

Das Eidgenössische Hochschulinstitut für Berufsbildung (EHB): verfassungsrechtliche Anforderungen an die gesetzliche Grundlage und Einbettung in die Hochschullandschaft Schweiz

*Gutachten im Auftrag des Staatssekretariats für Bildung,
Forschung und Innovation (SBFI)*

Prof. Astrid Epiney, LL.M.

Dr. Markus Kern, LL.M.

Institut für Europarecht der Universität Freiburg i.Ue.

29. August 2016

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	V
Materialienverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	IX
Management Summary	XIII
Résumé.....	XVI
§ 1 Einleitung und Problemstellung.....	1
§ 2 Zum allgemeinen Rahmen der Hochschullandschaft und des Legalitätsgrundsatzes	4
I. Zum Rahmen der Hochschullandschaft Schweiz	4
1. „Bildungsverfassung“ und deren Konkretisierung	4
2. Strukturgrundsätze	5
a. Qualitätssicherung	6
b. Koordination.....	7
c. Förderung des Wettbewerbs	7
d. Differenzierungsgebot	7
e. Gleichbehandlungsgebot	8
f. Hochschulautonomie	8
3. Institutioneller Rahmen	10
III. Zum Rahmen des Legalitätsprinzips	10
1. Zum Legalitätsprinzip der Bundesverfassung	10
2. Anforderungen der Corporate-Governance Politik.....	14
3. Anforderungen des Mustererlasses	17
§ 3 Anforderungen an die gesetzliche Abstützung des Eidgenössischen Hochschulinstituts für Berufsbildung.....	19
I. Legalitätsprinzip der Bundesverfassung	19
1. Besondere Gesetzesvorbehalte der Bundesverfassung	19
a. Grundrechtseinschränkungen (Art. 36 BV).....	19
b. Steuern und Abgaben (Art. 127 Abs. 1 BV).....	22
c. Art. 178 Abs. 3 BV.....	23
2. Allgemeiner Gesetzesvorbehalt der Bundesverfassung	27
3. Anforderungen an die Gesetzesdelegation.....	35
II. Vorgaben der Corporate-Governance Politik.....	38
1. Zu den Vorgaben des Corporate-Governance-Berichts und des Zusatzberichts	41
2. Zu den Implikationen in Bezug auf das EHB	46
III. Mustererlass für Anstalten mit Dienstleistungen mit Monopolcharakter.....	49
1. Überblick	49
2. Bedeutung für die gesetzliche Verankerung des EHB	51
IV. Fazit	53

§ 4	Anforderungen an die Einbettung in die Hochschullandschaft	
	Schweiz: zur Akkreditierungspflicht des EHB	58
I.	Akkreditierungsmechanismus nach HFKG.....	58
1.	Akkreditierungspflicht	58
2.	Voraussetzungen für die Akkreditierung	60
3.	Verfahren und Wirkungen der Akkreditierung	61
II.	Anwendung auf das EHB.....	62
1.	Aufgaben und Tätigkeiten des EHB	62
2.	Zur Akkreditierungspflicht des EHB	64
a.	Zur Akkreditierungsfähigkeit des EHB	65
b.	Zur Inanspruchnahme der Wirkungen der Akkreditierung.....	67
III.	Fazit	69
§ 5	Zusammenfassung und Schlussbetrachtung	70
I.	Zusammenfassung.....	70
II.	Schlussbetrachtung	72

Literaturverzeichnis

- AMSCHWAND, FABIAN, Qualitätssicherung im schweizerischen Hochschulwesen: Verfassungsrechtlicher Rahmen und Leitlinien für die Umsetzung an den Hochschulen, Bern 2014 (zit. AMSCHWAND, Qualitätssicherung).
- AUBERT, JEAN-FRANÇOIS/EICHENBERGER, KURT/MÜLLER, JÖRG PAUL/RHINOW, RENÉ A./SCHINDLER, DIETRICH (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Loseblattsammlung, Basel/Zürich/Bern 1994 (zit. AUTOR, in: Aubert et al., Kommentar aBV, Art. N).
- AUBERT, JEAN-FRANÇOIS/MAHON, PASCAL (Hrsg.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003 (zit. AUBERT/MAHON, Petit commentaire, Art. N).
- AUER, ANDREAS/MALINVERNI, GIORGIO/HOTTELIER, MICHEL, Droit constitutionnel, Bd. I, 3. Aufl., Bern 2013 (zit. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel).
- BIAGGINI, GIOVANNI, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Mit Auszügen aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, Zürich 2007 (zit. BIAGGINI, Kommentar BV, Art. N).
- BOLZ, URS/LIENHARD, ANDREAS, Staatsrechtliche Kernfragen der wirkungsorientierten Steuerung in den Kantonen, ZBl 2001, 1 – 30 (zit. BOLZ/LIENHARD, Steuerung).
- DUBEY, JACQUES/ZUFFEREY, JEAN-BAPTISTE, Droit administratif général, Basel 2014 (zit. DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif général).
- EHRENZELLER, BERNHARD, Hochschulautonomie im Spannungsfeld von Wissenschaftsfreiheit und Steuerung im Hochschulwesen, in: Stefan Breitenmoser/Bernhard Ehrenzeller/Marco Sassòli/Walter Stoffel/Beatrice Wagner Pfeifer (Hrsg.), Human Rights, Democracy and the Rule of Law, Liber amicorum Luzius Wildhaber, Zürich/St. Gallen 2007, 203-228 (zit. EHRENZELLER, Hochschulautonomie).
- EHRENZELLER, BERNHARD, Hochschulraum Schweiz: Qualität, Wettbewerb und Koordination im Widerstreit?, in: Rechtliche Rahmenbedingungen des Wirtschaftsstandortes Schweiz: Festschrift 25 Jahre juristische Abschlüsse an der Universität St. Gallen (HSG), Zürich/St. Gallen 2007, 679-694 (zit. EHRENZELLER, Hochschulraum).
- EHRENZELLER, BERNHARD/SCHINDLER, BENJAMIN/SCHWEIZER, RAINER J./VALLENDER, KLAUS A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014 (zit. AUTOR, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. N).
- EPINEY, ASTRID, Zur institutionellen Akkreditierung nach dem Hochschulförderungs- und -koordinationsgesetz, FS Walter Stoffel, Bern 2014, 407-417 (zit. EPINEY, FS Stoffel).
- EPINEY, ASTRID/KERN, MARKUS, Zur Stellung ausländischer und privater Institutionen des Hochschulbereichs unter dem Hochschulförderungs- und -koordinationsgesetz / Sur le statut des institutions étrangères et privées du domaine des hautes écoles sous le régime de la loi sur l'encouragement et la coordination des hautes écoles, Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. EPINEY/KERN, Stellung).
- EPINEY, ASTRID/KERN, MARKUS, Regelung der Nebenbeschäftigungen von Professorinnen und Professoren auf Bundesebene: Zur Reichweite der Kompetenzen des Bundes *de lege lata* und *de lege ferenda*, Freiburg 2016 (zit. EPINEY/KERN, Nebenbeschäftigungen).
- FEUZ, ROLAND, Materielle Gesetzesbegriffe, Diss. Bern 2002 (zit. FEUZ, Gesetzesbegriffe).

- HÖRDEGEN, STEPHAN, Grundziele und –werte der „neuen“ Bildungsverfassung, ZBl 2007, 113 ff. (zit. HÖRDEGEN, Grundziele).
- JAAG, TOBIAS/LIENHARD, ANDREAS/TSCHANNEN, PIERRE, Ausgewählte Gebiete des Bundesverwaltungsrechts, 7. Aufl., Basel 2009 (zit. JAAG/LIENHARD/TSCHANNEN, Bundesverwaltungsrecht).
- LIENHARD, ANDREAS, Staats- und verwaltungsrechtliche Grundlagen für das New Public Management in der Schweiz: Analyse – Anforderungen – Impulse, Habil. Bern 2005 (zit. LIENHARD, Grundlagen).
- MAURER-LAMBROU, URS/BLECHTA, GABOR P. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., Basel 2014 (zit. AUTOR, in: Maurer-Lambrou/Blechta, Kommentar Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, Art. N).
- MÜLLER, GEORG, Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, Habil. Basel 1979 (zit. MÜLLER, Inhalt).
- MÜLLER, GEORG, Die Umschreibung des Inhalts der Bundesgesetze und die Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen, LeGes 2000, 29-40 (zit. MÜLLER, Bundesgesetze).
- MUSGRAVE, RICHARD ABEL, A Multiple Theory of Budget Determination, Finanzarchiv 1957, 333 – 343 (zit. MUSGRAVE, Budget Determination).
- RHINOW, RENÉ A./SCHEFER, MARKUS, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Basel 2009 (zit. RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht).
- SÄGESSER, THOMAS, Neuordnung der Erlassformen der Bundesversammlung, AJP 1998, 677 – 686 (zit. SÄGESSER, Neuordnung).
- SÄGESSER, THOMAS, Kommentar Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG), Bern 2007 (zit. SÄGESSER, RVOG-Kommentar, Art. N).
- STÖCKLI, ANDREAS, Ausgewählte Entwicklungen im Verwaltungsorganisationsrecht der Kantone im Jahr 2013, in: Peter Hänni (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Jahrbuch 2013 der Schweizerischen Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht, Bern 2014, 283 – 300 (zit. STÖCKLI, Entwicklungen).
- TANQUEREL, THIERRY, Manuel de droit administratif, Genf/Zürich/Basel 2011 (zit. TANQUEREL, droit administratif).
- VOTH, VOLKER JOHANNES, Akkreditierung im Hochschulsektor vor den Anforderungen der Wissenschaftsfreiheit, Diss. Hamburg 2011 (zit. VOTH, Akkreditierung).
- WALDMANN, BERNHARD/BELSER, EVA MARIA/EPINEY, ASTRID (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. AUTOR, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. N).
- WIEDERKEHR, RENÉ, Die Wesentlichkeitstheorie gemäss Art. 164 BV im Lichte der Verwaltungspraxis, recht 2007, 25-39 (zit. WIEDERKEHR, Wesentlichkeitstheorie).

Materialienverzeichnis

- Begleitbericht und Kommentar des Eidgenössischen Departements des Innern und des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements vom 12. September 2007 zum Entwurf des Bundesgesetzes über die Förderung der Hochschulen und die Koordination im schweizerischen Hochschulbereich (HFKG) (zit. HFKG-Begleitbericht).
- Bericht des Bundesrates vom 19. Dezember 2001 über das Führen mit Leistungsauftrag und Globalbudget – Evaluation und weiteres Vorgehen (Evaluationsbericht FLAG), BBl 2002 3535 (zit. Evaluationsbericht FLAG, BBl 2002 3535).
- Bericht des Bundesrates vom 13. September 2006 zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben (Corporate-Governance-Bericht), BBl 2006 8233 (zit. Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8233).
- Bericht der Finanzkommission des Nationalrates vom 29. März 2010 zur parlamentarischen Initiative Nr. 07.494 Parlamentarisches Instrumentarium zu den strategischen Zielen der verselbstständigten Einheiten, BBl 2010 3377 (zit. Bericht parlamentarische Initiative Instrumentarium, BBl 2010 3377).
- Bericht der Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur des Nationalrats vom 23. Juni 2005 zur Parlamentarischen Initiative Bildungsrahmenartikel in der Bundesverfassung, BBl 2005 5479 (zit. Bericht WBK-N Bildungsrahmenartikel, BBl 2005 5479).
- Botschaft vom 20. Oktober 1993 zum Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG) (zit. Botschaft RVOG, BBl 1993 III 997).
- Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1 (zit. Botschaft BV, BBl 1997 I 1).
- Botschaft zum Bundesgesetz über die Förderung der Hochschulen und die Koordination im schweizerischen Hochschulbereich vom 29. Mai 2009, BBl 2009 4561 (zit. Botschaft HFKG, BBl 2009 4561).
- Botschaft zur Förderung von Bildung, Forschung und Innovation in den Jahren 2017-2020 vom 24. Februar 2016, BBl 2016 3089 (zit. BFI-Botschaft 2017-2020, BBl 2016 3089).
- Erläuternder Bericht der Eidgenössischen Finanzverwaltung vom 13. September 2006 zum Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates, einsehbar unter <https://www.efv.admin.ch/efv/de/home/themen/finanzpolitik_grundlagen/cgov/grundlagen.html> (zit. Erläuternder Bericht Corporate-Governance-Bericht).
- Geschäftsbericht 2015 des Eidgenössischen Instituts für Berufsbildung, einsehbar unter <<http://www.ehb.swiss/file/1766/download>> (zit. Geschäftsbericht EHB 2015).
- Konferenz der Rektoren der Schweizer Universitäten/Konferenz der Fachhochschulen der Schweiz/Konferenz der Pädagogischen Hochschulen der Schweiz, Hochschulautonomie: Sechs Thesen der drei Rektorenkonferenzen, Bern April 2005, einsehbar unter http://www.kfh.ch/uploads/dobo/doku/Autonomie-Thesen_CRUS-KFHSKPH.pdf?CFID=33850461&CFTOKEN=23626159 (zit. Thesen Hochschulautonomie Rektorenkonferenzen).

- Lignes directrices de l'OCDE sur la gouvernance des entreprises publiques, Paris 2015, einsehbar unter http://www.oecd-ilibrary.org/governance/lignes-directrices-de-l-ocde-sur-la-gouvernance-des-entreprises-publiques-2015_9789264244221-fr (zit. Lignes directrices OCDE).
- Muster-Anforderungsprofil des Eidgenössischen Finanzdepartementes für Mitglieder des Verwaltungs- bzw. des Institutsrats von verselbstständigten Organisationen des Bundes, einsehbar unter https://www.efv.admin.ch/dam/efv/de/dokumente/finanzpolitik_grundl/cgov/Muster20Anforderungsprofil%20f%C3%BCr%20VRIR.pdf.download.pdf/Musteraforderungsprofil_def.pdf (zit. Muster-Anforderungsprofil Führungsorgane).
- Mustererlass der Eidgenössischen Finanzverwaltung vom 22. März 2012 für „Anstalten mit Dienstleistungen mit Monopolcharakter“, einsehbar unter https://www.efv.admin.ch/efv/de/home/themen/finanzpolitik_grundlagen/cgov/grundlagen.html (zit. Vorversion Mustererlass Anstalten Monopolcharakter).
- Mustererlass der Eidgenössischen Finanzverwaltung in Zusammenarbeit mit dem Bundesamt für Justiz für Anstalten mit Dienstleistungen mit Monopolcharakter (Stand vom 1. Juli 2016), einsehbar unter https://www.efv.admin.ch/dam/efv/de/dokumente/finanzpolitik_grundl/cgov/Mustererlass%20f%C3%BCr%20Anstalten%20mit%20Dienstleistungen%20mit%20Monopolcharakter.pdf.download.pdf/CG_2012_1_Mustererlass_d.pdf (zit. Mustererlass Anstalten Monopolcharakter).
- Mustererlass der Eidgenössischen Finanzverwaltung und des Bundesamtes für Justiz für Anstalten Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht (Stand vom 1. Juli 2016) (zit. Mustererlass Anstalten Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht), einsehbar unter https://www.efv.admin.ch/dam/efv/de/dokumente/finanzpolitik_grundl/cgov/Mustererlass_Aufsicht_d.pdf.download.pdf/Mustererlass_Aufsicht_d.pdf (zit. Mustererlass Anstalten Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht).
- Mustervorlage der Eidgenössischen Finanzverwaltung vom 18. Dezember 2015 für den Erlass der strategischen Ziele von verselbstständigten Einheiten des Bundes, einsehbar unter https://www.efv.admin.ch/dam/efv/de/dokumente/finanzpolitik_grundl/cgov/Muster%20Strategische%20Ziele.pdf.download.pdf/CG_2011-4_Mustervorlage_Strategische_Ziele_BR_d.pdf (zit. Mustervorlage strategische Ziele).
- Stellungnahme des Bundesrates vom 19. Mai 2010 zum Bericht der Finanzkommission des Nationalrates vom 29. März 2010 zur Parlamentarischen Initiative Parlamentarisches Instrumentarium zu den strategischen Zielen der verselbstständigten Einheiten, BBl 2010 3413 (zit. Stellungnahme Bundesrat Parlamentarische Initiative Instrumentarium, BBl 2010 3413).
- Zusatzbericht des Bundesrates vom 25. März 2009 zum Corporate-Governance-Bericht – Umsetzung der Beratungsergebnisse des Nationalrats, BBl 2009 2659 (zit. Zusatzbericht Corporate-Governance, BBl 2009 2659).

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
aBV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (St. Gallen/Lachen)
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
Aufl.	Auflage
BBG	Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Berufsbildung (Berufsbildungsgesetz; SR 412.10)
BBl	Bundesblatt
BBV	Verordnung vom 19. November 2003 über die Berufsbildung (Berufsbildungsverordnung; SR 412.101)
BFI	Bildung, Forschung und Innovation
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BPG	Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (SR 172.220.1)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
bzw.	beziehungsweise
CAS	Certificate of Advanced Studies
CHF	Schweizer Franken
DAS	Diploma of Advanced Studies
ders./dies.	derselbe/dieselbe
d.h.	das heisst
dipl.	diplomierte/r
Diss.	Dissertation
DSG	Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (SR 235.1)
E.	Erwägung
EBG	Eisenbahngesetz vom 20. Dezember 1957 (SR 742.101)
EHB	Eidgenössisches Hochschulinstitut für Berufsbildung

EHB-Verordnung	Verordnung vom 14. September 2005 über das Eidgenössische Hochschulinstitut für Berufsbildung (SR 412.106.1)
EIMG	Bundesgesetz vom 17. Juni 2011 über das Eidgenössische Institut für Metrologie (SR 941.27)
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101)
et. al.	et alii (und weitere)
ETH	Eidgenössisch Technische Hochschule
f./ff.	folgende/fortfolgende
FH	Fachhochschule
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FINMAG	Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (SR 956.1)
FLAG	Führen mit Leistungsauftrag und Globalbudget
FS	Festschrift
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
GebReg-SAR	Gebührenreglement des Schweizerischen Akkreditierungsrates vom 12. März 2015
HFKG	Bundesgesetz vom 30. September 2011 über die Förderung der Hochschulen und die Koordination im schweizerischen Hochschulbereich (Hochschulförderungs- und -koordinationsgesetz; SR 414.20)
Hrsg.	Herausgeber
insb.	insbesondere
i.V.m.	in Verbindung mit
lit.	litera
MAS	Master of Advanced Studies
METAS	Eidgenössisches Institut für Metrologie
Mio.	Million
MiVo-HF	Verordnung des WBF vom 11. März 2005 über Mindestvorschriften für die Anerkennung von Bildungsgängen und Nachdiplomstudien der höheren Fachschulen (SR 412.101.61)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
N	Randnote/Randziffer
Nr.	Nummer
NR	Nationalrat

o.ä.	oder ähnlich
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung / Organization for Economic Co-operation and Development
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
ParlG	Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung (SR 171.10)
PH	Pädagogische Hochschule
PUBLICA	Pensionskasse des Bundes
PUBLICA-Gesetz	Bundesgesetz vom 20. Dezember 2006 über die Pensionskasse des Bundes (SR 172.222.1)
RAG	Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 16. Dezember 2005
Rn.	Randnote
RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (SR 172.010)
RVOV	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 (SR 172.010.1)
SBFI	Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation
SG	St. Gallen
SIR	Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung
s./s.o.	siehe; siehe oben
sog.	sogenannt(e)
SpoföG	Bundesgesetz über die Förderung von Sport und Bewegung vom 17. Juni 2011 (SR 415.0)
SR	Ständerat
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
TUG	Bundesgesetz vom 30. April 1997 über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes (SR 784.11)
u.	und
u.a.	und andere; unter anderem
u.E.	unseres Erachtens

UFG	Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 über die Förderung der Universitäten und über die Zusammenarbeit im Hochschulbereich (Universitätsförderungsgesetz SR 414.20)
UH	Universitäre Hochschulen
v.	vom
v.a.	vor allem
V-HFKG	Verordnung vom 12. November 2014 zum Hochschulförderungs- und -koordinationsgesetz (SR 414.201)
VG	Bundesgesetz vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten (SR 170.32)
vgl.	vergleiche
WBF	Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung
WBK-N	Kommissionen für Wissenschaft, Bildung und Kultur des Nationalrats
z.B.	zum Beispiel
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZSAV-HS	Vereinbarung vom 26. Februar 2015 zwischen dem Bund und den Kantonen über die Zusammenarbeit im Hochschulbereich (SR 414.205)

Management Summary

1. Das **Eidgenössische Hochschulinstitut für Berufsbildung (EHB)** fungiert als Kompetenzzentrum des Bundes für Lehre und Forschung in den Bereichen der Berufspädagogik, der Berufsbildung und der Berufsentwicklung. Als verselbstständigte Einheit der dezentralen Bundesverwaltung ist das Institut als öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestaltet. Es situiert sich in der **schweizerischen Hochschullandschaft**, die mit der Neuordnung der sogenannten „Bildungsverfassung“, dem Erlass des Hochschulförderungs- und -koordinationsgesetzes (HFKG) sowie weiterer ausführender Erlasse gegenwärtig eine massgebliche Umgestaltung erfährt. Leitlinien dieses neuen Rechtsrahmens sind namentlich die Sicherung der Qualität, die Förderung des Wettbewerbs unter gleichzeitiger Sicherstellung der Koordination zwischen den Einrichtungen im Hochschulbereich, das Differenzierungs- und Gleichbehandlungsgebot zwischen den Institutionen sowie der Grundsatz der Hochschulautonomie.

2. Vor dem Hintergrund dieser neuen rechtlichen Rahmenbedingungen des Hochschulrechts, des allgemeinen verfassungsrechtlichen Rahmens des Legalitätsprinzips, der Vorgaben des Bundesrates im Bereich von Corporate-Governance sowie der im Rahmen des Mustererlasses für Anstalten mit Dienstleistungen mit Monopolcharakter durch die Eidgenössische Finanzverwaltung und das Bundesamt für Justiz formulierten Regelungsbeispiele untersucht das vorliegende Gutachten die **Fragestellung**, ob die bestehenden gesetzlichen Grundlagen für das EHB ausreichen oder ob vielmehr eine weitergehende rechtliche Abstützung erforderlich ist. Im Hinblick auf die Einbettung des Instituts in die Hochschullandschaft Schweiz wird überdies die Frage beleuchtet, ob das EHB einer Akkreditierungspflicht nach dem HFKG untersteht.

3. Die Untersuchungsergebnisse im Hinblick auf die Ausgestaltung der gesetzlichen Grundlage des Hochschulinstituts sind wie folgt zusammenzufassen:

- Nach den Vorgaben des **Legalitätsprinzips der Bundesverfassung**, das sich neben Art. 5 BV insbesondere aus dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt von Art. 164 Abs. 1 BV sowie aus den besonderen Gesetzesvorbehalten der Verfassung ergibt, sind im Hinblick auf verselbstständigte Einheiten der Bundesverwaltung insbesondere die Grundzüge von Organisation und Verfahren, die Aufgaben der Verwaltungseinheit, die rechtlichen Grundlagen für allfällige Eingriffe in Grundrechtspositionen (Zulassungsvoraussetzungen oder Disziplinar massnahmen gegenüber Anstaltsbenutzerinnen und -benutzern; Bearbeitung von schützenswerten Personendaten usw.), die Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen, die Grundlagen zur Gebührenerhebung, mögliche Ausnahmen von der subjektiven Steuerpflicht sowie die Rechte und Pflichten des Personals zwingend im formellen Gesetz zu verankern.
- Gemäss der **Corporate-Governance Politik des Bundesrates** wird eine formell-gesetzliche Regelung überdies namentlich vorausgesetzt für die rechtliche Abstützung von kommerziellen Leistungen, für die Grundlagen des Berichtswesens und

für das Controlling durch den Bundesrat, für die Finanzierungsquellen der unterschiedlichen Aufgaben der verselbstständigten Einheiten sowie zur Fixierung des Personal- und Pensionskassenstatuts.

- Der von der Eidgenössischen Finanzverwaltung und dem Bundesamt für Justiz verfasste **Mustererlass für Anstalten mit Dienstleistungen mit Monopolcharakter** zur Konkretisierung und Operationalisierung der Corporate-Governance Politik des Bundesrates fordert des Weiteren insbesondere eine detaillierte Regelung von Zusammensetzung, Wahl, Organisation und Aufgaben der unterschiedlichen Organe der verselbstständigten Einheiten, eine ausdrückliche Nennung und detaillierte Charakterisierung der Finanzierungsquellen sowie unter anderem eine Verankerung gesetzlicher Vorschriften zu Reserven, Tresorie und Liegenschaften auf Gesetzesebene.

4. Vor dem Hintergrund dieser Anforderungen lässt sich mit Blick auf die aktuelle gesetzliche Abstützung des EHB in Art. 48 und 48a Berufsbildungsgesetz und die ergänzenden materiell-rechtlichen Bestimmungen in der EHB-Verordnung, dem EHB-Studienreglement, der EHB-Personalverordnung sowie dem EHB-Gebührenreglement die **Schlussfolgerung** ziehen, dass die gesetzliche Abstützung des EHB in der heutigen Form weder den Anforderungen des Legalitätsprinzips der Verfassung noch jenen der Corporate-Governance Politik des Bundesrates oder des Mustererlasses zu genügen vermag.

5. Dementsprechend drängt sich eine **Ergänzung der formell-gesetzlichen Grundlagen** des EHB auf, die zwar – angesichts der verfassungsrechtlichen Situation – durchaus eine gewisse Dringlichkeit aufweist, wobei es jedoch vertretbar erscheint, zunächst die zukünftige Rolle und Positionierung des EHB zu entwickeln bzw. zu klären und daran anschliessend die gesetzlichen Grundlagen zu erarbeiten. In Bezug auf diese ist es denkbar, entweder eine Erweiterung der bestehenden gesetzlichen Grundlage im Berufsbildungsgesetz als Facherlass oder aber die Schaffung eines spezifischen Organisationserlasses für das EHB ins Auge zu fassen. Da es sich bei der Entscheidung zwischen diesen beiden Vorgehensweisen letztlich um einen Ausdruck gesetzgeberischer Präferenzen handelt, zu welcher dem verfassungsrechtlichen Rahmen keine spezifischen Vorgaben zu entnehmen sind, erscheint aus rechtlicher Warte sowohl der eine als auch der andere Weg als gangbar. Im Sinne einer verständlichen, transparenten und klaren Gesetzgebung ist es jedenfalls wünschenswert, die Strukturierung der Erlasse auf ein stimmiges und kohärentes Konzept abzustützen, was sich letztlich auch in einer allfälligen Aufteilung der Bestimmungen zwischen Fach- und Organisationserlass, bzw. in der Strukturierung der Bestimmungen des Berufsbildungsgesetzes widerspiegeln sollte. Zudem – und im vorliegenden Kontext im Hinblick auf die Bestrebungen der Corporate-Governance Politik von Bedeutung – scheint es angezeigt, auch in der Normstrukturierung für eine gewisse Vergleichbarkeit zwischen den verselbstständigten Einheiten des Bundes zu sorgen, so dass es sich anbieten dürfte, für vergleichbare Verwaltungseinheiten des Bundes jeweils auch eine analoge Strukturierung der Erlasse anzustreben.

6. Auf die Frage nach der **Einbettung des EHB in die Hochschullandschaft** Schweiz bzw. die **Akkreditierungspflicht des EHB** lässt sich festhalten, dass das EHB als Kompetenzzentrum des Bundes für Lehre und Forschung in den Bereichen der Berufspädagogik, der Berufsbildung und der Berufsentwicklung (Art. 3 Abs. 1 EHB-Verordnung) dem Hochschulbereich (Tertiär-A-Bereich) angehört. Zudem ist das EHB als Hochschule oder andere Institution des Hochschulbereichs im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 1 lit. a HFKG zu qualifizieren. Entsprechend kommt dem Institut jedenfalls die Möglichkeit zu, sich nach dem Mechanismus des HFKG im Rahmen der institutionellen Akkreditierung anerkennen lassen. Da das EHB als Institution des Hochschulbereichs für seinen Betrieb zudem Finanzierungsbeiträge des Bundes erhält, unterliegt das Hochschulinstitut auch einer Akkreditierungspflicht. Dementsprechend muss sich das EHB bis spätestens Anfang 2022 im Zuge einer institutionellen Akkreditierung nach Art. 28 Abs. 1 lit. a HFKG anerkennen lassen.

7. Im Sinne einer Schlussbetrachtung lässt sich die Frage nach der Obergrenze gesetzlicher Regelungen aufwerfen. So sind der Bundesverfassung an sich keine Vorgaben zur Frage zu entnehmen, welche Belange einer Regelung im formellen Gesetz überhaupt „würdig“ sind. Dennoch lässt sich wohl die Behauptung aufstellen, dass das Legalitätsprinzip letztlich auch durch eine **Überbürdung der Gesetzesform** aufgrund einer überweiten Spanne von Regelungsgegenständen „unterwandert“ bzw. überfordert werden kann. Diese Gefahr gilt es auch im Hinblick auf die rechtliche Einrahmung der verselbstständigten Verwaltungseinheiten im Auge zu behalten. Sodann bedingt die Erarbeitung der formell-gesetzlichen Grundlagen des EHB die Klärung (oder auch Bestätigung) der Stellung des EHB sowie seiner Rolle und Aufgaben in der Hochschullandschaft. Dabei handelt es sich nicht nur um Fragen rechtlicher Natur, geht es doch auch um die Verteilung von Zielsetzungen, Aufgaben, Zuständigkeiten und Tätigkeiten zwischen verschiedenen Institutionen auf Bundes- und Kantonsebene. Im Rahmen der Präzisierung der Rolle und Aufgaben des EHB und der anschliessenden Erarbeitung der formell-gesetzlichen Grundlagen scheint es wünschenswert, insbesondere bezüglich Aufgabenverteilung und Finanzierung eine gewisse **Kohärenz** in Bezug auf die bereits bestehenden Institutionen und gesetzlichen Grundlagen zu gewährleisten.

Résumé

1. L'**Institut fédéral des hautes études en formation professionnelle IFFP** est le centre de compétences de la Confédération pour l'enseignement et la recherche dans les domaines de la formation professionnelle, de la pédagogie professionnelle et du développement des professions. En tant qu'unité autonome de l'administration fédérale décentralisée, l'institut est un établissement de droit public doté de la personnalité juridique. Il fait partie du **paysage suisse des hautes écoles** qui subit actuellement une importante mutation avec la mise en œuvre de l'article constitutionnel sur les hautes écoles, de la loi sur l'encouragement et la coordination des hautes écoles (LEHE) et de ses ordonnances d'exécution. Ce nouveau cadre juridique est caractérisé par les maîtres mots que sont l'assurance qualité, l'encouragement de la concurrence tout en assurant la coordination entre les institutions du domaine des hautes écoles, l'impératif à la fois de différenciation et d'égalité de traitement entre les institutions, et le principe de l'autonomie des hautes écoles.

2. Au regard de ce nouveau cadre juridique du paysage des hautes écoles, du cadre constitutionnel général lié au principe de la légalité, des instructions du Conseil fédéral concernant le gouvernement d'entreprise et des exemples normatifs formulés par l'Administration fédérale des finances et l'Office fédéral de la justice dans la loi-type concernant des établissements qui fournissent des prestations à caractère monopolistique, la présente étude cherche à répondre à la **question** de savoir si les bases légales actuelles de l'IFFP sont suffisantes ou si une base juridique plus ample est nécessaire. Dans l'optique de l'insertion de l'institut dans le paysage suisse des hautes écoles, l'étude s'intéresse en outre à la question de savoir si l'IFFP est soumis à l'obligation de se faire accréditer selon la LEHE.

3. S'agissant de la base légale de l'institut, les conclusions de l'étude peuvent être résumées comme suit:

- Dans son application aux entités de la Confédération devenues autonomes, le **principe constitutionnel de la légalité**, tel qu'il découle de l'art. 5 Cst. et plus précisément de la réserve de loi générale énoncée à l'art. 164, al. 1, Cst. et des réserves de loi spécifiques prévues par la Constitution, veut que les grandes lignes de l'organisation et des procédures ainsi que les tâches de l'entité autonome, les bases juridiques régissant les éventuelles restrictions aux droits fondamentaux (conditions d'admission ou mesures disciplinaires à l'encontre des usagers de l'établissement, traitement des données sensibles, etc.), la délégation de la compétence d'édicter des règles de droit, les bases juridiques régissant la perception d'émoluments, les éventuelles exemptions de l'assujettissement subjectif à l'impôt ainsi que les droits et obligations du personnel soient inscrits dans une loi au sens formel.
- La **politique du Conseil fédéral en matière de gouvernement d'entreprise** demande, elle aussi, une base légale formelle, notamment pour les prestations com-

merciales, et réglant l'établissement des rapports périodiques, la surveillance par le Conseil fédéral, les sources de financement des diverses activités des entités devenues autonomes et définissant le statut du personnel et de la caisse de pension.

