben erforderlichen (Hilfs-)Mittel wie z.B. Räumlichkeiten, Drucksachen oder EDV.¹⁰ Als Bezüger solcher (Hilfs-)Leistungen treten ausschliesslich staatliche Organisationen auf. Es handelt sich um Tätigkeiten *ohne direkte Aussenwirkung*,¹¹ geht es doch – wie sich schon aus dem Begriff ergibt – ausschliesslich darum, den Bedarf der Verwaltungseinheiten zu decken, nicht aber für Dritte ausserhalb der Verwaltung Sachgüter zu produzieren oder Leistungen zu erbringen. Weil die Bedarfsverwaltung keine (direkte) Aussenwirkungen hat, benötigt sie keine eigenständige gesetzliche Basis. Sie bezieht ihre Rechtfertigung aus den rechtlichen Grundlagen der Staatsaufgabe(n), deren Erfüllung sie dient.¹²

Obwohl die Verwaltungseinheiten, welche Leistungen im Bereich der Bedarfsverwaltung erbringen, nicht am Markt auftreten, kommen ihre Aufgaben einer wirtschaftlichen Tätigkeit sehr nahe. In aller Regel dürften sich die Leistungen als marktfähig erweisen und es wird in technischer wie organisatorischer Hinsicht mit Methoden privater Produktionswirtschaft gearbeitet. Deshalb handelt es sich nicht um Verwaltungsaktivitäten im engeren Sinn, sondern um nicht vollwertige Wirtschaftstätigkeiten im Vorfeld von Verwaltungsaufgaben.¹³

¹⁰ Tobias Jaag, Bedarfsverwaltung, in: Rolf Sethe u.a. (Hrsg.), Kommunikation, Festschrift für Rolf Weber zum 60. Geburtstag, Bern 2011, S. 544 ff.; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 4 Rz. 8.

¹¹ Jaag (Anm. 10, S. 547) grenzt die Leistungs- von der Bedarfsverwaltung dadurch ab, dass der Staat bei der ersteren Leistungen an Private erbringe, während es bei der Bedarfsverwaltung um die Bereitstellung der Einrichtungen der Leistungsverwaltung gehe; Bedarfsverwaltung und wirtschaftliches Staatshandeln würden sich dadurch unterscheiden, dass bei der Bedarfsverwaltung Güter und Dienstleistungen zugunsten des Staats produziert würden, während wirtschaftliches Staatshandeln für Dritte erfolge (S. 548 f.). Vgl. auch Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 29. März 1995, VPB 60.1, Ziff. 4; Paul Richard Müller, Das öffentliche Gemeinwesen als Subjekt des Privatrechts, Diss., Zürich/St. Gallen 1970, S. 35; Tschannen/Zimmerli/Müller (Anm. 10), § 4 Rz. 9. – Das Kriterium der Aussenwirkung spielt auch im öffentlichen Beschaffungsrecht eine zentrale Rolle: Öffentliche Aufträge müssen nicht ausgeschrieben werden, wenn es sich um eine "In-house-Vergabe" handelt, d.h. wenn eine Vergabestelle die Leistungen bei einer Stelle beschafft, die zum gleichen Rechtsträger gehört (vgl. die Hinweise bei Hänni/Stöckli [Anm. 4], Rz. 709).

¹² Jaag (Anm. 10), S. 554; Tschannen/Zimmerli/Müller (Anm. 10), § 19 Rz. 29. Dagegen dürfen Verwaltungseinheiten gewerbliche Leistungen an Dritte nur erbringen, wenn ein Gesetz sie hierzu ermächtigt (Art. 41 FHG).

¹³ Vogel (Anm. 6), S. 18. Vgl. aber auch Krähenmann (Anm. 3), S. 2; P.R. Müller (Anm. 11), S. 126.

2.3.2. Abgrenzung zum Beschaffungswesen

Als Alternative zur Eigenproduktion kann sich der Staat die für die Aufgabenerfüllung notwendigen Mittel auf dem Wege der öffentlichen Beschaffung bei privaten Anbietern besorgen. Ein Zwang hierfür besteht allerdings nicht.¹⁴ Vielmehr ist der Staat grundsätzlich frei in der Entscheidung, ob er eine Leistung selber erbringt oder auf dem privaten Markt beschafft. Immerhin legen Zweckmässigkeitsüberlegungen und ökonomische Gesichtspunkte nahe, das jeweils effizienteste und effektivste Vorgehen zu wählen. So können z.B. die zuständigen Behörden in Bund, Kantonen und Gemeinden die Planung und Projektierung von Strassen einer Verwaltungseinheit oder einer privaten Planungs- und Ingenieurunternehmung übertragen. Die Ausführung der Bauten ist dagegen aus wirtschaftlichen Gründen praktisch immer Sache von privaten Bauunternehmungen. Zusätzliche eigene Produktionsmittel sollte die Verwaltung nur aufbauen, wenn sich dies aus Gründen der Versorgungssicherheit aufdrängt oder zumindest langfristig zu Einsparungen führt. Die Möglichkeit, durch privatwirtschaftliche Nebentätigkeiten für eine genügende Auslastung der Ressourcen zu sorgen und gewisse Zusatzeinkünfte zu erzielen, darf dabei keine Rolle spielen. Das Anliegen, bereits vorhandene Kapazitäten möglichst gut auszulasten, erscheint dagegen weniger problematisch, jedenfalls sofern deren Aufbau in zulässiger Weise erfolgt ist.

Das Beschaffungswesen öffentlicher Stellen ist in den letzten Jahrzehnten stärker reguliert worden. Anlass dafür bildeten der Beitritt der Schweiz zum WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA) von 1994¹⁵ sowie der Abschluss des Abkommens über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens mit der EU im Jahr 1999^{16, 17}. Umgesetzt wurden diese Vorgaben auf Bundesebene durch das BöB¹⁸ und für die Kantone in der IVöB¹⁹. Eine Beschaffung kann dabei auch durch mehrere Gemeinwesen zusammen erfolgen. Unterstehen nicht alle Beteiligten denselben beschaffungsrechtlichen Regeln, kommen die Kollisionsvorschriften in Art. 2c VöB²⁰ und Art. 8 Abs. 3 IVöB zur Anwendung.²¹ Gemeinsame Beschaffungen erfordern zudem ein koordiniertes und konsistentes Vorgehen aller Beteiligten.²²

¹⁴ *Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann* (Anm. 6), § 19 Rz. 4.

¹⁵ SR 0.632.231.422.

¹⁶ SR 0.172.052.68.

¹⁷ *Marco Fetz*, Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes, Rz. 10 ff., in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, SBVR Bd. XI, 2. Aufl., Basel 2007.

¹⁸ Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) vom 16. Dezember 1994 (SR 172.056.1).

¹⁹ Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen.

²⁰ Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) vom 11. Dezember 1995 (SR 172.056.11).

2.3.3. Leistungen an Dritte

Wie bereits erläutert²³, kommt gerade die Bedarfsverwaltung wirtschaftlichem Handeln sehr nahe. Fällt das wichtigste Qualifikationskriterium – der fehlende Aussenbezug – weg, muss die betreffende Tätigkeit neu beurteilt werden.

Der Rahmen unselbstständiger Annextätigkeiten wird ein Stück weit bereits verlassen, wenn solche (Hilfs-)Leistungen auch *fremden Verwaltungen* erbracht werden. Damit erhält das Handeln eine gewisse Aussenwirksamkeit. Eigentliche Geschäfts- bzw. Marktbeziehungen dürften allerdings zumeist fehlen, sodass das Vorgehen eher als verwaltungsübergreifende Zusammenarbeit zu werten ist. Bei solchen Kooperationen bleibt der Leistungsaustausch, was die Anzahl Empfänger und den Umfang anbelangt, beschränkt. Zwar ist nicht auszuschliessen, dass sich auch Verwaltungseinheiten "wie Private" gegenüber treten und Leistungen nach rein wirtschaftlichen Kriterien austauschen. In solchen Fällen richtet sich das Angebot aber meistens nicht nur an Verwaltungseinheiten, sondern auch an Private. Für die Zuordnung einer Tätigkeit drängt sich deshalb eine differenzierte Betrachtung auf, welche den (potentiellen) Empfängerkreis und die rechtliche Grundlage der Leistungsbeziehung berücksichtigt.²⁴ Auch wenn man davon ausgeht, dass verwaltungsübergreifende administrative Hilfstätigkeiten die Wirtschaftsfreiheit grundsätzlich nicht tangieren, verändern die Aussenwirkungen ihren Charakter und damit auch die rechtsstaatlichen Anforderungen an diese. Sie müssen jedenfalls denjenigen Verfassungsprinzipien entsprechen, welche für (selbstständige) staatliche Tätigkeiten im Allgemeinen gelten. Gefordert ist insbesondere eine gesetzliche Grundlage. An deren Dichte und Bestimmtheit sind aber nicht allzu hohe Anforderungen zu stellen. Falls Verwaltungseinheiten des Bundes auch für kantonale Stellen administrative Hilfstätigkeiten ausüben, ist zusätzlich erforderlich, dass der Bund in dem betreffenden Aufgabenbereich über eine genügende Kompetenzgrundlage verfügt.

Werden auch *Privaten* derartige Leistungen erbracht, ändert sich die Qualität der Tätigkeiten entscheidend. Es liegt eine wirtschaftliche Betätigung vor, wobei – wie bereits erwähnt²⁵ – die

²¹ Dazu *Martin Beyeler*, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht, Habil., Zürich 2012, Rz. 76 ff.

²² *Daniela Lutz*, Wenn Gemeinden oder Kantone zusammen einkaufen, in: Kriterium Nr. 36 Jan. 2014, S. 1 f.

²³ Ziff. 2.3.1.

²⁴ Dazu hinten Ziff. 5.2.

²⁵ Ziff. 2.1.

Entgeltlichkeit keine Rolle spielt. In einem solchen Fall müssen alle verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für einen staatlichen Marktauftritt erfüllt sein.²⁶

3. Vereinbarkeit wirtschaftlicher Tätigkeiten des Staates mit Art. 27 und 94 BV

3.1. Grundrechtlicher Abwehrenspruch?

Zur Frage, ob Art. 27 BV einen *grundrechtlichen* Abwehrenspruch gegenüber staatlicher Wirtschaftstätigkeit beinhaltet, nimmt die herrschende Lehre und Praxis eine eher zurückhaltende Position ein. Ein Eingriff in Art. 27 BV kann danach vorliegen, wenn ein Privater durch das staatliche Angebot vom Markt geradezu verdrängt wird oder jedenfalls in einer Art und Weise getroffen wird, welche in der Wirkung faktisch einem herkömmlichen Grundrechtseingriff gleichkommt.²⁷ Andererseits ergibt sich aus Art. 27 BV nach vorherrschender Ansicht kein verfassungsrechtlicher Schutz vor einer schlichten Konkurrenzierung durch staatliche Anbieter.²⁸ Im Bund kommt dem Abwehrenspruch wegen der Massgeblichkeit der Bundesgesetze (Art. 190 BV) allerdings nur begrenzte Bedeutung zu, jedenfalls sofern sich das Vorgehen auf eine gesetzliche Grundlage stützen lässt.²⁹

3.2. Grundsatz der Privatwirtschaft

Mehr oder weniger unbestritten ist jedoch, dass Art. 27 i.V.m. Art. 94 BV die verfassungsrechtliche Grundentscheidung für eine staatsfreie Wirtschaftsordnung enthält, welche auf den Prinzipien der Privatautonomie und der Marktwirtschaft beruht.³⁰ Daraus leitet sich ein *objektiv-rechtliches* Gebot ab, wonach der Staat privatwirtschaftliche Tätigkeiten nicht ohne (zureichenden) Grund erbringen soll (Grundsatz der Privatwirtschaft bzw. der Staatsfreiheit der Wirtschaft).³¹ Eine staatliche Wirtschaftstätigkeit muss deshalb auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruhen, durch ein entsprechendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein und den

²⁶ Vogel (Anm. 6), S. 134.