- Enfin, la **loi-type concernant des établissements qui fournissent des prestations à caractère monopolistique** rédigée par l'Administration fédérale des finances et l'Office fédéral de la justice en vue de l'application et de la mise en œuvre de la politique du Conseil fédéral en matière de gouvernement d'entreprise exige la réglementation détaillée de la composition, de la nomination, de l'organisation et des tâches des différents organes des entités devenues autonomes, la mention explicite et la caractérisation précise des sources de financement et, notamment, l'ancrage légal des prescriptions en matière de réserves, de trésorerie et de bien-fonds.

4. Compte tenu de ces exigences et vu les dispositions concernant l'IFFP dans la loi fédérale sur la formation professionnelle (art. 48 et 48a LFPr) ainsi que les dispositions de droit matériel complémentaires figurant dans l'ordonnance sur l'IFFP, le règlement des études à l'IFFP, l'ordonnance sur le personnel de l'IFFP et le règlement sur les émoluments de l'IFFP, il faut **conclure** que la base légale de l'IFFP sous sa forme actuelle ne satisfait ni aux exigences du principe constitutionnel de la légalité, ni à la politique du Conseil fédéral en matière de gouvernement d'entreprise, ni aux critères de la loi-type.

5. Vu ce qui précède, **une consolidation des bases légales formelles de l'IFFP** s'impose. Si cette consolidation a une certaine urgence au regard du droit constitutionnel, il paraît néanmoins défendable de développer et éclaircir d'abord le rôle et le positionnement futur de l'IFFP avant d'entreprendre l'élaboration des nouvelles bases légales. A cet égard, deux approches sont envisageables: élargir l'actuelle base légale inscrite dans la loi fédérale sur la formation professionnelle qui deviendrait ainsi loi technique, ou créer une loi d'organisation propre à l'IFFP. Le choix de l'une ou l'autre de ces deux approches relève finalement de préférences législatives, le cadre constitutionnel ne donnant pas d'indications spécifiques à ce sujet. D'un point de vue juridique, les deux approches sont donc concevables. Cependant, dans l'optique de l'intelligibilité, de la transparence et de la clarté de la législation, il est souhaitable de fonder la structure des actes normatifs sur une conception cohérente, laquelle devrait finalement se refléter dans l'éventuelle répartition des dispositions entre la loi technique et la loi d'organisation, ou dans la teneur des nouvelles dispositions de la loi sur la formation professionnelle. Il semble en outre indiqué – et d'importance dans le présent contexte de gouvernement d'entreprise – de veiller, jusque dans la structure des actes normatifs, à une certaine cohérence entre les entités de la Confédération devenues autonomes. Il peut donc paraître judicieux de tendre vers une structure normative similaire pour les unités administratives comparables de la Confédération.

6. Enfin, en ce qui concerne **l'intégration de l'IFFP dans le paysage suisse des hautes écoles** et la question de **l'obligation d'accréditation**, il faut relever que l'IFFP, en tant que centre de compétences de la Confédération pour l'enseignement et la recherche dans les domaines de la formation professionnelle, de la pédagogie professionnelle et du développement professionnel (art. 3, al. 1, de l'ordonnance sur l'IFFP), fait partie du domaine des hautes écoles (tertiaire A). L'institut doit être caractérisé comme *haute école* ou *autre institution du domaine des hautes écoles* au sens des art. 2, al. 1, et 28, al. 1, let. a, LEHE. Par conséquent, il a *la possibilité* de se faire reconnaître selon le mécanisme de l'accréditation d'institution prévu par la LEHE. En tant qu'institution du domaine des hautes écoles recevant des contributions fédérales pour ses charges d'exploitation, l'IFFP est même soumis à *l'obligation* de se faire accréditer. Par conséquent, il devra obtenir sa reconnaissance avant le début 2022, au plus tard, selon la procédure de l'accréditation d'institution prévue à l'art. 28, al. 1, let. a, LEHE.

7. A titre de conclusion, on peut soulever la question de la «limite de densité» d'une norme légale. La Constitution ne renseigne pas sur les objets qui méritent de figurer dans la loi formelle. Néanmoins, il est permis d'affirmer que l'on risque de solliciter exagérément, sinon de saper le principe de légalité en **surchargeant la forme légale** par un éventail excessif d'objets. Il convient de garder à l'esprit ce risque également par rapport à l'encadrement juridique des entités de la Confédération devenues autonomes. D'autre part, l'élaboration des bases légales formelles de l'IFFP appelle la clarification préalable (ou éventuellement la confirmation) de la position de l'IFFP, de son rôle et de ses tâches dans le paysage suisse des hautes écoles. Ces questions ne sont pas de nature uniquement juridique, puisqu'il s'agit de déterminer l'attribution des buts, des tâches, des compétences et des activités entre les diverses institutions fédérales et cantonales. Lors de la définition du rôle et des tâches de l'IFFP, puis de l'élaboration subséquente des bases légales formelles, il paraît souhaitable – en particulier en ce qui concerne l'attribution des tâches et le financement – de veiller à une certaine **cohérence** avec les institutions et les bases légales déjà en place.

§ 1 Einleitung und Problemstellung

1. Das **Eidgenössische Hochschulinstitut für Berufsbildung (EHB)** fungiert als Kompetenzzentrum des Bundes für Lehre und Forschung in den Bereichen der Berufspädagogik, der Berufsbildung und der Berufsentwicklung.¹ Zu seinen zentralen Aufgaben gehören auf dieser Grundlage die Bildung und Weiterbildung von Berufsbildungsverantwortlichen, insbesondere von Lehrkräften, soweit diese Kompetenz nicht den Kantonen zukommt; im Bereich der Berufsbildung und der berufsorientierten Weiterbildung soll es sodann Forschung betreiben, Studien und Pilotversuche durchführen sowie Dienstleistungen erbringen.² Das EHB ist als verselbstständigte Einheit der dezentralen Bundesverwaltung als öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestaltet.³

2. Als (formell-) **gesetzliche Grundlage** für das EHB dienen Art. 48 und 48a des Bundesgesetzes über die Berufsbildung (Berufsbildungsgesetz; BBG)⁴. Der weitere rechtliche Rahmen des Instituts wird gebildet durch die Verordnung über das Eidgenössische Institut für Berufsbildung (EHB-Verordnung), das Reglement des EHB-Rates über Berufsbildungsangebote und Abschlüsse am Eidgenössischen Hochschulinstitut für Berufsbildung (EHB-Studienreglement)⁵, die Verordnung des EHB-Rates über das Personal des Eidgenössischen Hochschulinstituts für Berufsbildung (EHB-Personalverordnung)⁶ sowie das Reglement des EHB-Rates über die Gebühren des Eidgenössischen Hochschulinstituts für Berufsbildung (EHB-Gebührenreglement)⁷.

3. Mit der Neuordnung der sogenannten „**Bildungsverfassung**“, der damit verbundenen Einfügung des Hochschulartikels (Art. 63a BV) in die Bundesverfassung, dem Erlass des Hochschulförderungs- und -koordinationsgesetzes (HFKG)⁸ sowie weiterer ausführender Erlasse erfährt die schweizerische Hochschullandschaft gegenwärtig eine massgebliche **Umgestaltung**. Leitlinien dieses neuen Rechtsrahmens der Hochschulinstitutionen sind namentlich die Sicherung der Qualität, die Förderung des Wettbewerbs unter gleichzeitiger Sicherstellung der Koordination zwischen den Einrichtungen im Hochschulbereich, das Differenzierungs- und Gleichbehandlungsgebot zwischen den Institutionen sowie der Grundsatz der Hochschulautonomie. Überdies formulierte der

¹ Art. 3 Abs. 1 Verordnung über das Eidgenössische Hochschulinstitut für Berufsbildung vom 14. September 2005 (EHB-Verordnung; SR 412.106.1).

² Art. 48 Abs. 2 BBG.

³ Art. 2 Abs. 1 EHB-Verordnung.

⁴ Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Berufsbildung (Berufsbildungsgesetz; SR 412.10).

⁵ SR 412.106.12.

⁶ SR 412.106.141.

⁷ SR 412.106.16.

⁸ Bundesgesetz über die Förderung der Hochschulen und die Koordination im schweizerischen Hochschulbereich vom 30. September 2011 (SR 414.20).

Bundesrat mit dem **Corporate-Governance-Bericht**⁹ und dem entsprechenden Zusatzbericht¹⁰ neue Vorgaben zur Ausformung und Führung von ausgelagerten Einheiten, welche mit dem Mustererlass für Anstalten mit Dienstleistungen mit Monopolcharakter der Eidgenössischen Finanzverwaltung und des Bundesamtes für Justiz einer weitergehenden Konkretisierung bzw. Operationalisierung zugeführt wurden.¹¹

4. Vor dem Hintergrund dieser neuen rechtlichen Rahmenbedingungen des Hochschulrechts, der Vorgaben des Bundesrates im Bereich von Corporate-Governance und des allgemeinen verfassungsrechtlichen Rahmens des Legalitätsprinzips sowie der anstehenden Diskussionen um die Weiterentwicklung und Stärkung des EHB in der schweizerischen Hochschullandschaft soll im vorliegenden Gutachten der Frage nachgegangen werden, ob die bestehenden **gesetzlichen Grundlagen für das EHB** (auch im Hinblick auf seine mögliche zukünftige Entwicklung) ausreichen oder ob vielmehr eine weitergehende rechtliche Abstützung erforderlich ist. Sollte eine weitergehende rechtliche Verankerung als erforderlich erachtet werden, so stellt sich überdies die Frage, welche **Regelungselemente** hierin enthalten sein sollten. Im Hinblick auf die Einbettung des Instituts in die Hochschullandschaft Schweiz soll schliesslich auch die Frage beantwortet werden, ob das EHB einer **Akkreditierungspflicht** nach dem HFKG untersteht.

5. Damit ergibt sich der **Aufbau der vorliegenden Untersuchung**: In einem ersten Schritt ist ein Überblick über den allgemeinen rechtlichen Rahmen zu geben (§ 2), wobei insbesondere die einschlägigen Regelungselemente der Bildungsverfassung und der schweizerischen Hochschullandschaft, die allgemeinen verfassungsrechtlichen Vorgaben des Legalitätsprinzips sowie die Vorgaben der Corporate-Governance Politik des Bundesrates zu beleuchten sind. Ausgehend von diesen Grundlagen soll anschliessend vor dem Hintergrund der Anforderungen der Bundesverfassung sowie der Corporate-Governance Politik des Bundesrates untersucht werden, inwieweit die geltende gesetzliche Abstützung des EHB ausreicht oder vielmehr als ergänzungsbedürftig zu betrachten ist (§ 3). Sodann ist im Hinblick auf die Einbettung des EHB in die Hochschullandschaft Schweiz zu analysieren, ob das EHB einer Akkreditierungspflicht nach HFKG untersteht (§ 4). Zusammenfassende Schlussfolgerungen runden die Untersuchung ab (§ 5).

Die vorliegende Untersuchung geht auf ein Gutachten zurück, welches die Verfasser im Auftrag des Staatssekretariats für Bildung, Forschung und Innovation (SBFI) des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) erstellten. Inhaltlich handelt es sich um eine unabhängige Arbeit: Die Verfasser wurden um eine unabhängige Klärung der sich stellenden Fragen gebeten. Die Fragestellung wurde dabei wie folgt umschrieben:

„Das Rechtsgutachten soll die Frage klären, ob die bestehenden rechtlichen Grundlagen für das Eidgenössische Hochschulinstitut für Berufsbildung (EHB) auf Gesetzes- und Verordnungsstufe im Hinblick auf die weitere Entwicklung des EHB ausreichen oder ob umgekehrt entweder eine Erweiterung und Ergänzung der heutigen gesetzlichen Grundlagen im Bundesgesetz über die Berufsbildung

⁹ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8233.

¹⁰ Zusatzbericht Corporate-Governance, BBl 2009 2659; vgl. auch Erläuternder Bericht Corporate-Governance, 1 ff.

¹¹ Mustererlass für Anstalten, 1 ff.

(BBG) oder die Schaffung eines neuen Trägersgesetzes angestrebt werden sollte. Überdies soll ggf. geprüft werden, welche Regelungselemente eine solche ergänzende oder eigenständige gesetzliche Grundlage umfassen und bis wann sie möglichst in Kraft gesetzt werden sollte. Das zu erstellende Gutachten berücksichtigt dabei insbesondere die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Legalitätsprinzips und die Grundsätze der Rechtssetzung, die Vorgaben der Bildungsverfassung und die Situierung des EHB in der neuen Hochschullandschaft nach Inkrafttreten des Hochschulkoordinations- und -förderungsgesetzes (HFKG), die Vorgaben der Corporate-Governance Politik des Bundesrates sowie die laufenden Arbeiten zur Positionierung des EHB in der Hochschullandschaft, welche bis Ende 2020 in ein Akkreditierungsgesuch münden sollen.“

Der EHB-Begleitgruppe, bestehend aus Vertreterinnen und Vertretern des Generalsekretariats des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung, des EHB sowie des SBFI, sei an dieser Stelle für das entgegengebrachte Vertrauen und die ausgesprochen angenehme Zusammenarbeit gedankt.

§ 2 Zum allgemeinen Rahmen der Hochschullandschaft und des Legalitätsgrundsatzes

6. Der Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Studie situiert sich gewissermassen an der **Kreuzung zweier ungleicher Regelungskomplexe**: Zum einen stehen die Rahmenbedingungen des gewandelten und neu im Entstehen begriffenen **schweizerischen Hochschulrechts** in Frage, das die Grundlage bildet für die Hochschullandschaft Schweiz. Dieser hochschulrechtliche Rahmen soll im Folgenden kurz skizziert werden (I.), wobei insbesondere auf die sogenannte „Bildungsverfassung“ und deren Konkretisierung, auf die Strukturgrundsätze des neuen Hochschulrechts sowie auf die Gestaltung des institutionellen Gefüges im schweizerischen Hochschulwesen einzugehen ist. Damit wird gewissermassen der sachliche Regelungszusammenhang des Untersuchungsgegenstandes umrissen. Der zweite Regelungskomplex betrifft die Anforderungen des **Legalitätsprinzips** (II.), das im Zuge der Analyse als Massstab an die bestehenden Regelungen des Eidgenössischen Hochschulinstituts für Berufsbildung anzulegen ist, wobei sowohl für die eigentliche Beurteilung als auch für diese übersichtsartige Darstellung auch auf die Anforderungen der Corporate-Governance Politik des Bundesrates bezüglich der gesetzlichen Abstützung verselbstständigter Verwaltungseinheiten hinzuweisen bzw. einzugehen ist.

I. Zum Rahmen der Hochschullandschaft Schweiz¹²

1. „Bildungsverfassung“ und deren Konkretisierung

7. Grundlage für den in Umgestaltung begriffenen Rechtsrahmen der Hochschullandschaft Schweiz ist die sogenannte „Bildungsverfassung“ auf Bundesebene (Art. 61a – 67 BV) und dabei insbesondere der **Hochschulartikel** von Art. 63a BV. Nach dieser Bestimmung betreibt der Bund die Eidgenössisch Technischen Hochschulen und kann weitere Hochschulen und Institutionen des Hochschulbereichs errichten, übernehmen oder betreiben (Abs. 1). Bezüglich der föderalistischen Kompetenzausscheidung bestimmt die Vorschrift, dass die Aufgabe der Sicherstellung von Koordination und Qualitätssicherung Bund und Kantonen gemeinsam zukommt, wobei Rücksicht zu nehmen ist auf die Hochschulautonomie und die Trägerschaften und zugleich auf die Gleichbehandlung von Institutionen mit gleichen Aufgaben geachtet werden muss (Abs. 3). Die Umsetzung dieser Aufgaben soll durch Verträge zwischen Bund und Kantonen und die Übertragung von Zuständigkeiten an die gemeinsamen Organe erfolgen, wobei die zu übertragenden Kompetenzen ebenso im Gesetz zu regeln sind wie die Grundsätze von Organisation und Verfahren (Abs. 4). Als subsidiäre Umsetzungsmechanismen sieht die Verfassung den Erlass von Bundesvorschriften sowie die Koppelung der Bundesunter-

¹² Die nachfolgenden Ausführungen beruhen teilweise auf bereits früher durchgeführten Untersuchungen und greifen teilweise auf diese zurück. Vgl. insbesondere schon EPINEY/KERN, Nebenbeschäftigungen, 4 ff.

stützung an einheitliche Finanzierungsgrundsätze und die Aufgabenteilung in besonders kostenintensiven Bereichen vor (Abs. 5).

8. Die **Konkretisierung** dieses verfassungsrechtlichen Rahmens erfolgt durch verschiedene Erlasse und Übereinkünfte auf Bundes- und Kantonsebene, womit in Bezug auf die massgeblichen gesetzlichen und sonstigen Regelungen ein eigentliches Normengeflecht entstanden ist. Dieses umfasst neben einer Vereinbarung zwischen dem Bund und den Kantonen über die Zusammenarbeit im Hochschulbereich (ZSAV-HS) sowie einer interkantonalen Vereinbarung über den schweizerischen Hochschulbereich (Hochschulkonkordat) insbesondere auch das Hochschulförderungs- und -koordinationsgesetz (HFKG) sowie zahlreiche nachgelagerte Regelungen. Diese Instrumente bestimmen zum einen den inhaltlichen Rahmen des Hochschulrechts und determinieren zum anderen die institutionelle Struktur der gemeinsamen Organe und die anwendbaren Verfahren.

9. Bezugnehmend auf die vorliegende Untersuchung ist davon auszugehen, dass nicht nur die **verfassungsrechtlichen Vorgaben** zu beachten sind (was bereits aus der Normenhierarchie folgt), sondern auch die erwähnten (**gesetzlichen**) **Konkretisierungen** für die Frage nach der gesetzlichen Grundlage des EHB und ihrer Ausgestaltung zugrunde zu legen sind bzw. sich die gesetzlichen Regelungen betreffend das EHB in diese einbetten müssen. Denn zwar stünde der Modifikation des erwähnten rechtlichen Rahmens aus rein rechtlicher Sicht nichts entgegen (können Gesetze, Konkordate und Vereinbarungen und auch die Verfassung doch jederzeit geändert werden); es ist jedoch davon auszugehen, dass kurz- und wohl auch mittelfristig solche Änderungen schon deshalb nicht auf der Tagesordnung stehen werden, weil sich das neu geschaffene System zunächst etablieren muss und entsprechende Erfahrungen gesammelt werden sollen, ganz abgesehen davon, dass es hier um komplexe Fragen geht und politische Einigungen mitunter schwer zu erzielen sind und dementsprechend zeitaufwändig sein können.

2. Strukturgrundsätze

10. Die einschlägigen rechtlichen Grundlagen des Hochschulraums Schweiz lassen eine Reihe eher allgemein formulierter **Zielsetzungen und Grundsätze** erkennen. Diese sind aufgrund ihrer wenig spezifischen Formulierung zwar in der Regel nicht direkt anwendbar. Von rechtlicher Bedeutung sind sie jedoch gleichwohl schon deshalb, weil sie durch weitere Regelungen konkretisiert werden bzw. diese weiteren Regelungen die Verwirklichung dieser Ziele und Prinzipien sicherstellen sollen, so dass die allgemeinen Zielsetzungen und Grundsätze bei der **Auslegung** dieser konkretisierenden Bestimmungen heranzuziehen sind. Darüber hinaus ist aber auch bei der Auslegung sonstiger, den Hochschulraum Schweiz betreffender rechtlicher Vorgaben diesen allgemeinen Zielsetzungen und Grundsätzen Rechnung zu tragen.

11. Als **Ziele und Grundsätze** des Hochschulraums Schweiz – die zumeist bereits in der Verfassung verankert sind und dann insbesondere auf Gesetzebene wieder aufge-

griffen werden – sind insbesondere die Qualitätssicherung (a.), die Koordination (b.), die Förderung des Wettbewerbs (c.), das sog. Differenzierungsgebot (d.), das Gebot der Gleichbehandlung (e.) sowie die Hochschulautonomie (f.) zu nennen.

a. Qualitätssicherung

12. Bund und Kantonen kommt sowohl in Bezug auf den Bildungsraum Schweiz im Allgemeinen (Art. 61a Abs. 1 BV) als auch auf das Hochschulwesen im Besonderen (Art. 63a Abs. 3 BV) die Pflicht zu, für „hohe Qualität“ bzw. die „Gewährleistung der Qualitätssicherung“ zu sorgen.¹³ Die Aufgabe der Qualitätssicherung ist gemäss den Vorgaben der Verfassung primär durch Kooperation und subsidiär („Anerkennung von Institutionen“) durch den Bund zu erfüllen. Die **Pflicht zur Qualitätssicherung** wird auch im Hochschulförderungs- und -koordinationsgesetz (Art. 1 Abs. 1, Art. 1 Abs. 2 lit. b, Art. 3 lit. a HFKG), im Hochschulkonkordat (Art. 1 lit. a und b und Verweis auf die Ziele des HFKG in Art. 1 lit. d) sowie in der darauf beruhenden Zusammenarbeitsvereinbarung (Art. 1 ZSAV-HS mit Verweis auf die Ziele des HFKG) vorgegeben und teilweise weiter ausgeführt. Zur Zielerreichung werden zunächst die Hochschulen in die Pflicht genommen, die für die langfristige Qualitätssicherung und Qualitätsentwicklung zu sorgen haben (Art. 27 HFKG).¹⁴ Im Zuständigkeitsbereich der Behörden wird zur Überwachung und Kontrolle der universitären Qualitätssicherung und zur Gewährleistung eines Mindeststandards insbesondere auf das Instrument der **Akkreditierung** gesetzt,¹⁵ womit einerseits das hohe Niveau und die Reputation des Forschungsstandortes Schweiz in Lehre, Forschung, Dienstleistungen sowie der akademischen Weiterbildung gewährleistet und fortentwickelt werden sollen und andererseits im Sinne des Konsumentenschutzes Qualitätssicherung auf der individuellen Ebene sichergestellt werden soll.¹⁶

¹³ Eingehend zur Qualität als Leitmotiv der neuen Bildungsverfassung HÖRDEGEN, Grundziele, 132 ff.; mit weiteren Ausführungen zum zugrundeliegenden Qualitätsverständnis AMSCHWAND, Qualitätssicherung, 47 ff.

¹⁴ Die Pflicht zur Gewährleistung der Qualitätssicherung kommt sowohl der öffentlichen Hand als auch (über Art. 27 HFKG) den Hochschulen zu, so dass für erstere nicht von einer „subsidiären Verpflichtung“ gesprochen werden kann, vgl. EHRENZELLER/SAHLFELD, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 63a N 34; vgl. auch EHRENZELLER, Hochschulraum, 687; Bericht WBK-N Bildungsrahmenartikel, BBl 2005 5479, 5528; a.A. wohl BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 63a N 11.

¹⁵ Art. 28 ff. HFKG. Als inhaltliche Vorgabe für die subsidiäre Bundeskompetenz spricht bereits Art. 63a Abs. 5 BV von der „Anerkennung von Institutionen und Abschlüssen“, womit insbesondere Akkreditierungen gemeint sein dürften; vgl. zum Instrument der Akkreditierung AMSCHWAND, Qualitätssicherung, 87 ff.; HÖRDEGEN, Bildung, 711 ff.; VOTH, Akkreditierung, *passim*.

¹⁶ Zu diesen Zielsetzungen näher, m.w.N., EPINEY/KERN, Stellung, 8 f.

b. Koordination

13. Koordination ist für die schweizerische Hochschullandschaft gleichsam **Ziel und Instrument**: Einerseits verpflichtet die Bundesverfassung Bund und Kantone (Art. 63a Abs. 3 BV) zur Koordination im schweizerischen Hochschulwesen und sieht für den Fall, dass die gemeinsamen Ziele auf dem Weg der Koordination nicht erreichbar sind, subsidiäre Bundeskompetenzen vor (Art. 63a Abs. 5 BV). Andererseits ist die Koordination jedoch auch ein Ziel an sich, da sie die Grundlage für einen abgestimmten und kohärenten Hochschulraum, der hohen Qualitätsstandards genügt, darstellt. Zu den gesetzlich ausformulierten Teilzielen sind hierbei insbesondere die Förderung der Profilbildung der Hochschulen (Art. 3 lit. c HFKG), die Sicherstellung der Kohärenz zwischen Hochschul-, Forschungs- und Innovationspolitik (Art. 3 lit. d HFKG), die Gewährleistung der Durchlässigkeit und Mobilität zwischen den Hochschulen (Art. 3 lit. e HFKG), die Vereinheitlichung von Studienstrukturen, -stufen und Übergängen und die Anerkennung der Abschlüsse (Art. 3 lit. f HFKG) sowie schliesslich die Aufgabenteilung in besonders kostenintensiven Bereichen (Art. 3 lit. h HFKG) zu zählen.¹⁷

c. Förderung des Wettbewerbs

14. Als weiteres Teilziel nennt das Gesetz die **Förderung des Wettbewerbs**, insbesondere im Bereich der Forschung. Als angestrebte Konsequenz des Wettbewerbsziels ist die Wettbewerbsfähigkeit des Hochschulbereichs zu betrachten, wie sie gemäss Art. 1 lit. a Hochschulkonkordat und Art. 1 Abs. 1 HFKG anzustreben ist. Mit der Setzung eines Wettbewerbsziels statuiert der Rechtsrahmen in gewisser Hinsicht auch einen Kontrapunkt zur Zielsetzung der Koordination, indem klargestellt wird, dass diese nicht als eine umfassende Aufteilung von Markt und Angeboten zu verstehen ist, sondern dass Wahlmöglichkeiten zwischen Hochschultypen, Studiengängen und Forschungsschwerpunkten bestehen bleiben und gefördert werden sollen. Nicht zu verkennen ist allerdings auch, dass zwischen Koordination und Wettbewerb ein gewisses Spannungsverhältnis besteht.¹⁸

d. Differenzierungsgebot

15. Das **Differenzierungsgebot** ist sowohl im Zusammenhang mit dem Koordinations- als auch dem Wettbewerbsziel zu sehen:¹⁹ Demnach soll ein Hochschulraum mit gleichwertigen, aber andersartigen Hochschultypen geschaffen werden (Art. 3 lit. b HFKG), was gemäss Art. 5 Abs. 2 HFKG bedingt, in der Aufgabenerfüllung „die Besonderheiten von universitären Hochschulen, Fachhochschulen, pädagogischen Hoch-

¹⁷ Vgl. zu den einzelnen Unterzielen Botschaft HFKG, BBl 2009 4561, 4605 f. u. 4632 f.

¹⁸ Etwas eingehender zum Thema EPINEY/KERN, Stellung, 10.

¹⁹ EHRENZELLER/SAHLFELD, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 63a N 36; Bericht WBK-N Bildungsrahmenartikel, BBl 2005 5479, 5527.

schulen und anderen Institutionen des Hochschulbereichs“ zu berücksichtigen sowie gemäss Art. 36 Abs. 1 HFKG voraussetzt, dass die „unterschiedlichen Aufgaben von universitären Hochschulen, Fachhochschulen und pädagogischen Hochschulen“ beachtet werden.²⁰

e. Gleichbehandlungsgebot

16. Die Bundesverfassung verpflichtet Bund und Kantone gegenüber Institutionen mit gleichen Aufgaben auf das **Gebot der Gleichbehandlung** (Art. 63a Abs. 3 BV).²¹ Demnach sollen Hochschulinstitutionen nach Massgabe ihrer Gleichheit gleich und nach Massgabe ihrer Ungleichheit ungleich behandelt werden, wobei sich die Ungleichbehandlung unterschiedlicher Sachverhalte und Institutionen auch aus dem Differenzierungsgebot ergibt. Das Gleichbehandlungsgebot ist als **spezifische Ausprägung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes** zu sehen, wie er der Bundesverfassung zugrunde liegt (vgl. Art. 8 BV), und betont den Umstand, dass in der schweizerischen Hochschullandschaft weder zwischen den einzelnen Hochschultypen noch zwischen individuellen Hochschulen eine Hierarchie geschaffen werden darf.

f. Hochschulautonomie

17. Schliesslich enthalten Verfassung (Art. 63a Abs. 3) und Gesetz (Art. 5 Abs. 1; Art. 30 Abs. 2 sowie 36 Abs. 1 HFKG) die Verpflichtung von Bund und Kantonen bzw. Bund, Rücksicht auf die **Autonomie der Hochschulen** und ihrer Träger zu nehmen.²² Gemäss den Materialien stellt die Hochschulautonomie „ein geradezu konstitutives Element für Wissenschaft und Bildung“ dar; sie gewährleistet den Hochschulinstitutionen „die nötige Freiheit, um sich in einem von Wettbewerb geprägten Umfeld eigenständig zu profilieren“.²³

18. Die verfassungsrechtlichen Kompetenzen von Bund und Kantonen namentlich zur Koordination des Hochschulbereichs, zur Gewährleistung der Qualitätssicherung sowie generell zur Gestaltung der Hochschulpolitik implizieren eine gewisse **Begrenzung der Hochschulautonomie**. Der Grundsatz der Hochschulautonomie steht folglich dem Umstand nicht entgegen, dass Bund und Kantone im Rahmen der Akkreditierungsvoraussetzungen gewisse Mindestanforderungen an Organisation, Struktur, Inhalte und Qualität definieren und die Institutionen des Hochschulbereichs entsprechende Vorgaben zu beachten haben.

²⁰ Vgl. auch Art. 30 Abs. 2; Art. 44 Abs. 3 sowie Art. 51 Abs. 5 lit. b HFKG.

²¹ EHRENZELLER/SAHLFELD, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 63a N 36.

²² S. eingehend hierzu EHRENZELLER, Hochschulautonomie, 210 ff.; AMSCHWAND, Qualitätssicherung, 168 ff.

²³ Vgl. Botschaft HFKG, BBl 2009 4561, 4603 f.; EHRENZELLER, Hochschulautonomie, 215 f.; grundlegend auch Thesen Hochschulautonomie Rektorenkonferenzen, *passim*.

3. Institutioneller Rahmen

19. Mit dem neuen Rechtsrahmen werden zur Steuerung des schweizerischen Hochschulbereichs **drei gemeinsame Organe** geschaffen, an welche Bund und Kantone Legislativ- und Exekutivkompetenzen übertragen: die Schweizerische Hochschulkonferenz in der Zusammensetzung als Plenarversammlung und als Hochschulrat, die Rektorenkonferenz der schweizerischen Hochschulen sowie der Schweizerische Akkreditierungsrat mit der Schweizerischen Agentur für Akkreditierung und Qualitätssicherung (Art. 63a BV; Art. 7 ff. HFKG; Art. 2 ff. ZSAV-HS; Art. 5 ff. Hochschulkonkordat).²⁴

20. Oberstes hochschulpolitisches Organ der Schweiz ist die **Schweizerische Hochschulkonferenz**, in der ein Bundesratsmitglied als Vertreter des Bundes sowie je ein Regierungsmitglied sämtlicher Kantone (Plenarversammlung) bzw. je ein Regierungsmitglied der Trägerkantone (Hochschulrat) Einsitz haben. Die Plenarversammlung ist namentlich für finanzielle Belange (finanzielle Rahmenbedingungen, Festlegung der sog. Referenzkosten und Beitragskategorien, Empfehlungen für Stipendien, vgl. Art. 11 Abs. 2 HFKG, Art. 2 Abs. 2 lit. a ZSAV-HS) zuständig, während dem Hochschulrat gestützt auf die Zusammenarbeitsvereinbarung vor allem Kompetenzen zukommen, welche im Zusammenhang mit den Aufgaben der Hochschulträger stehen, so namentlich der Erlass von Vorschriften im Bereich der Studienstruktur (Studienstufen und Übergänge, Mobilität, Weiterbildung, Koordination des Zugangs sowie der Beschränkung zu einzelnen Studiengängen, usw.), bezüglich der Hochschulorganisation (Hochschultypen, Mitwirkungsrechte der Hochschulangehörigen) sowie der Qualitätssicherung, der Koordination und im Bereich von Abschlüssen und Anerkennungen (Art. 12 Abs. 3 HFKG, Art. 2 Abs. 2 lit. b ZSAV-HS).

21. Die **Rektorenkonferenz der schweizerischen Hochschulen** ist das gesamtschweizerische Koordinationsorgan der Hochschulen.²⁵ Sie setzt sich aus den Rektorinnen und Rektoren sowie den Präsidentinnen und Präsidenten der schweizerischen Hochschulen zusammen, wobei auch die Präsidentinnen und Präsidenten der in der Schweiz akkreditierten privaten Hochschulen Einsitz nehmen können (Art. 19 Abs. 1 u. 2 HFKG). Die Rektorenkonferenz ist namentlich für die Unterstützung der Kooperation und Koordination unter den Hochschulen zuständig (Art. 2 Abs. 2 lit. c Ziff. 2 ZSAV-HS), vertritt die Hochschulen in der Hochschulkonferenz (Art. 2 Abs. 2 lit. c Ziff. 3 ZSAV-HS), wirkt bei der Vorbereitung der Geschäfte der Hochschulkonferenz mit (Art. 6 Abs. 1 ZSAV-HS), hat Antragskompetenz gegenüber der Hochschulkonferenz in Bezug auf die Koordination und Aufgabenteilung in besonders kostenintensiven Bereichen (Art. 38 Abs. 1 HFKG, Art. 6 Abs. 2 ZSAV-HS) und formuliert Empfehlungen zur mehrjährigen Entwicklungs- und Finanzplanung (Art. 37 Abs. 2 HFKG).

²⁴ Für einen kurzen Überblick der bisherigen bzw. der neuen Rechtslage vgl. JAAG/LIENHARD/TSCHANNEN, Bundesverwaltungsrecht, 227 f.; STÖCKLI, Entwicklungen, 299 f.

²⁵ Botschaft HFKG, BBl 2009 4561, 4608 f.

22. Der **Schweizerische Akkreditierungsrat** mit der **Schweizerischen Agentur für Akkreditierung und Qualitätssicherung** (Art. 21 f. HFKG, Art. 7 ZSAV-HS) bildet das dritte gemeinsame Organ von Bund und Kantonen.²⁶ Der Akkreditierungsrat setzt sich aus unabhängigen Mitgliedern zusammen, ist weisungsunabhängig und organisiert sich selbst sowie die Akkreditierungsagentur, wobei die entsprechenden Organisationsreglemente durch den Hochschulrat zu genehmigen sind (Art. 21 Abs. 1, 4 bzw. 5 und 8 HFKG). Er ist für Belange der Akkreditierung und Qualitätssicherung zuständig. Zur ausführenden Regelung von Qualitätssicherung und Akkreditierung erarbeitet der Akkreditierungsrat Akkreditierungsrichtlinien und Verfahrensvorschriften, die vom Hochschulrat erlassen werden (Art. 12 Abs. 3 lit. a Ziff. 2 sowie Art. 30 Abs. 2 HFKG).

III. Zum Rahmen des Legalitätsprinzips

23. Die vorliegend relevanten Anforderungen an die gesetzliche Abstützung des EHB sind namentlich dem **Legalitätsprinzip** der Bundesverfassung zu entnehmen, dessen im vorliegenden Rahmen relevanten Aussagen nachfolgend zu umreissen sein werden (1.). Darüber hinaus finden sich jedoch auch in der Corporate-Governance Politik des Bundesrates, welche im sogenannten Corporate-Governance-Bericht sowie im Zusatzbericht zum Corporate-Governance-Bericht verankert ist, weitergehende Vorgaben an die rechtliche und insbesondere die formell-gesetzliche Abstützung verselbstständigter Einheiten der Bundesverwaltung. Diese sollen anschliessend eingeführt werden (2.). Schliesslich ist noch der Mustererlass für Anstalten mit Dienstleistungen mit Monopolcharakter, welcher die Anforderungen der Corporate-Governance Politik für die Bedürfnisse der Gesetzgebung konkretisiert, zu erwähnen (3.). Zwar sind weder diese Berichte des Bundesrates noch der Mustererlass als solche rechtlich verbindlich; jedoch interessieren sie im vorliegenden Zusammenhang in erster Linie aus zwei Gründen: Erstens vermögen sie gewisse Anhaltspunkte für (mögliche oder gar zwingende) Konkretisierungen der verfassungsrechtlichen Vorgaben zu liefern, und zweitens ist davon auszugehen, dass sie als Leitlinien für die Ausgestaltung ggf. zu beschliessender gesetzlicher Grundlagen dienen.

1. Zum Legalitätsprinzip der Bundesverfassung

24. Nach dem **Legalitätsprinzip** muss sich staatliches Handeln auf eine rechtliche Grundlage abstützen. Dieses Grundprinzip der schweizerischen Verfassungsordnung findet Ausdruck in Art. 5 Abs. 1 BV, wonach das Recht gleichzeitig „Grundlage und Schranke staatlichen Handelns“ darstellt. Demnach kommt dem Legalitätsprinzip eine doppelte Bedeutung zu: Zum einen fordert es die Bindung aller staatlichen Einheiten an das geltende Recht (sog. **Vorrang des Gesetzes**).²⁷ Dabei stellt sich insbesondere die Frage, welches Recht überhaupt gilt und somit jene nach der Normenhierarchie und

²⁶ Botschaft HFKG, BBl 2009 4561, 4609.

²⁷ Dazu statt vieler EPINEY, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 5 N 51 ff.

dem Umgang mit Normenkollisionen. Zum anderen beinhaltet es das Erfordernis, sämtliches Staatshandeln auf eine rechtssatzmässige Grundlage abzustützen (sog. **Vorbehalt des Gesetzes**).²⁸ Dieser zweite Aspekt steht im Vordergrund der vorliegenden Untersuchung.

25. In der Kombination dieser beiden Aspekte erfüllt das Legalitäts- oder Gesetzmässigkeitsprinzip eine Mehrzahl von **Funktionen**: Namentlich soll es Rechtssicherheit gewährleisten, indem ein stabiler Rahmen staatlichen Handelns geschaffen wird. Weiter soll die Rechtsgleichheit sichergestellt und verhindert werden, dass die Behörden vergleichbare Sachlagen von Fall zu Fall anders entscheiden. Das Prinzip bezweckt auch den Schutz der Grundrechte, indem für Eingriffe eine rechtliche Abstützung vorausgesetzt wird, und schliesslich und insbesondere wird durch die Bindung des Staatshandelns an das Recht auch die demokratische Legitimation sichergestellt.²⁹

26. Der **Anwendungsbereich** des Legalitätsprinzips erstreckt sich auf jegliches Handeln des Staates.³⁰ Eine gesetzliche Grundlage ist somit nicht nur im hergebrachten Belangen der Eingriffsverwaltung, sondern auch für die Leistungsverwaltung erforderlich. Das Erfordernis der rechtlichen Abstützung besteht demzufolge auch dann, wenn ein Verwaltungsträger Vorteile oder Vergünstigungen gewährt,³¹ d.h. beispielsweise in der Konstellation der Leistungserbringung durch Anstalten oder öffentliche Unternehmen. Der Grund für die umfassende Anwendbarkeit des Grundsatzes ist gerade darin zu erblicken, dass den Funktionen des Legalitätsprinzips, namentlich den Aspekten der Rechtsgleichheit und der Rechtssicherheit, in der gesamten Rechtsordnung zum Durchbruch verholfen werden soll.³²

27. Der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes impliziert auch, dass an die gesetzliche Grundlage gewisse Anforderungen zu stellen sind, könnten doch ansonsten Sinn und Zweck des Prinzips selbst unterlaufen werden. Hierbei können **drei Charakteristika der rechtlichen Grundlage** unterschieden werden: das Vorliegen eines Rechtssatzes, die ausreichende Normstufe sowie die ausreichende Normdichte:

- Das Erfordernis eines **Rechtssatzes** setzt zunächst voraus, dass eine Regelung generell-abstrakt gefasst, d.h. so formuliert ist, dass sie auf eine unbestimmte

²⁸ Dazu wiederum etwa EPINEY, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 5 N 40 ff.

²⁹ Vgl. zu den Funktionen des Legalitätsprinzips aus dem Schrifttum etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 325 ff.; DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif général, Rn. 478 f.; TANQUEREL, droit administratif, Rn. 450 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 141.

³⁰ BGE 131 II 562 E. 3.1; BGE 131 I 13 E. 6.3; vgl. statt vieler SCHINDLER, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 5 N 28; EPINEY, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 5 N 40; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 325.

³¹ So die Definition der Leistungsverwaltung gemäss TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 24.

³² EPINEY, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 5 N 40.

Vielzahl von Menschen und ein offenes Spektrum an Sachverhalten zur Anwendung gelangen kann.

- Die Anforderung der **ausreichenden Normstufe**, setzt voraus, dass „wesentliche“ Regelungsinhalte in einem formellen Gesetz, d.h. einem vom Parlament verabschiedeten und üblicherweise dem obligatorischen oder fakultativen Referendum unterstehenden Gesetz, enthalten sein müssen. Für die Beurteilung der „Wesentlichkeit“ ist dabei auf die Funktionen des Legalitätsprinzips abzustellen. Als wesentlich zu betrachten sind demnach jene Inhalte, für welche die Erfüllung der Funktionen, insbesondere der demokratischen Legitimation, eine Abstützung im Gesetz erforderlich macht. Umgekehrt können es bestimmte Umstände, wie beispielsweise die hohe Technizität des Regelungsgegenstandes oder deren Veränderlichkeit, nahe legen, gewisse Belange nicht auf Gesetzes-, sondern auf Verordnungsstufe zu regeln, um die erforderlichen Fachkenntnisse zum Tragen kommen zu lassen oder dynamische Anpassungen der Regelungen zu erlauben.³³ Insofern stellen die Anforderungen an die Normstufe letztlich das Resultat einer Abwägung zwischen diesen praktischen Erwägungen und der Sicherstellung namentlich der demokratischen Funktion des Legalitätsprinzips dar.³⁴
- Das Erfordernis der **ausreichenden Normdichte**, also der Bestimmtheit der rechtlichen Grundlage, bewegt sich in einem Spannungsfeld zwischen Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit einerseits und der Ermöglichung eines einzelfallgerechten Verwaltungshandelns in den sachlich gebotenen Bereichen andererseits.³⁵ Es gilt demzufolge abzuwägen zwischen eng gefassten und präzisen Vorschriften, die es ermöglichen, das Verwaltungshandeln zu antizipieren und das Verhalten entsprechend auszurichten, und einer gewissen Offenheit in der Normformulierung, um den Erfordernissen des Staatshandelns Rechnung zu tragen und zu gewährleisten, dass auf den Einzelfall bezogene Lösungen möglich sind.

28. Auch wenn sich das Legalitätsprinzip und damit der Vorbehalt des Gesetzes nach dem Gesagten auf alle Staatstätigkeiten beziehen, sind doch die im Einzelnen zu beachtenden Anforderungen je nach dem betroffenen Bereich differenziert ausgestaltet, so dass der Vorbehalt des Gesetzes insoweit mit **unterschiedlicher Intensität** zum Zuge kommt.³⁶ Dabei geht es im Wesentlichen einerseits um die erforderliche Normstufe, andererseits um die Anforderungen des Bestimmtheitsgebots. So gelten gemäss Art. 127 Abs. 1 BV beispielsweise erhöhte Anforderungen an die rechtliche Abstützung im Bereich des öffentlichen Abgaberechts, indem für bestimmte Regelungselemente (Grundzüge des Kreises der Steuerpflichtigen, des Steuergegenstandes und der Steuerbemessung) eine formell-gesetzliche Abstützung vorausgesetzt wird. Ebenfalls eine Gesetzesgrundlage im formellen Sinn ist gemäss der Bundesverfassung erforderlich für schwer-

³³ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 142 f.

³⁴ Zu den entsprechenden Vorgaben der Bundesverfassung vgl. auch noch Rn. 40 ff.

³⁵ Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 143.

³⁶ Vgl. statt vieler SCHINDLER, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 5 N 28, 30; DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif général, Rn. 481 ff.

wiegende Einschränkungen von Grundrechten (Art. 36 Abs. 1 BV) sowie für sämtliche „wichtigen rechtssetzenden Bestimmungen“ (Art. 164 Abs. 1 BV)³⁷. Auf der anderen Seite gehen die Anforderungen des Legalitätsprinzips in bestimmten Bereichen weniger weit, so insbesondere bei der rechtlichen Normierung besonderer Rechtsverhältnisse, also etwa bei Regelungen in Bezug auf Angehörige des öffentlichen Dienstes, Armeeangehörige oder Benutzerinnen und Benutzer öffentlicher Gesundheits- oder Bildungseinrichtungen.³⁸ Ebenso geht wohl zumindest die Rechtsprechung davon aus, dass bestimmte Aspekte des Legalitätsprinzips (Bestimmtheitsgebot) für Aktivitäten der Leistungsverwaltung weniger strikt ausgestaltet werden müssen, als dies für die Eingriffsverwaltung der Fall ist.³⁹ Allerdings sind auch in diesem Rahmen jedenfalls der konkrete Regelungsgegenstand und die Implikationen der gesetzlichen Vorgaben zu berücksichtigen, die wiederum erhöhte Anforderungen an die gesetzliche Grundlage nahelegen können. So kommt nach der Rechtsprechung das Bestimmtheitsgebot grundsätzlich vollumfänglich zum Zug, wenn – wie im Bereich der Subventionen oder der Sozialversicherungen – regelmässig wiederkehrende Leistungen in Frage stehen⁴⁰ oder wenn – genereller – die Interessen der Rechtssicherheit, der Rechtsgleichheit oder die Wahrung der Gewaltenteilung eine Rolle spielen.⁴¹ Deutlich wird damit, dass es letztlich jeweils auf die Bedeutung des konkreten Bereichs sowie seine spezifischen Charakteristika ankommt.⁴²

Als Ausnahme vom Legalitätsprinzip wird mitunter die Heranziehung der polizeilichen Generalklausel als Substitut für eine spezifische gesetzliche Grundlage gewertet,⁴³ wobei jedoch auch die Lesart offensteht, die polizeiliche Generalklausel als eine besondere Kategorie der rechtlichen Grundlage zu verstehen.

29. Deutlich wird damit auch, dass die genauen Anforderungen des Grundsatzes des Vorbehalts des Gesetzes bis zu einem gewissen Grad jeweils auch das Resultat von Abwägungen darstellen. Daher lassen sich die Erfordernisse des Vorbehalts des Gesetzes nicht bis in alle Einzelheiten generell-abstrakt bestimmen und eröffnen somit einen gewissen Handlungsspielraum; auch können sie zeitlich einem gewissen **Wandel** unterworfen sein. Insofern vermag es auch nicht zu überraschen, dass sich die heutigen

³⁷ Vgl. dazu unten Rn. 40 ff.

³⁸ Differenzierend zu den Anforderungen des Legalitätsprinzips in diesem Sachzusammenhang TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 411; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 386 u. 450 ff.; DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif général, Rn. 496 ff.

³⁹ BGE 138 I 378 E. 7.2; BGE 134 I 313; BGE 125 I 182 E. 4a. In diesem Sinne im Resultat auch BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 5 N 10, DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif général, Rn. 489 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 381; a.A. hingegen EPINEY, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 5 N 46 f.; vermittelnd TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 146.

⁴⁰ BGE 134 I 313 E. 5.4; BGE 118 Ia 46 E. 5b.

⁴¹ BGE 134 I 313 E. 5.4; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 146; EPINEY, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 5 N 48 ff., mit dem Postulat, generell auf die Bedeutung des in Frage stehenden Staatshandelns abzustellen.

⁴² Vgl. näher hierzu EPINEY, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 5 N 42 ff.

⁴³ BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 5 N 11.

Vorstellungen dessen, was eine mit dem Legalitätsprinzip vereinbare Regelung darstellt, nicht mit jenen Erfordernissen decken, die in der weiter zurückliegenden Vergangenheit an die Normgestaltung gestellt wurden.

30. Demzufolge ist es durchaus denkbar, dass für bestimmte Belange in Bezug auf die rechtliche Normierung von ausgelagerten Einheiten heute andere – vermutlichweise in der Tendenz eher strengere – Anforderungen (insbesondere an die ausreichende Normstufe und die ausreichende Normdichte) gestellt werden, als dies früher der Fall war. Hierfür spricht auch die Tatsache, dass nicht nur die Intensität der Wirkungen des Legalitätsprinzips, sondern – etwa im Hinblick auf das Verwaltungshandeln im Bereich der Leistungsverwaltung – auch dessen Anwendungsbereich einem Wandel unterworfen waren. *E majore ad minus* scheint es durchaus angezeigt, davon auszugehen, dass in Bezug auf die exakten Anforderungen, die sich aus dem Legalitätsprinzip ergeben, ein ähnlicher, wenn nicht sogar noch weitergehender Wandel stattgefunden haben dürfte. Diese Vermutung bzw. der Grundsatz, dass für die gesetzliche **Normierung ausgelagerter Verwaltungseinrichtungen** heute prinzipiell „normale“ Anforderungen in Bezug auf Normstufe und Normdichte zum Zuge kommen, stützen sich dabei (ausgehend von dem Grundsatz, dass der Vorbehalt des Gesetzes eben allgemein gilt und „Abschwächungen“ somit rechtfertigungs- bzw. begründungsbedürftig sind) in erster Linie auf den Umstand, dass die Aktivitäten dieser Verwaltungseinheiten von grosser Bedeutung sowohl für den Staat als auch für Private sein können. Dies gilt auch und gerade für **Bildungs- und Forschungseinrichtungen**. Denn diese können erhebliche Wirkungen für die Rechtsunterworfenen entfalten, die vertikale und horizontale Kompetenzverteilung betreffen, eine gewisse Bedeutung für die Stellung der Schweiz in der internationalen Gemeinschaft aufweisen und (erhebliche) finanzielle und wirtschaftliche Implikationen mit sich bringen. Insofern handelt es sich um einen durchaus wichtigen Bereich staatlicher Aktivitäten, auch wenn er nicht der Eingriffsverwaltung zuzuordnen ist, und es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, warum hier der Grundsatz der Vorbehalt des Gesetzes von vornherein in abgeschwächter Form gelten sollte. Dies ändert freilich nichts daran, dass auch in diesem Rahmen gewissen Besonderheiten der Regelungsmaterie Rechnung getragen werden kann und soll.

31. Der Vollständigkeit halber ist schliesslich noch anzumerken, dass sowohl die Vorgaben des generellen Gesetzesvorbehalts als auch jene der besonderen Gesetzesvorbehalte der Verfassung lediglich einen **Minimalstandard** bezüglich der gesetzlichen Verankerung der Regelungen beinhalten. Es ist somit sowohl in Bezug auf die Regelungsstufe als auch auf die Regelungsdichte verfassungsrechtlich durchaus zulässig, über diesen Standard hinauszugehen und auch anderweitige Belange im formellen Gesetz bzw. mit einer höheren Regelungsdichte zu normieren, als die Verfassung dies verlangt.⁴⁴

⁴⁴ Vgl. in Bezug auf Art. 164 Abs. 1 BV statt vieler WYTENBACH/WYSS, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 164 N 7; TSCHANNEN, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 164 N 9; RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht, Rn. 2677; FEUZ, Gesetzesbegriffe, 199.

2. Anforderungen der Corporate-Governance Politik

32. Über die verfassungsrechtlichen Vorgaben zur gesetzlichen Verankerung der Strukturen, Verfahren und Aufgaben der Verwaltungsträger hinaus, lassen sich auch der **Corporate-Governance Politik** des Bundesrates sowie dem ausführenden Mustererlass für „Anstalten mit Monopolcharakter“ der Eidgenössischen Finanzverwaltung und des Bundesamtes für Justiz gewisse Anforderungen an die rechtliche Abstützung der selbstständigen Einheiten des Bundes entnehmen. Zwar determiniert diese bundesrätliche Leitlinie und ihre Ausführung im Rahmen des Mustererlasses nicht die „harten“ rechtlichen Vorgaben an die rechtliche Abstützung von ausgegliederten Verwaltungseinheiten; für die vorliegende Untersuchung sind sie aber aus folgenden Gründen dennoch von Bedeutung: Erstens nehmen diese Leitlinien und ihre Konkretisierung die verfassungsrechtlichen Vorgaben auf und können somit als (übergreifende) Praxis im Hinblick auf die Anforderungen des Legalitätsprinzips in diesem Sachzusammenhang verstanden werden. Zweitens erscheint es – gewissermassen aus „regulierungsökonomischen“ Gründen, aber auch im Interesse einer übersichtlichen und kohärenten Rechtssetzung – durchaus stimmig und wünschenswert – und teilweise aufgrund des Gleichheitsgrundsatzes oder des Legalitätsprinzips möglicherweise sogar verfassungsrechtlich geboten –, auf die unterschiedlichen ausgelagerten Verwaltungseinheiten der dezentralen Bundesverwaltung wenn möglich übereinstimmende oder jedenfalls analoge Regelungsgrundsätze zur Anwendung zu bringen. Soweit die Anforderungen der Corporate-Governance Politik nun jedoch über das verfassungsrechtlich geforderte Mass hinausgehen, könnte eine allfällige gesetzliche Abstützung einer ausgelagerten Einheit gegebenenfalls (wünschenswerterweise und im Interesse einer kohärenten Regelungsstruktur gestützt auf triftige Gründe) auch von den durch sie definierten Leitlinien und Anforderungen abweichen.

33. Das Verständnis dessen, was im Einzelnen unter dem Begriff „**Corporate Governance**“ zu fassen ist, variiert in Lehre und Praxis durchaus beträchtlich. Ein Teil der Lehre versteht unter dem Begriff sämtliche Prinzipien, welche die Funktionsfähigkeit von Unternehmen zwecks Verwirklichung der Aktionärsinteressen gewährleisten wollen; für andere wiederum bezeichnet er in einem weiten Sinne Grundsätze, welche die Einbeziehung der Interessen sämtlicher sogenannter Stakeholder betreffen, und wiederum andere deuten das Konzept in einem engeren Sinne als ein Konglomerat jener Grundsätze, welche die obersten Führungsorgane eines Unternehmens sowie deren Kontrolle zum Gegenstand haben.⁴⁵ Unabhängig davon, welches Begriffsverständnis zugrundegelegt wird, lässt sich dieser Ansatz selbstredend nicht unesehen auf den öffentlichen Sektor übertragen; hierauf deutet bereits die Bezeichnung Corporate Governance hin, handelt es sich doch nicht bloss um ein unternehmerisches Handeln. Vielmehr ist die Realität ausgegliederter Verwaltungseinheiten oder Staatsbetriebe zumeist komplexer und vielschichtiger, haben sie doch einen öffentlichen Auftrag zu erfüllen, müssen der politischen und demokratischen Kontrolle unterworfen bleiben und sind mit

⁴⁵ So die Aufschlüsselung des Begriffs im Erläuternden Bericht Corporate-Governance-Bericht, 81.

einer Mehrfachrolle des Staates konfrontiert, der zugleich Leistungsvorgaben formuliert, die „Spielregeln“ des Handelns bestimmt und als Eigner oder grundsätzlicher Träger auftritt.⁴⁶

34. Trotz oder gerade aufgrund dieser komplexen Ausgangslage hat sich der Bundesrat entschieden, eine **Corporate-Governance Politik** zu erarbeiten, um den Umgang mit den Herausforderungen im Bereich der ausgelagerten Verwaltungseinheiten und Staatsbetrieben zu begegnen. Auslösendes Moment bildeten die Feststellungen der Räte, dass die Auslagerungen aus der zentralen Bundesverwaltung nicht nach einheitlichen Kriterien erfolgten und ein übergreifendes Modell zur kohärenten Steuerung fehle.⁴⁷ Der Bundesrat schloss sich dieser an⁴⁸ und erarbeitete in mehreren Schritten in der Form politischer Leitlinien eine Antwort auf diese Defizite. Ziel dieses Vorgehens war es insbesondere, künftige Auslagerungen aus der Bundeszentralverwaltung nach einer gewissen Systematik sowie nach einheitlichen Kriterien vorzunehmen und die Steuerung verselbstständiger Einheiten, insbesondere bei den Anstalten, zu optimieren und zu vereinheitlichen.⁴⁹

35. Die **Formulierung** der Corporate-Governance Politik erfolgte in einem ersten Schritt im Bericht zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben vom 13. September 2006 (sog. Corporate-Governance-Bericht), worin der Bundesrat 28 Leitsätze zur Steuerung und Kontrolle von verselbstständigten Einheiten formulierte und ein aufgabenspezifisches Steuerungsmodell definierte.⁵⁰ National- und Ständerat nahmen den Bericht am 12. März 2008 bzw. am 23. September 2008 zur Kenntnis.⁵¹ Gleichzeitig verlangte der Nationalrat mit vier Postulaten einen Zusatzbericht zur Entsendung instruierbarer Bundesvertreter in Organisationen und Unternehmungen des Bundes sowie Ergänzungen der Leitsätze des Corporate-Governance-Berichts.⁵² Der Bundesrat kam diesen Forderungen mit dem Zusatzbericht zum Corporate-Governance-Bericht – Umsetzung der Beratungsergebnisse des Nationalrats vom 25. März 2009 (sog. Zusatzbericht Corporate-Governance-Bericht) – nach.⁵³ Der Zusatzbericht beschäftigte sich ins-

⁴⁶ Vgl. dazu Erläuternder Bericht Corporate-Governance-Bericht, 82 f.

⁴⁷ Vgl. dazu etwa die im Nachgang zur sog. „Swissair-Krise“ ergangene Empfehlung Nr. 02.3436 der Geschäftsprüfungskommission SR vom 19. September 2002: Überprüfung der Beteiligungen des Bundes an privatwirtschaftlichen Unternehmen; das Postulat Nr. 04.3441 der Geschäftsprüfungskommission SR vom 13. September 2004, Verwaltungsführung im dritten Kreis sowie die Motion Nr. 05.3003 der Finanzkommission NR vom 15. Februar 2005, sog. Vierkreismodell.

⁴⁸ Vgl. etwa die Antwort des Bundesrates vom 20.11.2002 auf die Empfehlung Nr. 02.3436 der Geschäftsprüfungskommission SR.

⁴⁹ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8241.

⁵⁰ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8241, *passim*; die Grundlagen zum Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates finden sich insbesondere im Erläuternden Bericht der Eidgenössischen Finanzverwaltung vom 13. September 2006 zum Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates.

⁵¹ Bericht Parlamentarische Initiative Instrumentarium, BBl 2010 3381.

⁵² Zusatzbericht Corporate-Governance, BBl 2009 2665 f.

⁵³ Zusatzbericht Corporate-Governance, BBl 2009 2659.

besondere mit Fragen des Personalstatuts und der Vorsorge, definierte hierzu 11 zusätzliche Leitsätze und nahm kleinere Ergänzungen vor.⁵⁴ Ausgehend von den Beratungen des Corporate-Governance-Berichts im Nationalrat beschloss die Finanzkommission des Nationalrates überdies einen Bericht zur Parlamentarischen Initiative Nr. 07.494 Parlamentarisches Instrumentarium zu den strategischen Zielen der verselbstständigten Einheiten.⁵⁵ Die darin enthaltene Forderung nach einer wirkungsvollen parlamentarischen Obergrenze über die bundesrätliche Steuerung und Kontrolle gegenüber den verselbstständigten Organisationen und Unternehmen des Bundes wurde vom Bundesrat unterstützt⁵⁶ und mündete letztlich in die Verabschiedung des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 2010 über die Mitwirkung der Bundesversammlung bei der Steuerung der verselbstständigten Einheiten.⁵⁷

36. Den **internationalen Rahmen** dieser nationalen Bestrebungen bilden die 2005 erstmals formulierten und 2015 neu aufgelegten Leitlinien der OECD zur Steuerung staatseigener Betriebe (OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises bzw. Lignes directrices de l'OCDE sur la gouvernance des entreprises publiques) in der gegenwärtig vorliegenden Version von 2015.⁵⁸ Inhaltlich setzen sich die Leitlinien insbesondere mit den Gründen für staatliches Eigentum solcher Einheiten, der Rolle des Staates als Eigentümer, dem Platz der Einheiten auf dem Markt, der fairen Behandlung von Aktionären und anderer interessierter Parteien, dem Verhältnis zu den interessierten Parteien und der verantwortungsvollen Geschäftsführung, den anwendbaren Transparenzstandards sowie der Verantwortlichkeit des Führungspersonen auseinander.⁵⁹

3. Anforderungen des Mustererlasses

37. Eine **Konkretisierung und Operationalisierung** fand die bundesrätliche Politik namentlich in der ersten Version des **Mustererlasses für „Anstalten mit Monopolcharakter“** der Eidgenössischen Finanzverwaltung, worin eine Normstruktur für ein Musterbundesgesetz vorgeschlagen und Regelungsinhalte definiert wurden.⁶⁰ Dieses Dokument wurde von der Eidgenössischen Finanzverwaltung und vom Bundesamt für Justiz in einer in Aufbau, Formulierungen und Form „gesetzesnahen“ Version finalisiert.⁶¹ Überdies – vorliegend jedoch weniger von Bedeutung – besteht auch ein Mus-

⁵⁴ Zusatzbericht Corporate-Governance, BBl 2009 2713 ff.

⁵⁵ Bericht Parlamentarische Initiative Instrumentarium, BBl 2010 3377.

⁵⁶ Stellungnahme Bundesrat Parlamentarische Initiative Instrumentarium, BBl 2010 3413, insb. 3415 f.

⁵⁷ AS 2011 5859.

⁵⁸ Lignes directrices OCDE, *passim*.

⁵⁹ Lignes directrices OCDE, 19 – 29; vgl. überdies die ausführenden Anmerkungen in Lignes directrices OCDE, 30 ff.

⁶⁰ Vorversion Mustererlass Anstalten Monopolcharakter, *passim*.

⁶¹ Mustererlass Anstalten Monopolcharakter.

tererlass für Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht⁶², eine Mustervorlage für den Erlass der strategischen Ziele von verselbstständigten Einheiten des Bundes⁶³ sowie ein Muster-Anforderungsprofil für Mitglieder des Verwaltungs- bzw. des Institutsrats von verselbstständigten Organisationen des Bundes⁶⁴.

38. Der Mustererlass für „Anstalten mit Monopolcharakter“ enthält Regelungsbeispiele, die den Leitsätzen des Corporate-Governance-Berichts und des Corporate-Governance-Zusatzberichts entsprechen und diese umsetzen. Demzufolge sind ihm **konkrete Vorgaben** an die gesetzliche Abstützung verselbstständigter Einheiten zu entnehmen, die sich an die Bundesverwaltung richten und bei der Erarbeitung neuer Regelwerke herangezogen werden sollen.

⁶² Mustererlass Anstalten Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht.

⁶³ Mustervorlage strategische Ziele.

⁶⁴ Muster-Anforderungsprofil Führungsorgane.

§ 3 Anforderungen an die gesetzliche Abstützung des Eidgenössischen Hochschulinstituts für Berufsbildung

39. Im Folgenden sind nun die soeben kurz skizzierten Vorgaben für die gesetzliche Abstützung von verselbstständigten Einheiten der Bundesverwaltung gemäss der Bundesverfassung (I.), der Corporate-Governance Politik des Bundesrates (II.) und dem Mustererlass (III.) sukzessive in Bezug auf die in dieser Untersuchung im Vordergrund stehenden Fragestellung im Einzelnen darzulegen bzw. zu konkretisieren, um sie auf dieser Grundlage als Massstab an die **bestehende gesetzliche Abstützung des EHB** anzulegen und zu beurteilen, ob und inwieweit die gegenwärtige gesetzliche Regelung mit diesen **Vorgaben im Einklang** steht. Der Abschnitt endet mit einem Fazit, in dem auch auf das mögliche weitere Vorgehen eingegangen wird (IV.).