²⁷ Hänni/Stöckli (Anm. 4), Rz. 1727; Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann (Anm. 6), § 18 Rz. 71.

²⁸ Hänni/Stöckli (Anm. 4), Rz. 1725 f.; Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann (Anm. 6), § 18 Rz. 68; BGE 138 I 378, 386.

²⁹ Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 2090.

³⁰ Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 174, 290.

³¹ Krähenmann (Anm. 3), S. 188; Reich (Anm. 6), Rz. 911; Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann (Anm. 6), § 18 Rz. 58.

Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachten.³² Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so stellt die wirtschaftliche Tätigkeit eine Staatsaufgabe dar, welche den Grundsatz der Privatwirtschaft nicht verletzt.³³

Insbesondere dem *Grundsatz der Gesetzmässigkeit* wird eine zentrale Bedeutung beigemessen.³⁴ Sowohl aus wirtschaftsverfassungs- wie aus organisationsrechtlicher Sicht ist diesbezüglich ein strenger Massstab angezeigt. Das *Spezialitätsprinzip* präzisiert, dass Träger von öffentlichen Aufgaben nicht ausserhalb ihres vom Gesetz umschriebenen Gebietes tätig sein und sich keine Geschäftsfelder erschliessen dürfen, welche im gesetzlichen (Leistungs-)Auftrag nicht vorgesehen sind.³⁵

Die staatliche Wirtschaftstätigkeit muss überdies in der Hauptsache durch ein *öffentliches Interesse* gerechtfertigt sein. Der Begriff des öffentlichen Interesses ist schwierig zu umschreiben. Es gibt keine allgemein gültigen Kriterien, nach denen ein Interesse als öffentlich qualifiziert werden kann; zudem ist der Begriff zeitlich und örtlich wandelbar. Eine Vielzahl von öffentlichen Interessen ist durch die Verfassung anerkannt und durch die Gesetzgebung sowie Lehre und Rechtsprechung konkretisiert worden³⁶; der Katalog ist aber nicht abschliessend.³⁷ "Die öffentliche Hand darf ... dort unternehmerisch tätig sein, wo der Markt Aufgaben, die im öffentlichen Interesse liegen, nicht erfüllt."³⁸ Blosses Gewinnstreben vermag staatliche Wirtschaftstätigkeit grundsätzlich nicht zu rechtfertigen.³⁹ Würden auch finanzielle Interessen genügen, so verlöre die Voraussetzung des öffentlichen Interesses ihre Begrenzungsfunktion, weil der Staat jede wirtschaftliche Tätigkeit ausüben könnte, sofern ihm diese lukrativ erscheint.⁴⁰ Das Ziel einer möglichst wirtschaftlichen Erfüllung von Staatsaufgaben ist dagegen durchaus ein (unselbststän-

³² Markus Schott, Staat und Wettbewerb, Der Schutz des institutionellen und des wirtschaftlichen Wettbewerbs vor staatlichen Beeinträchtigungen in der Schweiz und in der Europäischen Union, Habil., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 731.

³³ Siehe dazu Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann (Anm. 6), § 18 Rz. 55.

³⁴ Reich (Anm. 6), Rz. 913 f.

³⁵ Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann (Anm. 6), § 18 Rz. 112.

³⁶ So namentlich polizeiliche, soziale, planerische und wirtschaftspolitische Interessen, Schutz der Grundrechte, der Umwelt, der Natur, der Heimat usw.

³⁷ Dazu eingehend Martin Philipp Wyss, Öffentliches Interesse – Interesse der Öffentlichkeit? Das öffentliche Interesse im schweizerischen Staats- und Verwaltungsrecht, Berner Habil., Bern 2001; vgl. auch Felix Hafner, Staatsaufgaben und öffentliche Interessen – ein (un)geklärtes Verhältnis, in: BJM 2004, S. 282 ff., 291 ff.; Pierre Moor, Principe de l'activité étatique et responsabilité de l'Etat, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 16 Rz. 40 ff.

³⁸ Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann (Anm. 6), § 18 Rz. 75. Siehe auch Krähenmann (Anm. 3), S. 153 f., 172 ff.

³⁹ Hänni/Stöckli (Anm. 4), Rz. 1718, 1733; Krähenmann (Anm. 3), S. 153 f.; Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann (Anm. 6), § 18 Rz. 55, 75 ff.; Uhlmann (Anm. 6), S. 231 ff., je mit Hinweisen.

⁴⁰ VPB 2009.12, S. 222.

diges) öffentliches Interesse, was in verschiedenen Bestimmungen der Bundesgesetzgebung zum Ausdruck kommt. So haben nach Art. 3 Abs. 3 RVOG⁴¹ Bundesrat und Bundesverwaltung nach den Grundsätzen der Zweckmässigkeit und der Wirtschaftlichkeit zu handeln. Art. 12 Abs. 4 FHG⁴² verpflichtet Bundesrat und Verwaltung, den Bundeshaushalt nach den Grundsätzen der Gesetzmässigkeit, der Dringlichkeit und der Sparsamkeit zu führen sowie für einen wirksamen und wirtschaftlichen Einsatz der Mittel zu sorgen. Gemäss Art. 57 Abs. 1 FHG sind die Verwaltungseinheiten verantwortlich für die sorgfältige, wirtschaftliche und sparsame Verwendung der ihnen anvertrauten Kredite und Vermögenswerte. Finanzielle Überlegungen können jedoch immer nur im Zusammenhang mit der Erfüllung einer staatlichen Aufgabe, an der ein genügendes öffentliches Interesse besteht, eine Rolle spielen, nicht aber die Betätigung des Staates auf einem neuen Gebiet rechtfertigen. Der Rahmen für finanziell motivierte Innovationen wird somit durch das Spezialitätsprinzip gesteckt, welches den Aufgabenträger strikt an sein gesetzlich fixiertes Betätigungsfeld bindet.

Aus dem *Verhältnismässigkeitsgrundsatz* ergibt sich insbesondere die Anforderung, dass die privatwirtschaftliche Tätigkeit ein geeignetes und angemessenes Mittel ist, um das angestrebte Ziel zu erreichen.⁴³

3.3. Öffentliche Unternehmen

Die Schaffung eines öffentlichen Unternehmens stellt aus wirtschaftspolitischer wie organisatorischer Sicht einen bedeutsamen Schritt dar, der einer Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn bedarf.⁴⁴ Dabei kann sich der Gesetzgeber nicht allein auf den Kurationsakt beschränken, sondern muss auch das Betätigungsfeld festlegen und begrenzen. Das Gesetz hat die Aufgaben des Unternehmens zu benennen und deren Inhalt zu umreissen, jedenfalls sofern den entsprechenden Tätigkeiten eine gewisse Relevanz zukommt.⁴⁵

Die Zulässigkeit bestehender öffentlicher Unternehmen wird in Lehre und Praxis kaum bestritten, obwohl die wirtschaftspolitische Legitimationsbasis einer ganzen Reihe von öffentlichen

⁴¹ Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (SR 172.010).

⁴² Bundesgesetz über den eidgenössischen Finanzhaushalt (Finanzhaushaltgesetz) vom 7. Oktober 2005 (SR 611.0).

⁴³ Vogel (Anm. 6), S. 157 ff.

⁴⁴ Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann (Anm. 6), § 18 Rz. 65.

⁴⁵ Lisbeth Sidler, Aspekte einer gewinnstrebigen Staatstätigkeit, in: Gesetzgebung heute 1994/3, S. 22; BGE 138 I 378, 392.

Unternehmen (z.B. RUAG, Kantonalbanken) eher schmal ist und sich deren Existenz vor allem geschichtlich erklärt.⁴⁶ Einen verfassungsrechtlichen Sonderstatus geniessen wirtschaftliche Tätigkeiten auf Gebieten, in denen der Staat das Recht zur Monopolisierung hat.⁴⁷ Anlass zu Diskussionen gibt dagegen namentlich der Umstand, dass öffentliche Unternehmen, teilweise vor dem Hintergrund gesellschaftlicher oder technischer Entwicklungen (z.B. Verdrängung der Briefpost durch E-Mail-Verkehr), versuchen, in neue Tätigkeitsfelder vorzudringen und damit in Konflikt mit privaten Anbietern geraten.⁴⁸ Soweit an Tätigkeitserweiterungen kein eigenständiges öffentliches Interesse besteht, das gesetzlich zureichend verankert wird, begrenzt das Spezialitätsprinzip solche Entwicklungen. Es bindet den Aufgabenträger im Grundsatz an den gesetzlich fixierten Hauptaufgabenkreis.

3.4. *Nebentätigkeiten der Verwaltung*

Für wirtschaftliche Nebentätigkeiten der Verwaltung gelten im Wesentlichen dieselben Zulässigkeitskriterien wie für öffentliche Unternehmen. Ihr Umfang und damit ihre wirtschaftspolitische Relevanz mögen zwar geringer sein. Aufgrund der inhaltlichen und organisatorischen Verquickung mit Verwaltungsaufgaben besteht trotzdem eine erhebliche Gefahr, dass es zu Wettbewerbsverzerrungen kommt. Überdies handelt es sich – wie bei den Diversifikationsbestrebungen öffentlicher Unternehmen – oft um gänzlich neue Tatbestände einer wirtschaftlichen Staatstätigkeit, was – angesichts des damit verbundenen Konfliktpotentials – bei der Beurteilung der Zulässigkeit nicht ausser Acht gelassen werden darf und für einen eher strengen Massstab spricht.

Auch für Nebentätigkeiten ist eine gesetzliche Grundlage erforderlich. Soweit an der Tätigkeitserweiterung kein selbstständiges öffentliches Interesse besteht, hat der Gesetzgeber dabei im Wesentlichen nur die Frage zu beantworten, ob eine Verwaltungseinheit ermächtigt werden soll, derartige Geschäfte zu tätigen. Der mögliche Umfang ergibt sich bereits aus den gesetzlich fixierten Hauptaufgaben.⁴⁹ In diesem Sinn haben auch Nebentätigkeiten der Verwaltung das Spezialitätsprinzip zu wahren. Sie müssen einen engen Bezug zu den Hauptaufgaben aufweisen bzw. Vor- oder Nachleistungen zu diesen darstellen.⁵⁰ Eine finanziell motivierte Ausdehnung über den

⁴⁶ Vgl. *Vogel* (Anm. 6), S. 220 ff.

⁴⁷ *Vogel* (Anm. 6), S. 75 f.

⁴⁸ Illustrativ etwa BGE 138 I 378 ff.