I. Legalitätsprinzip der Bundesverfassung

1. Besondere Gesetzesvorbehalte der Bundesverfassung

40. Zur Bestimmung der konkreten Anforderungen des Grundsatzes des Vorbehalts des Gesetzes ist neben den grundlegenden Vorgaben von Art. 5 Abs. 1 BV auch auf einzelne weitere **spezifische Verfassungsbestimmungen** abzustellen, die eine Ausdifferenzierung der entsprechenden Erfordernisse für bestimmte Sachbelange beinhalten. Im vorliegenden Zusammenhang sind hier insbesondere der die Einschränkung von Grundrechten betreffende Art. 36 BV (a), der sich auf die Besteuerung beziehende Art. 127 Abs. 1 BV (b) sowie der die Übertragung von Verwaltungsaufgaben regelnde Art. 178 Abs. 3 BV (c) von Bedeutung.

a. Grundrechtseinschränkungen (Art. 36 BV)

41. Bezüglich der Einschränkung von Grundrechten ist Art. 36 Abs. 1 BV die doppelte Vorgabe zu entnehmen, dass Eingriffe in den sachlichen und persönlichen Schutzbereich von Grundrechten erstens auf einen **Rechtsatz**, also eine generell-abstrakte Regelung, abzustützen sind (Art. 36 Abs. 1 Satz 1 BV: „gesetzliche Grundlage“ meint hier den materiellen Gesetzesbegriff) und zweitens **schwerwiegende Eingriffe** einer **formell-gesetzlichen Grundlage** bedürfen (Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV). Während die erste Vorgabe primär auf rechtsstaatlichen Motiven beruht, fusst zweitens auf dem Erfordernis demokratischer Legitimation.⁶⁵

⁶⁵ BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 36 N 9; AUBERT/MAHON, Petit commentaire, Art. 36 N 7 f.

42. Wie nun ein Grundrechtseingriff beschaffen sein muss, um einen „**schwerwiegenden**“ **Eingriff** darzustellen, lässt sich kaum generell-abstrakt umschreiben;⁶⁶ die Qualifikation dürfte sich aber mit der Konstellation der „grundlegenden Bestimmungen“ über „die Einschränkung verfassungsmässiger Rechte“ gemäss Art. 164 Abs. 1 lit. b BV decken. Jedenfalls muss die Schwere des Eingriffes nach einem objektiven Massstab bestimmt werden, ohne dass das subjektive Empfinden der Betroffenen eine Rolle spielen dürfte.⁶⁷

43. Direkt aus Art. 5 Abs. 1 BV ergibt sich überdies die Vorgabe, dass die gesetzliche Regelung eine **ausreichende Bestimmtheit** aufweisen muss.⁶⁸ Die Anforderungen an die Bestimmtheit dürften sich dabei unter anderem aus der Schwere des Grundrechtseingriffes, dem Adressatenkreis der Norm und der Natur des Regelungsgegenstandes ergeben, wobei beispielsweise für technische Belange oder im teilweise nur schwer antizipierbaren Polizeirecht auch eine etwas geringere Normdichte zulässig sein kann.⁶⁹ Ebenso bedürfen wohl Grundrechtseingriffe im Bereich von Sonderstatusverhältnissen einer etwas geringeren Normdichte der rechtlichen Grundlage.⁷⁰

Überdies ist die Gesetzesform auch in anderen Grundrechtsbereichen vorgegeben, die vorliegend nicht von Bedeutung sind, so namentlich als Grundlage für Beschränkungen der Streikfreiheit gegenüber bestimmten Kategorien von Personen (Art. 28 Abs. 4 BV), für Abweichungen vom Grundsatz des Wohnsitzrichters (Art. 30 Abs. 2 BV), für Einschränkungen der Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen (Art. 30 Abs. 3 BV) oder als Grundlage für einen Freiheitsentzug (Art. 31 Abs. 1 BV).

44. Im Zusammenhang mit den (geplanten) Aktivitäten des EHB ist es zumindest im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht möglich, im Einzelnen zu prüfen bzw. zu antizipieren, ob und inwieweit gewisse **Massnahmen des EHB** mit **schwerwiegenden Eingriffen in die Grundrechtsgarantien** etwa der Anstaltsbenutzerinnen und -benutzer oder aber der Angestellten einhergehen (können). Gleichzeitig erscheint es nicht ausgeschlossen, dass zumindest gewisse Tätigkeiten oder Regelungen des EHB die Schwelle eines unter Berücksichtigung aller Umstände als schwerwiegend einzustufenden Eingriffes in Grundrechte erreichen. Daher erscheint es im Sinne eines vorsichtigen und soliden Regelungsansatzes angezeigt, entsprechende Massnahmen oder Tätigkeiten auf eine sicherlich ausreichende Gesetzesgrundlage abzustützen.

45. Relevant kann dies in erster Linie in Bezug auf die Möglichkeiten der potentiellen Benutzerinnen und Benutzer der Anstalt bzw. den **Zugang zu den diversen Leistungen und Angeboten des EHB** sein. Denn nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann gerade in Bereichen, in denen dem Staat eine Monopolstellung zukommt, oder in Bezug auf staatliche Leistungen, welche tatsächliche Voraussetzungen für die Ausübung und

⁶⁶ EPINEY, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 36 N 34.

⁶⁷ BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 36 N 14.

⁶⁸ BGE 136 I 87 E. 3.1; BGE 138 II 42 E. 4.2; AUBERT/MAHON, Petit commentaire, Art. 36 N 9.

⁶⁹ EPINEY, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 36 N 36 ff; vgl. auch AUBERT/MAHON, Petit commentaire, Art. 36 N 9.

⁷⁰ EPINEY, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 36 N 39; auch AUBERT/MAHON, Petit commentaire, Art. 36 N 9.

Entfaltung der verfassungsmässigen Freiheitsrechte schaffen, die Regelung bzw. die Begrenzung der **Zulassung** zu diesen staatlichen Leistungen einen schweren Eingriff in Grundrechtspositionen bedeuten.⁷¹ Dies gilt auch in Konstellationen, in denen es sich – wie vorliegend relevant ist – um besondere Rechtsverhältnisse mit unter Umständen reduzierten Anforderungen bezüglich des Gesetzmässigkeitsprinzips handelt, erfährt das Prinzip doch bei schwerwiegenden Grundrechtseingriffen keine Lockerung.⁷²

46. Daher sollten jedenfalls die Grundzüge der **Zulassungsbedingungen** zu einer solchen Anstalt auf ein formelles Gesetz abgestützt werden. So sind die Zugangsvoraussetzungen zu den Leistungen des EHB jedenfalls in ihren Grundzügen im Rahmen einer formell-gesetzlichen Bestimmung zu regeln. Analoges gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts für die zwangsweise Auflösung eines besonderen Rechtsverhältnisses⁷³ und entsprechend müsste eine **Ausschlussmöglichkeit** – ob es sich dabei nun um eine Konsequenz einer allfälligen Studienzeitregelung oder um eine Disziplinar-massnahme handelt – formell-gesetzlich verankert werden.

47. Im Hinblick auf die gesetzliche Abstützung von **Disziplinar-massnahmen** im Allgemeinen ist die Rechtsprechung zwar nicht ganz eindeutig;⁷⁴ es scheint sich jedoch der Ansatz herauszukristallisieren, dass das Disziplinarrecht jedenfalls in den Grundzügen in einem formellen Gesetz verankert sein muss.⁷⁵ Stimmig scheint in dieser Hinsicht die Forderung, dass jedenfalls schwere Disziplinar-massnahmen konkret im Gesetz vorzusehen sind, wogegen für leichte Massnahme auch eine offene Delegationsnorm als ausreichend erachtet wird.⁷⁶ Ähnliche Anforderungen sind an die Regelung des Disziplinarrechts gegenüber den **Angestellten der Anstalt** zu stellen, wobei hierzu wohl ein Verweis auf die entsprechenden Bestimmungen des Bundespersonalgesetzes ausreichen dürfte.⁷⁷

48. Ausgehend von den grundrechtlichen Garantien dürfte auch im Bereich des **Datenschutzes** eine formell-gesetzliche Grundlage erforderlich sein. Hierbei gilt wiederum die Anforderung, dass schwerwiegende Eingriffe in die als Teilgehalt der Privatsphäre verstandene informationelle Selbstbestimmung, nach Art. 36 Abs. 1 BV einer formell-gesetzlichen Abstützung bedürfen. Der Gesetzgeber hat diese Anforderung insofern konkretisiert, als gemäss Art. 17 Abs. 2 Datenschutzgesetz (DSG)⁷⁸ für die Datenverarbeitung von besonders schützenswerten Personendaten sowie von Persönlichkeitsprofi-

⁷¹ Grundlegend BGE 103 Ia 383 E. 6e, vgl. etwa auch BGE 121 I 22 E. 2.

⁷² Vgl. etwa TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 411.

⁷³ So bezüglich der Studienzeitbeschränkung, die zu einem endgültigen Universitätsausschluss führen kann: BGer, unveröffentlichtes Urteil vom 27. Februar 1987, ZBl 1987, 459 ff.

⁷⁴ Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 478 f., mit weiteren Nachweisen.

⁷⁵ Für das schulische Disziplinarrecht scheint das Bundesgericht eine formell-gesetzliche Grundlage einzufordern, wobei diese jedoch „nicht bis ins letzte Detail gehen [müsse, sondern] der Natur des Rechtsverhältnisses entsprechend weit gefasst sein“ dürfe: BGE 129 I 12 E. 8.5.

⁷⁶ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 479.

⁷⁷ Vgl. insbesondere Art. 25 und 26 BPG.

⁷⁸ Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (DSG; SR 235.1).

len durch die Organe des Bundes im Grundsatz eine formell-gesetzliche Grundlage vorausgesetzt wird.⁷⁹ Soweit also im Rahmen der Tätigkeiten des EHB auch besonders schützenswerte Personendaten (zu denken ist etwa an Gesundheitsdaten der Angestellten, etwa im Rahmen von Personalinformationssystemen, an Gesundheitsdaten der Studierenden oder an die Registrierung von Informationen zu allfälligen Verwaltungsanktionen) oder Persönlichkeitsprofile im Sinne von Art. 3 Ziff. c bzw. d DSGVO bearbeitet werden sollen, müsste dies daher in einer formell-gesetzlichen Grundlage vorgesehen werden.⁸⁰

Selbiges hat aufgrund der ausdrücklichen – in dieser Hinsicht aber wohl redundanten – Anforderung von Art. 19 Abs. 3 DSGVO zu gelten, falls Bundesorgane besonders schützenswerte Personendaten oder Personenprofile im Rahmen eines sogenannten Abrufverfahrens zur automatischen Bekanntgabe von Personendaten an Dritte zugänglich machen wollen.⁸¹

b. Steuern und Abgaben (Art. 127 Abs. 1 BV)

49. Im Hinblick auf die rechtliche Abstützung der Besteuerung beinhaltet Art. 127 Abs. 1 BV das **abgaberechtliche Legalitätsprinzip**. Der Grundsatz gilt dem Wortlaut nach lediglich für Steuern, d.h. für voraussetzungslos geschuldete Abgaben, nicht hingegen für Gebühren, Beiträge, Mehrwertabgaben oder Ersatzabgaben;⁸² das Bundesgericht wendet die Vorgaben von Art. 127 Abs. 1 BV jedoch – teilweise unter Heranziehung von Art. 5 Abs. 1 und Art. 164 Abs. 1 lit. d BV – auch auf Kausalabgaben an.⁸³

50. Die **inhaltliche Vorgabe** der Bestimmung kann dahingehend zusammengefasst werden, dass der Kreis der Steuerpflichtigen (Steuersubjekte), der Gegenstand der Steuer (Steuerobjekt) sowie die sachliche Bemessung, die zeitliche Bemessung und der Steuersatz in einem formellen Gesetz geregelt werden müssen.⁸⁴ Für **Gebühren, Beiträge, Mehrwertabgaben und Ersatzabgaben** erfahren die Anforderungen des Legalitätsprinzips indes eine Lockerung, welche durch das Kostendeckungs- und das Äquivalenzprinzip „kompensiert“ werden, soweit sich diese auf die entsprechenden Konstellationen anwenden lassen.

⁷⁹ Vgl. BALLENEGGER in: Maurer-Lambrou/Blechta, Kommentar Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, Art. 18 N 13.

⁸⁰ Zu den Anforderungen an die Ausgestaltung der Gesetzesgrundlage vgl. etwa BALLENEGGER, in: Maurer-Lambrou/Blechta, Kommentar Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, Art. 18 N 14 ff.

⁸¹ Vgl. dazu EHRENSPERGER, in: Maurer-Lambrou/Blechta, Kommentar Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, Art. 19 N 50 ff.

⁸² BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 127 N 5.

⁸³ BGE 136 II 337 E. 5.1; BGE 135 I 130 E. 7.2; BGE 134 I 248 E. 2; vgl. m.w.H. BEHNISCH, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 127 N 17.

⁸⁴ Eingehend hierzu BEHNISCH, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 127 N 6 ff., auch mit Hinweisen zur bundesgerichtlichen Praxis; vgl. auch BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 127 N 6.

Nach dem Kostendeckungsprinzip soll der Gesamtertrag der erhobenen Abgaben die Gesamtkosten des Gemeinwesens für den entsprechenden Verwaltungszweig nicht oder höchstens geringfügig übersteigen.⁸⁵ Gemäss dem Äquivalenzprinzip darf der objektive Wert der Leistung zur erhobenen Abgabe im Einzelfall nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis stehen.⁸⁶ Soweit diese Grundsätze eine weitergehende Einrahmung der Erhebung öffentlicher Abgaben vornehmen, können die Erfordernisse der gesetzlichen Abstützung gesenkt werden.

51. Bezüglich der **Finanzen des EHB** ergibt sich somit aus dem besonderen Gesetzesvorbehalt des Art. 127 Abs. 1 BV – soweit dieser entgegen dem auf Steuern beschränkten Wortlaut auch auf Gebühren zur Anwendung gebracht werden soll – bzw. aus Art. 164 Abs. 1 lit. d BV die Vorgabe, dass im Falle der Erhebung von **Abgaben** der Kreis der Abgabepflichtigen, der Gegenstand der Abgabe, die relevanten Ausnahmen, die Grundsätze der sachlichen und zeitlichen Bemessung sowie der Satz der Abgabe in einem formellen Gesetz geregelt werden sollten. Immerhin können diese Anforderungen, insbesondere im Hinblick auf die Normdichte, gelockert werden, wenn das Kostendeckungs- und/oder das Äquivalenzprinzip eingehalten werden. Für Kanzlei- und Kontrollgebühren kann auf eine formell-gesetzliche Abstützung zudem gänzlich verzichtet werden.⁸⁷ In Bezug auf die **Steuerpflicht** des EHB dürfte sich insbesondere auch eine formell-gesetzliche Abstützung einer allfälligen Ausnahme von der Pflicht zur Entrichtung direkter Gemeinde-, Kantons- und Bundessteuern für die amtlichen Tätigkeiten aufdrängen, verlangt Art. 127 Abs. 1 BV doch, dass auch Ausnahmen bezüglich Steuersubjekten oder Steuerobjekten grundsätzlich im formellen Gesetz verankert werden müssen.

c. Übertragung von Verwaltungsaufgaben (Art. 178 Abs. 3 BV)

52. Schliesslich enthält auch Art. 178 Abs. 3 BV eine in unserem Zusammenhang relevante verfassungsrechtliche Konkretisierung des Legalitätsprinzips. Danach können **Verwaltungsaufgaben** an Organisationen und Personen des öffentlichen oder privaten Rechts, die ausserhalb der Bundesverwaltung stehen, **übertragen** werden, wobei sich dies auf eine gesetzliche Grundlage im formellen Sinn stützen muss, ist die Formulierung „durch Gesetz“ doch in diesem Sinn zu verstehen.⁸⁸

53. Als **Verwaltungsaufgaben** sind dabei wohl all jene Funktionen zu verstehen, die dem Staat kraft Gesetz oder Verfassung zur Besorgung übertragen sind.⁸⁹ Im Einzelnen ist hier jedoch vieles umstritten. So fragt es sich insbesondere, ob auch die öffentliche Bedarfsverwaltung, also namentlich das Personalwesen und das öffentliche Beschaffungswesen, als Verwaltungsaufgaben im Sinne dieser Bestimmung anzusehen ist, da

⁸⁵ BGE 132 II 47 E. 4.1.

⁸⁶ BGE 126 I 180 E. 3a/bb.

⁸⁷ BGE 130 I 113 E. 2.2; TSCHANNEN, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 164 N 24.

⁸⁸ Vgl. Rn. 56.

⁸⁹ Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5 f.; MÜLLER, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 178 N 38.

sie mittelbar dazu dient, die Verwaltungsaufgaben zu erfüllen.⁹⁰ Ebenfalls nicht vollständig geklärt ist die Frage, ob auch der Erlass von Rechtsvorschriften zum Begriff der Verwaltungsaufgabe zu zählen ist und folglich unter den entsprechenden Voraussetzungen „ausgelagert“ werden kann.⁹¹ Es ist hier nicht der Ort, diese Fragen im Einzelnen zu klären; festzuhalten ist jedoch, dass vieles – insbesondere das Anliegen, im Lichte des Legalitätsprinzips eine ausreichende gesetzliche Abstützung der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben sicherzustellen – für einen eher weiten Begriff der Verwaltungsaufgabe spricht, wovon daher auch im Folgenden ausgegangen werden soll. Im Übrigen ist klarzustellen, dass es für das Begriffsverständnis jedenfalls nicht entscheidend ist, ob eine bestimmte Tätigkeit hoheitlich oder nicht-hoheitlich wahrgenommen wird, sowie welche Handlungsform hierzu herangezogen wird.⁹²

54. Die **Übertragung** von Aufgaben meint einerseits die Beleihung also den „Beizug von Privaten beim Vollzug“⁹³ von Verwaltungsaufgaben.⁹⁴ Dabei geht es in der Regel um den eigentlichen Vollzug, der auf Private übertragen wird; gelegentlich erfasst die Übertragung auch gewisse Rechtssetzungsbefugnisse zur Entlastung des Staates oder zur Nutzung privater Kenntnisse (wie z.B. bei technischen Normierungen).⁹⁵ Andererseits und insbesondere kann die Übertragung auch in einer sogenannten Ausgliederung bestehen, d.h. es werden neu geschaffene oder bestehende Verwaltungseinheiten mit „Aufgaben des Bundes aus der departemental gegliederten allgemeinen Verwaltung“ betraut oder es werden „spezifische Verwaltungseinheiten mit einem höheren Grad der Eigenständigkeit“ ausgestattet.⁹⁶

55. Als **Aufgabenempfänger** bezeichnet der Verfassungstext „ausserhalb der Bundesverwaltung“ stehende „Organisationen und Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts“. Demzufolge kommen zunächst im Rahmen der Beleihung private Personen in Frage. Überdies erstreckt sich der Kreis möglicher Aufgabenempfänger nach dem in den Materialien zum Ausdruck kommenden Verständnis auch auf öffentliche dezentrale Verwaltungsträger wie Anstalten, Körperschaften, Stiftungen oder aber privatrechtliche Aktiengesellschaften, Stiftungen, Vereine oder gemischtwirtschaftliche Unternehmen im Rahmen der Ausgliederung.⁹⁷ Weiter fällt darüber hinausgehend wohl auch die Auf-

⁹⁰ Im Sinne eines umfassenden Verständnisses m.w.N. MÜLLER, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 178 N 38; a.A. wohl BIAGGINI, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 178 N 33; AUBERT/MAHON, Petit commentaire, Art. 178 N 12.

⁹¹ Im Sinne eines Einbezuges sekundärer Regelungskompetenzen BIAGGINI, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 178 N 29; a.A. AUBERT/MAHON, Petit commentaire, Art. 178 N 12; SÄGESSER, RVOG-Kommentar, Art. 2 N 130.

⁹² MÜLLER, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 178 N 39.

⁹³ Botschaft BV, BBl 1997 I 1, 409.

⁹⁴ MÜLLER, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 178 N 52 ff.; allgemein hierzu etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 1821 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 79 ff.

⁹⁵ Vgl. zum Beispiel HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 1821.

⁹⁶ Botschaft BV, BBl 1997 I 1, 408.

⁹⁷ In diesem Sinne auch MÜLLER, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 178 N 46; mit einem restriktiveren Verständnis hingegen BIAGGINI, in: Ehrenzeller et al., SG-

gabenübertragung an Behörden- und Verwaltungskommissionen, die mit einem höheren Eigenständigkeitsgrad ausgestattet sind, in den Anwendungsbereich der Bestimmung.⁹⁸ Folglich umfasst der Anwendungsbereich des Art. 178 Abs. 3 BV sowohl **sämtliche Formen der Ausgliederung** aus der Bundeszentralverwaltung als auch die **Gewährung von Eigenständigkeit** gegenüber Verwaltungsträgern innerhalb der Bundeszentralverwaltung. Für dieses eher weite Verständnis des Kreises der Aufgabenempfänger spricht in erster Linie das Legalitätsprinzip und der sich hieraus ableitende Sinn und Zweck der Bestimmung, geht es doch offenbar darum, in denjenigen Konstellationen, in denen Verwaltungsaufgaben nicht durch die hierarchisch gegliederte und gesetzlich geregelte Bundesverwaltung wahrgenommen werden (was auch eine entsprechende Kontrolle und Verantwortlichkeit impliziert), sondern an wie auch immer im Einzelnen ausgestaltete „eigenständig“ agierende Einheiten übertragen werden, eine klare gesetzliche Grundlage zu schaffen, damit die „normalen“ Verantwortlichkeiten nicht ohne eine demokratische Entscheidung modifiziert werden können.

In der Lehre werden hingegen gemäss einem restriktiveren und dem Wortlaut der Bestimmung entsprechenden Verständnis teils lediglich die Übertragungen von Aufgaben an Verwaltungsträger mit eigener Rechtspersönlichkeit⁹⁹ und teils – noch enger – nur die buchstäbliche Aufgabenauslagerung „ausserhalb der Bundesverwaltung“ unter Ausschluss von blossen Dezentralisierungen¹⁰⁰ als vom Anwendungsbereich der Vorschrift erfasst angesehen. Letztlich dürfte die exakte Konturierung des Anwendungsbereichs der Bestimmung für die vorliegende Untersuchung jedoch insofern nicht von besonderer Bedeutung sein, als für die nicht erfassten Formen der Auslagerung weitgehend analoge Anforderungen und Schranken bestehen dürften, soweit die Ausgestaltung der gesetzlichen Grundlage betroffen ist.¹⁰¹

56. Ist der Anwendungsbereich des Art. 178 Abs. 3 BV eröffnet, so muss sich die Auslagerung nach dem in der Bestimmung enthaltenen **Gesetzesvorbehalt** auf eine formell-gesetzliche Grundlage abstützen. Keine expliziten Vorgaben sind der Bestimmung jedoch in Bezug auf deren exakte **Ausgestaltung** zu entnehmen. Allerdings erlaubt ein Rückgriff auf Sinn und Zweck der Vorschrift, die diesbezüglichen Anforderungen (etwas) zu präzisieren: Art. 178 Abs. 3 BV soll in erster Linie sicherstellen, dass für Auslagerungen von Tätigkeiten und damit eben für Lockerungen oder gar (teilweise) Brüche der Einflussmöglichkeiten – und gegebenenfalls der Verantwortlichkeiten¹⁰² – innerhalb der Verwaltungshierarchie eine hinreichende demokratische Legitimation besteht. Weiter soll wohl auch eine gewisse Transparenz über die entsprechenden Auslagerungsvorgänge gewährleistet werden; diese könnte zwar auch allgemein durch das

Kommentar, Art. 178 N 27, der die im Anhang der RVOV aufgeführten Einheiten vom Anwendungsbereich von Art. 178 Abs. 3 BV ausnimmt.

⁹⁸ Botschaft BV, BBl 1997 I 1, 408; mit einer direkten Bezugnahme auf die Ausführungen in der Botschaft auch AUBERT/MAHON, Petit commentaire, Art. 127 N 9 f., wonach als Kriterium auf die „[rupture du] régime de lien hiérarchique de subordination au Conseil fédéral“ abgestellt wird, wobei allerdings offen bleibt, welcher Natur dieser Bruch der Verantwortlichkeitskaskade zu sein hat.

⁹⁹ MÜLLER, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 178 N 46.

¹⁰⁰ BIAGGINI, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 178 N 27.

¹⁰¹ BIAGGINI, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 178 N 27 u. 36; vgl. auch MÜLLER, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 178 N 57 f.

¹⁰² AUBERT/MAHON, Petit commentaire, Art. 127 N 10.

Erfordernis eines Rechtssatzes erreicht werden, wobei mit einer formell-gesetzlichen Abstützung aber zusätzlich eine entsprechende parlamentarische und in grösserem Ausmass öffentliche Diskussion und damit demokratische Legitimation einhergeht. Hieraus lässt sich wohl folgern, dass die gesetzliche Grundlage aufgabenbereichsspezifisch formuliert sein muss.¹⁰³ Sie darf somit weder pauschal sehr weite Felder der Staatstätigkeit erfassen und damit gewissermassen einen „Blankocheck“ für die Aufgabenübertragung beinhalten noch dürfen in nicht spezifizierter Art und Weise unterschiedliche Aufgabenbereiche gestützt etwa auf einen generellen Kriterienkatalog in die Verantwortung eines anderen Aufgabenträgers übertragen werden.¹⁰⁴ In diesem Rahmen dürfte der erforderliche Spezifizierungsgrad letztlich massgeblich von der in Frage stehenden Regelungsmaterie abhängen, so dass etwa für die Übertragung hoheitlicher Aufgaben höhere Anforderungen an die Normdichte zu stellen sind als im Hinblick auf die Bedarfsverwaltung.¹⁰⁵ Erforderlich ist jedenfalls, dass die einzelnen zu übertragenden Tätigkeiten sowie der Aufgabenempfänger in der gesetzlichen Grundlage ausdrücklich genannt werden. Je nach Aufgabenbereich dürfte es auch angebracht sein, die Zielsetzung der Verwaltungstätigkeit sowie allenfalls das Spektrum der zur Verfügung stehenden Handlungsformen in der formell-gesetzlichen Grundlage ausdrücklich zu nennen, um damit der Übertragung einen gewissen rechtlichen Rahmen zu verschaffen. Hieran zeigt sich, dass die Anforderungen an die (formell-)gesetzliche Abstützung der auszulagernden bzw. ausgelagerten Aufgabenwahrnehmung weiter gehen als jene in Bezug auf die Wahrnehmung von Staatstätigkeiten im Rahmen der bestehenden Strukturen, wie sie sich aus dem allgemeinen Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV) und aus den Anforderungen an die Regelungen von Organisation und Verfahren der Bundesbehörden (Art. 164 Abs. 1 lit. g BV¹⁰⁶) ergeben. Dies ist letztlich Ausdruck des Bedürfnisses nach einer ausreichenden demokratischen Legitimation einerseits der Abweichung von der hierarchisch organisierten und umfassend zuständigen Zentralverwaltung mit den ihr eigenen Führungs- und Verantwortlichkeitsmechanismen, die als das Grundmodell der Verwaltungsorganisation betrachtet wird, und andererseits des Eingriffs in den *Status quo* der hergebrachten Aufgabenallokation in der Bundesverwaltung. Diesem Anliegen demokratischer Legitimation liegt der Gesetzesvorbehalt von Art. 178 Abs. 3 BV letztlich zu Grunde.

57. Das **Eidgenössische Hochschulinstitut für Berufsbildung** ist als öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit¹⁰⁷ ein Verwaltungsträger der dezentralen Verwaltung, also eine rechtsfähige Einheit ausserhalb der Zentralverwaltung. Nach der hier vertretenen, eher weiten Auslegung des Anwendungsbereichs der Vor-

¹⁰³ BIAGGINI, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 178 N 32 bezeichnet dies unter Verweis auf die Debatten in den Räten als „*bereichsspezifische* formellgesetzliche Auslagerungsermächtigung“ (Hervorhebung im Original).

¹⁰⁴ Vgl. hierzu BIAGGINI, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 178 N 32, bezüglich einer im Parlament verworfenen offeneren Formulierung, Auslagerungen „auf dem Weg der Gesetzgebung“ zu ermöglichen.

¹⁰⁵ BIAGGINI, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 178 N 33.

¹⁰⁶ Vgl. dazu unten Rn. 62.

¹⁰⁷ Art. 2 Abs. 1 EBH-Verordnung gestützt auf Art. 48 Abs. 4 BBG.

schrift, die auch durch die Materialien gestützt wird und wohl eher Sinn und Zweck der Vorschrift entspricht,¹⁰⁸ ist das EHB als eine aus der Bundeszentralverwaltung ausgegliederte Einheit somit von Art. 178 Abs. 3 BV erfasst, so dass die skizzierten Anforderungen an die gesetzliche Abstützung zu beachten sind. Daher müsste in der **formell-gesetzlichen Grundlage** umrissen werden, welche **Aufgaben und Tätigkeiten das EHB** genau wahrnehmen soll und wie das EHB grundsätzlich **organisiert** ist, wobei sich insbesondere die Zuständigkeiten und damit die Verantwortlichkeiten aus dem Gesetz ergeben müssen.

2. Allgemeiner Gesetzesvorbehalt der Bundesverfassung

58. Mit den erörterten spezifischen verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalten teilweise überlappend formuliert Art. 164 Abs. 1 BV einen **allgemeinen Gesetzesvorbehalt**, wonach „[a]lle wichtigen rechtssetzenden Bestimmungen (...) in der Form eines Bundesgesetzes“ zu erlassen sind. Der Hintergrund auch dieser Bestimmung ist in der Gewährleistung der demokratischen Legitimierung sowohl in Bezug auf die Befugnisse des Parlaments als auch der möglichen (direkt-)demokratischen Mitwirkung im Rahmen des fakultativen Referendums (Art. 141 Abs. 1 lit. a BV) zu sehen.¹⁰⁹ Zudem soll die Vorschrift auch eine „Selbstentäusserung“ der Kompetenzen des Parlaments verhindern,¹¹⁰ indem für einen engen Kreis rechtlicher Weichenstellungen eine parlamentarische Entscheidung verfassungsrechtlich vorausgesetzt wird.

59. Diesem Kreis sind die **wichtigen rechtssetzenden Bestimmungen** zuzuordnen, und nach der **exemplarischen Aufzählung** in Art. 164 Abs. 1 S. 2 BV gehören zu diesen „wichtigen rechtssetzenden Bestimmungen“ insbesondere die „grundlegenden Bestimmungen“ über die Ausübung der politischen Rechte (lit. a), die Einschränkungen verfassungsmässiger Rechte (lit. b), die Rechte und Pflichten von Personen (lit. c), der Kreis der Abgabepflichtigen sowie der Gegenstand und die Bemessung von Abgaben (lit. d), die Aufgaben und Leistungen des Bundes (lit. e), die Verpflichtungen der Kantone bei der Umsetzung und beim Vollzug des Bundesrechts (lit. f) sowie die Organisation und das Verfahren der Bundesbehörden (lit. g).

Die Formulierung des Art. 164 Abs. 1 BV wirft dabei die Frage auf, ob zwischen den beiden Einschränkungen „wichtige rechtssetzende Bestimmungen“ (Satz 1) und „grundlegende Bestimmungen“ (Satz 2) ein Unterschied erblickt werden kann. Möglicherweise erklären sich die beiden unterschiedlichen Ausdrucksweisen lediglich dadurch, dass hiermit bloss eine Wortwiederholung vermieden werden sollte und somit im Resultat eine übereinstimmende Wichtigkeitsschwelle gemeint ist.¹¹¹ Immerhin aber ist der Weg zu dieser Reduktion ein anderer: Während „wichtig“ in Satz 1 diese Schwelle in einem Schritt umreisst und auch nicht näher präzisiert, ergibt sie sich gemäss Satz 2 aus

¹⁰⁸ Rn. 55 f.

¹⁰⁹ WYTTEBACH/WYSS, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 164 N 4; vgl. auch BGE 131 II 13 E. 6.3.

¹¹⁰ BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 164 N 4.