⁴⁹ *Vogel* (Anm. 6), S. 237, 239.

⁵⁰ Die Vorgabe von Art. 41a Abs. 2 lit. a FHG erweist sich somit als zwingend. Missverständlich dagegen die Ausführungen in der Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über den eidgenössischen Finanzhaushalt (Finanzhaushaltgesetz, FHG) vom 24. November 2004, BBl 2005 81.

genannten Bereich hinaus bleibt auch dem Gesetzgeber verwehrt. Er kann und muss aber u.U. die Nebentätigkeiten einschränken, etwa zur Vermeidung von Interessenkonflikten oder von Risiken, die mit gewissen Geschäften verbunden sind. Im Sinne einer zusätzlichen Voraussetzung ist denn auch zu fordern, dass die Annexstätigkeiten die Erfüllung der Hauptaufgaben in keiner Weise gefährden.

Allgemeine gesetzliche Bestimmungen wie Art. 3 Abs. 3 RVOG oder Art. 12 Abs. 4 FHG, welche die Verwaltung lediglich zu einem möglichst wirtschaftlichen Mitteleinsatz anhalten, stellen für sich allein keine Grundlage für Nebentätigkeiten dar. Dafür fehlt diesen Normen die notwendige Bestimmtheit.⁵¹

3.5. *Randnutzung des Verwaltungsvermögens*

Bei der Randnutzung des Verwaltungsvermögens setzt die Lehre die Anforderungen zum Teil etwas herunter, weil sie die primäre Rechtfertigung dieser staatlichen Wirtschaftstätigkeiten im ökonomischen Prinzip erblickt.⁵² Das erscheint insofern vertretbar, als die zur Verfügung stehenden Restkapazitäten, welche für eine Nutzung durch Dritte überhaupt in Frage kommen, regelmässig eng beschränkt sind. Der Bundesgesetzgeber sieht in Art. 41 FHG dagegen vor, dass eine Grundlage auf Gesetzesstufe in jedem Fall, unabhängig von der Art und Bedeutung einer Tätigkeit, also auch für Randnutzungen des Verwaltungsvermögens, erforderlich ist.⁵³ Im konkreten Fall kann die wirtschaftsverfassungsrechtliche Relevanz einer Randnutzung auch dafür sprechen, dass die gleichen Anforderungen wie bei Nebentätigkeiten erfüllt sein müssen. Das trifft namentlich zu, wenn die zur Debatte stehenden Nutzungsmöglichkeiten inhaltlich oder umfangmässig besonders weit gehen, wenn die Abgrenzung von einer Nebentätigkeit schwer fällt oder wenn gewisse Wettbewerbsbeeinträchtigungen nicht auszuschliessen sind.⁵⁴

⁵¹ Das zeigt nicht zuletzt ein Vergleich mit Art. 41a Abs. 1 FHG, der bestimmte Verwaltungseinheiten bzw. Bundesämter aufzählt, welche gewerbliche Leistungen für Dritte erbringen können. Auch die Bestimmungen in anderen Gesetzen, welche Verwaltungseinheiten dazu ermächtigen, Dritten gewerbliche Leistungen zu erbringen, sind viel präziser gefasst als Art. 12 Abs. 4 FHG. Siehe z.B. Art. 148i des Bundesgesetzes über die Armee und die Militärverwaltung (Militärgesetz, MG) vom 3. Februar 1995 (SR 510.10) sowie die in der Botschaft Änderung FHG (Anm. 3), BBl 2009 7218, erwähnten Gesetzesbestimmungen.

⁵² *Uhlmann* (Anm. 6), S. 250 f.; *Vogel* (Anm. 6), S. 252 f.

⁵³ Botschaft FHG (Anm. 50), BBl 2005 81; Botschaft Änderung FHG (Anm. 3), BBl 2009 7219, 7233; kritisch dazu *Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann* (Anm. 6), § 18 Rz. 66.

⁵⁴ *Vogel* (Anm. 6), S. 252 f., 255.

Die Ausgestaltung der für die Erfüllung eingesetzten Mittel hat sich in qualitativer wie quantitativer Hinsicht grundsätzlich allein nach den Anforderungen der Verwaltungsaufgabe zu richten. Eine Erweiterung der Einsatzmöglichkeiten im Hinblick auf eine spätere Randnutzung darf keinen oder jedenfalls nur einen absolut untergeordneten Einfluss auf die Beschaffung haben. Verboten ist etwa, einer bestimmten Beschaffungsvariante einzig deshalb den Vorzug zu gewähren, weil sie sich im Ergebnis für eine Randnutzung besonders gut eignet. Auch die Kapazität der Hilfsmittel ist ausschliesslich danach zu bemessen, was für eine sachgerechte Aufgabenerfüllung notwendig ist.

3.6. Vereinbarkeit staatlicher Wirtschaftstätigkeiten mit der Wettbewerbsneutralität

Der Wirtschaftsfreiheit wirkt sich auch massgeblich auf die Ausgestaltung staatlicher Wirtschaftstätigkeiten aus. Einzuhalten ist insbesondere das Gebot der Wettbewerbsneutralität.⁵⁵ Danach ist jede rechtliche oder faktische Privilegierung wirtschaftlicher Aktivitäten des Staates im Grundsatz verboten. Der Staat hat sich im Zusammenhang mit der Erstellung und dem Vertrieb von Leistungen marktkonform zu verhalten; jegliche Wettbewerbsverzerrung muss vermieden werden. Die Tätigkeit darf insbesondere nicht durch öffentliche Gelder bzw. Aufwendungen (quer-)subventioniert, sondern muss auf Basis einer Vollkostenrechnung erbracht werden.⁵⁶ Dieses Erfordernis ergibt sich ausdrücklich auch aus Art. 41a Abs. 3 FHG.

Soweit eine wirtschaftliche Leistung im Rahmen einer in sich relativ geschlossenen, vorwiegend staats- bzw. verwaltungsrechtlich geprägten Austauschbeziehung zwischen Organisationseinheiten der öffentlichen Hand erbracht wird, besteht keine Verpflichtung zu einer marktkonformen Ausgestaltung, da es aufgrund der fehlenden Aussenwirkungen nicht zu Wettbewerbsverzerrungen kommen kann. Es verstösst nicht gegen die Wirtschaftsfreiheit, dass der Staat als Nachfrager einer Leistung, die auch von Privaten auf dem Markt angeboten wird, ausfällt, weil sie von einer Verwaltungseinheit erbracht wird. Der Grundsatz der Privatwirtschaft zwingt den Staat nicht dazu, die für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben benötigten Güter auf dem privaten Markt zu beschaffen. Im Rahmen von Austauschbeziehungen, welche sich innerhalb des staatlichen Verwaltungssektors abspielen, ist deshalb den Erfordernissen der Entgeltlichkeit und der Kostendeckung keine besondere Bedeutung beizumessen.

⁵⁵ Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann (Anm. 6), § 18 Rz. 106 ff.; Schott (Anm. 32), Rz. 732; Uhlmann (Anm. 6), S. 192 ff.

⁵⁶ Reich (Anm. 6), Rz. 871; Uhlmann (Anm. 6), S. 213 f., 217, 222; Vogel (Anm. 6), S. 211.

4. Weitere Vorgaben der Bundesverfassung

In der Lehre wird zum Teil auch die Auffassung vertreten, dass wirtschaftliches Staatshandeln gegen das *Subsidiaritätsprinzip* (Art. 5a BV) verstossen könne.⁵⁷ Da es sich bei Art. 5a BV um eine verfassungspolitische Verhaltensmaxime mit eher unscharfen Konturen handelt, welche zudem primär das Verhältnis zwischen Bund und Kantonen betrifft, lassen sich aus der Bestimmung nach herrschender Ansicht jedoch kaum weiterführende Aussagen ableiten.⁵⁸

Zumindest auf Bundesebene sorgt auch die verfassungsrechtliche *Kompetenzordnung* für einen gewissen Schutz der Privatwirtschaft. Der Bund muss für das Erbringen von wirtschaftlichen Leistungen über eine (Verfassungs-)Kompetenz für die Erfüllung der betreffenden Aufgabe verfügen.⁵⁹ Darüber hinausreichende Tätigkeitsfelder bleiben ihm generell verschlossen (Art. 3 bzw. Art. 42 BV).

Allgemeine *rechtsstaatliche* Anforderungen, welche für sämtliche Tätigkeiten der öffentlichen Hand gelten, ergeben sich schliesslich aus Art. 5 BV.

5. Konkretisierung durch das Finanzhaushaltsgesetzes (FHG)

5.1. Entstehungsgeschichte der Regelung im FHG

Das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für gewerbliche Leistungen, welche von Verwaltungseinheiten Dritten erbracht werden, statuierte das FHG bereits in seiner Fassung vom 7. Oktober 2005. In der Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über den eidgenössischen Finanzhaushalt (Finanzhaushaltsgesetz, FHG) vom 24. November 2004⁶⁰ wurde im Zusammenhang mit dieser neuen Bestimmung ausgeführt, nach einem Gutachten des Bundesamtes für Justiz dürften Verwaltungseinheiten Dritten gewerbliche Leistungen erbringen, sofern diese Leistungen mit den Hauptaufgaben der Verwaltungseinheit in einem engen Zusammenhang stehen, keine zusätzlichen sachlichen und personellen Mittel erfordern und die Erfüllung der

⁵⁷ Paul Richli, Grundriss des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts, Bern 2007, Rz. 676; ders., Zweck und Aufgaben der Eidgenossenschaft im Lichte des Subsidiaritätsprinzips, in: ZSR 1998/II, S. 260 ff., 295 ff.; Rolf H. Weber, Outsourcing von Informatik-Dienstleistungen in der Verwaltung, in: ZBl 1999, S. 99.

⁵⁸ Uhlmann (Anm. 6), S. 188 f.; BGE 138 I 378, 395.

⁵⁹ Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann (Anm. 6), § 18 Rz. 62.

Hauptaufgaben der Verwaltungseinheit nicht beeinträchtigen. Dabei seien für solche Leistungen mindestens kostendeckende Preise zu verlangen, was eine entsprechende Kostenträgerrechnung voraussetze. Gewerbliche Leistungen von Verwaltungseinheiten dürften demnach nur in eng begrenztem Rahmen erbracht werden, es sei denn, es bestünde eine spezialgesetzliche Grundlage, welche die Verwaltungseinheit zur Erbringung weitergehender Leistungen ermächtige. In der Praxis lasse sich jedoch kaum kontrollieren, ob die allgemeinen Voraussetzungen für die Erbringung gewerblicher Leistungen in geringem Umfang eingehalten würden. Deshalb solle Art. 41 FHG festlegen, dass gewerbliche Leistungen jeder Art von Verwaltungseinheiten nur erbracht werden dürften, wenn ein Gesetz sie hierzu ermächtige. Damit werde dem Verfassungsprinzip Rechnung getragen, wonach die Produktion von Gütern und das Erbringen von Dienstleistungen auf dem freien Markt grundsätzlich Sache der Privatwirtschaft sei.

Die neue Regelung über die gewerblichen Leistungen trat jedoch nicht mit den übrigen Bestimmungen des FHG am 1. Mai 2006 in Kraft, sondern erst nach dessen Teilrevision durch das Bundesgesetz vom 18. Juni 2010 auf den 1. Januar 2011.⁶¹ In der Botschaft zur Änderung des Finanzhaushaltsgesetzes und weiterer Erlasse vom 30. September 2009⁶² wurde das Aufschieben der Inkraftsetzung von Art. 41 FHG damit begründet, man habe zuerst prüfen müssen, ob es notwendig sei, für die von Verwaltungseinheiten erbrachten gewerblichen Leistungen eine neue Rechtsgrundlage zu schaffen und die entsprechenden Gesetzesrevisionen in die Wege zu leiten. In dieser Botschaft wird auch zum Begriff des "Dritten" Stellung genommen.⁶³ Nicht als Dritte einzustufen seien zunächst sämtliche Institutionen und Verwaltungseinheiten, die nach Art. 2 FHG unter den Geltungsbereich dieses Gesetzes fallen. Dazu gehörten insbesondere die Bundesversammlung einschliesslich ihrer Parlamentsdienste sowie die eidgenössischen Gerichte. Dezentrale Verwaltungseinheiten mit eigener Rechnung seien nach Art. 55 Abs. 1 lit. c FHG grundsätzlich in die konsolidierte Rechnung einzubeziehen; ausserdem gehörten sie nach Massgabe ihrer Organisationserlasse zur (dezentralen) Bundesverwaltung. Solche Institutionen seien daher – selbst wenn sie über eigene Rechtspersönlichkeit verfügten – nicht als (verwaltungsexterne) Dritte zu betrachten. Daraus sei abzuleiten, dass die Verwaltungseinheiten der zentralen Bundesverwaltung auch ohne besondere gesetzliche Grundlage gewerbliche Leistungen an andere Verwaltungseinheiten der zentralen Bundesverwaltung, Verwaltungseinheiten der dezentralen Bundesverwaltung mit oder ohne eigene Rechtspersönlichkeit, die Bundesversammlung einschliess-

⁶⁰ Botschaft FHG (Anm. 50), BBl 2005 81.

⁶¹ AS 2010 5003; Botschaft Änderung FHG (Anm. 3), BBl 2009 7207.

⁶² Botschaft Änderung FHG (Anm. 3), BBl 2009 7217 f.

lich ihrer Parlamentsdienste und die eidgenössischen Gerichte erbringen könnten. Hingegen handle es sich bei bundesnahen Unternehmungen (wie RUAG, SBB oder Swisscom), Kantonen und Gemeinden, fremden Staaten, internationalen Organisationen sowie privaten Marktteilnehmerinnen und Marktteilnehmern um Dritte im Sinne von Art. 41 FHG.

5.2. *Auslegung des in Art. 41 f. FHG verwendeten Begriffs des Dritten*

5.2.1. Abgrenzung von staatlicher Eigenproduktion und privatem Markt

Der Staat kann Güter und Dienstleistungen, die er für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe braucht, selbst herstellen bzw. erbringen oder sie auf dem Markt beschaffen, sofern es ein entsprechendes Angebot gibt. Ausschlaggebend für die Wahl zwischen den beiden Möglichkeiten sind primär Kriterien der Wirksamkeit und der Effizienz (Kosten-Nutzen-Verhältnis). Aus der Wirtschaftsfreiheit oder dem Verfassungsprinzip der Privatwirtschaft lässt sich keine Verpflichtung des Staates ableiten, die für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe notwendigen Mittel auf dem freien Markt zu beschaffen.⁶⁴

Verwaltungseinheiten, welche vom Staat benötigte Leistungen erbringen, die auch von Privaten angeboten werden, verstossen also nicht gegen den Grundsatz der Privatwirtschaft. Das gilt ebenso, wenn diese Güter und Dienstleistungen von anderen Verwaltungseinheiten und Organen des betreffenden Gemeinwesens genutzt werden. Es steht dem Gemeinwesen grundsätzlich frei, die Mittel für die Erfüllung von öffentlichen Aufgaben zentral oder dezentral zu produzieren oder eine Verwaltungseinheit zu beauftragen, die von ihr hergestellten Mittel auch anderen Einheiten zur Verfügung zu stellen. In diesen Fällen liegt keine Leistung an Dritte im Sinne des FHG vor, sondern eine "Eigenleistung".

⁶³ Botschaft Änderung FHG (Anm. 3), BBl 2009 7219 f.

⁶⁴ Dazu bereits vorne Ziff. 2.3.2.

5.2.2. Notwendige Differenzierungen bei den (potentiellen) Empfängern

Nach Art. 41 FHG dürfen Verwaltungseinheiten Dritten gewerbliche Leistungen nur erbringen, wenn ein Gesetz sie hierzu ermächtigt. Der Begriff des "Dritten" ist auslegungsbedürftig. Auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts steht gemäss bundesgerichtlicher Praxis die teleologische Auslegung im Vordergrund. Das Bundesgericht stellt in vielen Fällen primär auf Sinn und Zweck einer Gesetzesbestimmung ab, oder auf die Wertungen, die ihr zu Grunde liegen. Nach der zeitgemässen Auslegung sollen vor allem die gegenwärtigen tatsächlichen Verhältnisse und die heute herrschenden Wertvorstellungen massgebend sein. Das Bundesgericht stützt sich zum Teil aber auch auf eine historische Auslegung und zieht die Materialien bei, um den Sinn des Gesetzes aufgrund der Absichten der am Gesetzgebungsprozess beteiligten Organe zu ermitteln. Der Wille des historischen Gesetzgebers ist insbesondere bei neueren Gesetzen von erheblicher Bedeutung und darf nicht ohne weiteres übergangen werden.⁶⁵

Die in der Botschaft zur Änderung des Finanzhaushaltsgesetzes und weiterer Erlasse vom 30. September 2009⁶⁶ vertretene Auffassung, dass es sich bei Kantonen und Gemeinden, fremden Staaten, internationalen Organisationen sowie privaten Marktteilnehmerinnen und Marktteilnehmern um Dritte im Sinne von Art. 41 FHG handelt, denen gewerbliche Leistungen nur auf Grund einer spezialgesetzlichen Grundlage erbracht werden dürfen, weist zwar in die richtige Richtung, ist aber relativ undifferenziert und wird auch nicht näher begründet. Sie gibt u.E. den Sinn und Zweck der Bestimmung nicht korrekt wieder. Es wird zu wenig berücksichtigt, wie die Beziehungen zwischen den Verwaltungseinheiten und den Empfängern der Leistungen ausgestaltet sind, insbesondere ob das Leistungsverhältnis im Zusammenhang mit der gemeinsamen Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe steht und ob es über eine öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Basis verfügt. Ausgeblendet bleibt mit anderen Worten, dass bei der Abgrenzung zwischen Verwaltung bzw. administrativer Hilfstätigkeit und einem vollwertigen Marktauftritt (weitere) Abstufungen vorzunehmen sind.⁶⁷

In dieser Hinsicht nehmen namentlich die *Kantone* als Glieder und Vollzugskörper des Bundes verfassungsrechtlich eine besondere Stellung ein (vgl. Art. 44 ff. BV). Von einem analogen Verhältnis wie zwischen Bund und Privaten ist nur auszugehen, wenn sich die Beziehung zu einer

⁶⁵ Vgl. dazu Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 218, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

⁶⁶ Botschaft Änderung FHG (Anm. 3), BBl 2009 7220.

kantonale Verwaltungsstelle auf einen schlichten Warenaustausch beschränkt, welcher primär den einschlägigen Regeln des Privatrechts untersteht.⁶⁷ *Fremde Staaten* stehen der Bundesverwaltung dagegen kaum viel näher als Privatpersonen. Die bundesstaatliche Distanz gegenüber *Gemeinden* spricht ebenfalls eher dafür, sie im Verhältnis zur Bundesverwaltung grundsätzlich als Dritte einzustufen; eine unmittelbare Zusammenarbeit zwischen Bund und Gemeinden ist selten.

Auch der in der Botschaft skizzierte Kernbereich von Bundesstellen, welche nicht als Dritte gelten und deshalb in ihren Leistungsbeziehungen untereinander relativ frei sein sollen, ist sehr heterogen zusammengesetzt. So kann man sich durchaus fragen, ob es dem Sinn des Art. 41 FHG entspricht, nicht nur die Verwaltungseinheiten der zentralen Bundesverwaltung, sondern auch diejenigen der dezentralen Bundesverwaltung (mit oder ohne eigene Rechtspersönlichkeit) sowie die Bundesversammlung einschliesslich Parlamentsdienste und die eidgenössischen Gerichte nicht als Dritte zu qualifizieren. Sie werden zwar vom Geltungsbereich des FHG erfasst (Art. 2 FHG) und haben deshalb nach Art. 12 Abs. 3 FHG soweit möglich die Sach- und Finanzierungsentscheide aufeinander abzustimmen. Die Organisationsgewalt des Bundesrates geht allerdings nicht so weit, dass er die Bundesversammlung und die eidgenössischen Gerichte verpflichten könnte, gewisse für die Erfüllung ihrer Aufgaben notwendige Leistungen auch anderen Organen des Bundes zu erbringen oder umgekehrt Leistungen anderer Organe in Anspruch zu nehmen. Auch die Organisationsautonomie der dezentralisierten Verwaltungseinheiten spricht eher gegen einen Einbezug in ein System des Austausches bzw. der gemeinsamen Nutzung von Gütern und Dienstleistungen, die für die Erfüllung ihrer Aufgaben notwendig sind.

Dezentrale Organisationen gehören allerdings nach Art. 2 Abs. 3 RVOG⁶⁹ zur Bundesverwaltung. Zudem muss berücksichtigt werden, dass nicht nur bezüglich des Finanzhaushaltes, sondern auch bei der Aufsicht bzw. Oberaufsicht Gemeinsamkeiten zwischen der zentralen und der dezentralen Bundesverwaltung bestehen, welche die Möglichkeit eines relativ flexiblen Austausches von (gewerblichen) Leistungen nahelegen. Solche Leistungsbeziehungen dürften zudem regelmässig primär öffentlich-rechtlich geprägt sein, da die Frage der sachgerechten Erfüllung spezifischer öffentlicher Aufgaben im Vordergrund steht und es den Beteiligten vielfach auch an

⁶⁷ Dazu vorne Ziff. 2.3.3.

⁶⁸ Ansatzweise so auch Botschaft Änderung FHG (Anm. 3), BBl 2009 7219. Als Beispiel für eine öffentlich-rechtlich geprägte Zusammenarbeit vgl. etwa die Regelung betreffend Nationalstrassenunterhalt: Art. 49a Bundesgesetz über die Nationalstrassen (NSG) vom 8. März (SR 725.11) sowie Art. 47 ff. Nationalstrassenverordnung (NSV) vom 7. November 2007 (SR 725.111).

der für die Begründung eigentlicher Geschäftsbeziehungen erforderlichen Rechtspersönlichkeit fehlen dürfte. Selbst wenn es sich bei einzelnen Leistungsempfängern um juristische Personen handelt, bilden diese zusammen mit der Zentralverwaltung doch ein in sich zusammenhängendes relativ geschlossenes Aufgabensystem. Dabei tangiert ein Leistungsaustausch innerhalb des Systems den freien Wettbewerb letztlich nicht stärker als eine unmittelbare Eigenproduktion durch einzelne Glieder.