¹¹¹ So TSCHANNEN, Staatsrecht, 571 mit zahlreichen weiteren Nachweisen; vgl. etwa auch WYTTEBACH/WYSS, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 164 N 23.

der Kombination der Auswahl bestimmter Regelungsbelange, wie sie exemplarisch aufgeführt werden, und der Fokussierung auf die „grundlegenden“ Bestimmungen.¹¹²

60. Jedenfalls lassen sich der Verfassung keine eigentlichen Kriterien entnehmen, nach denen bestimmt werden kann, welche Belange als **wichtig** zu qualifizieren sind.¹¹³ Immerhin vermag die exemplarische Aufzählung in Art. 164 Abs. 1 BV hier gewisse Anhaltspunkte zu liefern, wenn sie auch viele Fragen offen lässt, da von den hierin genannten Sachbereichen wiederum lediglich die „grundlegenden Bestimmungen“ im formellen Gesetz verankert sein müssen. Ebenfalls als Anhaltspunkte Verwendung finden können die weiteren besonderen Gesetzesvorbehalte der Verfassung oder die entsprechenden Vorschriften in den Kantonsverfassungen.¹¹⁴ Nach weiteren, in Lehre und Rechtsprechung erarbeiteten Kriterien gelten Sachbelange dann als wichtig, wenn:¹¹⁵

- ein grosser Adressatenkreis oder eine breite Spanne von Sachverhalten betroffen sind;¹¹⁶
- ein weitgehender Eingriff in die Rechtsstellung der Adressaten vorliegt;¹¹⁷
- sie einen Entscheid von hoher politischer Bedeutung beinhalten;¹¹⁸
- sie besonders umstrittene Fragen zum Gegenstand haben und deshalb seitens der Adressaten auf Widerstand stossen könnten;¹¹⁹
- sie bedeutende finanzielle Auswirkungen für die öffentliche Hand nach sich ziehen oder
- sie unübliche Regelungen enthalten und vom allgemein gebräuchlichen Regelungsstandard abweichen.¹²⁰

Dabei kann sich die Wichtigkeit auch lediglich aufgrund eines dieser Kriterien ergeben; es ist also nicht erforderlich, dass sämtliche (oder im Einzelfall auch nur mehrere) der oben genannten Erfordernisse erfüllt sind.¹²¹ Deutlich wird damit auch, dass sich die Wich-

¹¹² Vgl. auch AUBERT/MAHON, Petit commentaire, Art. 164 N 24.

¹¹³ WYTTEBACH/WYSS, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 164 N 8; RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht, Rn. 2721; TSCHANNEN, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 164 N 7.

¹¹⁴ Vgl. MÜLLER, Inhalt, 31; WYTTEBACH/WYSS, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 164 N 8.

¹¹⁵ Vgl. dazu mit weiteren Nachweisen etwa WYTTEBACH/WYSS, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 164 N 9; MÜLLER, Inhalt, 111 ff.; MÜLLER, Bundesgesetze, 31; TSCHANNEN, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 164 N 7; FEUZ, Gesetzesbegriffe, 102; WIEDERKEHR, Wesentlichkeitstheorie, 34; SÄGESSER, Neuordnung, 682.

¹¹⁶ BGE 133 II 331 E. 7.2.1.

¹¹⁷ Vgl. allgemein etwa BGE 133 II 331 E. 7.2.1; BGE 128 I 113 E. 3c; BGE 118 Ia 245 E. 3b, sowie spezifisch in Bezug auf die Begründung eines Sonderstatusverhältnisses BGE 135 I 79 E. 6.2.

¹¹⁸ BGE 128 I 113 E. 3c; BGE 125 I 173 E. 9e; BGE 123 I 254 E. 2b.bb.

¹¹⁹ BGE 134 I 322 E. 2.6.3; BGE 133 II 331 E. 7.2.1.

¹²⁰ BGE 130 I 1 E. 3.4.2; BGE 128 I 113 E. 3c.

¹²¹ BGE 130 I 1 E. 3.4.2.

tigkeit einer Bestimmung im Sinn des Art. 164 Abs. 1 BV nach den Umständen des Einzelfalls unter Berücksichtigung von Inhalt, Tragweite und Auswirkungen der geregelten Aspekte sowie der soeben skizzierten Anhaltspunkte bestimmt. Insofern wird dem Gesetzgeber hier auch ein gewisser **Gestaltungsspielraum** eingeräumt. Festzuhalten ist allerdings, dass im Falle der Einschlägigkeit einer der in Art. 164 Abs. 1 S. 2 BV genannten Sachbereiche jedenfalls eine grundsätzliche Regelung in einem formellen Gesetz verlangt ist.

61. Die Anforderung, wichtige Belange im Gesetz zu regeln, bringt auch im Hinblick auf den allgemeinen Gesetzesvorbehalt das Erfordernis der **ausreichenden Normdichte** mit sich. Auch in diesem Kontext hängt der erforderliche Grad der Bestimmtheit von den betroffenen Sachbereichen und den anwendbaren Handlungsformen ab, wobei zu meist für Eingriffe ein strengerer Massstab angelegt wird als für Leistungen, die Veränderlichkeit des Regelungsgegenstandes sowie hohe Technizität eher für eine Beschränkung auf die Grundsätze sprechen und komplexe Belange im Rahmen offener Vorschriften geregelt werden können.¹²²

62. Vom genannten **Katalog des Art. 164 Abs. 1 BV** sind im vorliegenden Sachzusammenhang insbesondere folgende Aspekte von Bedeutung:

- Nach Art. 164 Abs. 1 lit. b BV ist für „**Einschränkungen verfassungsmässiger Rechte**“, soweit es sich dabei um grundlegende Bestimmungen handelt, eine formell-gesetzliche Abstützung erforderlich. Der Begriff der verfassungsmässigen Rechte ist dabei in einem weiteren Sinne zu verstehen und umfasst im Grundsatz nicht nur die Grundrechte der Bundesverfassung (Art. 7 ff.), sondern auch die in der EMRK und anderen Menschenrechtskonventionen enthalten Bestimmungen.¹²³ Da nun die Möglichkeit einer Einschränkung lediglich für Freiheitsrechte Sinn macht, ist davon auszugehen, dass nur die entsprechenden – nach Art. 36 BV oder analogen Schemen einschränkbar – Garantien mitgemeint sind.¹²⁴ Mit der Beschränkung der Vorgabe auf grundlegende Bestimmungen dürfte sich der Gehalt von Art. 164 Abs. 1 lit. b BV mit jenem von Art. 36 Abs. 1 BV betreffend der formell-gesetzlichen Verankerung „schwerwiegender Grundrechtseinschränkungen“ vollständig decken.¹²⁵
- Art. 164 Abs. 1 lit. c BV erwähnt Vorschriften, die **Rechte und Pflichten von Personen** regeln. Dabei handelt es sich um eine Vorgabe, die aufgrund ihrer weit gefassten Formulierung wohl kaum dazu beiträgt, die exakten Konturen des Wichtigkeitsgrundsatzes zu erhellen und sich zudem mit anderen Elementen des

¹²² So TSCHANNEN, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 164 N 8; vgl. zum Bestimmtheitsgebot im Kontext von Art. 36 Abs. 1 BV etwa BGE 136 I 87 E. 3.1. S. auch schon oben Rn. 27 ff.

¹²³ TSCHANNEN, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 164 N 18; WYTENBACH/WYSS, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 164 N 26; FEUZ, Gesetzesbegriffe, 142 ff.

¹²⁴ TSCHANNEN, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 164 N 18; WYTENBACH/WYSS, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 164 N 26; FEUZ, Gesetzesbegriffe, 133 f.

¹²⁵ BGE 130 I 26 E. 5; BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 164 N 7; vgl. dazu oben Rn. xy.

Katalogs inhaltlich überschneidet, die aber als subsidiäre Klausel herangezogen werden kann.¹²⁶ Gemeint sind allenfalls weitere als die von lit. b erfassten verfassungsmässigen Rechte – namentlich soweit es sich nicht um „einschränkbare“ Freiheitsrechte handelt – sowie Rechte und Pflichten im Bereich des Strafrechts, der Verwaltungssanktionen, des öffentlichen Personalrechts, Verfahrensrechte, Bestimmungen im Bereich des Bürgerrechts, Regelungen im Bereich der Sozialversicherungen sowie – dies ist in der Lehre allerdings umstritten¹²⁷ – Vorschriften des Zivilrechts.¹²⁸ Entscheidendes Kriterium ist dabei, ob der Staat den Bürgerinnen und Bürgern Rechte einräumt oder Pflichten auferlegt, wobei nicht ersichtlich ist, dass solche zwischen Privatpersonen vom Anwendungsbereich der Vorschrift grundsätzlich ausgeschlossen wären.

Wiederum ist es nicht erforderlich, dass die Regelung auf Gesetzesstufe bis ins Detail reicht und ebenso dürfte es als zulässig zu erachten sein, Rechte und Pflichten von geringerer Tragweite für die betroffenen Personen auf Verordnungsebene zu regeln, beschränkt sich doch die Gesetzesbedürftigkeit auf die „grundlegenden Bestimmungen“.¹²⁹ Im vorliegenden Kontext von Bedeutung ist dabei wiederum der Umstand, dass die Anforderungen an die gesetzliche Verankerung von Rechten und Pflichten im Rahmen von besonderen Rechtsverhältnissen jedenfalls teilweise weniger weit gehen, was zur Konsequenz hat, dass eine weitergehende Regelung auf Verordnungsstufe als zulässig zu erachten ist, als dies ausserhalb solcher Sonderstatusverhältnisse als gangbar erachtet würde.

- Mit engem Bezug zum abgaberechtlichen Legalitätsprinzip von Art. 127 Abs. 1 BV verlangt Art. 164 Abs. 1 lit. d BV eine formell-gesetzliche Verankerung des **Kreises der Abgabepflichtigen sowie des Gegenstandes und der Bemessung von Abgaben**. Im Gegensatz zum Wortlaut von Art. 127 Abs. 1 BV erstreckt sich der Anwendungsbereich der Bestimmung jedenfalls auf sämtliche Abgaben des Bundes, also nicht nur auf Steuern, sondern auch auf Gemengsteuern und Kausalabgaben, wie Gebühren, Beiträge, Mehrwertabgaben oder Ersatzabgaben.¹³⁰ Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass lit. d eine im Vergleich zu Art. 127 Abs. 1 BV äquivalente gesetzliche Abstützung¹³¹ fordert (so dass auf die obigen Aus-

¹²⁶ TSCHANNEN, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 164 N 20 f.; WYTENBACH/WYSS, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 164 N 27; FEUZ, Gesetzesbegriffe, 142 ff.

¹²⁷ Im Sinne eines Einbezugs WYTENBACH/WYSS, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 164 N 27; wohl auch AUBERT/MAHON, Petit commentaire, Art. 164 N 27; a.A. TSCHANNEN, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 164 N 22.

¹²⁸ Eingehend zum Ganzen WYTENBACH/WYSS, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 164 N 27; TSCHANNEN, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 164 N 21 f.

¹²⁹ Vgl. hierzu die Kritik, die Regelung fordere in Bezug auf öffentlich-rechtliche Vorschriften letztlich zu viel, BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 164 N 7.

¹³⁰ Allgemein zur Kategorisierung öffentlicher Abgaben TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 552 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 2753 ff.; TANQUEREL, Droit administratif, Rn. 233 ff.

¹³¹ Dazu oben Rn. 49 ff.

fürungen¹³² verwiesen werden kann) und somit in Bezug auf diese Vorschrift die Beschränkung auf „grundlegende Bestimmungen“ nicht zum Tragen kommt.¹³³

In Bezug auf die vorliegende Fragestellung, bedeutet dies, wie bereits ausgeführt,¹³⁴ dass namentlich für allfällige Gebühren zur Finanzierung der Angebote des EHB die Fixierung von Abgabesubjekten, Abgabeobjekt – jeweils einschliesslich der relevanten Ausnahmen¹³⁵ – und Bemessung auf Gesetzesstufe vorzunehmen ist, wobei die bestehende gesetzliche Grundlage von Art. 48 Abs. 6 BBG diesen Anforderungen soweit ersichtlich nicht zu genügen vermag. Eine Minderung dieses Standards, insbesondere bezüglich der Normdichte, ist gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung möglich, soweit die Anforderungen des abgabenrechtlichen Legalitätsprinzips aufgrund des Kostendeckungs- oder Äquivalenzprinzips herabgesetzt werden können¹³⁶ sowie bei Kanzlei- und Kontrollgebühren, wo auf eine formell-gesetzliche Abstützung gänzlich verzichtet werden kann.¹³⁷

- Gemäss Art. 164 Abs. 1 lit. e müssen die grundlegenden Bestimmungen betreffend **Aufgaben und Leistungen des Bundes** formell-gesetzlich abgestützt werden. In Bezug auf die Aufgaben werden hiermit keine Kompetenzgrundlagen geschaffen, sondern es wird lediglich festgeschrieben, dass die Wahrnehmung dieser Befugnisse im Grundsatz auf dem Wege der Gesetzgebung zu erfolgen hat.¹³⁸ Entsprechend erfolgt im Bereich konkurrierender Bundeskompetenzen eine Verdrängung kantonaler Kompetenzen erst mit dem Erlass von Vorschriften durch den Bundesgesetzgeber.¹³⁹ Inhaltlich muss die Gesetzesbestimmung wiederum die „grundlegenden“ Belange regeln, insbesondere also den Aufgabenzweck, die Tragweite der Aufgaben, die Instrumente und Verfahren zur Aufgabenerfüllung sowie die Heranziehung von Verwaltungseinheiten ausserhalb der Bundes(zentral)verwaltung (Art. 178 Abs. 3 BV).¹⁴⁰ Vorliegend von besonderer Bedeutung ist sodann die Vorgabe, die **Leistungen des Bundes** einer Regelung auf Gesetzesstufe zuzuführen. Hierin wird gemeinhin eine Bestätigung der Anwendbarkeit des Legalitätsprinzips auf die Leistungsverwaltung gesehen.¹⁴¹ Dieser Grundsatz wird jedenfalls in der Substanz dadurch teilweise relativiert, dass die Anforderungen an die Normstufe und die Normdichte für die Leistungsverwaltung im Vergleich zur Eingriffsverwaltung als reduziert betrachtet werden.¹⁴² Da-

¹³² Rn. 49 ff.

¹³³ WYTTEBACH/WYSS, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 164 N 28; FEUZ, Gesetzesbegriffe, 158 f.; BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 164 N 7.

¹³⁴ Rn. 49 ff.

¹³⁵ BGE 136 I 142 E. 3.1.

¹³⁶ Vgl. etwa BGE 134 I 179 E. 6.1.

¹³⁷ BGE 130 I 113 E. 2.2; TSCHANNEN, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 164 N 24.

¹³⁸ TSCHANNEN, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 164 N 25.

¹³⁹ WYTTEBACH/WYSS, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 164 N 30.

¹⁴⁰ TSCHANNEN, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 164 N 25; WYTTEBACH/WYSS, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 164 N 30; FEUZ, Gesetzesbegriffe, 164.

¹⁴¹ BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 164 N 7; WYTTEBACH/WYSS, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 164 N 31; TSCHANNEN, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 164 N 26; Ausgangspunkt dieser damit verfassungsrechtlich kodifizierten Entwicklung bildete die bundesgerichtliche Rechtsprechung im Entscheid Wäffler: BGE 103 Ia 369 E. 5 und 6.

¹⁴² BGE 118 Ia 46 E. 5b; LIENHARD, Grundlagen, 210 f.; BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 164 N 7; WYTTEBACH/WYSS, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 164 N 31;

zu ist immerhin anzumerken, dass die Unterscheidung zwischen Eingriffs- und Leistungshandlung mitunter kaum trennscharf möglich ist und überdies Beschränkungen gewisser gemeinhin gewährter oder elementarer Leistungen für die betroffenen Personen Konsequenzen zeitigen können, die möglicherweise einschneidender sind als gewisse Eingriffe.¹⁴³ Somit sollte zur Eruiierung der erforderlichen Normstufe und Normdichte jedenfalls nicht pauschal auf diese Dichotomie zurückgegriffen werden, sondern es sind vielmehr differenzierte Anforderungen zu formulieren bzw. die jeweiligen Eigenarten des zu regelnden Bereichs sind zu berücksichtigen.

- Nach Art. 164 Abs. 1 lit. g BV sind schliesslich die grundlegenden Bestimmungen über **Organisation und Verfahren der Bundesbehörden** auf Gesetzesstufe zu regeln. Als **Bundesbehörden** versteht die Verfassung dabei neben Bundesversammlung, Bundesrat und Bundesgericht auch die weiteren Verwaltungsträger des Bundes, namentlich auch der dezentralen Bundesverwaltung.¹⁴⁴ Die **Organisation** der Behörden meint die Grobstruktur der Organisation, ihre jeweiligen Aufgaben und Zuständigkeiten, die Führungsinstrumente, Ernennungsmodalitäten für die Ämter, Unvereinbarkeitsvorschriften, Verantwortlichkeitsregelungen, Vorgaben zur Zusammenarbeit sowie wohl auch das Statut der Angestellten.¹⁴⁵ Die Grundarchitektur des Behördengefüges auf Bundesebene ist dabei in der Verfassung selbst angelegt (Art. 143 ff. BV) oder muss bereits aufgrund sachbereichsbezogener Gesetzesvorbehalte in der Verfassung durch Gesetz geregelt werden.¹⁴⁶ Diese spezifischen Vorbehalte bergen denn auch Anhaltspunkte für die Auslegung des übergreifenden Vorbehaltes von Art. 164 Abs. 1 lit. g BV. Der Zweck der vorliegenden Bestimmung besteht darin, die für die Gewaltenteilung und die Machtverteilung innerhalb und zwischen den Behörden bestimmenden Faktoren in die Hände des Gesetzgebers zu legen und der demokratischen Kontrolle zu unterstellen.¹⁴⁷ **Verfahren** der Bundesbehörden meint jene Prozesse im Bereich der Gesetzgebung, der Rechtsprechung und der Verwaltung, die in rechtsverbindliche Entscheidungen münden oder deren faktische oder rechtliche Konsequenzen eine gesetzliche Regelung als wünschenswert erscheinen lassen.¹⁴⁸

TSCHANNEN, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 164 N 26; vgl. dazu auch bereits oben Rn. 26 ff.

¹⁴³ Eingehend zur Kritik der Unterscheidbarkeit von Eingriff und Leistung LIENHARD, Grundlagen, 211 ff.

¹⁴⁴ WYTTEBACH/WYSS, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 164 N 35; TSCHANNEN, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 164 N 30.

¹⁴⁵ So TSCHANNEN, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 164 N 31; WYTTEBACH/WYSS, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 164 N 36; BOLZ/LIENHARD, Steuerung, 7; FEUZ, Gesetzesbegriffe, 182 ff.

¹⁴⁶ Art. 153 Abs. 2 und 3 BV bezüglich der Einsetzung gemeinsamer Kommissionen beider Räte bzw. Übertragung von Befugnissen an Kommissionen; Art. 155 BV bezüglich der Parlamentsdienste sowie Art. 173 Abs. 3 BV bezüglich der Übertragung von Aufgaben und Befugnissen an die Bundesversammlung.

¹⁴⁷ Vgl. TSCHANNEN, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 164 N 31.

¹⁴⁸ Vgl. SÄGESSER, Neuordnung, 684.

Angesprochen sind damit etwa das Verwaltungsverfahrens- und Prozessrecht, die Behördeninformation sowie wohl auch die Grundzüge des öffentlichen Beschaffungswesens.¹⁴⁹ Auch hierzu nimmt die Verfassung im Rahmen einiger besonderer Gesetzesvorbehalte¹⁵⁰ bereits eine Vorstrukturierung vor, die als Anhaltspunkte für die Auslegung der generellen Vorschrift herangezogen werden können.

Die damit verankerten Standards in Bezug auf die gesetzliche Regelung von Organisation und Verfahren der Bundesbehörden kommen für die **dezentralen Verwaltungsträger** ebenso zur Anwendung wie für die Bundeszentralverwaltung. Im Hinblick auf die ausgegliederten Einheiten der Bundesverwaltung werden damit die unter Umständen anwendbaren Vorgaben von Art. 178 Abs. 3 BV bezüglich der Auslagerung als „dynamischem“ Element ergänzt durch sozusagen „statische“ Anforderungen an Organisation und Verfahren der in Frage stehenden Verwaltungseinheit. Im Hinblick insbesondere auf die Normdichte gelangt hierbei wiederum der Grundsatz zur Anwendung, dass unübliche oder vom gemeinen Organisations- und Verfahrensstandard abweichende Strukturen und Prozesse einer weitergehenden gesetzlichen Erfassung bedürfen als dies für hergebrachte und gebräuchliche Regelungen der Fall ist. Im Hinblick auf ausgelagerte Einheiten ist nun ein doppelter Standard bezüglich der Gebräuchlichkeit zu konstatieren: einerseits jener der umfassend zuständigen und integrierten Zentralverwaltung und andererseits jener des Standardmodells der Ausgliederung von Verwaltungseinheiten, wie es im Corporate-Governance-Bericht vorgezeichnet und im Mustererlass für „Anstalten mit Monopolcharakter“ ausgeführt wird. Abweichungen insbesondere vom ersten, aber auch vom weniger klar bestimmten und letztlich in sehr unterschiedlichen Ausprägungen umgesetzten zweiten Regelungsmodell dürften in der Regel eine höhere rechtliche Determinierung und unter Umständen auch eine weitergehende Regelung der organisatorischen und verfahrensrechtlichen Aspekte auf Gesetzesstufe erfordern.

63. Insgesamt wird damit deutlich, dass sich die aus Art. 164 Abs. 1 BV ergebenden Anforderungen in Bezug auf den **Grundsatz der Erforderlichkeit der Verankerung des EHB in einem formellen Gesetz** und auf die geforderte **inhaltliche Tragweite** desselben weitgehend bzw. zumindest im Grundsatz mit denjenigen, die sich bereits aus den besonderen Gesetzesvorbehalten ableiten lassen, decken, dies jedenfalls soweit man letztere entsprechend ihrem Sinn und Zweck weit auslegt (was insbesondere für Art. 127 Abs. 1 und Art. 178 Abs. 3 BV relevant ist). Selbst wenn diesbezüglich jedoch andere Ansätze vertreten werden, dürften sich nach dem Gesagten entsprechende Anforderungen an die gesetzliche Grundlage des EHB auch aus Art. 164 Abs. 1 BV ergeben. Der Vollständigkeit halber ist aber auch darauf hinzuweisen, dass Art. 164 Abs. 1 BV – jedenfalls soweit man die exemplarische Aufzählung mitberücksichtigt – mitunter etwas umfassender und expliziter formuliert ist als die besonderen Gesetzesvorbehalte, so dass sich aus dieser Bestimmung mehr Anhaltspunkte für die eigentliche inhaltliche Ausgestaltung der gesetzlichen Grundlage ergeben können.

¹⁴⁹ TSCHANNEN, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 164 N 32; WYTTEBACH/WYSS, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 164 N 36; BOLZ/LIENHARD, Steuerung, 7; FEUZ, Gesetzesbegriffe, 182 ff.

¹⁵⁰ Art. 151 BV bezüglich der Einberufung der Bundesversammlung; Art. 153 Abs. 4 BV bezüglich der Einsichts- und Auskunftsrechte der Kommissionen; Art. 158 BV bezüglich Ausnahmen vom Grundsatz der Öffentlichkeit der Räte; Art. 171 BV bezüglich der parlamentarischen Vorstösse.

64. Im Ergebnis lassen sich die aus Art. 164 Abs. 1 BV abzuleitenden Anforderungen an die **inhaltliche Tragweite der gesetzlichen Grundlage für das EHB** – abgesehen von den finanziellen Aspekten¹⁵¹ – durch folgende Aspekte zusammenfassen:

- Gemäss Art. 164 Abs. 1 lit. g BV sind die grundlegenden Bestimmungen bezüglich **Organisation und Verfahren** der Bundesbehörden auf Gesetzesstufe zu verankern, eine Anforderung, die auch für das **EHB** zum Zuge kommt und sich nach der hier vertretenen Ansicht grundsätzlich bereits aus Art. 178 Abs. 3 BV ergibt. Im Hinblick auf die **Organisation** der Anstalt dürfte es demnach unter anderem erforderlich sein, Bezeichnung, Rechtsnatur und Sitz der Anstalt im Gesetz zu regeln. Ebenfalls den Grundzügen der Organisation zuzurechnen ist wohl der Anstaltszweck sowie die Beschreibung der Aufgaben der Anstalt. Überdies ist auch eine gesetzliche Festschreibung der Grobstruktur der Organisation, also der Organe der Anstalt und ihres Zusammenwirkens, nach diesen Vorgaben im Gesetz zu verankern. Zwar nicht zum Kernbereich der Organisation gehörend, aber wohl jedenfalls im Grundsatz dennoch gesetzeswürdig, sind weitere organisatorische Aspekte wie die Führungsinstrumente, allfällige Unvereinbarkeitsvorschriften oder Verantwortlichkeitsregelungen. In Bezug auf die **Verfahren** sind etwa die grundlegenden Entscheidungsprozesse innerhalb der Anstalt, die Ernennungsmodalitäten für die Ämter oder der Ablauf der Zusammenarbeit mit anderen Verwaltungseinheiten formell-gesetzlich zu regeln.
- Aus Art. 164 Abs. 1 S. 2 lit. e BV folgt – wie im Grundsatz auch schon aus Art. 178 Abs. 3 BV –, dass auf Gesetzesebene erstens eine geeignete Definition und Fixierung der entsprechenden **Aufgaben und Tätigkeiten** vorzunehmen ist und zweitens die vom EHB zu erbringenden Lehr- und Forschungsleistungen im Bereich der Berufspädagogik, der Berufsbildung und der Berufsentwicklung insoweit gesetzlich festgeschrieben werden müssen, als sie als grundlegend zu qualifizieren sind.

Diese gesetzliche Aufgabenfestschreibung könnte soweit ersichtlich gewissermassen *uno actu* mit der Aufgabenbeschreibung der betroffenen Verwaltungseinheit erfolgen. Wird nun jedoch in einem Sachbereich eine Differenzierung zwischen Facherlass einerseits und Organisationserlass andererseits ins Auge gefasst, so könnte es sich anbieten, diese Verankerung von Bundesaufgaben in Umsetzung der Vorgaben von Art. 164 Abs. 1 lit. e BV im Facherlass vorzusehen.

- Die Festschreibung der Rechte und Pflichten des **Personals**, sowohl direkt aufgrund des eigentlichen Arbeitsverhältnisses als auch etwa im Hinblick auf Ansprüche aus Versicherungen oder aus der Vorsorge, sind vor dem Hintergrund von Art. 164 Abs. 1 lit. c BV, wonach grundlegende Bestimmungen bezüglich der Rechte und Pflichten von Personen einer Grundlage im formellen Gesetz bedürfen, ebenfalls auf Gesetzesstufe festzuschreiben. In diesem Bereich dürfte aber eine – im formellen Gesetz angesiedelte – Verweisungsnorm auf die Vorschriften des Bundespersonalgesetzes als ausreichend erachtet werden können.

¹⁵¹ Dazu oben Rn. 49 ff.

3. Anforderungen an die Gesetzesdelegation

65. In einem gewissen inhaltlichen Zusammenhang zum generellen Gesetzesvorbehalt steht die **Regelung der Gesetzesdelegation** in Art. 164 Abs. 2 BV. Gemeint ist damit die Weitergabe von eigentlich dem Gesetzgeber zustehenden Rechtssetzungskompetenzen an andere Organe derselben Staatsebene sowie allenfalls an nachgeordnete Behörden.¹⁵² Da die delegierte Rechtssetzung in der Regel in Form von Verordnungen der Exekutive – oder (soweit nicht von originären Zuständigkeiten ausgegangen wird) der Judikative und des Parlaments – erfolgt, behandelt Art. 164 Abs. 2 BV schergewichtig die Abgrenzung zwischen der Gesetzes- und der Verordnungsform.¹⁵³ Die Daseinsberechtigung dieses, in der Bundesverfassung von 1999 erstmals ausdrücklich vorgesehenen Mechanismus ist darin zu sehen, dass sich der Gesetzgeber erstens sinnvollerweise nicht um sämtliche Aspekte und Belange der Rechtssetzung kümmern kann und zweitens die Eigenheiten des parlamentarischen Gesetzgebungsprozesses zur Konsequenz haben, dass dieser nicht zur Regelung sämtlicher Belange geeignet ist – zu denken ist etwa an technische oder veränderungsreiche Sachbereiche. Es sind somit pragmatische Gründe, die für eine Gesetzesdelegation sprechen.¹⁵⁴ Gleichzeitig steht sie in einem Spannungsverhältnis zum Grundsatz der Gewaltenteilung und damit zum Demokratieprinzip sowie zum Gesetzmässigkeitsprinzip.¹⁵⁵ Entsprechend ist die Delegation einer Reihe von Schranken unterworfen, die sich allerdings nur teilweise direkt aus der Verfassung ergeben,¹⁵⁶ und sollte überdies mit einer gewissen Zurückhaltung gehandhabt werden.

66. Als **Delegationsadressaten** kommen grundsätzlich die Bundesgerichte, der Bundesrat und die nachgeordneten Verwaltungseinheiten sowie die Bundesversammlung (ohne Mitwirkung des Stimmvolkes über das Referendum) in Frage. Teilweise ergeben sich diese Zuständigkeiten bereits originär aufgrund selbstständiger Verordnungskompetenzen aus der Bundesverfassung.¹⁵⁷ Für die Betrauung untergeordneter Verwaltungsbehörden mit Rechtssetzungskompetenzen bestehen zwei Optionen:

- Einerseits besteht die Möglichkeit der **Subdelegation**, das heisst die Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen des Bundesrates an nachgeordnete Verwaltungseinheiten, wie sie gestützt auf Art. 48 Abs. 1 RVOG¹⁵⁸ zugunsten der Departemente erfolgen kann. Für die Delegation von Rechtssetzungskompetenzen an Gruppen und Ämter ist gemäss Art. 48 Abs. 2 RVOG eine Ermächtigung in einem

¹⁵² Mit einem etwas engeren Begriffsverständnis TSCHANNEN, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 164 N 33.

¹⁵³ Vgl. WYTTENBACH/WYSS, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 164 N 37.

¹⁵⁴ WYTTENBACH/WYSS, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 164 N 37.

¹⁵⁵ WYTTENBACH/WYSS, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 164 N 37.

¹⁵⁶ Dazu sogleich Rn. 69 f.

¹⁵⁷ Für das Bundesgericht aus Art. 188 BV; für den Bundesrat in Bezug auf Vollzugsverordnungen aus Art. 182 Abs. 2 BV; vgl. zudem Art. 163 Abs. 1 BV bezüglich der Möglichkeit, der Bundesversammlung *qua* Bundesgesetz eine unselbstständige Verordnungskompetenz einzuräumen.

¹⁵⁸ Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (SR 172.010).

Bundesgesetz erforderlich, wobei diese Delegation gemäss den Materialien nicht ausdrücklich zu sein hat.¹⁵⁹ Als massgebliche Kriterien für die Zuordnung zur erforderlichen Normstufe soll dabei analog zu Art. 164 Abs. 1 BV wiederum auf die Wichtigkeit des Regelungsgegenstandes abgestellt werden, wobei etwa das Vorliegen von Aussenwirkungen eher für eine höhere Regelungsebene spricht, wogegen „technische“ Belange auf niedrigerer Normstufe geregelt werden dürfen.¹⁶⁰

Bezüglich der vorliegenden Delegationskonstellation an eine Einheit der dezentralisierten Bundesverwaltung stellt sich die Frage der einfachgesetzlichen Einordnung: Nach dem Wortlaut von Art. 48 Abs. 2 RVOG sind von den Vorgaben der Bestimmung lediglich Ämter und Gruppen umfasst, womit die Bestimmung kaum direkt Anwendung finden kann. Art. 2 Abs. 4 RVOG sieht vor, dass die Betrauung von „Organisationen und Personen des öffentlichen und privaten Rechts, die nicht der Bundesverwaltung angehören“ mit Verwaltungsaufgaben „[d]urch die Bundesgesetzgebung“ zu erfolgen hat. Um diese Vorgabe für anwendbar zu betrachten, muss davon ausgegangen werden, dass auch Rechtssetzung als Verwaltungsaufgabe zu qualifizieren ist,¹⁶¹ sowie dass die selbstständigen Anstalten des Bundes als Einheiten ausserhalb der Bundesverwaltung zu verstehen sind, wobei letzteres wohl der Zuteilung nach Anhang I RVOG¹⁶² widersprechen dürfte. Erweisen sich diese Bestimmungen nicht unmittelbar als anwendbar und ist keine anderweitige einschlägige Regelung ersichtlich, so stellt sich die Frage, ob eine der beiden Vorschriften analog angewendet werden sollte. Da die vorliegende Konstellation einer ausgelagerten Einheit aufgrund des höheren Autonomiegrades der dezentralisierten Verwaltungseinheit im Vergleich zu den Verwaltungseinheiten der Zentralverwaltung im Hinblick auf die Delegation wohl eher mit der durch Art. 2 Abs. 4 RVOG ins Auge gefassten Situation vergleichbar sein dürfte, ist im Ergebnis davon auszugehen, dass an die gesetzliche Abstützung der Delegation ähnliche Anforderungen zu stellen sind, wie sie sich aus Art. 2 Abs. 4 RVOG ergeben, so dass insbesondere eine ausdrückliche formell-gesetzliche Grundlage notwendig ist.