Anders zu beurteilen sind die *Aufgabenträger ausserhalb der Bundesverwaltung*. Diese gehören organisatorisch (weniger aufgrund ihrer Tätigkeit!) zwar ebenfalls zur Verwaltung (i.w.S.), verfügen aber regelmässig über eigene Rechtspersönlichkeit sowie eine gewisse (auch wirtschaftliche) Autonomie und erbringen häufig selber wirtschaftliche Leistungen am Markt. Dies spricht dafür, in diesem Verhältnis nicht von einer Verwaltungs-, sondern einer Geschäftsbeziehung auszugehen bzw. solche Aufgabenträger grundsätzlich als Dritte zu qualifizieren. Mit der Zuweisung der bundesnahen Unternehmungen wie RUAG, SBB, Swisscom und neuerdings wohl Post AG zu den "Dritten", denen gewerbliche Leistungen nur auf Grund einer spezialgesetzlichen Ermächtigung erbracht werden dürfen, bleibt der Privatwirtschaft ein gewichtiger Kundenkreis auf Bundesebene erhalten.

Dass die Bundesverwaltung der *Bundesversammlung* Leistungen zur Verfügung stellt, erscheint weder aussergewöhnlich noch problematisch. Deshalb ist es vertretbar, diesbezüglich nicht von einer Drittbeziehung auszugehen, zumal Legislative und Exekutive trotz Gewaltenteilung grundsätzlich zur Zusammenarbeit verpflichtet sind⁷⁰. *Gerichte* nehmen innerhalb der Bundesorgane dagegen eine Sonderposition ein, auf welche die Botschaft nicht weiter eingeht. Obwohl es sich u.E. nicht rechtfertigt, sie gegenüber Einheiten der Bundesverwaltung als Dritte einzustufen, kann nicht übersehen werden, dass sich die Justiz zur Wahrung ihrer Unabhängigkeit (Art. 191c BV) nicht zu stark an die Verwaltung binden darf. Dies beschränkt die Möglichkeiten für eine ausgedehntere Zusammenarbeit, spricht aber kaum gegen den gezielten Bezug einzelner Leistungen. Insofern erscheint ein Leistungsaustausch auch ohne besondere Gesetzesgrundlage zulässig, allerdings unter dem Vorbehalt, dass die Unabhängigkeit dadurch nicht wesentlich beeinträchtigt wird.

⁶⁹ Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG) vom 21. März 1997 (SR 172.010).

⁷⁰ Häfelin/Haller/Keller (Anm. 29), Rz. 1409.

5.2.3. Massgebliche Kriterien

Ausschlaggebend für die Abgrenzung von Verwaltungseinheiten und Organisationen des Bundes, denen andere Verwaltungseinheiten des Bundes ohne Ermächtigung des Gesetzgebers gewerbliche Leistungen erbringen dürfen, ist nach dem Gesagten in erster Linie, ob es dabei um Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Erfüllung von Bundesaufgaben geht, für welche sie eine gemeinsame Verantwortung tragen, oder ob die beteiligten Bundesstellen in einem relativ engen organisatorischen Verhältnis stehen, das eine gemeinsame Nutzung von Mitteln für die Erfüllung von Aufgaben nahe legt. Daneben ist auch die Art und Ausgestaltung der Leistungsbeziehung zu berücksichtigen. Geht man von diesen Kriterien aus, so überzeugt die Umschreibung des in Art. 41 FHG verwendeten Begriffs des "Dritten" in der Botschaft des Bundesrates nicht durchwegs. Abgesehen von den Sonderfällen der Kantone und der Gerichte taugt sie immerhin als Annäherungslösung, um den Sinn der Regelung in Art. 41 f. FHG aufzuzeigen. Von einer differenzierten Einzelfallbetrachtung befreit der Ansatz jedoch nicht.

5.3. *Mögliche Anbieter der wirtschaftlichen Leistungen*

Art. 41 FHG erwähnt einzig "Verwaltungseinheiten" als Anbieter. Ob man Parlaments- und Gerichtsverwaltungen damit von wirtschaftlichen Tätigkeiten bewusst ausschliessen wollte, bleibt offen. Aus allgemeinen staatsrechtlichen Überlegungen wäre ein solcher Schritt allerdings nachvollziehbar. Parlaments- und Gerichtsverwaltungen kommt gegenüber den absolut im Vordergrund stehenden Hauptaufgaben der Legislative und der Judikative eine rein dienende Funktion zu. Es spricht somit einiges dafür, dass der Gesetzgeber bei der Abfassung von Art. 41 f. FHG davon ausging, Parlaments- und Gerichtsverwaltungen sollten grundsätzlich keine vollwertigen Wirtschaftstätigkeiten (welche sich auch an Private richten) erbringen. In Bezug auf Gerichte spielen dabei nicht nur die Vorgaben der Wirtschaftsfreiheit eine Rolle, sondern zusätzlich auch der Grundsatz der Unabhängigkeit der Justiz.⁷¹ Immerhin scheint es aufgrund der genannten Vorgaben nicht völlig ausgeschlossen, dass Parlaments- und Gerichtsverwaltungen anderen staatlichen Stellen gewisse Leistungen erbringen, jedenfalls sofern sich diese in einem engen Rahmen halten.

⁷¹ Dazu Ziff. 6.

6. Erbringen von wirtschaftlichen Leistungen durch die eidgenössischen Gerichte

6.1. Identische Grundregeln

Der sich aus der Wirtschaftsfreiheit ergebende Grundsatz der Privatwirtschaft ist für alle staatlichen Organe massgebend, also auch für die dritte Gewalt, obwohl sich diese für das Erbringen von wirtschaftlichen Leistungen wenig eignet und dem Grundsatz deshalb faktisch nicht die gleiche Bedeutung zukommt wie bei der Verwaltung.

Nach Art. 2 lit. b FHG gilt das Finanzhaushaltsgesetz zwar u.a. auch für die eidgenössischen Gerichte. Die Regelung von Art. 41 f. FHG nennt aber einzig "Verwaltungseinheiten" als mögliche Anbieter. Bei der Abfassung der betreffenden Bestimmungen scheint man die Gerichte primär als Leistungsempfänger und weniger als Leistungserbringer im Auge gehabt zu haben.⁷²

6.2. Vereinbarkeit mit der Justizverfassung

Gerichte sind angesichts ihrer Struktur und Stellung nicht geeignet für wirtschaftliche Nebentätigkeiten. Eher möglich ist die Randnutzung von Verwaltungsvermögen, indem gewisse Ressourcen auch Dritten zur Verfügung gestellt werden. Aufgrund ihrer Organunabhängigkeit geniessen Gerichte im Zusammenhang mit ihrer Verwaltung eine weitgehende Eigenständigkeit.⁷³ Leistungsbeziehungen zu anderen Staatsorganen bzw. Dritten und die damit verbundenen Abhängigkeiten sind im Hinblick auf die in Art. 191c BV garantierte richterliche Unabhängigkeit nicht unproblematisch, jedenfalls soweit diese Beziehungen eine gewisse Intensität erreichen oder heikle Bereiche betreffen. Gemäss den bereits erwähnten⁷⁴ Ausführungen in der bundesrätlichen Botschaft zur Revision des FHG sollen die eidgenössischen Gerichte nicht zu den "Dritten" gehören, denen Verwaltungseinheiten gewerbliche Leistungen nur erbringen dürfen, wenn ein Gesetz sie dazu ermächtigt.⁷⁵ Der umgekehrte Fall, bei welchem Gerichte selber Leistungen erbringen, wird weder im FHG noch in der Botschaft erwähnt.⁷⁶ In beiden Konstellationen muss gewährleistet werden, dass die Beziehungen zwischen den Parteien des Leistungsverhältnisses

⁷² Vorne, Ziff. 5.3.

⁷³ Kurt Eichenberger, Justizverwaltung, in: Georg Müller u.a. (Hrsg.), Vom schweizerischen Weg zum modernen Staat, Ausgewählte Schriften von Kurt Eichenberger, Basel/Genf/München 2002, S. 252 ff.; Regina Kienner, Richterliche Unabhängigkeit, Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Habil, Bern 2001, S. 291 f.

⁷⁴ Dazu vorne Ziff. 5.

⁷⁵ Botschaft Änderung FHG (Anm. 3), BBl 2009 7219 f.

den Grundsatz der Unabhängigkeit der Justiz nicht tangieren. Mit zu berücksichtigen ist dabei einerseits Art und Ausmass der Leistungsbeziehungen und andererseits die Wahrscheinlichkeit, dass es zwischen den am Austauschverhältnis beteiligten Stellen bzw. Personen zu Konfrontationen in Rechtsverfahren kommt. Der Bezug von Leistungen durch Gerichte erscheint unter diesem Blickwinkel weniger problematisch als das Erbringen von Leistungen durch die Justiz(-verwaltung). Art. 41 FHG regelt die Frage zwar nicht ausdrücklich. Er schliesst aber u.E. auch nicht aus, dass Gerichte anderen staatlichen Stellen gewisse Leistungen erbringen, sofern keine Abhängigkeiten oder Interessenkollisionen entstehen können. Bei Leistungen an Private ist die Gefahr, dass es zu solchen Abhängigkeiten oder Interessenkollisionen kommt, nach unserem Dafürhalten zu gross. Aus diesen Gründen dürfen Gerichte grundsätzlich nicht ermächtigt werden, Privaten wirtschaftliche Leistungen zu erbringen.

6.3. Fazit

Eidgenössische Gerichte müssen sich auf die *Randnutzung* ihres Verwaltungsvermögens im Rahmen der *Zusammenarbeit mit anderen staatlichen Stellen*, insbesondere Gerichten, beschränken. Das Erbringen weitergehender wirtschaftlicher Leistungen ist weder mit dem Grundsatz der Privatwirtschaft noch mit den Anforderungen an die Unabhängigkeit der Justiz vereinbar. Soweit kantonale Stellen die Empfänger solcher Leistungen sind, ist dafür – wie auch im Bereich der Verwaltung⁷⁷ – eine gesetzliche Grundlage zu fordern.

7. Beurteilung von OSS-Lösungen im Besonderen

7.1. Grundlagen von OSS

Open Source Software (OSS, auch freie Software genannt) zeichnet sich dadurch aus, dass den Anwendern der Quellcode offengelegt wird und diese damit in die Lage versetzt werden, die Software selbstständig zu verändern und weiterzuentwickeln.⁷⁸ Die Verbreitung erfolgt dabei aufgrund unterschiedlicher Lizenzmodelle. Allen gemeinsam ist der weitgehende Wegfall von

⁷⁶ Vorne, Ziff. 5.3.

⁷⁷ Vgl. Ziff. 2.3.3.

⁷⁸ *Till Jaeger/Axel Metzger*, Open Source Software, Rechtliche Rahmenbedingungen der Freien Software, 3. Aufl., München 2011, Rz. 2 ff.; *Thomas Renner/Michael Vetter/Sascha Rex/Holger Kett*, Open Source Software, Einsatzpotenziale und Wirtschaftlichkeit, Studie der Fraunhofer-Gesellschaft, Stuttgart 2005 (<http://wiki.iao.fraunhofer.de/images/6/63/Fraunhofer-Studie-Open-Source-Software.pdf>, besucht am 22.03.2014), S. 12 f.; Gutachten IGE (Anm. 1), S. 2 f.

Modifikations- und Nutzungsbeschränkungen. Häufige, wenn auch nicht zwingende Bedingung der Nutzung von OSS ist, dass Weiterentwicklungen im Falle eines Vertriebs Dritten ebenfalls zu den gleichen OSS-Bedingungen zur Verfügung gestellt werden (sog. Copyleft).⁷⁹ Entsprechend dem offenen Beteiligtenkreis verfügt OSS typischerweise über eine modulare Struktur. Eine grosse Verbreitung geniesst OSS heute namentlich im Serverumfeld.⁸⁰ Ein wesentliches Ziel von OSS sind Kosteneinsparungen der Nutzer, v.a. durch Vermeiden doppelter Entwicklungsarbeiten; der Vertrieb erfolgt aber nicht notwendigerweise unentgeltlich.⁸¹ Da auch der Einsatz von OSS mit Kosten verbunden ist, ist dieser nicht immer die billigste Lösung. Ein zuverlässiger Kostenvergleich erfordert entsprechend eine umfassende Betrachtung, welche alle relevanten Aufwendungen berücksichtigt.⁸² Wichtige Vorteile von OSS sind die offenen Schnittstellen und Standards, die Unabhängigkeit von einzelnen Anbietern, die Erhöhung von Transparenz und Sicherheit, die Sicherstellung eines ungehinderten Wissensaustauschs sowie die Förderung der Innovation.⁸³ Als nachteilig erweisen sich dagegen unter anderem das weitgehende Fehlen von Gewährleistungsansprüchen, der allenfalls ungenügende Support von Seiten der Entwickler oder die mangelnde Interoperabilität mit kommerzieller Software.⁸⁴

7.2. *Wirtschaftsverfassungsrechtliche Einordnung und Beurteilung*

Wenn staatliche Stellen im Rahmen ihrer Tätigkeiten Software einsetzen, handelt sich dabei um Bedarfsverwaltung, d.h. die Bereitstellung bildet keine selbstständige staatliche Aufgabe. Vielmehr kommt der Software ebenso wie deren Entwicklung und Pflege eine Hilfsfunktion bei der Erfüllung einer staatlichen Aufgabe zu. Wird eine Software, die im Rahmen der Bedarfsverwaltung (weiter-)entwickelte wurde, Dritten überlassen, auch in der Form einer Freigabe als OSS, so liegt eine wirtschaftliche Tätigkeit vor, da Drittnutzern gegenüber damit eine grundsätzlich marktfähige Leistung erbracht wird und es sich bei Entwicklung und Vertrieb von Software um im Wesentlichen der Privatwirtschaft vorbehalten bzw. von dieser dominierte Tätigkeiten handelt.⁸⁵ Der Verzicht auf ein Entgelt ändert daran nichts. Im Gegenteil wird dadurch die Gefahr

⁷⁹ Ursula Widmer, Gutachten betreffend Rechtsfragen bei Beschaffung und Einsatz offener Software in der Schweizerischen Bundesverwaltung (Projekt OPUS) vom 21. November 2003, S. 10 ff.; *Jaeger/Metzger* (Anm. 78), Rz. 5 f.

⁸⁰ Open Source Studie Schweiz 2012, Zürich, 23. Oktober 2012, S. 17.

⁸¹ *Jaeger/Metzger* (Anm. 78), Rz. 3, 17; *Renner/Vetter/Rex/Kett* (Anm. 78), S. 16 f.

⁸² *Matthias Stürmer*, Mehr Geld im Portemonnaie und weniger Sorgen im Gepäck, in: *Swiss IT Magazine* Februar 2014, S. 37 f.

⁸³ *Jaeger/Metzger* (Anm. 78), Rz. 17; Open Source Studie (Anm. 80), S. 7 f.; *Renner/Vetter/Rex/Kett* (Anm. 78), S. 16 f., 169 ff.

⁸⁴ Open Source Studie (Anm. 80), S. 10 f.; *Renner/Vetter/Rex/Kett* (Anm. 78), S. 17 f., 172 ff.

⁸⁵ So auch Beauftragte der Bundesregierung für Informationstechnik (Anm. 3), S. 50.

von Wettbewerbsverzerrungen sogar vergrössert.⁸⁶ Eine Art von Gegenleistung stellt bei OSS zudem die Möglichkeit dar, von allfälligen Weiterentwicklungen (mit) profitieren zu können. Für eine privatwirtschaftliche Leistung spricht schliesslich auch der Umstand, dass OSS auf der Basis privatrechtlicher Vertragsbeziehungen zur Verfügung gestellt wird.⁸⁷ Die entgeltliche oder unentgeltliche Weitergabe staatlicher Software an Dritte ebenso wie die Veröffentlichung bzw. Verbreitung von OSS durch staatliche Stellen sind somit nur dann zulässig, wenn die Voraussetzungen für eine Abweichung vom Grundsatz der Privatwirtschaft erfüllt sind; d.h. das Vorgehen muss sich auf eine genügende gesetzliche Grundlage stützen lassen, im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein.⁸⁸ Zudem muss der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität gewahrt werden.⁸⁹

Software, welche der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient, zählt zum Verwaltungsvermögen.⁹⁰ Dies gilt grundsätzlich auch für die Rechte, welche mit der jeweiligen Software verbunden sind.⁹¹ Wird Dritten (ausserhalb der Bundesverwaltung) die Nutzung einer staatlichen Software erlaubt, erfüllt dies den Tatbestand der Randnutzung. Diese umfasst eine Zweitverwertung, welche parallel zur ordentlichen Nutzung stattfindet und daher vom Potential her theoretisch unbegrenzt ist.⁹² Werden Dritten zusätzlich auch Supportleistungen von nennenswertem Umfang erbracht, ist dagegen eher von einer Nebentätigkeit auszugehen. Da die Möglichkeiten zur Erzielung eines Entgelts bei OSS beschränkt sind, spielen finanzielle Überlegungen bei der Rechtfertigung eine eher untergeordnete Rolle.

OSS lässt sich nicht mit der Publikation von amtlichen Dokumenten (Urteilen und Entscheidungen, Gutachten, Anleitungen usw.) vergleichen. Das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 17. Dezember 2003 (SR 152.3) ist auf Software, die durch die Bundesverwaltung von Dritten erworben oder selbst (weiter-)entwickelt wurde, nicht anwendbar. Es handelt sich dabei nicht um Informationen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 BGÖ, sondern um ein technisches Hilfsmittel für die Verarbeitung von Informationen; EDV-Programme stehen auch nicht in einem genügend engen Zusammenhang mit der Erfüllung

⁸⁶ Dazu vorne, Ziff. 2.1.

⁸⁷ Beauftragte der Bundesregierung für Informationstechnik (Anm. 3), S. 52.

⁸⁸ Vgl. Ziff. 3.2.

⁸⁹ Vgl. Ziff. 3.6.

⁹⁰ *Markus Heer*, Die ausserordentliche Nutzung des Verwaltungsvermögens durch Private. Unter Einschluss des Verwaltungsvermögens im Einzelgebrauch, Diss., Zürich 2006, S. 5 ff.

⁹¹ Vgl. auch *Sidler* (Anm. 45), S. 29, wo die Frage letztlich offengelassen wird.

⁹² *Vogel* (Anm. 6), S. 254.

einer bestimmten öffentlichen Aufgabe.⁹³ Zudem dienen sie nicht der Transparenz über den Auftrag, die Organisation und die Tätigkeit der Verwaltung, deren Förderung das BGÖ nach dessen Art. 1 bezweckt.⁹⁴ Entsprechend ergibt sich aus dem Öffentlichkeitsprinzip auch keine softwarebezogene Veröffentlichungspflicht.

7.3. Zulässigkeit der Nutzung und Weiterentwicklung bestehender OSS-Lösungen

Ohne weiteres zulässig ist die Verwendung von OSS durch staatliche Stellen, jedenfalls sofern der Entscheid für eine solche Lösung sachlich begründet ist. In besonderem Masse gilt dies für bereits etablierte Standard-Programme. OSS bietet dabei namentlich den Vorteil, dass die Software relativ einfach bearbeitet und an andere Stellen weitergegeben werden kann. Beinhaltend die massgeblichen vertraglichen Grundlagen ein sog. Copyleft, ist eine Verbreitung von Weiterentwicklungen ebenfalls nur als OSS möglich. Grundsätzlich besteht jedoch keine Pflicht zu einer Veröffentlichung von Weiterentwicklungen.⁹⁵ Das Copyleft greift erst, wenn sich der Lizenznehmer dazu entschliesst, seine Fortentwicklungen nicht nur intern zu verwenden, sondern diese Dritten zugänglich zu machen. Als intern zu qualifizieren sind dabei mit *Jaeger/Metzger* auch Weitergaben innerhalb derselben juristischen Person, selbst wenn es sich um eine grössere Organisation handelt.⁹⁶ Gleiches muss konsequenterweise gelten, wenn Kopien zwischen verschiedenen Behörden eines Verwaltungsträgers ausgetauscht werden.⁹⁷

Eine Weitergabe an externe Verwaltungsstellen oder gar an Private erfordert dagegen eine Lizenzierung entsprechend den Vorgaben der Copyleft-Klausel, was die Verwaltungsbehörde zur Freigabe der Software verpflichtet und dazu führt, dass der Empfängerkreis der Software nicht mehr kontrolliert werden kann. Deshalb setzt dieser Schritt eine gesetzliche Grundlage voraus, welche die Bedienung von Dritten umfassend abdeckt, und es ist ein öffentliches Interesse auszuweisen, das den Schritt rechtfertigt. Ein zentrales Argument für die Freigabe dürfte dabei in der Rückkopplung mit anderen Nutzern und damit verbunden in der Gewährleistung der Funktionstüchtigkeit der eigenen Anwendung liegen. Sofern sich der Beitrag der öffentlichen Hand in einer solchen Anwendergemeinschaft in einem üblichen bzw. vertretbaren Rahmen hält, das

⁹³ Vgl. dazu Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBl 2003 1991 ff., 1995.

⁹⁴ Dazu *Stephan C. Brunner*, Art. 1 Rz. 7ff., in: ders./Luzius Mader (Hrsg.), Öffentlichkeitsgesetz, Bern 2008.

⁹⁵ Beauftragte der Bundesregierung für Informationstechnik (Anm. 3), S. 62; *Jaeger/Metzger* (Anm. 78), Rz. 46; *Widmer* (Anm. 79), S. 67.

⁹⁶ *Jaeger/Metzger* (Anm. 78), Rz. 46.

⁹⁷ So auch Beauftragte der Bundesregierung für Informationstechnik (Anm. 3), S. 62 f.

Gemeinwesen mit anderen Worten keine führende bzw. tragende Rolle einnimmt, dürfte dieses Anliegen als Rechtfertigung des Vorgehens in der Regel ausreichen. Auch können die Anforderungen aus wirtschaftsverfassungsrechtlicher Sicht generell etwas herabgesetzt werden, wenn eine Weiterentwicklung bereits von der Ausgestaltung her primär auf die Bedürfnisse der Verwaltung ausgerichtet ist und sich insofern für private Nutzer eher wenig eignet. Unter den vorgenannten Voraussetzungen hält sich die Konkurrenzierung der Privatwirtschaft in Grenzen und die unentgeltliche Abgabe dürfte sich eher mit dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität in Einklang bringen lassen.