- Andererseits kommt eine **direkte Delegation** der Rechtssetzungskompetenzen durch das Parlament an eine untergeordnete Verwaltungseinheit in Betracht. Diese wird von der Bundesverfassung im Unterschied zu gewissen Kantonsverfassungen nicht ausgeschlossen,¹⁶³ steht aber in einem gewissen Spannungsfeld zur Organisationskompetenz des Bundesrates über die Bundesverwaltung.¹⁶⁴ Entsprechend dürfte hiermit seitens des Parlamentes zwar im Grundsatz Zurückhaltung angesagt sein,¹⁶⁵ wobei diese Bedenken jedoch im Falle der Verwaltungseinheiten der dezentralen Bundesverwaltung wesentlich weniger schwer wiegen bzw. von den Anforderungen des Legalitätsprinzips überlagert werden, was sich auch aus Art. 178 Abs. 3 BV ergibt.

¹⁵⁹ Botschaft RVOG, BBl 1993 III 1098; vgl. dazu SÄGESSER, RVOG-Kommentar, Art. 48 N 20.

¹⁶⁰ Botschaft RVOG, BBl 1993 III 1098.

¹⁶¹ Im Sinne eines Einbezuges sekundärer Regelungskompetenzen BIAGGINI, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 178 N 29; a.A. AUBERT/MAHON, Petit commentaire, Art. 178 N 12; SÄGESSER, RVOG-Kommentar, Art. 2 N 130.

¹⁶² Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 (SR 172.010.1).

¹⁶³ S. z.B. Art. 69 Berner Kantonsverfassung.

¹⁶⁴ SÄGESSER, RVOG-Kommentar, Art. 48 N 19.

¹⁶⁵ SÄGESSER, Neuordnung, 685; WYTTENBACH/WYSS, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 164 N 37

67. In Art. 164 Abs. 2 BV ausdrücklich genannt und vorliegend von Bedeutung ist die verfassungsrechtliche Vorgabe, dass die Delegation im Rahmen eines **Bundesgesetzes** erfolgt und die entsprechende Norm somit durch das Parlament sowie möglicherweise das Stimmvolk (Art. 141 Abs. 1 lit. a BV) zu beschliessen ist. Die Delegation hat wohl ausdrücklich zu erfolgen,¹⁶⁶ und zudem wird der Bundesrat gesetzlich verpflichtet, in den Botschaften zu den Gesetzesentwürfen die Kompetenzdelegation zu erläutern, soweit substantielle Äusserungen hierzu möglich sind.¹⁶⁷ Inhaltlich muss diese formell-gesetzliche Kompetenzdelegationsgrundlage mindestens materielle Vorgaben zu den groben Zügen der delegierten Belange beinhalten,¹⁶⁸ was zugleich eine der Rahmenbedingungen der Rechtssetzungsdelegation darstellt.

68. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Gesetzesdelegation in den Kantonen müssen hierzu vier **Voraussetzungen** erfüllt sein: (i.) Die Delegation ist nach kantonalem Recht zulässig; (ii.) sie beschränkt sich auf ein bestimmtes Gebiet; (iii.) sie ist in einem formellen Gesetz enthalten, und (iv.) die Grundzüge der zur Regelung delegierten Kompetenzen sind im formellen Gesetz definiert, soweit hierdurch die Rechtsstellung der Regelungsadressaten schwerwiegend berührt wird.¹⁶⁹ Diese Grundsätze müssen auch auf Bundesebene Anwendung finden.¹⁷⁰ Demnach sind folgende Voraussetzungen einschlägig:

- Gestützt auf den Verfassungstext („soweit dies nicht durch die Bundesverfassung ausgeschlossen ist“) ausdrücklich **ausgeschlossen** ist die Delegation von „wichtigen rechtssetzenden Bestimmungen“ im Sinne von Art. 164 Abs. 1 BV sowie der von den besonderen Gesetzesvorbehalten der Verfassung erfassten Inhalte, jedenfalls soweit damit die Regelungsgrundsätze angesprochen sind.¹⁷¹
- Sodann muss sich die Delegation auf eine **bestimmte Regelungsmaterie** beschränken. Würde der Gesetzgeber weite Teile der Legislativkompetenzen zugunsten der Exekutive aufgeben, bedeutete dies eine Verletzung des Grundsatzes der Gewaltenteilung, und die Mitwirkungsrechte des Stimmvolkes bei der Gesetzgebung würden unterwandert.¹⁷² Eine „Blankodelegation“ ist somit unzulässig.

¹⁶⁶ M.w.N. WYTTENBACH/WYSS, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 164 N 41, 53; TSCHANNEN, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 164 N 36; AUBERT/MAHON, Petit commentaire, Art. 182 N 10.

¹⁶⁷ Art. 141 Abs. 2 lit. b Bundesgesetz über die Bundesversammlung vom 13. Dezember 2002 (ParlG; SR 171.10).

¹⁶⁸ AUBERT/MAHON, Petit commentaire, Art. 182 N 10.

¹⁶⁹ Vgl. statt vieler BGE 128 I 327 E. 4.1; BGE 128 I 113 E. 3c.

¹⁷⁰ BGE 137 II 409 E. 6.4; TSCHANNEN, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 164 N 35; BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 164 N 13; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, droit constitutionnel, Rn. 1609 ff.

¹⁷¹ Ob das Wichtigkeitskriterium gemäss Art. 164 Abs. 1 BV unmittelbar als Delegationsschranke im Sinne von Art. 164 Abs. 2 BV wirkt, wurde in der Rechtsprechung nicht abschliessend geklärt: Vgl. dazu etwa BGE 131 II 13 E. 6.3 und BGE 133 II 331 E. 7.2.1 und 7.2.2 sowie die eingehendere Diskussion der Frage bei WYTTENBACH/WYSS, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 164 N 46 f.

¹⁷² AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel, Rn. 1612.

- Ebenfalls ausdrücklich der Verfassungsbestimmung zu entnehmen ist das Erfordernis einer **formell-gesetzlichen Abstützung** der Delegationsnorm.
- Schliesslich sind jedenfalls die **Grundzüge der Regelung** in der Delegationsnorm zu verankern. Die Anforderungen an die Bestimmtheit der Delegationsnormen variieren dabei in Abhängigkeit von dem betroffenen Sachgebiet, wobei analoge Massstäbe zum Tragen kommen wie in Bezug auf die „Wichtigkeitsprüfung“ nach Art 164 Abs. 1 BV.¹⁷³ Im Grundsatz aber muss der referendumspflichtige Erlass jedenfalls den Gegenstand, den Zweck sowie den Umfang der delegierten Inhalte festlegen und somit die Regelungsmaterie in ihren groben Zügen determinieren.¹⁷⁴ Zudem darf der Gesetzgeber sich nicht einfach aus blosser Bequemlichkeit oder aufgrund von Bedenken, dass die Bestimmung in einer Referendumsabstimmung abgelehnt werden könnte, für eine vage Delegationsnorm entscheiden.¹⁷⁵

69. Diese Voraussetzungen für eine Delegation von Gesetzgebungskompetenzen sind im Grundsatz auch im Bereich der **Leistungsverwaltung** massgeblich, insbesondere soweit die Leistungen mit Verpflichtungen der Bürger einhergehen,¹⁷⁶ eine Voraussetzung der Wahrnehmung von verfassungsmässigen Rechten darstellen oder Interessen der Rechtssicherheit oder Rechtsgleichheit berühren.¹⁷⁷ Soll also dem **EHB** die Kompetenz eingeräumt werden, generell-abstrakte Bestimmungen mit Aussenwirkung zu erlassen, sind die Anforderungen von Art. 164 Abs. 2 BV sowie die in der Rechtsprechung erarbeiteten Voraussetzungen an die **Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen** einzuhalten. Eine Delegation würde wohl direkt gestützt auf das einschlägige Bundesgesetz und nicht *qua* Subdelegation durch den Bundesrat erfolgen, was angesichts der Anforderungen des Legalitätsprinzips im Allgemeinen und der gesetzlichen Abstützung der Ausgliederung der Übertragung von Verwaltungsaufgaben gemäss Art. 178 Abs. 3 BV auch wünschenswert, wenn nicht gar erforderlich, erscheint.¹⁷⁸

II. Vorgaben der Corporate-Governance Politik

70. Der **Corporate-Governance Politik** des Bundesrates sind gewisse Anforderungen an die rechtliche Abstützung und Ausgestaltung der verselbstständigten Einheiten des Bundes zu entnehmen. Zweck dieser Bestrebungen ist es auf der einen Seite, diesen ausgelagerten Einheiten das zur Aufgabenerfüllung erforderliche Mass an Autonomie zu gewährleisten und andererseits einen angepassten rechtlichen Rahmen für die Kontrolle und Steuerung der Verwaltungsträger zu ermöglichen. Hierzu formulierte der

¹⁷³ Botschaft BV, BBl 1997 I 1, 389 f.

¹⁷⁴ Botschaft BV, BBl 1997 I 1, 389; vgl. auch AUBERT/MAHON, Petit commentaire, Art. 182 N 10.

¹⁷⁵ BGE 103 Ia 369 E. 6f; WYTENBACH/WYSS, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 164 N 53.

¹⁷⁶ BGE 103 Ia 369 E. 6e.

¹⁷⁷ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 146.

¹⁷⁸ Vgl. dazu oben Rn. 52 ff., 62 ff.

Bundesrat im Corporate-Governance-Bericht sowie ergänzend im entsprechenden Zusatzbericht eine Reihe von Leitsätzen und ausführende Anforderungen an die Ausgestaltung der verselbstständigten Einheiten im Allgemeinen und an deren rechtliche Abstützung im Besonderen.

71. Zur Einordnung des **Eidgenössischen Hochschulinstituts für Berufsbildung** in den konzeptionellen Rahmen der Corporate-Governance Politik des Bundesrates ist zunächst festzuhalten, dass der Bericht als verselbstständigte Einheiten Organisationen bzw. Unternehmen bezeichnet, die (1.) Bundesaufgaben wahrnehmen, (2.) rechtlich verselbstständigt sind und (3.) im Eigentum des Bundes stehen bzw. in Bezug auf welche eine Haupt- oder Mehrheitsbeteiligung des Bundes besteht.¹⁷⁹ Diese Kriterien erfüllt das EHB und ist entsprechend den verselbstständigten Einheiten zuzurechnen.¹⁸⁰ Gemäss dem im Evaluationsbericht FLAG¹⁸¹ verwendeten sogenannten 4-Kreise-Modell wäre das EHB demnach in Abgrenzung von der Ministerial-Verwaltung (1. Kreis) und den FLAG-Verwaltungsstellen (2. Kreis) einerseits sowie den gemischtwirtschaftlichen Unternehmen mit Bundesbeteiligung (4. Kreis) andererseits dem 3. Kreis zuzuordnen, der Betriebe und Anstalten mit spezialgesetzlicher Grundlage und eigener Rechnung umfasst.¹⁸² Für die Bedürfnisse des Corporate-Governance-Berichtes wird vor dem Hintergrund des erwähnten 4-Kreise-Modells eine sogenannte „Aufgabentypologie“ formuliert, die nach den definierten Grundfunktionen der Verwaltung (Politikvorbereitung, Regulierung und Dienstleistungen) sowie anhand definierter Entscheidungskriterien für die Auslagerung (Hoheitlichkeit, politischer Steuerungsbedarf, Marktfähigkeit, Synergiepotential/Koordinationsbedarf) vier Idealtypen von Aufgaben unterscheidet:¹⁸³ Ministerialaufgaben; Dienstleistungen mit Monopolcharakter; Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht sowie Dienstleistungen am Markt.¹⁸⁴ Dienstleistungen, bei denen aufgrund von Marktversagen oder der Gesetzgebung Wettbewerb nicht oder nur in eingeschränkter Masse möglich ist, werden dabei als Dienstleistungen mit Monopolcharakter beschrieben.¹⁸⁵ Solche liegen beispielsweise bei sogenannten meritorischen Gütern vor, die auf dem Markt in einem aus gesamtwirtschaftlicher Sicht suboptimalem Ausmass bereitgestellt werden, da der individuelle Nutzen geringer bemessen ist als der gesamtwirtschaftliche Nutzen.¹⁸⁶ Ebenso wie Leistungen im Bereich Kultur sind auch Angebote im Bereich Bildung und Forschung oftmals den meritorischen Gütern zuzuordnen. Dies dürfte – jedenfalls teilweise – auch für die Bildungs- und insbesondere die Forschungsleistungen des EHB der Fall sein, so dass zumindest deren Aufgabenschwerpunkt in der Terminologie des Corporate-Governance-Berichts als Dienstleistung

¹⁷⁹ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8242.

¹⁸⁰ Vgl. auch die Aufführung in Anhang 1 des Berichts, Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8299.

¹⁸¹ Evaluationsbericht FLAG, BBl 2002 3535.

¹⁸² Evaluationsbericht FLAG, BBl 2002 3538 f.

¹⁸³ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8252 ff.

¹⁸⁴ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8258 ff.

¹⁸⁵ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8261.

¹⁸⁶ Grundlegend MUSGRAVE, Budget Determination, 333 ff.; vgl. auch Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8155 f.

mit Monopolcharakter bezeichnet werden kann. Dieser Qualifikation folgt auch der Bericht.¹⁸⁷ Damit ist auch gesagt, dass das **EHB** als **Institution** ebenso wie die von ihm erbrachten **Dienstleistungen** grundsätzlich dem Sachbereich zuzuordnen sind, welcher vom Corporate-Governance-Bericht erfasst wird, und dass dessen Aussagen und Vorgaben somit vorliegend grundsätzlich relevant und heranzuziehen sind.

72. Nachfolgend sollen nun die in den Berichten formulierten **Erfordernisse in Bezug auf die rechtssatzmässige Abstützung** der verselbstständigten Einheiten übersichtsartig dargestellt werden (1.), bevor im Einzelnen auf ihre Implikationen für die vorliegend im Zentrum des Interesse stehende Frage nach der sachgerechten bzw. notwendigen Ausgestaltung der formell-gesetzlichen Grundlage für das EHB eingegangen wird (2.).

73. Dabei ist im Sinne einer Vorbemerkung anzumerken, dass die aus dem Corporate-Governance-Bericht hervorgehenden **Anforderungen in Bezug auf die erforderliche Normstufe möglicher Regelungen teilweise unklar** sind bzw. sein könnten: Während für bestimmte Belange ausdrücklich eine Regelung in einem formellen Gesetz gefordert wird,¹⁸⁸ ist anderenorts lediglich von einer Abstützung im Organisationserlass die Rede¹⁸⁹. Nach dem Wortlaut könnte damit auch eine rechtssatzmässige Regelung auf Verordnungsstufe mitumfasst sein, womit für die Anforderungen bezüglich Normstufe wenig gewonnen wäre. Aus den Formulierungen der Berichte ist jedoch zu schliessen, dass mit dem Begriff des Organisationserlasses jedenfalls im Grundsatz ein Erlass auf Gesetzesstufe gemeint sein dürfte, denn der Entscheid über den Organisationserlass wird als dem Zuständigkeitsbereich der Bundesversammlung zugehörig beschrieben;¹⁹⁰ auch dürfte der Bericht an anderer Stelle eine Gleichstellung von Organisationserlass und Gesetz vornehmen,¹⁹¹ und schliesslich werden Organisationserlasse und materielle Gesetze voneinander abgegrenzt.¹⁹² Somit ist wohl davon auszugehen, dass mit dem Begriff des Organisationserlasses nicht so sehr Regelungen auf Verordnungsstufe, sondern vielmehr die Unternehmensstatuten von ausgelagerten Einheiten in Privatrechtsform einbezogen werden sollten.

¹⁸⁷ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8299.

¹⁸⁸ So etwa bezüglich allfälliger Rechtssetzungsbefugnisse (13. Leitsatz), kommerzieller Nebenleistungen (15. Leitsatz), der Festlegung des Personalstatuts (Zusatzbericht Corporate-Governance, BBl 2009 2692), des anwendbaren Pensionskassenstatuts (Leitsatz) oder der allfälligen Anwendbarkeit privatrechtlicher Haftungsregeln (Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8273).

¹⁸⁹ So etwa im Hinblick auf die Rechtsgrundlage für das Controlling zu den strategischen Zielen des Bundesrates (22a. Leitsatz), die Finanzierung von Anstalten über Preise, Gebühren und Abgeltungen (26. Leitsatz) oder die Art des Pensionskassenstatuts (34. Leitsatz).

¹⁹⁰ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8291.

¹⁹¹ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8282.

¹⁹² Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8276.

1. Zu den Vorgaben des Corporate-Governance-Berichts und des Zusatzberichts

74. Gewissermassen als Prämisse für die Anforderungen an die gesetzliche Regelung gehen die bundesrätlichen Berichte wohl davon aus, dass die „**Eckdaten**“ der **verselbstständigten Einheiten** auf Ebene des formellen Gesetzes zu verankern sind. Dazu gehören namentlich die Fixierung des Aufgabenbereichs der Einheiten sowie ihre „kompetenz- und verantwortungsmässig[e]“ Abgrenzung vom Bund.¹⁹³ Damit dürfte die Frage gemeint sein, ob der Einheit Rechtspersönlichkeit zukommen soll, in welche rechtliche Form sie gegebenenfalls zu fassen ist, welche Zuständigkeiten ihr im Grundsatz zukommen und wie ihre Verantwortung sich von jener des Bundes abgrenzt (was sich jedenfalls teilweise bereits aus der Rechtsform ergeben dürfte). Wenn auch nicht ausdrücklich genannt, ist wohl auch die eng mit der Konturierung des Aufgabenbereichs im Zusammenhang stehende Zweckbeschreibung als eine der „Eckdaten“ der verselbstständigten Einheiten zu betrachten. Im Zusammenhang mit dem anwendbaren Pensionskassenstatut ist es überdies erforderlich, rechtlich – also üblicherweise im Gesetz – zu bestimmen, ob eine bestimmte Einheit als Teil der dezentralen Bundesverwaltung oder vielmehr als eine ausserhalb der Bundesverwaltung stehende Organisation oder Person des öffentlichen oder privaten Rechts, die durch die Bundesgesetzgebung mit Verwaltungsaufgaben betraut ist, zu qualifizieren ist.¹⁹⁴ Keine Erwähnung findet in den Berichten hingegen, soweit ersichtlich, die Regelung der organisatorischen Grobstruktur der verselbstständigten Einheiten, obgleich diese wohl ebenfalls deren „*essentialia*“ zuzurechnen sein dürfte. Generell lässt sich festhalten, dass es sich bei diesen Anforderungen einerseits um eine relativ grobe rechtliche Erfassung der Ausgestaltung und Tätigkeit und Organisation der verselbstständigten Einheit und andererseits um auf einen langfristigen Zeithorizont ausgerichtete Regelungen und somit um vergleichsweise unscharfe Steuerungselemente handelt.¹⁹⁵

75. Die **Delegation von Rechtssetzungskompetenzen** für generell-abstrakte Normen mit Aussenwirkung ist nach dem 13. Leitsatz des Berichts – in Anknüpfung an die verfassungsrechtlichen Vorgaben – lediglich gestützt auf eine gesetzliche Delegationsnorm zulässig und soll nur in Ausnahmefällen vorgesehen werden. Zudem soll ihre Tragweite auf fachtechnische Vorschriften von untergeordneter Bedeutung beschränkt werden.¹⁹⁶ Nicht vorzusehen sind solche Kompetenzen in Bereichen, die dem Wettbewerb zugäng-

¹⁹³ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8291 sowie 8276.

¹⁹⁴ Hiervon hängt ab, ob es sich um einen angeschlossenen Arbeitgeber nach PUBLICA-Gesetz handelt, der lediglich diesem Erlass untersteht oder vielmehr um eine dezentrale Verwaltungseinheit des Bundes, die darüber hinaus auch den Bestimmungen des Bundespersonalgesetzes (BPG) über die berufliche Vorsorge untersteht: Zusatzbericht Corporate-Governance, BBl 2009 2700, insb. Fn 144.

¹⁹⁵ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8276.

¹⁹⁶ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8275.

lich sind.¹⁹⁷ Diese allgemeinen Grundsätze sollen auch auf Einheiten zur Anwendung kommen, die Dienstleistungen mit Monopolcharakter erbringen.¹⁹⁸

76. Bezüglich der Erbringung von Dienstleistungen am Markt hält der Bericht fest, dass die Regelung der **Leistungen** der Grundversorgung auf Gesetzesebene zu erfolgen habe, da hier ein gewisser politischer Steuerungsbedarf bestehe.¹⁹⁹ Auf Verordnungsebene oder im Rahmen von Leistungsvereinbarungen könne dann eine Konkretisierung erfolgen. Wenn dies auch nicht ausdrücklich erwähnt wird, muss – soweit ersichtlich – für Leistungen mit Monopolcharakter in Bezug auf die Ausgestaltung der gesetzlichen Regelung wohl derselbe Standard zur Anwendung kommen, ist doch der politische Steuerungsbedarf in diesem Bereich mindestens ebenso hoch. Jedenfalls zum Teil dürfte sich diese Vorgabe bereits aus den Anforderungen an die gesetzliche Regelung der „Eckdaten“, namentlich der Aufgaben des in Frage stehenden Verwaltungsträgers, ergeben.²⁰⁰ Im Hinblick auf **kommerzielle Leistungen** der ausgegliederten Einheiten ist gemäss dem 15. Leitsatz generell eine gesetzliche Grundlage erforderlich. Überdies muss ein enger Bezug zur Hauptaufgabe vorliegen, diese darf nicht beeinträchtigt werden und die Leistungserbringung darf keine Wettbewerbsverzerrung entfalten und muss kostendeckend gestaltet sein.²⁰¹ Diese Vorgaben sollen unverändert auch für die Erbringer von Leistungen mit Monopolcharakter Geltung entfalten.²⁰²

77. Die **Steuerung** der verselbstständigten Einheiten soll gemäss dem Bericht massgeblich durch den Bundesrat im Rahmen sogenannter strategischer Ziele erfolgen. Diese sollen zum einen unternehmensbezogene Vorgaben und zum anderen aufgabenseitige Vorgaben beinhalten.²⁰³ Das Controlling dieser in den strategischen Zielen verankerten Vorgaben durch den Bundesrat soll gemäss 22a. Leitsatz im Organisationserlass der verselbstständigten Einheiten gesetzlich verankert werden.²⁰⁴ Nach ausdrücklichen Vorgaben des Berichts gesetzlich – bzw. im Organisationserlass – festzuhalten sind die Berichterstattung des Verwaltungs- oder Institutsrats über die Erreichung der strategischen Ziele, der Geschäftsbericht der Anstalt, der Bericht der externen Revisionsstelle, die Berichterstattung der Eidgenössischen Finanzkontrolle sowie allenfalls im Berichtsjahr durchgeführte Prüfungen.²⁰⁵ Neben diesen Grundlagen für die Kontrolle und dem eigentlichen Controlling, sollte folglich stimmigerweise auch die Grundlage der materiellen Standards der Kontrolle – namentlich der strategischen Ziele oder allfälliger Leistungsaufträge – auf Gesetzesebene fixiert werden.²⁰⁶ Die Normdichte der gesetzlichen

¹⁹⁷ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8275.

¹⁹⁸ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8284.

¹⁹⁹ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8264.

²⁰⁰ Dazu oben Rn. 74.

²⁰¹ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8275 f.

²⁰² Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8284.

²⁰³ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8277 f.

²⁰⁴ Zusatzbericht Corporate-Governance-Bericht, BBl 2009 2707.

²⁰⁵ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8279; vgl. dazu auch 18. – 22. Leitsatz.

²⁰⁶ Die Berichte beschränken sich soweit ersichtlich auf die Feststellung, dass diese Grundlagen der bundesrätlichen Steuerung in den „heutigen“ Organisationserlassen enthalten sind, ohne ihre gesetzliche Fixierung jedoch ausdrücklich vorzuschreiben: Zusatzbericht Corporate-

Regelung der Aufgabe hat zudem einen Einfluss auf die Intensität der aufgabenseitigen Steuerung durch den Bundesrat, die nach den Anforderungen des Berichts umso enger auszufallen hat, je grobmaschiger der gesetzliche Rahmen gestrickt ist (16. Leitsatz).²⁰⁷

78. Bezüglich **Finanzen und Steuern** statuiert der 26. Leitsatz die Vorgabe, die Finanzierung im Organisationserlass begrenzt auf einzelne Aufgabenbereiche zu regeln, um damit Transparenz über die Mittelflüsse zwischen der Einheit und dem Bund herzustellen und zu fixieren, ob bestimmte Aufgaben über Preise, Gebühren oder Abgeltungen finanziert werden. Dies soll die Kostenwahrheit verbessern und Mischrechnungen vermeiden.²⁰⁸ Ebenfalls im Organisationserlass – und damit vorliegend auf Gesetzesstufe – zu regeln sind die Anforderungen an zwingend notwendige Reserven.²⁰⁹ Dagegen soll die Verwendung eines allfälligen Gewinnes einer Anstalt nicht mehr gesetzlich determiniert werden, womit dem Bundesrat die Möglichkeit zugestanden wird, im Rahmen der Rechnungsgenehmigung über die Gewinnverwendung zu befinden (vgl. 27. Leitsatz).²¹⁰ Ebenfalls im Organisationserlass zu regeln ist die Steuerpflicht von Anstalten, wobei vorgesehen ist, die Anstalten für kommerzielle Leistungen wie Private der Steuerpflicht zu unterwerfen, um wettbewerbsverzerrende Wirkungen zu vermeiden. Zu diesem Zweck sollen die teilweise steuerpflichtigen Anstalten zur Führung einer Spartenrechnung verpflichtet werden.²¹¹

79. Nach dem 29. Leitsatz ist die Art des **Personalstatuts** im Organisationserlass festzulegen.²¹² Für Einheiten, die Dienstleistungen mit Monopolcharakter erbringen ist dabei ein öffentlich-rechtliches Personalstatut zur Anwendung zu bringen.²¹³ Dies dürfte in dieser Form auch inskünftig für das EHB gelten.²¹⁴ Eine allfällige Überprüfung der Angemessenheit des anwendbaren Statuts ist gemäss dem Bericht mit grossem Aufwand und möglichen Problemen verbunden und soll deshalb im Rahmen einer allfälligen Totalrevision des Organisationserlasses vorgenommen werden.²¹⁵ Diese Überprüfung wäre somit im Falle einer grundlegenden Überarbeitung der gesetzlichen Grundlagen des EHB vorzunehmen. Überdies können dem Bundesrat über entsprechende Bestimmungen im Organisationsgesetz personalpolitische Einflussmöglichkeiten eingeräumt werden.²¹⁶ Nicht geregelt werden müssen gemäss dem Zusatzbericht spezielle Aspekte des Verfahrens- oder Disziplinarrechts, da hierfür auf die Vorschriften des

Governance, BBl 2009 2707; vorgesehen wird die gesetzliche Fixierung indes immerhin, soweit strategische Ziele für den Verwaltungs- oder Institutsrat als umfassend verbindlich erklärt werden sollen: Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8278.

²⁰⁷ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8278.

²⁰⁸ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8282.

²⁰⁹ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8282 (Fn. 60).

²¹⁰ Zum Ganzen Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8282 f.

²¹¹ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8282.

²¹² Zusatzbericht Corporate-Governance, BBl 2009 2692.

²¹³ Zusatzbericht Corporate-Governance, BBl 2009 2690.

²¹⁴ Vgl. hierzu den Beschrieb des aktuellen Regelungsstandes in Zusatzbericht Corporate-Governance, BBl 2009 2684.

²¹⁵ Zusatzbericht Corporate-Governance, BBl 2009 2691.

²¹⁶ Zusatzbericht Corporate-Governance, BBl 2009 2692 f.

Bundespersonalgesetzes oder des Obligationenrechts (vorliegend wohl ersteres) zurückgegriffen werden kann.²¹⁷ Den verselbstständigten Verwaltungseinheiten mit öffentlich-rechtlichem Personalstatut steht nach dem BPG die Möglichkeit zu, personalrechtliche Ausführungsbestimmungen zumindest zu Entlohnung und den vorgesehenen Nebenleistungen zu machen, die vom Bundesrat zu genehmigen sind (30. Leitsatz).²¹⁸ Sollte nun für das EHB inskünftig ein privatrechtliches Personalstatut gewählt werden, so wäre die Anwendung der Kaderlohngesetzgebung auf den Verwaltungs- oder Institutsrat, die Direktion und im Organisationserlass vorzusehen (31. Leitsatz).²¹⁹

80. Im Hinblick auf die **Pensionskasse** sieht der Zusatzbericht eine Pflicht zur gesetzlichen Verankerung des Pensionskassenstatuts vor (34. Leitsatz).²²⁰ Für Arbeitgeber, die Dienstleistungen mit Monopolcharakter erbringen, ist demnach ein öffentlich-rechtliches Pensionskassenstatut mit Anschluss an die PUBLICA vorzusehen. Hierzu ist ein Anschlussvertrag erforderlich, der vom Bundesrat zu genehmigen ist.²²¹ Das EHB ist als Arbeitgeber nach Art. 32b Abs. 2 BPG²²² zum Anschluss an die PUBLICA verpflichtet.²²³ Die Kompetenz zum Abschluss des Anschlussvertrages für das Vorsorgewerk des Eidgenössischen Hochschulinstituts für Berufsbildung kommt dem EHB-Rat zu²²⁴ und wurde am 15. November 2007 abgeschlossen.²²⁵ Würde allfällig zukünftig einmal ein Übergang in ein privatrechtliches Pensionskassenstatut in Erwägung gezogen, so müssten entsprechende übergangsrechtliche Bestimmungen bezüglich der Mitnahme von Rentenbeziehungen – bzw. des ausnahmsweisen Verbleibs im Vorsorgewerk Bund – im Organisationserlass explizit vorgesehen werden.²²⁶

81. Die **Haftung** der verselbstständigten Einheiten für amtliches Handeln richtet sich im Grundsatz nach dem Staatshaftungsrecht des Bundes, also insbesondere dem Verantwortlichkeitsgesetz²²⁷, das die Vorgaben von Art. 146 BV umsetzt.²²⁸ Handeln die Träger hingegen, etwa im Rahmen der Leistungs- und Bedarfsverwaltung, gewerblich,

²¹⁷ Zusatzbericht Corporate-Governance, BBl 2009 2693 (Fn. 97).

²¹⁸ Zusatzbericht Corporate-Governance, BBl 2009 2693 ff.

²¹⁹ Zusatzbericht Corporate-Governance, BBl 2009 2693 u. 2695.

²²⁰ Zusatzbericht Corporate-Governance, BBl 2009 2704.

²²¹ Art. 32c Abs. 3 BPG.

²²² Art. 32b BPG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 lit. e BPG i.V.m. Art. 2 Abs. 3 RVOG i.V.m. Anhang 1 RVOV.

²²³ Art. 4 Abs. 1 Bundesgesetz über die Pensionskasse des Bundes (PUBLICA-Gesetz; SR 172.222.1).

²²⁴ Art. 11c Abs. 1 lit. g EHB-Verordnung.

²²⁵ BBl 2008 6003; Genehmigung durch den Bundesrat am 7. Dezember 2007; Inkrafttreten am 1. Juli 2008; Änderungen des damit verbundenen Vorsorgereglements vom 20. November 2007 (VR-EHB) am 28. Juni 2011, am 13. März 2012 und am 12. September 2013 (vgl. AS 2012 885; AS 2013 1011 sowie AS 2014 3455).

²²⁶ Zusatzbericht Corporate-Governance, BBl 2009 2703; vgl. auch Art. 32f BPG sowie 35. Leitsatz.

²²⁷ Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten vom 14. März 1958 (VG; SR 170.32).