7.4. *Zulässigkeit der eigenständigen Lancierung von OSS*

Will eine Verwaltungsstelle eigene Entwicklungen nach den Bestimmungen einer OSS-Lizenz anderen Behörden und Privaten zur Verfügung stellen, setzt dies zunächst voraus, dass die Behörde Inhaberin der ausschliesslichen Nutzungsrechte an dem betreffenden Programm ist.⁹⁸ Ein ausdrückliches Bekenntnis zum OSS-Standard ist dabei nur sinnvoll, wenn der anvisierte Empfängerkreis nicht geschlossen bzw. bekannt ist und sich die entwickelnde Stelle bewusst bereit erklären möchte, die Software Dritten zu OSS-Konditionen zur Verfügung zu stellen. Auch die eigenständige Lancierung von OSS setzt eine entsprechende gesetzliche Grundlage voraus und es ist ein genügendes öffentliches Interesse auszuweisen, welches das Vorgehen zu rechtfertigen vermag. Aufgrund des Umstandes, dass die öffentliche Hand hier selber die Initiative ergreift und eine tragende Rolle einnimmt, sind die genannten Anforderungen grundsätzlich streng zu handhaben, jedenfalls soweit es um Software geht, für die effektiv ein Markt besteht.

In letzter Zeit werden zunehmend Stimmen laut, welche ganz grundsätzlich eine staatliche Förderung der OSS-Idee fordern, insbesondere über eine relativ umfassende Freigabe staatlicher Software-Entwicklungen.⁹⁹ Eine Förderung von OSS, welche sich nicht im Wesentlichen auf den öffentlichen Sektor beschränkt, erscheint – selbst mit gesetzlicher Grundlage – aus ordnungspolitischer Sicht als problematisch. Es würde sich auch um eine neue Aufgabe des Bundes handeln, für deren Erfüllung er nach Art. 3 und 42 BV nur zuständig ist, wenn ihn die BV dazu ermächtigt. Deshalb würde ein solches Engagement nach Ansicht der Gutachter einen entsprechenden Auftrag auf Verfassungsebene voraussetzen.

⁹⁸ Beauftragte der Bundesregierung für Informationstechnik (Anm. 3), S. 43 ff.; Gutachten IGE (Anm. 1), S. 2.

7.5. Zwischenformen

Weniger problematisch als eine vollwertige, auch Private einbeziehende OSS-Lösung erscheint der *rein staats- bzw. verwaltungsinterne* Austausch von Software mit einer entsprechend (auf diesen Kreis) beschränkten Offenlegung des Quellcodes und es stellt sich die Frage, ob sich die Mehrheit der (verwaltungsbezogenen) Zielsetzungen, welche gemeinhin mit OSS in Verbindung gebracht werden (sparsamer Einsatz öffentlicher Mittel, Nutzung von Synergien, Kooperationsmöglichkeiten), nicht auch auf diesem (verhältnismässigeren) Weg erreichen liesse. Zumindest bei originären Eigenentwicklungen, bei deren Verwendung der Staat frei ist, drängt sich ein solches Vorgehen auf. Danach würde die Software bzw. der Source Code nicht allgemein, sondern lediglich bestimmten Staatsstellen (bzw. den von diesen mittels Vergabeverfahren für die Adaption/Weiterentwicklung ausgewählten privaten Dienstleistern) zugänglich gemacht. Ein zusätzlicher Vorteil einer solchen "closed community" dürfte dabei im Umstand liegen, dass sich die Aufgaben- und Kostenteilung unter den Beteiligten mittels einer entsprechenden Vereinbarung besser regeln lässt.

Hinsichtlich der erforderlichen Rechtsgrundlagen ist zu unterscheiden, ob eine Software nur innerhalb des Bundes oder auch an kantonale Stellen weitergegeben wird: Die Bereitstellung von Software *innerhalb der Bundesverwaltung* ist grundsätzlich als *Bedarfsverwaltung* einzustufen. Als solche benötigt sie keine besondere gesetzliche Grundlage, sondern ist durch die Regelung der Aufgabe, deren Erfüllung die Software dient, abgedeckt.¹⁰⁰ Zudem erbringen die Verwaltungseinheiten innerhalb der Bundesverwaltung, welchen die Software zur Verfügung gestellt wird, in der Regel keine marktorientierte Leistung (vgl. Art. 7a Abs. 1 RVOV¹⁰¹), sodass deren Unterstützung auch nicht als verpönte Quersubventionierung erscheint. Die Abgabe von Software an *kantonale* Stellen kann dagegen nicht mehr der Bedarfsverwaltung zugerechnet werden, weshalb dafür – vor allem vor dem Hintergrund von Art. 5 Abs. 1 BV – eine minimale Gesetzesgrundlage erforderlich ist, welche die öffentlichen Interessen, die in diesem Zusammenhang verfolgt werden sollen¹⁰², ausreichend umschreibt.

⁹⁹ Vgl. die in der Fragestellung erwähnte Interpellation 12.4247 von Nationalrat Thomas Weibel vom 14. Dezember 2012 oder die Motion 177-2013 vom 11. Juni 2013 "Synergien beim Software-Einsatz im Kanton Bern nutzen".

¹⁰⁰ Vorne, Ziff. 2.3.1.

¹⁰¹ Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOV) vom 25. November 1998 (SR 172.010.1).

¹⁰² Z.B. Förderungsziele (Verbreitung von E-Government-Plattformen, dazu die Öffentlich-rechtliche Rahmenvereinbarung über die E-Government-Zusammenarbeit in der Schweiz [2007-2015], BBl 2008, 3391) oder

8. Zusammenfassung/Beantwortung der gestellten Fragen

Zu Frage 1:

Eine OSS-Lösung erscheint in der Regel nicht erforderlich, wenn Bundesstellen zu 100 Prozent eigenständig entwickelte Softwareprogramme mit anderen staatlichen Organisationen teilen möchten. Vielmehr drängt sich für solche Fälle die Bildung einer "closed community" auf. Ohne gesetzliche Grundlage kann Software inkl. Quellcode innerhalb der Bundesverwaltung frei ausgetauscht werden, immer vorausgesetzt, dass damit keine Drittrechte verletzt werden. Gewaltenübergreifende Leistungen zugunsten der Judikative unterliegen aus staatsrechtlichen Überlegungen gewissen Schranken, brauchen aber keine gesetzliche Grundlage. Eine (entgeltliche oder kostenlose) Weitergabe an Kantone ist zulässig, soweit mit der Zusammenarbeit öffentliche Interessen verfolgt werden und eine der Tragweite des Projekts entsprechende gesetzliche Grundlage besteht.

Die vertraglichen Auflagen (Copyleft) aus der Verwendung einer OSS-Basis-Software zwingen weder zur Freigabe von Fortentwicklungen, noch verhindern sie eine Einbindung anderer interner Stellen. Wenn jedoch eine Weiterentwicklung nicht nur intern genutzt, sondern der Nutzerkreis breiter gestaltet werden soll, verlangen die genannten Lizenzbestimmungen dagegen, das betreffende Programm ebenfalls den einschlägigen OSS-Bedingungen zu unterstellen.

Die Abgabe staatlicher Software an Drittpersonen, insbesondere Private, setzt gemäss Art. 41 FHG eine Grundlage in einem Gesetz voraus und hat – zwecks Gewährleistung der Wettbewerbsneutralität – zu kostendeckenden Preisen zu erfolgen. OSS ist mit der letztgenannten Auflage jedoch nur schwer vereinbar, da Unentgeltlichkeit die Regel bildet. Eine gewisse Wettbewerbsneutralität lässt sich aber auch dadurch gewährleisten, dass sich der Staat an (privaten) OSS-Projekten lediglich in einer untergeordneten Rolle beteiligt oder indem die betroffene Software eine besondere Staatsnähe und – damit verbunden – geringe Marktfähigkeit aufweist.

Eine relativ umfassende (nicht auf den öffentlichen Sektor beschränkte) staatliche Förderung von OSS durch die allgemeine Freigabe sämtlicher in Frage kommender Programme, über welche

das Bestreben zu vermehrter Vereinheitlichung etwa um auf diese Weise den Datenaustausch zu gewährleisten.

der Bund verfügt, wäre aus ordnungspolitischer Sicht nicht unproblematisch und würde nach Ansicht der Gutachter die Schaffung einer entsprechenden Verfassungsgrundlage voraussetzen.

Zu Frage 2:

Bei der Beurteilung der Frage 1 spielt das Entgelt insofern eine Rolle, als kostenlose staatliche Softwareangebote im freien Markt¹⁰³ den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität verletzen, indem diese nicht nur zu einer Konkurrenzierung von Privaten, sondern zu einer Wettbewerbsverzerrung führen. Aufgrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben, mit denen Art. 41a Abs. 3 FHG übereinstimmt, ist eine gewerbliche Leistung an Dritte, insbesondere Private, in der Regel nur gegen ein kostendeckendes Entgelt zulässig. Soweit der Leistungsaustausch bundesintern oder jedenfalls im Rahmen einer öffentlich-rechtlich geprägten Zusammenarbeit von Gemeinwesen erfolgt, spielt die Entgeltlichkeit dagegen keine wesentliche Rolle.

Wenn staatliche Stellen über die Verwertung eines vorhandenen Vermögenswertes hinaus ins Gewicht fallende Dienstleistungen erbringen, liegt keine Randnutzung mehr vor. Es ist von einer wirtschaftlichen Nebentätigkeit auszugehen, welche namentlich die Anforderungen des Spezialisierungsprinzips erfüllen muss. Beratungs- und Hilfeleistungen im Rahmen einer (gesetzlich fundierten) Zusammenarbeit verschiedener Verwaltungsstellen¹⁰⁴ dürften sich dagegen als relativ unproblematisch erweisen, jedenfalls wenn sie sich auf die Implementierung der zur Verfügung gestellten Software und den hierfür erforderlichen Knowhow-Transfer beschränken.

Zu Frage 3:

Die Erarbeitung und Dokumentation von Verwaltungssoftware hat sich grundsätzlich nach den Anforderungen der Verwaltungsaufgabe, deren Unterstützung die Software dient, zu richten. Zusatzleistungen im Hinblick auf eine mögliche Randnutzung von Software lassen sich nur rechtfertigen, wenn sich diese in einem sehr engen Rahmen halten oder damit spezifische Ziele (etwa aufgrund einer vertraglichen Verpflichtung oder eines gesetzlichen Auftrags) verfolgt werden.

¹⁰³ Also bei einem Angebot, das sich auch an Dritte ausserhalb der Bundesverwaltung richtet.

¹⁰⁴ Bei Gerichten ist dagegen grössere Zurückhaltung angezeigt.