²²⁸ Vgl. hierzu statt vieler TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 596 ff.

so gelangt grundsätzlich das zivilrechtliche Haftungsregime zur Anwendung.²²⁹ Soll nun für verselbstständigte Einheiten auch für amtliches Handeln das privatrechtliche Haftungsregime zur Anwendung kommen, so setzt dies eine entsprechende Vorschrift im Organisationsgesetz voraus.²³⁰ Denkbar ist es, auch in anderen Fällen eine spezialgesetzliche und ausdrückliche Regelung der Haftung vorzusehen, wie dies etwa im Falle der FINMA erfolgt ist.²³¹

82. Nur am Rande beleuchten die Berichte die vorliegend relevante und überdies auch generell interessante Frage des Verhältnisses zwischen **Facherlass und Organisationserlass** bzw. der „Allokation“ der Bestimmungen zwischen diesen beiden Erlasskategorien. Grundsätzlich spielt dieser Punkt wohl insbesondere bei der Regelung von Dienstleistungen am Markt eine gewichtige Rolle, wo im Facherlass idealtypisch die Marktregelungen und im Organisationserlass die trägerbezogenen Regelungen verankert werden, wobei die Trennung das Bestreben signalisiert, Wettbewerbsverzerrungen, namentlich zu Gunsten, allenfalls aber auch zu Ungunsten, des staatlichen Trägers zu vermeiden. In diese Richtung deutet etwa die Vorgabe, eine allfällige Verhandlungspflicht zum Abschluss eines GAV im Facherlass statt im Organisationserlass zu statuieren (33. Leitsatz).²³² Ist der relevante Akteur als privatrechtliche Aktiengesellschaft organisiert und fehlt somit ein Organisationserlass, so hat dies zur Konsequenz, dass gewisse Belange, die eigentlich eher trägerspezifisch sind, sich aber nicht in den Statuten regeln lassen, im Facherlass geregelt werden müssen.²³³ Für den vorliegenden Sachbereich sind den Corporate-Governance-Berichten in dieser Hinsicht kaum schlüssige Vorgaben zu entnehmen. Immerhin scheint der Bundesrat hierbei jedoch davon auszugehen, dass für die verselbstständigten Einheiten jeweils (separate) Organisationserlasse geschaffen werden.²³⁴ In der Zuteilung von Vorschriften zum Organisationserlass bzw. zum Facherlass sollte dann wiederum das Kriterium der Träger- bzw. der Sachbezogenheit ausschlaggebend sein.

83. Schliesslich sind den Corporate-Governance-Berichten teilweise auch Vorgaben sozusagen in Bezug auf die **Obergrenze formell-gesetzlicher Regulierung** zu entnehmen, indem gewisse Belange ausdrücklich dem Bundesrat und damit üblicherweise der Verordnungsebene zur Regelung überlassen werden sollen. So soll der Bundesrat namentlich die strategischen Ziele für die verselbstständigten Einheiten formulieren und

²²⁹ Vgl. den Verweis in Art. 11 Abs. 1 VG sowie Art. 61 Abs. 2 OR; vgl. statt vieler wiederum TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 600.

²³⁰ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8273; vgl. etwa Art. 18 Abs. 2 Bundesgesetz über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes (TUG; SR 784.11).

²³¹ Art. 19 Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMAG; SR 956.1).

²³² Zusatzbericht Corporate-Governance, BBl 2009 2694.

²³³ So zum Beispiel die bundesrätliche Genehmigung des Gebührenerlasses bzw. der Tarife für Einheiten mit Dienstleistungen am Markt: Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8287 (Fn. 65).

²³⁴ So jedenfalls die Begriffsverwendung im Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8246, 8276, 8278 f., 8282 f., 8285 ff., 8291 f. und 8297 f. sowie im Zusatzbericht Corporate-Governance, BBl 2009 2661 f., 2692, 2695, 2701 ff., 2707 und 2717.

verabschieden (17. Leitsatz).²³⁵ Überdies soll dem Bundesrat im Rahmen der Rechnungslegung ausdrücklich die Entscheidung über die Verwendung von Anstaltsgewinnen zukommen,²³⁶ er soll Vorschriften zur Rechnungslegung erlassen (25. Leitsatz),²³⁷ und es soll ihm die Befugnis zur Genehmigung für die personalrechtlichen Ausführungsbestimmungen von Instituts- oder Verwaltungsrat²³⁸ sowie der Anschlussverträge an die PUBLICA zukommen.²³⁹ Als weitere Obergrenze formell-gesetzlicher Regulierung, in diesem Fall jedoch gegenüber dem Instituts- und Verwaltungsrat, nimmt der Zusatzbericht den eben erwähnten Erlass von unternehmensspezifischen Ausführungsbestimmungen von verselbstständigten Einheiten mit öffentlich-rechtlichem Personalstatut (Art. 37 BPG) auf, für welche zudem ein Mindestinhalt (Entlöhnungen und Nebenleistungen) vorgesehen wird (30. Leitsatz).²⁴⁰ Damit definieren die Berichte Sachbereiche, die – namentlich im Interesse flexibler und autonomer Regelungen – gerade nicht durch den Gesetzgeber determiniert werden sollen.

2. Zu den Implikationen in Bezug auf das EHB

84. Der Überblick über die vom Bundesrat formulierten **Vorgaben der Corporate-Governance Politik** zeigte – soweit das Verhältnis zu den sich bereits aus der Verfassung zu entnehmenden Anforderungen betroffen ist – insbesondere dreierlei auf:

- Erstens **decken** sich die in den einschlägigen Berichten formulierten Anforderungen an die gesetzliche Abstützung verselbstständigter Einheiten des Bundes über weite Strecken mit denjenigen des **Legalitätsprinzips** der Bundesverfassung bzw. sind bereits aus diesen abzuleiten. Dies ist insofern wenig überraschend, als die Erfordernisse des verfassungsrechtlichen Rahmens in die Erarbeitung der Corporate-Governance Politik einfließen mussten, müssen sich die auf dieser Grundlage zu erarbeitenden gesetzlichen Regelungen doch im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben bewegen.
- Zweitens ist umgekehrt zu konstatieren, dass gewisse Anforderungen des Legalitätsprinzips der Bundesverfassung in der Corporate-Governance Politik des Bundesrates und im Mustererlass der Eidgenössischen Finanzverwaltung und des Bundesamtes für Justiz **nicht aufscheinen**. Dies ist namentlich der Fall für die gesetzlichen Grundlagen zur Einschränkung der Grundrechte der Anstaltsbenutzerinnen und -benutzer, etwa betreffend die Regelung des Zugangs oder der Diszip-

²³⁵ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8276 ff.; dem Parlament steht allenfalls eine Einflussmöglichkeit im Rahmen der Schwerpunktsetzung der Verwendung beschlossener Kredite zu, wie sie nun nach Art. 25 Abs. 3 ParlG möglich ist.

²³⁶ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8282.

²³⁷ Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8282.

²³⁸ Art. 37 Abs. 3^{bis} BPG; Zusatzbericht Corporate-Governance, BBl 2009 2693 f.; vgl. dazu oben Rn. 79.

²³⁹ Art. 32c Abs. 3 BPG; Zusatzbericht Corporate-Governance, BBl 2009 2697 f.; vgl. dazu oben Rn. 80.

²⁴⁰ Zusatzbericht Corporate-Governance, BBl 2009 2690, 2692 ff.

liniarmassnahmen oder für datenschutzrechtliche Grundlagen im formellen Gesetz. Soweit ersichtlich ebenfalls keine ausdrückliche Erwähnung finden die Anforderungen an die organisatorische Grobstruktur der verselbstständigten Einheiten, die gemäss Art. 164 Abs. 1 lit. g BV eine formell-gesetzliche Regelung voraussetzen.²⁴¹

- Drittens schliesslich gehen die Anforderungen der Corporate-Governance Politik in einzelnen Punkten aber auch **über jene der Bundesverfassung hinaus**.

85. Von Interesse sind in erster Linie die zuletzt genannten Aspekte, auf die nachfolgend eingegangen werden soll, unter Verzicht auf eine Wiederholung der sowieso zu beachtenden verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen, um auf diese Weise diejenigen Gesichtspunkte zu beleuchten, aus denen sich möglicherweise (in Bezug auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben) **zusätzliche Anforderungen an die gesetzliche Abstützung des EHB** ergeben können.

Vorgängig ist hierzu indes erneut darauf hinzuweisen, dass die Vorgaben der Corporate-Governance Politik nicht immer in jeglicher Hinsicht klar definiert und trennscharf abgegrenzt werden können, so dass auch in Bezug auf die Kontrastierung mit den Erfordernissen der Bundesverfassung **gewisse Unschärfen** bestehen. Dies ist für die vorliegende Untersuchung wenig problematisch, geht es doch nicht in erster Linie darum zu bestimmen, aufgrund welcher Standards sich eine formell-gesetzliche Abstützung aufdrängt, sondern vielmehr was diesen Anforderungen in etwa zu entnehmen ist.

86. Solche zusätzlichen Anforderungen an die gesetzliche Verankerung des EHB sind der Corporate-Governance Politik im Wesentlichen in Bezug auf folgende Punkte zu entnehmen:

- Jedenfalls in ihrem Detaillierungsgrad über die Anforderungen der Bundesverfassung hinausgehend sind die Erfordernisse der Corporate Governance-Berichte bezüglich der gesetzlichen Abstützung von **kommerziellen Leistungen** und die materiellen Voraussetzungen an ihre Erbringung.²⁴²

Demnach wären allfällige kommerzielle Leistungen des EHB ausdrücklich und als solche im formellen Gesetz zu regeln und müssten einen engen Bezug zu den Hauptaufgaben des Instituts aufweisen, also gemäss Art. 48 Abs. 2 BBG namentlich zur Bildung und Weiterbildung von Berufsbildungsverantwortlichen sowie zur Durchführung von Forschung, Studien, Pilotversuchen und Dienstleistungen im Bereich der Berufsbildung und der berufsorientierten Weiterbildung. Überdies dürfte die Erfüllung dieser Hauptaufgaben durch die Erbringung der kommerziellen Leistungen nicht beeinträchtigt werden, und es muss gewährleistet sein, dass keine Wettbewerbsverzerrungen resultieren und die Leistungen kostendeckend abgegolten werden. Diesen Anforderungen dürfte die bestehende gesetzliche Abstützung nach Art. 48a BBG jedenfalls im Grundsatz bereits weitgehend genügen.

- In Bezug auf die **Steuerung** des EHB ergibt sich aus der Corporate-Governance Politik des Bundesrates, dass eine umfassende Abstützung von Berichtswesen, Zielen und Controlling in einem formellen Gesetz erfolgen müsste.

So müssten erstens die Grundlagen für die Berichterstattung des Verwaltungs- oder Institutsrates über die Erreichung der strategischen Ziele, des Geschäftsberichts der Anstalt, des Berichts der ex-

²⁴¹ Vgl. dazu Rn. 52 ff., 62 ff.

²⁴² Siehe dazu oben Rn. 76.

ternen Revisionsstelle, der Berichterstattung der Eidgenössischen Finanzkontrolle sowie der im Berichtsjahr allenfalls durchgeführten Prüfungen gesetzlich verankert werden. Zweitens wäre auch das Controlling der in den strategischen Zielen enthaltenen Vorgaben durch den Bundesrat ausdrücklich gesetzlich abzustützen. Schliesslich wäre auch die Grundlage für den Erlass der strategischen Ziele oder allfälliger Leistungsvereinbarungen jedenfalls dann im formellen Gesetz zu fixieren, wenn die entsprechenden Ziele gegenüber dem Verwaltungs- und Institutsrat als umfassend verbindlich erklärt werden sollen.²⁴³

- Im Hinblick auf **Finanzen und Steuern** ist den Corporate-Governance-Berichten zu entnehmen, dass gesetzlich detailliert festgeschrieben werden soll, ob bestimmte Aufgaben über Preise, Gebühren oder Abgeltungen finanziert werden. Ausdrücklich nicht (mehr) gesetzlich geregelt werden muss hingegen die Verwendung eines allfälligen Gewinnes, soll doch der Bundesrat im Rahmen der Rechnungsgenehmigung hierüber befinden.²⁴⁴ Die Pflicht zur Regelung allfälliger Ausnahmen von der Steuerpflicht ergibt sich wie gesagt teilweise bereits aus Art. 127 Abs. 1 BV;²⁴⁵ darüber hinaus ist gemäss der Corporate-Governance Politik jedoch auch ausdrücklich die Steuerpflicht für kommerzielle Leistungen gesetzlich zu verankern. Entsprechende Vorschriften bezüglich Finanzen und Steuern sind demzufolge zur Einhaltung der Corporate-Governance Leitsätze auch im Hinblick auf das EHB im Gesetz vorzusehen.
- Dem Zusatzbericht zum Corporate-Governance-Bericht ist überdies die Vorgabe zu entnehmen, die Art des **Personalstatuts** ausdrücklich zu verankern, was auch für das EHB vorzusehen wäre. Bezüglich der Vorschriften des Verfahrens- und Disziplinarrechts kann hingegen auf die Vorschriften im Bundespersonalgesetz abgestellt werden, so dass sich eine separate Regelung erübrigt.²⁴⁶ Ebenso müsste das für die EHB wohl zur Anwendung kommende öffentlich-rechtliche **Pensionskassenstatut** mit Anschluss an die PUBLICA im Organisationserlass eine ausdrückliche Abstützung finden.²⁴⁷

Nach den Anforderungen der Corporate-Governance-Berichte wohl nicht unbedingt erforderlich ist hingegen eine ausdrückliche Verankerung von Vorschriften zur **Haftung**, womit das allgemeine Haftungsregime für amtliches bzw. für gewerbliches Handeln zur Anwendung gelangt, jedenfalls solange keine triftigen Gründe ersichtlich sind, von diesen Regeln abzuweichen.²⁴⁸

²⁴³ Vgl. zum Ganzen oben Rn. 77.

²⁴⁴ Siehe dazu Rn. 78.

²⁴⁵ Dazu oben Rn. 49 ff.

²⁴⁶ Siehe oben Rn. 79.

²⁴⁷ Vgl. oben Rn. 80.

²⁴⁸ So geschehen bei der Ausgestaltung der Gesetzesgrundlage für die FINMA: Vgl. zum Ganzen oben Rn. 81.

III. Mustererlass für Anstalten mit Dienstleistungen mit Monopolcharakter

87. Wie bereits eingangs ausgeführt, haben die Corporate-Governance-Berichte des Bundesrates eine Operationalisierung und Konkretisierung in der Form des sogenannten Mustererlasses für „Anstalten mit Dienstleistungen mit Monopolcharakter“ gefunden. Im Folgenden soll nun kurz auf die **Struktur** und die **wesentlichen Inhalte** des Mustererlasses eingegangen werden, um damit dessen Anforderungen an die gesetzliche Abstützung verselbstständigter Einheiten zu umreissen (1.) und die Grundlage für die nachfolgende (2.) Skizzierung der (möglichen) Implikationen des Mustererlasses für das EHB zu legen.

Dabei kann es indes nicht um eine detaillierte Darstellung sämtlicher Bestimmungen des Mustererlasses gehen, sind die Formulierungsvorschläge doch oftmals ohnehin selbsterklärend. Von der Herangehensweise ist der Mustererlass wohl gewissermassen als *à la carte*-Modell zu betrachten, wobei jeweils jene Musterbestimmungen zu übernehmen sind, welche auf die gegebene Sachlage passen bzw. im fraglichen Regelungskontext Sinn ergeben. Zudem ist der Erlass lediglich ein Regelungsvorschlag, dessen Inhalte nach dem Grundsatz „*comply or explain*“ zwar nicht unbedingt wortgenau, aber soweit sachgerecht übernommen werden sollen.²⁴⁹ Zur Erleichterung der Umsetzung ist bzw. war zudem geplant, einen zusätzlichen Kommentar mit Anwendungshinweisen und ergänzenden Informationen zu erarbeiten.²⁵⁰

1. Überblick

88. Der Mustererlass umfasst 31 Bestimmungen und gliedert sich in acht Abschnitte:

- Im ersten Abschnitt „**Anstalt und Ziele**“ der zentralen Eingangsbestimmung ist demnach die Bezeichnung der Anstalt, die eigenständige Organisation, das Führen einer eignen Rechnung, die Führung nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen, die Festlegung von Bezeichnung und Sitz sowie die Eintragung ins Handelsregister geregelt. Sodann sind die vom Bund mit der Anstalt verfolgten Ziele im Einzelnen zu nennen (Art. 2).
- Im nachfolgenden zweiten Abschnitt „**Aufgaben und Zusammenarbeit**“ soll eine genaue Umschreibung der Aufgaben erfolgen, wobei eine Klausel für die Überantwortung weiterer Aufgaben durch den Bundesrat vorgesehen ist (Art. 3). Anschliessend ist die Zusammenarbeit und die allfällige Gründung von bzw. Beteiligung an Rechtsträgern zu regeln (Art. 4).
- Im dritten Abschnitt „**Organisation**“ sind unter der Marginalie Organe der Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung sowie die Revisionsstelle zu nennen (Art. 5); auch sollen Zusammensetzung, Wahl und Organisation (Art. 6) und Aufgaben des Verwaltungsrates (Art. 7) im Detail geregelt werden, anschliessend die Geschäftsleitung einschliesslich ihrer Aufgaben (Art. 8) sowie die Revisionsstelle (Art. 9).

²⁴⁹ Vorversion Mustererlass für Anstalten, 1.

²⁵⁰ Vorversion Mustererlass für Anstalten, 1.

- Im vierten Abschnitt „**Personal**“ soll unter der Marginalie Anstellungsverhältnisse das Personalstatut, die Eigenschaft der Anstalt als Arbeitgeberin sowie das Erfordernis einer bundesrätlichen Genehmigung für die Personalverordnung statuiert (Art. 10) und schliesslich das Pensionskassenstatut fixiert werden (Art. 11).
- Im fünften Abschnitt „**Finanzierung und Finanzhaushalt**“ sollen zunächst die Finanzierungsquellen der Anstalt genannt werden (Gebühren, Bundesabgeltungen oder/und Drittmittel) (Art. 12), anschliessend unter der Marginalie Gebühren ausgeführt werden, für welche Aufgaben und Verfahren Gebühren erhoben werden, und es ist zudem zu umschreiben, welche Parameter der Verwaltungsrat in der Gebührenverordnung zu fixieren hat (Höhe, Erhebung, Haftung bei mehreren Gebührenpflichtigen, Verjährung der Gebührenforderungen). Sodann ist die Bindung an das Äquivalenz- und das Kostendeckungsprinzip sowie die Ausnahmemöglichkeit von der Gebührenerhebung zu erwähnen (Art. 13). Überdies sind die Abgeltungen des Bundes zu umschreiben (Art. 14), und es ist eine Grundlage zur Erhebung von Drittmitteln unter Spezifizierung dessen, was als Drittmittel zu gelten hat, vorzusehen (Art. 15). Im Bereich der Kontrolle sind der Geschäftsbericht (Art. 16), die Rechnungslegung – einschliesslich der Möglichkeit ergänzender oder abweichender Regelungen durch den Bundesrat – (Art. 17), eine allfällige Kompetenzgrundlage zur Verpflichtung zur Einrichtung einer Mindestreserve durch den Bundesrat (Art. 18) und eine Vorschrift zur Tresorie (Art. 19) gesetzlich zu verankern. Bezüglich Steuern soll jeweils eine Steuerbefreiung für nicht-gewerbliche Leistungen vorgesehen werden, wobei die Bestimmungen zur Mehrwertsteuer, zur Verrechnungssteuer und allenfalls zu den Stempelabgaben vorbehalten bleiben. Für gewerbliche Leistungen sollen die Gewinne hingegen der Steuerpflicht unterworfen werden (Art. 20). Sodann sind die Überlassung, der Unterhalt, die Abgeltung sowie die Miete/Nutzniessung von Liegenschaften zu regeln (Art. 21).
- Im sechsten Abschnitt „**Wahrung der Bundesinteressen**“ ist eine Grundlage zu den vom Bundesrat festzulegenden strategischen Zielen (Art. 22) sowie eine Regelung der Aufsicht über die Anstalt (Art. 23) vorzusehen.
- Bezüglich gewerblicher Leistungen sollen nach den im siebten **Abschnitt „Gewerbliche Leistungen“** enthaltenen Musterbestimmungen die Voraussetzungen für die Erbringung gewerblicher Leistungen genannt, ein beispielhafter Katalog möglicher Leistungen aufgeführt, die Anforderung kostendeckender Preise genannt und der Grundsatz der „gleich langen Spiesse“ im Verhältnis zu privaten Anbieterinnen und Anbieter statuiert werden (Art. 24).
- In den **Schlussbestimmungen** des achten Abschnittes schliesslich sind die Errichtung der Anstalt (Art. 25), der Übergang der Arbeitsverhältnisse (Art. 26), die zuständige Arbeitgeberin für Rentenbezügerinnen und Rentenbezüger (Art. 27), allfällige weitere Übergangsbestimmungen wie Registereintragungen (Art. 28), die Aufhebung (Art. 29) bzw. Änderung (Art. 30) anderer Erlasse sowie das Referendum und das Inkrafttreten zu regeln.

89. Überblickt man nun die Regelungsvorschläge des Mustererlasses, so zeigt sich, dass die Vorschriften sowohl im Umfang der erfassten Regelungsgegenstände als auch in der Formulierung der vorgeschlagenen Regelungen wohl einerseits über das aufgrund des **Legalitätsprinzips** der Bundesverfassung geforderte Mass, andererseits aber wohl jedenfalls teilweise auch über das in den **Corporate-Governance-Berichten** ausdrücklich geforderte **Regelungsmass hinausgehen**.

Im Hinblick auf das Legalitätsprinzip der Verfassung stellt sich beispielsweise die Frage, ob eine ausdrückliche Charakterisierung der einzelnen Finanzierungsquellen oder die umfassende Regelung des Berichtswesens auf Gesetzesstufe zwingend erforderlich ist. Über die ausdrücklichen Anforderungen der Corporate-Governance Politik hinausgehen dürften etwa die detaillierten Aufgaben- und Kompetenzbeschriebe der Organe, die Regelung der Tresorie und der Liegenschaften oder die detaillierte Regelung der Aufsicht.

90. Auf der anderen Seite nimmt der Mustererlass teilweise bereits **andernorts fixierte rechtliche Anforderungen** erneut auf und wiederholt sie, so etwa die Anwendbarkeit des Äquivalenz- und Kostendeckungsprinzips bei der Gebührenerhebung (Art. 13 Abs. 3), die Genehmigungspflicht der Personalverordnung durch den Bundesrat (Art. 23 Abs. 2 lit. c Ziff. 2; vgl. auch Art. 10 Abs. 3; Art. 7 lit. e) oder die Genehmigung des Anschlussvertrages mit PUBLICIA durch den Bundesrat (Art. 23 Abs. 2 lit. c Ziff. 2).

91. Der Umstand, dass sich nicht alle im Mustererlass aufgeführten Bestimmungen aus den Vorgaben der Verfassung und der Corporate-Governance Politik des Bundesrates ableiten lassen, ändert nichts daran, dass der Mustererlass jedenfalls als Operationalisierung der Corporate-Governance Anforderungen ein **hilfreiches Instrument** im Hinblick auf die Erarbeitung künftiger entsprechender Gesetze darstellt, zumal es im Interesse eines stimmigen Regelungsgefüges durchaus sinnvoll sein kann, Ergänzungen vorzusehen und die Regelungsgesamtheit somit stimmig abzurunden.

Entsprechend ermöglicht eine enge Anlehnung an die Regelungsbeispiele des Erlasses eine zuverlässige Umsetzung der Corporate-Governance-Politik des Bundesrates. Zudem birgt dies den Vorteil, dass die gesetzlichen Grundlagen der verschiedenen Anstalten mit Dienstleistungen mit Monopolcharakter vergleichbar ausgestaltet werden und Abweichungen von diesem Regelungsstandard der Ausgliederung unmittelbar ersichtlich werden.

2. Bedeutung für die gesetzliche Verankerung des EHB

92. Der **operationelle Charakter** der Beispielvorschriften im Mustererlass bringt es mit sich, dass sie sich grundsätzlich einfach auf den Regelungsgegenstand EHB anwenden lassen, so dass sich vorliegend weiterreichende Ausführungen zur Konkretisierung erübrigen dürften. Anzumerken bleibt immerhin, dass die Musterbestimmungen selbstredend nicht einfach unbesehen übernommen werden können, sondern vielmehr den **spezifischen sachlichen Anforderungen des EHB** anzupassen sind.

93. Im Sinne eines summarischen **Überblicks** sollen nachfolgend dennoch einige Aspekte für die aufgrund des Mustererlasses bestehenden und – jedenfalls teilweise über

die generellen Anforderungen der Corporate-Governance-Berichte hinausgehenden – Regelungsstandards genannt werden:

- Für die **Grundlagenbestimmung** (Art. 1 Mustererlass) kann soweit ersichtlich wortgetreu auf den bestehenden Art. 2 EHB-Verordnung zurückgegriffen werden. Ergänzend wären im Einzelnen die Ziele des Instituts zu nennen (Art. 2 Mustererlass), während für die Charakterisierung der Aufgaben und der Zusammenarbeit weitgehend auf die bestehenden Art. 3 und 4 EHB-Verordnung abgestellt werden kann.
- Die **Organstruktur** des Instituts müsste, soweit einheitliche Bezeichnungen erwünscht sind, an die Begrifflichkeiten des Mustererlasses (Verwaltungsrat, Geschäftsleitung und Revisionsstelle) angepasst werden, wobei sich ansonsten im Vergleich zum bestehenden Art. 10 EHB-Verordnung keine Änderungen aufdrängen dürften. Die detaillierte Regelung von Zusammensetzung, Wahl, Organisation und der Aufgaben des Verwaltungsrates (Art. 6 und 7 Mustererlass) findet sich bezüglich des EHB-Rates im geltenden Recht auf Verordnungsstufe (Art. 11 – 11c EHB-Verordnung) und wäre ebenfalls auf Gesetzesrang zu heben. Gleiches gilt für die Grundlage der Geschäftsleitung und ihre Aufgaben (Art. 8 Mustererlass; Hochschulleitung unter geltendem Recht: Art. 12 und 12a EHB-Verordnung) sowie die Revisionsstelle (Art. 9 Mustererlass; Art. 13 EHB-Verordnung).
- Sodann wären auch das **Personal- und das Pensionskassenstatut** gesetzlich abzustützen, jeweils unter Verweis auf das anwendbare Bundesrecht (Art. 10 und 11 Mustererlass).
- In Bezug auf die **Finanzen** und das **Berichtswesen** müssten zur Einhaltung der Standards des Mustererlasses die Finanzierungsquellen ausdrücklich genannt werden (Art. 12 Mustererlass), und sie wären insbesondere im Hinblick auf die Gebühren (Art. 13 Mustererlass), aber auch bezüglich der Abgeltungen des Bundes (Art. 14) und der Drittmittel (Art. 15), im Einzelnen zu spezifizieren, wobei hierzu inhaltlich weitgehend auf die bestehenden Regelungen von Art. 29, Art. 32 und Art. 33 EHB-Verordnung zurückgegriffen werden kann. Ebenso wären zum Finanz- und Berichtswesen sowie zu den Immobilien entsprechende Bestimmungen vorzusehen, namentlich zu Geschäftsbericht und Rechnungslegung sowie zu Reserven, Tresorie, Steuern und Liegenschaften, wobei hierbei mit Art. 26, Art. 31, Art. 32, Art. 30 und Art. 33a EHB-Verordnung mögliche Vorläuferbestimmungen bestehen; zusätzlich vorzusehen wäre eine Bestimmung zur Steuerpflicht.
- Die Grundlage für den Erlass **strategischer Ziele** durch den Bundesrat sowie für die bundesrätliche Aufsicht (vgl. Art. 22, 23 des Mustererlasses) könnte ebenfalls in inhaltlicher Anlehnung an die EHB-Verordnung (Art. 24 und 25) erfolgen.
- Die Regelung der **gewerblichen Leistungen** (Art. 24 Mustererlass) auf Gesetzesstufe ist heute bereits in Art. 48a BBG verankert.
- Schliesslich wären auch die notwendigen gesetzlichen **Schlussbestimmungen** vorzusehen.

IV. Fazit

94. Ausgangspunkt der Beantwortung der Frage, ob die derzeitige gesetzliche Grundlage des EHB als ausreichend angesehen werden kann, ist die Feststellung, dass sich der **Anwendungsbereich** des Legalitätsprinzips und damit des **Vorbehalts des Gesetzes** auf **sämtliche Bereiche des Staatshandelns** erstreckt, also auch auf die im Tätigkeitsbereich des EHB überwiegend einschlägige Leistungsverwaltung.²⁵¹

Allerdings gelangen die Erfordernisse des Legalitätsprinzips teilweise in unterschiedlicher Intensität zur Anwendung. So werden etwa – hier von Relevanz – die Anforderungen an die Regelungsdichte im Bereich der Leistungsverwaltung gemindert. Eine Herabsetzung an die Erfordernisse der gesetzlichen Abstützung ergibt sich überdies auch in Bezug auf besondere Rechtsverhältnisse, zu denen vorliegend sowohl die Verwaltungsbeziehungen zwischen Anstalt und Angestellten als auch zwischen Anstalt und Benutzerinnen und Benutzern zu zählen sein dürften.²⁵²

Damit ist festzuhalten, dass das EHB jedenfalls einer **formell-gesetzlichen Grundlage** bedarf.

95. Damit ist im vorliegenden Zusammenhang die **genaue Tragweite des Vorbehalts des Gesetzes** in Bezug auf die für das **EHB geforderte gesetzliche Grundlage** entscheidend. Ausgehend von der Analyse der verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Tragweite des Vorbehalts des Gesetzes im Allgemeinen und die geforderte Ausgestaltung der gesetzlichen Grundlage des EHB im Besonderen können die u.E. wesentlichen diesbezüglichen verfassungsrechtlichen Vorgaben für die **Ausgestaltung dieser formell-gesetzlichen Grundlage** wie folgt zusammengefasst werden:

- Da nach der hier vertretenen Ansicht davon auszugehen ist, dass die Übertragung gewisser Aufgaben auf das EHB von Art. 178 Abs. 3 BV erfasst wird, sind schon auf dieser Grundlage im Gesetz **Aufgaben, Organisation, und Zuständigkeiten** der Anstalt zu umreißen. Diese Anforderung wird in Art. 164 Abs. 1 S. 2 lit. e und g BV ebenfalls aufgegriffen, wobei sich nach allgemeiner Meinung aus dieser Bestimmung gar präzisere Vorgaben in Bezug auf die geforderte inhaltliche Tragweite des Gesetzes ableiten lassen.

So dürfte es in Bezug auf die **Organisation** der Anstalt unter anderem erforderlich sein, Bezeichnung, Rechtsnatur und Sitz der Anstalt im Gesetz zu regeln. Ebenfalls den Grundzügen der Organisation zuzurechnen ist wohl der Anstaltszweck sowie die Beschreibung der Aufgaben der Anstalt. Überdies ist auch eine gesetzliche Festschreibung der Grobstruktur der Organisation, also der Organe der Anstalt und ihres Zusammenwirkens, im Gesetz zu verankern.

In Bezug auf die **Verfahren** sind etwa die grundlegenden Entscheidungsprozesse innerhalb der Anstalt, die Ernennungsmodalitäten für die Ämter oder der Ablauf der Zusammenarbeit mit anderen Verwaltungseinheiten formell-gesetzlich zu regeln.

Soweit die **Aufgaben und Leistungen** des EHB betroffen sind, sind diese in den Grundzügen im Gesetz zu umschreiben, wobei sich der geforderte Detaillierungsgrad je nach Art der Aufgabe unterscheiden kann und hier insbesondere die Bedeutung der Leistungen für die Einzelnen und für die Gesellschaft insgesamt zu berücksichtigen ist.

²⁵¹ Vgl. etwa BGE 131 II 562 E. 3.1 oder BGE 131 I 13 E. 6.3 sowie oben Rn. xy.

²⁵² Vgl. zum Ganzen oben Rn. 26 ff.

- Die Voraussetzungen der **Zulassung** zu den Leistungen des EHB, die allfällige Möglichkeit eines Ausschlusses von diesen sowie das Disziplinarrecht sind in ihren Grundzügen in einem Gesetz im formellen Sinn zu verankern.

Dies ergibt sich insbesondere aus Art. 36 BV (aber auch aus Art. 164 Abs. 1 lit. b BV), weisen diese Aspekte doch eine gewisse Grundrechtsrelevanz auf, so dass es jedenfalls nicht ausgeschlossen ist, dass es sich hier um schwerwiegende Eingriffe im Sinn des Art. 36 Abs. 1 S. 2 BV handeln kann.