Auch Folgeaufwendungen für Wartung und Weiterentwicklung einer Software haben sich an den Bedürfnissen der Verwaltungsaufgabe auszurichten. Soweit diese Voraussetzung erfüllt ist, können Weiterentwicklungen grundsätzlich wiederum Gegenstand einer Randnutzung bilden. Aus verfassungsrechtlicher Sicht fragwürdig wäre, wenn die Freigabe solcher Weiterentwicklungen als OSS zu einem systematischen Trittbrettfahren privater Drittnutzer führen würde. Profitieren primär andere Gemeinwesen, verstösst das Vorgehen zwar nicht gegen den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität¹⁰⁵, erscheint aber unter Umständen als finanzpolitisch fragwürdig. Bei einer vertragsbasierten Zusammenarbeit (im Rahmen einer "closed community") kann ein verbindlicher Kostenteiler vereinbart werden.

Zu Frage 4:

Für Einheiten der dezentralen Bundesverwaltung wie auch für vom Bund getragene Aufgabenträger ausserhalb der Bundesverwaltung gelten hinsichtlich der Erbringung wirtschaftlicher Leistungen die gleichen verfassungsrechtlichen Vorgaben wie für die Zentralverwaltung. Der organisationsrechtliche Status einer Bundesstelle spielt bei der Zurverfügungstellung von Software bzw. OSS-Lösungen keine Rolle.

Zu Frage 5:

Die Zulässigkeit der Weitergabe von Software durch eidgenössische Gerichte wird in Art. 41 FHG nicht (ausdrücklich) geregelt. Zu berücksichtigen ist dabei zusätzlich der Grundsatz der Unabhängigkeit der Gerichte (Art. 191c BV). Die Weitergabe ist zulässig, soweit sie auf staatliche Stellen beschränkt bleibt, die Beziehungen zu den Leistungsempfängern nicht zu Interessenkonflikten führen und insgesamt ein Umfang gewahrt bleibt, der sich auf die Hauptaufgaben der Judikative nicht nachteilig auswirkt. Es darf sich dabei lediglich um reine Randnutzungstatbestände handeln; parallel laufende Beratungsleistungen müssen sich in sehr engem Rahmen halten. Da sich diese Anforderungen im Wesentlichen bereits aus verfassungsrechtlichen Überlegungen ergeben, ist eine gesetzliche Grundlage als Voraussetzung für die Leistungserbringung insoweit verzichtbar, als sich diese auf den Bund beschränkt. Die Zusammenarbeit mit kantonalen Stellen bedarf – analog zur Rechtslage im Bereich der Bundesverwaltung – einer Normierung auf Gesetzesstufe.

¹⁰⁵ Vgl. Ziff. 3.6.

Zu Frage 6:

Eine Zusammenarbeit von Bund und Kantonen bei der Bereitstellung von Verwaltungsressourcen bedingt, dass diese im Hinblick auf Verwaltungsgeschäfte bzw. -angelegenheiten erfolgt, welche sowohl Bundes- wie auch Kantonskompetenzen betrifft. Dies schränkt das Einsatzfeld bezüglich der Sachgebiete ein.

Die Bildung von Konsortien zur gemeinsamen direkten Bereitstellung von Supportleistungen zugunsten der Verwaltung der beteiligten Gemeinwesen muss grundsätzlich auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen. Dies gilt unabhängig davon, ob eine Verwaltungseinheit, die schon bisher administrative Hilfsaufgaben erfüllt hat, ihre Leistungen neu auch fremden Verwaltungen erbringt, oder ob verschiedene Gemeinwesen eine gemeinsame Unterstützungseinrichtung schaffen.

Bezweckt ein Konsortium dagegen eine gemeinsame Beschaffung, ist hierfür keine besondere gesetzliche Grundlage erforderlich, aber es sind die einschlägigen submissionsrechtlichen Vorgaben zu beachten.¹⁰⁶

Zu Fragen 7 und 8:

Die Lancierung von OpenJustitia als OSS beruht nach Angaben des Bundesgerichts auf Verpflichtungen aus der Verwendung von OSS.¹⁰⁷ Eine Weitergabe an kantonale Gerichte ist daher aus lizenzrechtlichen Gründen nur als OSS möglich. Gerade bei Gerichten sind Leistungsbeziehungen zu Privaten jedoch problematisch und nach Auffassung der Gutachter grundsätzlich nicht gestattet; das spricht an sich eher gegen die Zulässigkeit von OpenJustitia. Immerhin scheint sich OpenJustitia für eine (Weiter-)Verwendung durch private Nutzer wenig zu eignen.¹⁰⁸ Ob damit eine Nutzung durch Private faktisch mehr oder weniger ausgeschlossen ist, können die Gutachter nicht abschliessend beurteilen. Die aktuell an der "Community" von OpenJustitia beteiligten Privatfirmen vertreten nach Angaben des Bundesgerichts in aller Regel kantonale Auftraggeber.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Dazu vorne Ziff. 2.3.2.

¹⁰⁷ Mail von Herrn von Weissenfluh (Leiter Informatikdienst Bundesgericht) vom 27. Januar 2014.

¹⁰⁸ Mail von Herrn von Weissenfluh vom 7. Februar 2014.

Prinzipiell zulässige Leistungsbeziehungen des Bundesgerichts zu Dritten müssen sich in einem Rahmen halten, der die richterliche Unabhängigkeit wahrt. Die technische Unterstützung, welche das Bundesgericht gewissen Nutzern einmalig gewährt,¹¹⁰ ist unter diesem Aspekt problematisch. Überdies erfordern Leistungen des Bundesgerichts an kantonale Gerichte eine besondere gesetzliche Grundlage, da sie den Rahmen, den die Art. 41 f. FHG der Bundesverwaltung für solche Leistungen ziehen, eindeutig sprengen. Art. 12 Abs. 4 FHG, welcher den Bundesrat und die Verwaltung verpflichtet, den Bundeshaushalt nach den Grundsätzen der Gesetzmässigkeit, der Dringlichkeit und der Sparsamkeit zu führen und für einen wirksamen und wirtschaftlichen Einsatz der Mittel zu sorgen, ist eine Umschreibung der Ziele und Prinzipien der Haushaltsführung, die keine allgemeine Ermächtigung für die Erbringung wirtschaftlicher Leistungen an ausserhalb der Bundesverwaltung stehende Empfänger enthält, auch nicht, wenn es sich dabei um Verwaltungsstellen oder Gerichte handelt. Die vom Bundesrat am 24. Januar 2007 verabschiedete E-Government-Strategie Schweiz stellt ebenso wenig eine gesetzliche Ermächtigung für das Erbringen von gewerblichen Leistungen an kantonale Stellen dar wie die öffentlich-rechtliche Rahmenvereinbarung über die E-Government-Zusammenarbeit in der Schweiz (2007 – 2015), die vom Bundesrat und der Konferenz der Kantonsregierungen am 16. November/16. Dezember 2011 abgeschlossen worden ist. Es handelt sich dabei nicht um Regelungen auf Gesetzesstufe, sondern um Erlasse bzw. Verträge von Regierungen, welche zudem die besondere Situation von Gerichten in keiner Weise thematisieren. Ohne gesetzliche Grundlage zulässig wäre dagegen eine enge Zusammenarbeit des Bundesgerichts mit dem Bundesverwaltungs-, dem Bundesstraf- oder dem Bundespatentgericht.

Zu Frage 9:

Leistungsbeziehungen zwischen Bundesgericht und kantonalen Gerichten dürften nicht per se gegen den Grundsatz der Unabhängigkeit der Justiz verstossen, jedenfalls sofern punkto Umfang und Inhalt ein gewisses Mass nicht überschritten wird. Je ausgeprägter die Beziehungen werden und je stärker davon eigentliche Kernbereiche der Rechtsprechungstätigkeit betroffen sind, desto mehr entstehen rechtliche und faktische Abhängigkeiten, welche die geforderte Unabhängigkeit in Mitleidenschaft ziehen können. Allgemeine Aussagen dazu, wo sich diese Grenze exakt befindet, sind jedoch schwierig. Immerhin lässt sich feststellen, dass eine Beziehung umso unprob-

¹⁰⁹ Mail von Herrn von Weissenfluh vom 7. Februar 2014.

¹¹⁰ Vgl. Ziff. 5 der Open Source Community Governance von OpenJustitia vom 27. Januar 2014.

lematischer erscheint, je einfacher die Zusammenarbeit im Falle von Differenzen beendet werden kann.

Zu Frage 10:

Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass es im Zusammenhang mit der Nutzung der OpenJustitia-Software des Bundesgerichts durch kantonale Gerichte zu Streitigkeiten kommt. Allerdings beinhalten OSS-Lizenzen regelmässig einen relativ vollständigen Ausschluss von Gewährleistungs- und Haftungsansprüchen.¹¹¹ Sollte es trotzdem zu einem Verfahren kommen, stünden sich unter Umständen der Bund und ein betroffener Kanton als Parteien gegenüber. Nach Art. 120 Abs. 1 lit. b BGG¹¹² beurteilt das Bundesgericht auf Klage als einzige Instanz zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen oder zwischen Kantonen. Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen im Zusammenhang mit der Nutzung der OpenJustitia-Software des Bundesgerichts wären also in einem solchen Klageverfahren auszutragen.

Dass das Bundesgericht über eine Streitigkeit zu entscheiden hat, in welcher der Bund Partei ist, sieht das BGG nach dem Gesagten ausdrücklich vor. Es kann sich einzig fragen, ob diese Vorschrift auch dann anzuwenden ist, wenn ein Kanton behauptet, das Bundesgericht selbst bzw. dessen Informatikabteilung sei für den Mangel der OpenJustitia-Software verantwortlich. Das Bundesgerichtsgesetz sieht keine Möglichkeit vor, von der Zuständigkeitsordnung abzuweichen. Aus Art. 30 Abs. 1 BV ergibt sich, dass jedes Gericht durch ein Gesetz im formellen Sinne geschaffen sein muss, was u.a. bedeutet, dass seine Zuständigkeiten und Zusammensetzung im Gesetz selbst umschrieben sein müssen.¹¹³ Da eine besondere Zuständigkeitsregelung für den in Frage stehenden Fall fehlt, bleibt es auch in einem solchen Streit bei der Zuständigkeit des Bundesgerichts.¹¹⁴ Mitglieder des Bundesgerichts, die in besonderer Weise in die Herstellung oder Weiterentwicklung der OpenJustitia-Software involviert waren, müssten in einem derartigen Verfahren allenfalls in den Ausstand treten; damit kann die notwendige Unabhängigkeit der urteilenden Abteilung des Bundesgerichts wohl durchaus in genügender Weise gewahrt werden.

¹¹¹ Widmer (Anm. 79), S. 5 f., 53 f., 72 ff.; Gutachten IGE (Anm. 1), S. 8.

¹¹² Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz) vom 17. Juni 2005 (SR 173.110).

¹¹³ Vgl. dazu *Giovanni Biaggini*, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2007, Art. 30 N 5, mit Hinweisen.

¹¹⁴ Als Beispiel für eine besondere Zuständigkeitsordnung in einem Verfahren, in welchem die Rechtmässigkeit einer Verfügung betreffend ein Arbeitsverhältnis beim Bundesgericht zu beurteilen ist, vgl. Art. 36 Abs. 2 des Bundespersonalgesetzes (BPG) vom 24. März 2000 (SR 171.220.1).

Erlinsbach/Fällanden, 26. März 2014

(Prof. Dr. iur. Georg Müller)

(PD Dr. Stefan Vogel)