- Soweit **besonders schützenswerte Personendaten** oder Persönlichkeitsprofile bearbeitet werden, ist dies in einer formell-gesetzlichen Grundlage in den Grundzügen vorzusehen.
- Auf der Grundlage des Art. 127 Abs. 1 BV sowie des Art. 164 Abs. 1 lit. d BV sind im Falle der Erhebung von **Abgaben** die hier entscheidenden grundsätzlichen Parameter (Kreis der Abgabepflichtigen, Gegenstand der Abgabe, relevante Ausnahmen, Grundsätze der Bemessung) formell-gesetzlich zu regeln, wobei im Falle der Einhaltung des Kostendeckungs- und/oder Äquivalenzprinzips in Bezug auf die Normdichte gewisse Abstriche in Betracht gezogen werden können. Weiter sind allfällige **Ausnahmen von der Steuerpflicht** in einem Gesetz im formellen Sinn vorzusehen.
- Auch sind die Rechte und Pflichten des **Personals** in einem formellen Gesetz zu verankern, wie sich aus Art. 164 Abs. 1 lit. c BV ergibt, wobei aber eine Verweisungsnorm auf die Vorschriften des Bundespersonalgesetzes ausreichend sein dürfte.
- Soweit dem EHB die Kompetenz zum Erlass generell-abstrakter Bestimmungen mit Aussenwirkung eingeräumt wird, sind die Anforderungen des Art. 164 Abs. 2 BV zu beachten. Die **Delegationsnorm** wäre in ausdrücklicher Form auf Gesetzesebene zu verankern, müsste sich auf ein bestimmtes Gebiet beschränken, dürfte jedenfalls nicht die Grundzüge von Sachbereichen berühren, die dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt von Art. 164 Abs. 1 BV oder einem besonderen Gesetzesvorbehalt unterstehen und schliesslich wären die Grundzüge der zu delegierenden Inhalte in der Delegationsnorm festzuschreiben.

96. Die **Vorgaben der Corporate-Governance Politik** des Bundesrates – so wie sie in den einschlägigen Berichten sowie im Mustererlass formuliert sind – greifen zunächst zahlreiche – wenn auch nicht alle – der erwähnten verfassungsrechtlichen Anforderungen auf und konkretisieren bzw. operationalisieren sie teilweise. Sie enthalten aber auch einige Gesichtspunkte, die in Bezug auf den geforderten Inhalt der formell-gesetzlichen Grundlage über den verfassungsrechtlich geforderten Mindeststandard hinausgehen, so etwa in Bezug auf die Regelung der kommerziellen Leistungen oder die strategische Steuerung des Instituts.

97. Setzt man nun diese Anforderungen des Legalitätsprinzips einerseits und der Corporate-Governance Politik andererseits in Bezug zur bestehenden formell-gesetzlichen Grundlage des EHB in Art. 48 und 48a BBG (die freilich durch die materiell-

rechtlichen Bestimmungen in der EHB-Verordnung, dem EHB-Studienreglement, der EHB-Personalverordnung sowie dem EHB-Gebührenreglement ergänzt werden), so lässt sich die (zwingende) **Schlussfolgerung** ziehen, dass die gesetzliche Abstützung des EHB in der heutigen Form weder den Anforderungen des Legalitätsprinzips der Verfassung noch jenen der Corporate-Governance Politik des Bundesrates und des Mustererlasses zu genügen vermag. Im Lichte des Legalitätsprinzips der Verfassung ungenügend ist insbesondere die gesetzliche Abstützung der Grundstruktur der Organisation, der grundlegenden Verfahren, der Zulassung zum Institut, die gesetzliche Abstützung allfälliger Disziplinar massnahmen und der Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten, die Grundlagen für die Abgabenerhebung, die Verankerung der Rechte und Pflichten des Personals sowie die gesetzliche Delegationsgrundlage zur Rechtssetzung.

98. Dementsprechend drängt sich eine **Ergänzung der formell-gesetzlichen Grundlagen** des EHB auf bzw. ist verfassungsrechtlich geboten. Hierfür sind grundsätzlich zwei Herangehensweisen denkbar:

- Zunächst liesse sich eine (umfassende) Ergänzung des bestehenden **Berufsbildungsgesetzes** ins Auge fassen, um demzufolge im **Facherlass** eine tragfähige gesetzliche Grundlage für das EHB zu schaffen. Ein aktuelles vergleichbares Beispiel für ein solches Vorgehen findet sich mit der geplanten Schaffung einer umfassenden gesetzlichen Grundlage für die (Eisenbahn-) Trassenvergabestelle als Bundesanstalt im Facherlass (Eisenbahngesetz)²⁵³ oder beispielsweise auch bei der Eidgenössischen Hochschule für Sport (Sportförderungsgesetz)²⁵⁴ oder der Eidgenössischen Revisionsaufsichtsbehörde, deren organisationsrechtliche Grundlage sich im Revisionsaufsichtsgesetz findet, welche generell die Zulassung und die Beaufsichtigung von Personen, die Revisionsdienstleistungen erbringen, regelt.²⁵⁵
- Andererseits könnte die Schaffung eines spezifischen **Organisationsgesetzes** für das EHB anvisiert werden. Dieses Vorgehen würde es erlauben, auf die bestehenden gesetzlichen Grundlagen im Berufsbildungsgesetz zu verzichten und damit eine Differenzierung und Trennung zwischen dem Facherlass und einem künftigen Organisationserlass zu etablieren. Gemäss einem analogen Ansatz sind etwa das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung (SIR) oder das Eidgenössische Institut für Metrologie (METAS) jeweils in einem separaten Bundesgesetz verankert.²⁵⁶

²⁵³ Eisenbahngesetz vom 20. Dezember 1957 (EBG; SR 742.101).

²⁵⁴ Bundesgesetz über die Förderung von Sport und Bewegung vom 17. Juni 2011 (SpoFöG; SR 415.0).

²⁵⁵ Art. 1 Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 16. Dezember 2005 (RAG; SR 221.302).

²⁵⁶ Bundesgesetz über das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung (SR 425.1) bzw. Bundesgesetz über das Eidgenössische Institut für Metrologie (SR 941.27).

Bei der Entscheidung zwischen diesen beiden Vorgehensweisen handelt es sich letztlich um einen Ausdruck **gesetzgeberischer Präferenzen**, zu der dem verfassungsrechtlichen Rahmen keine spezifischen Vorgaben zu entnehmen sind.

Im Sinne einer verständlichen, transparenten und klaren Gesetzgebung ist es jedenfalls wünschenswert, die Strukturierung der Erlasse auf ein stimmiges und kohärentes Konzept abzustützen, was sich letztlich auch in einer allfälligen Aufteilung der Bestimmungen zwischen Fach- und Organisationserlass, bzw. in der Strukturierung der Bestimmungen des Berufsbildungsgesetzes widerspiegeln sollte. Zudem – und im vorliegenden Kontext im Hinblick auf die Bestrebungen der Corporate-Governance Politik von Bedeutung – scheint es angezeigt, auch in der Normstrukturierung für eine gewisse Vergleichbarkeit zu sorgen, so dass es sich anbieten dürfte, für vergleichbare verselbstständigte Einheiten des Bundes jeweils auch eine analoge Strukturierung der Erlasse anzustreben.

99. Im Hinblick auf die allfällige Schaffung eines separaten Organisationserlasses stellt sich die Frage nach dessen **verfassungsrechtlicher Grundlage**. Denkbar ist dabei eine Abstützung auf die Bundeszuständigkeiten im Bereich der Berufsbildung (Art. 63 Abs. 1 BV), auf die Bundeskompetenz zur Errichtung, Übernahme und zum Betrieb von Hochschulen und anderen Hochschulinstitutionen durch den Bund (Art. 63a Abs. 1 BV) oder auf die Befugnis des Bundes, Forschungsstätten zu errichten, zu übernehmen oder zu betreiben (Art. 64 Abs. 3 BV).

Interessant ist in diesem Zusammenhang auch die verfassungsrechtliche Abstützung vergleichbarer Erlasse: So basiert beispielsweise das ETH-Gesetz²⁵⁷ auf Art. 63a Abs. 1 und Art. 64 Abs. 3 BV, das Bundesgesetz über das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung²⁵⁸ auf Art. 27^{sexies} aBV, also auf die Vorgängerbestimmung zu Art. 64 Abs. 3 BV, das Sportförderungsgesetz, welches die gesetzliche Grundlage für die Eidgenössische Hochschule für Sport beinhaltet, auf Art. 68 BV, der neben der generellen Regelung der Bundeszuständigkeiten im Sportbereich auch eine ausdrückliche Vorgabe zum Betrieb einer Sportschule durch den Bund umfasst (Art. 68 Abs. 2 BV), und das Bundesgesetz über das Eidgenössische Institut für Metrologie²⁵⁹ auf Art. 125 BV, der Bundeskompetenz im Bereich des Messwesens.

Vorliegend ist zunächst zwischen dem inhaltlichen und dem institutionellen Bezug des Hochschulinstituts abzuwägen: Während der inhaltliche Bezug zum Tätigkeitsbereich des Instituts eher für eine Abstützung auf die Kompetenzen im Bereich der Berufsbildung spricht, dürfte die institutionelle Situierung eher für eine Abstützung auf die Zuständigkeiten im Hochschulbereich oder im Forschungsbereich sprechen.²⁶⁰ Für die Entscheidung zwischen den beiden letztgenannten Kompetenzen wiederum ist insbesondere der Schwerpunkt der Aktivitäten des Instituts massgeblich. Erwägenswert ist überdies auch eine doppelte (oder allenfalls gar mehrfache) Abstützung eines allfälligen Trägergesetzes. Im Vordergrund steht dabei insbesondere eine Zugrundelegung der in sachlicher Hinsicht einschlägigen Bundeskompetenz im Bereich der Berufsbildung (Art. 63 Abs. 1 BV) sowie der institutionell wohl überwiegend relevanten Zuständigkeit zur Führung von Hochschulinstitutionen (Art. 63a Abs. 1 BV).

²⁵⁷ Bundesgesetz über die Eidgenössischen Technischen Hochschulen (SR 414.110).

²⁵⁸ SR 425.1.

²⁵⁹ EIMG; SR 941.27.

²⁶⁰ Insofern besteht auch ein sachlicher Zusammenhang zur Frage der Situierung des Hochschulinstituts im Rahmen der schweizerischen Hochschullandschaft, dazu unten Rn. 101 ff.

100. An diese Feststellung schliesst sich die Frage nach dem zu empfehlenden weiteren Vorgehen an, dies auch unter Berücksichtigung der **zeitlichen Komponente**: In Anbetracht der doch massgeblichen Abweichungen der geltenden Rechtslage von den Anforderungen des Legalitätsprinzips der Bundesverfassung ist es unbedingt angezeigt, eine Ergänzung der gesetzlichen Grundlagen des EHB in näherer Zukunft vorzunehmen, so dass insofern durchaus eine **gewisse zeitliche Dringlichkeit** besteht. Allerdings ist nuancierend immerhin anzumerken, dass sich erstens zwischen den geltenden Regelungen des EHB und dem verfassungsrechtlichen Rahmen **keine eigentlichen inhaltlichen Widersprüche** zeigen. Zweitens ist zu konstatieren, dass die überwiegende Mehrzahl der erforderlichen rechtlichen Bestimmungen bereits unter geltendem Recht existieren und somit zwar den verfassungsrechtlichen Anforderungen in Bezug auf die erforderliche Normstufe nicht Genüge getan ist, wohl aber jenen in Bezug auf die **rechtssatzmässige Regelung und die Normdichte**. Drittens besteht das EHB bereits seit vielen Jahren auf der derzeitigen gesetzlichen Grundlage, eine Situation, die dem Parlament bekannt sein musste. Vor diesem Hintergrund erscheint es vertretbar, vor dem Erlass einer formell-gesetzlichen Grundlage zunächst die Konzeptionierung und Ausgestaltung des künftigen Eidgenössischen Hochschulinstituts für Berufsbildung und dessen Situierung in der schweizerischen Hochschullandschaft zu klären, um dem Hochschulinstitut in einem zweiten Schritt ein diesen faktischen Erfordernissen angepasstes, mit den Vorgaben der Bundesverfassung und der Corporate-Governance Politik konformes und wohlgedachtes Regelungskonzept in einem formellen Gesetz zu Grunde zu legen.

§ 4 Anforderungen an die Einbettung in die Hochschullandschaft Schweiz: zur Akkreditierungspflicht des EHB

101. Nach Art. 28 Abs. 2 HFKG ist die **institutionelle Akkreditierung** der in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallenden Einrichtungen Voraussetzung für das Bezeichnungsrecht, die Gewährung von Bundesbeiträgen sowie die Programmakkreditierung. In Bezug auf das EHB stellt sich vor diesem Hintergrund die Frage, ob das Hochschulinstitut – unter Zugrundelegung seiner heutigen Bezeichnung, seiner Tätigkeiten sowie seiner Finanzierung – nach dieser Bestimmung einer Akkreditierungspflicht unterliegt, eine Problematik, der nachfolgend (II.) auf der Grundlage eines Überblicks über den Akkreditierungsmechanismus des HFKG (I.) im Einzelnen nachgegangen werden soll, bevor auf dieser Grundlage ein kurzes Fazit formuliert wird (III.).

I. Zum Akkreditierungsmechanismus nach dem HFKG²⁶¹

1. Akkreditierungspflicht

102. Die **Qualitätssicherung** stellt gleichzeitig eines der Ziele und eines der Grundprinzipien des Hochschulraumes Schweiz dar.²⁶² Sie obliegt in erster Linie den einzelnen Institutionen des Hochschulbereichs (Art. 27 HFKG). Behördenseitig wird sie insbesondere durch das Instrument der Akkreditierung umgesetzt (Art. 28 HFKG). Dieses Zusammenspiel ist mit der Verankerung des Begriffs „Anerkennung“ bereits in der Verfassung angelegt (Art. 63a Abs. 5 BV) und ist mit der Verwendung des Begriffspaares „Qualitätssicherung und Akkreditierung“ auch im Zweckartikel des HFKG (Art. 1 Abs. 2 lit. b HFKG) zum Ausdruck gekommen.

103. Dabei stehen zwei Akkreditierungsinstrumente zur Verfügung: die für Hochschulen und andere Institutionen des Hochschulbereichs in bestimmten Konstellationen bzw. unter bestimmten Voraussetzungen obligatorische **institutionelle Akkreditierung** und die freiwillige **Programmakkreditierung** für Studienprogramme der Hochschulen. Die Programmakkreditierung steht lediglich Hochschulen und Institutionen des Hochschulbereichs offen, die bereits über eine institutionelle Akkreditierung verfügen. Sie beschränkt sich inhaltlich auf die Prüfung der Erfüllung hoher Qualitätsstandards und weist somit einen wesentlich weniger umfassenden Charakter auf als die institutionelle Akkreditierung.²⁶³ Im vorliegenden Kontext jedoch interessiert insbesondere die institutionelle Akkreditierung, die Gewähr dafür bieten soll, dass die Qualitätssicherungssysteme der Hochschulen oder Institutionen des Hochschulbereichs so ausgestaltet sind,

²⁶¹ Die nachfolgenden Ausführungen greifen teilweise auf EPINEY/KERN, Stellung, 29 ff., zurück; s. ansonsten zu den Vorgaben des HFKG im Bereich der Qualitätssicherung und der institutionellen Akkreditierung EPINEY, FS Stoffel, 408 ff.

²⁶² Vgl. dazu oben Rn. 12.

²⁶³ Zum Ganzen Botschaft HFKG, BBl 2009 4611; HFKG-Begleitbericht, 19.

dass Lehre, Forschung und Dienstleistungen den Anforderungen des schweizerischen Hochschulsystems entsprechen.²⁶⁴ Gegenstand der institutionellen Akkreditierung sind somit hauptsächlich systemische Anforderungen sowie Prozessanforderungen der Hochschulinstitutionen.²⁶⁵ Diese institutionelle Akkreditierung muss gemäss den Übergangsbestimmungen zum HFKG spätestens acht Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes, also bis zum 1. Januar 2022, zu erfolgen (Art. 75 Abs. 1 HFKG).

104. Der subjektive Anwendungsbereich der institutionellen **Akkreditierungspflicht** lässt sich ausgehend von zwei Fragen bestimmen: Die in Frage stehenden Institution muss erstens akkreditierungsfähig sein und sich zweitens auf die Wirkungen der Akkreditierung berufen (wollen):

- Im Sinne der institutionellen Akkreditierung als **akkreditierungsfähig** bezeichnet das HFKG „Hochschulen und andere Institutionen des Hochschulbereichs“ (Art. 28 Abs. 1 lit. a HFKG). Damit deckt sich die Akkreditierungsfähigkeit im Grundsatz mit dem subjektiven Anwendungsbereich des Gesetzes, das für die „Hochschulen und die anderen Institutionen des Hochschulbereichs von Bund und Kantonen“ Geltung entfaltet (Art. 2 Abs. 1 HFKG).²⁶⁶ Was als **Hochschule** im Sinn des Gesetzes zu gelten hat, ist der Legaldefinition von Art. 2 Abs. 2 HFKG zu entnehmen, wonach als Hochschulen zum einen „die universitären Hochschulen: die kantonalen Universitäten und die Eidgenössischen Technischen Hochschulen (ETH)“ und zum anderen „die Fachhochschulen und die pädagogischen Hochschulen“ bezeichnet werden. Mit diesen Definitionen soll das Gesetz gemäss den Materialien die bestehende Hochschullandschaft abbilden, ohne eine Typendefinition vorzunehmen, welche der Plenarversammlung der Schweizerischen Hochschulkonferenz überlassen bleiben sollte.²⁶⁷ Gleichzeitig soll die Nennung der verschiedenen Hochschulen dem Differenzierungsgebot Rechnung tragen.²⁶⁸ Bezüglich der **anderen Institutionen des Hochschulbereichs** findet sich im Gesetz keine Legaldefinition. Die Begriffsverwendung im HFKG deutet darauf hin, dass es sich hierbei um eine ergänzende Kategorie handelt. Aus der Definition der Voraussetzungen für die Beitragsberechtigung gemäss HFKG, wonach Bundesbeiträge für andere Institutionen bedingen, dass sie „nicht zweckmässig in eine bestehende Hochschule eingegliedert werden können“ (Art. 45 Abs. 2 lit. c HFKG), lässt sich schliessen, dass es sich hierbei üblicherweise um in ihrer Lehr-, Forschungs- und Dienstleistungstätigkeit auf bestimmte Sachbereiche beschränkte Institutionen handeln dürfte.²⁶⁹ Selbiges lässt sich auch aus dem Umstand schlies-

²⁶⁴ Vgl. ebenfalls Botschaft HFKG, BBl 2009 4611.

²⁶⁵ HFKG-Begleitbericht, 19; ausführlich zu den diesbezüglichen gesetzlichen Vorgaben EPINEY, FS Stoffel, 408 ff.

²⁶⁶ Wobei bestimmte Vorgaben des HFKG auch für private und/oder ausländische Hochschulen oder Institutionen des Hochschulbereichs gelten. Vgl. hier umfassend EPINEY/KERN, Stellung, insbes. 29 ff.

²⁶⁷ Botschaft HFKG, BBl 2009 4601 u. 4631.

²⁶⁸ Vgl. dazu oben Rn. 14; Botschaft HFKG, BBl 2009 4601.

²⁶⁹ Das Universitätsförderungsgesetz spricht von Institutionen, die „Aufgaben der universitären Aus- und Weiterbildung sowie der Forschung“ erfüllen und deren „Eingliederung in eine be-

sen, dass lediglich für die institutionelle Akkreditierung von universitären Hochschulen und Fachhochschulen, nicht aber von anderen Institutionen des Hochschulbereichs, gefordert wird, dass sie Lehre, Forschung und Dienstleistungen in mehreren Disziplinen oder Fachbereichen anbieten (Art. 30 Abs. 1 lit. b HFKG). Übereinstimmende Schlüsse bezüglich beschränkter fachlicher Breite lässt auch die Aufzählung der Beispiele solcher Institutionen in der bestehenden Hochschullandschaft in den Materialien vermuten.²⁷⁰ Jedenfalls setzt die Zuordnung zur Kategorie der anderen Institutionen des Hochschulbereichs voraus, dass eine bestimmte Institution erstens nicht als Hochschule im Sinne von Art. 2 Abs. 2 HFKG zu qualifizieren ist (Negativkriterium) und zweitens im Hochschulbereich, also im sog. Tertiär-A-Bereich, angesiedelt ist (Positivkriterium). Letzteres bedingt, dass es sich um eine Institution – also eine Organisationseinheit von einer gewissen Dauerhaftigkeit – handelt, die Lehre und Forschung betreibt, Dienstleistungen anbietet und akademische Grade verleiht.²⁷¹

Nicht in den Hochschulbereich im Sinne des HFKG fallen hingegen Ausbildungsstätten der höheren Berufsbildung (sog. Tertiär-B-Bereich).²⁷² Die Regelung des Tertiär-B-Bereichs erfolgt vielmehr gestützt auf Art. 63 BV, namentlich im Rahmen des Berufsbildungsgesetzes.²⁷³ Die Regelungen des HFKG berühren diesen Bereich inhaltlich nur am Rande, beispielsweise mit dem Regelungsziel, Wettbewerbsverzerrungen bei Dienstleistungen und Angeboten im Weiterbildungsbereich zwischen den Institutionen des Hochschulbereichs und Anbietern der höheren Berufsbildung zu vermeiden (Art. 3 lit. i HFKG), oder bei der Kompetenz des Hochschulrates, Rahmenvorschriften für die Weiterbildung zu erlassen (Art. 12 Abs. 3 lit. a Ziff. 4 HFKG).

- Die zweite Voraussetzung für das Vorliegen einer Akkreditierungspflicht für eine bestimmte Institution besteht darin, dass sie sich auf die möglichen **Wirkungen** der institutionellen Akkreditierung, namentlich das Bezeichnungsrecht, die Gewährung von Bundesbeiträgen oder die Programmakkreditierung (Art. 28 Abs. 2 HFKG), beruft oder künftig berufen möchte.²⁷⁴

2. Voraussetzungen für die Akkreditierung

105. Die **institutionelle Akkreditierung** setzt zunächst voraus, dass die betreffende Hochschule über ein **Qualitätssicherungssystem** verfügt, das unter anderem sicherstellt, dass die erbrachten Leistungen von hoher Qualität sind und das Personal entsprechend qualifiziert ist, Zugang und Studiengestaltung den Anforderungen des Gesetzes entsprechen, eine leistungsfähige Hochschulorganisation und -leitung vorhanden ist, den Hochschulangehörigen Mitwirkungsrechte zustehen und die Chancengleichheit gefördert wird (Art. 30 Abs. 1 lit. a HFKG). Überdies müssen die universitären Hoch-

stehende Universität nicht zweckmässig“ ist: Art. 11 Abs. 2 Bundesgesetz über die Förderung der Universitäten und über die Zusammenarbeit im Hochschulbereich (UFG).

²⁷⁰

BB1 2009 4571.

²⁷¹

Botschaft HFKG, BB1 2009 4588.

²⁷²

Botschaft HFKG, BB1 2009 4602.

²⁷³

Botschaft HFKG, BB1 2009 4602.

²⁷⁴

Vgl. dazu noch sogleich unten Rn. 108, 110 ff.

schulen und Fachhochschulen Lehre, Forschung und Dienstleistungen in mehreren Disziplinen anbieten und somit eine gewisse **fachliche Breite** aufweisen (Art. 30 Abs. 1 lit. b HFKG), und schliesslich haben sämtliche Institutionen und ihre Träger Gewähr dafür zu bieten, dass sie **auf Dauer betrieben** werden können (Art. 30 Abs. 1 lit. c HFKG). Diese Erfordernisse erhalten insbesondere in Art. 4 und 6 Akkreditierungsrichtlinien HFKG eine weitergehende Konkretisierung.²⁷⁵

106. Die **Programmakkreditierung** setzt neben der institutionellen Akkreditierung der entsprechenden Hochschulinstitution (Art. 28 Abs. 2 lit. c HFKG und Art. 5 Abs. 1 lit. a Akkreditierungsrichtlinien HFKG) voraus, dass die Hochschulinstitution Gewähr für eine Lehre von hoher Qualität bietet (Art. 31 lit. b HFKG) und sicherstellt, dass das Studienprogramm auch tatsächlich abgeschlossen werden kann (Art. 31 lit. b HFKG).

3. Verfahren und Wirkungen der Akkreditierung

107. Das **Akkreditierungsverfahren** für die institutionelle Akkreditierung wird durch Einreichung eines begründeten Gesuches der Hochschulinstitution beim Akkreditierungsrat in Gang gesetzt, der über das Eintreten entscheidet und die Unterlagen im Falle eines positiven Entscheides zur Prüfung an die Schweizerische Akkreditierungsagentur oder eine vom Akkreditierungsrat anerkannte in- oder ausländische Agentur weiterleitet.²⁷⁶ Für die Programmakkreditierung reicht die Hochschulinstitution ein begründetes Gesuch direkt bei der Akkreditierungsagentur ein.²⁷⁷ Gestützt auf eine Selbstbeurteilung und eine externe Begutachtung formuliert die Akkreditierungsagentur anschliessend einen Antrag auf Akkreditierung an den Akkreditierungsrat, zu welchem die Hochschulinstitution Stellung nehmen kann, bevor er dem Akkreditierungsrat zur Entscheidung unterbreitet wird.²⁷⁸ Der Akkreditierungsrat entscheidet darauf abschliessend über die institutionellen Akkreditierungen und Programmakkreditierungen.²⁷⁹ Die Akkreditierung gilt sieben Jahre ab Akkreditierungsentscheid.²⁸⁰

Die Verfahrenskosten werden vom Schweizerischem Akkreditierungsrat und der Schweizerischen Akkreditierungsagentur über kostendeckende Gebühren finanziert, wozu der Akkreditierungsrat ein Gebührenreglement erlässt, das vom Hochschulrat zu genehmigen ist (Art. 35 HFKG sowie Art. 2 Abs. 2 lit. d Ziff. 1 ZSAV-HS).²⁸¹

²⁷⁵ Vgl. hierzu im Einzelnen auch die einschlägigen Qualitätsstandards gemäss Art. 22 i.V.m. Anhang 1 Akkreditierungsrichtlinien HFKG. S. auch (unter Betonung der letztlich sehr fokussierten gesetzlichen Vorgaben und teilweise skeptisch in Bezug auf eine zu detaillierte Ausgestaltung der Akkreditierungsrichtlinien) EPINEY, FS Stoffel, 408 ff.

²⁷⁶ Art. 33 HFKG und Art. 10 Abs. 1 Akkreditierungsrichtlinien HFKG.

²⁷⁷ Art. 10 Abs. 1 Akkreditierungsrichtlinien HFKG.

²⁷⁸ Art. 14 Akkreditierungsrichtlinien HFKG.

²⁷⁹ Art. 21 Abs. 3 i.V.m. Art. 33 und Art. 65 Abs. 2 HFKG; Art. 15 Akkreditierungsrichtlinien HFKG.

²⁸⁰ Art. 34 HFKG i.V.m. Art. 19 Akkreditierungsrichtlinien HFKG.

²⁸¹ Ergangen in der Form des Gebührenreglements des Schweizerischen Akkreditierungsrates (GebReg-SAR) vom 12. März 2015.

108. Die **möglichen Wirkungen** der institutionellen Akkreditierung von Hochschulen oder anderen Institutionen des Hochschulbereichs sind dreierlei:

- Zunächst verleiht die institutionelle Akkreditierung einer Hochschule oder einer anderen Institution des Hochschulbereichs das sogenannte **Bezeichnungsrecht**, also das Recht zur Führung der Bezeichnungen „Universität“, „Fachhochschule“, „Pädagogische Hochschule“ oder von hiervon abgeleiteten Bezeichnungen wie „universitäres Institut“ oder „Fachhochschulinstitut“, sei es in einer Landessprache oder in einer anderen Sprache (Art. 28 Abs. 2 lit. a, Art. 29 und Art. 62 HFKG sowie Art. 8 Abs. 2 Akkreditierungsrichtlinien HFKG).²⁸²
- Sodann stellt die institutionelle Akkreditierung sowohl für Hochschulen als auch für andere Institutionen des Hochschulbereichs eine notwendige (aber nicht hinreichende) Bedingung für die Erlangung von **Bundesbeiträgen** dar (Art. 28 Abs. 2 lit. b sowie Art. 45 Abs. 1 lit. a bzw. Art. 45 Abs. 2 lit. a HFKG).²⁸³
- Schliesslich ist die institutionelle Akkreditierung – wie bereits erwähnt – auch eine Voraussetzung, um Programme, welche die entsprechenden Hochschulinstitutionen durchführen, im Rahmen der **Programmakkreditierung** anerkennen zu lassen (Art. 28 Abs. 2 lit. c HFKG sowie Art. 5 Abs. 1 lit. a Akkreditierungsrichtlinien HFKG).

II. Anwendung auf das EHB

109. Die Frage, ob das EHB entsprechend den erörterten Vorgaben des HFKG einer Akkreditierungspflicht unterliegt, ist nachfolgend (2.) auf der Grundlage einer Skizzierung von Aufgaben und Tätigkeiten des EHB (1.) – so wie sie sich derzeit nach den zur Verfügung stehenden gesetzlichen Grundlagen und Unterlagen gestalten – zu beantworten.

1. Aufgaben und Tätigkeiten des EHB

110. Das **Eidgenössische Hochschulbildungsinstitut** ist das Kompetenzzentrum des Bundes für Lehre und Forschung in den Bereichen der Berufspädagogik, der Berufsbildung und der Berufsentwicklung.²⁸⁴ Zu diesem Zweck hat es nach den Vorgaben des Berufsbildungsgesetzes einerseits die Bildung und Weiterbildung von Berufsbildungsverantwortlichen und insbesondere von Lehrkräften zur Aufgabe, soweit diese Kompe-

²⁸² Vgl. zum Bezeichnungsrecht etwa auch HFKG-Begleitbericht, 19.

²⁸³ Für die weiteren Voraussetzungen für die Anerkennung der Beitragsberichtigung durch den Bund vgl. Art. 45 Abs. 1 lit. b und c sowie Art. 45 Abs. 3 HFKG (Hochschulen) bzw. Art. 45 Abs. 2 lit. b – d und Art. 45 Abs. 3 HFKG (andere Institutionen des Hochschulbereichs) sowie die Bestimmungen gemäss der geplanten Totalrevision der Verordnung zum HFKG: Art. 3 ff. Entwurf V-HFKG.

²⁸⁴ Art. 3 Abs. 1 EHB-Verordnung.

tenz nicht den Kantonen zukommt, und es ist andererseits damit betraut, Forschung, Studien, Pilotversuche und Dienstleistungen im Bereich der Berufsbildung und der berufsorientierten Weiterbildung zu betreiben.²⁸⁵

111. Im Bereich **Bildung** bietet das Institut namentlich **Diplomstudiengänge** für Studierende mit Hochschulabschluss oder mit Abschluss der höheren Berufsbildung an, welche 1800 Arbeits- bzw. Lernstunden umfassen und damit nach den Bologna-Richtlinien FH und PH²⁸⁶ 60 Kreditpunkten entsprechen.²⁸⁷ Im Rahmen der Diplomstudiengänge für Lehrpersonen für den berufskundlichen Unterricht an Berufsfachschulen sowie des Diplomstudiengangs für den allgemeinbildenden Unterricht bzw. des Diplomstudiengangs Berufskundlicher Unterricht an höheren Fachschulen werden die Titel „dipl. Berufsfachschullehrer/in“ bzw. „dipl. Lehrer/in der Höheren Fachschule“ vergeben.²⁸⁸ Überdies beinhaltet das Studienangebot des Instituts einen **Masterstudiengang** für Studierende mit Hochschulabschluss, der nach den Bologna-Richtlinien UH²⁸⁹ 90 – 120 Kreditpunkte umfasst und zur Führung des Titels „Master of Science in Berufsbildung“ berechtigt.²⁹⁰ Zudem bietet das EHB eine Reihe von Zertifikatstudiengängen an.²⁹¹ Im Bereich der Weiterbildung werden Weiterbildungslehrgänge mit Weiterbildungszertifikat (CAS), Weiterbildungsdiplom (DAS) oder Weiterbildungsmasterdiplom (MAS)²⁹² sowie eine breite Palette weiterer Weiterbildungslehrgänge (etwa solche, die zum Zertifikat des Schweizerischen Verbandes für Weiterbildung oder zum Eidgenössischen Fachausweis Ausbilderin/Ausbilder führen)²⁹³, Weiterbildungsmodule und Kurse angeboten.²⁹⁴

112. Die **Zulassung** zu den Diplom- und Zertifikatstudiengängen setzt die Erfüllung der Qualifikationsanforderungen nach der Berufsbildungsverordnung und der Verordnung des WBF über Mindestvorschriften für die Anerkennung von Bildungsgängen und

²⁸⁵ Art. 48 Abs. 2 BBG.

²⁸⁶ Richtlinien des Hochschulrates vom 28. Mai 2015 für die Umsetzung der Erklärung von Bologna an den Fachhochschulen und den pädagogischen Hochschulen (SR 414.205.4).

²⁸⁷ Art. 6 EHB-Verordnung; Art. 1 lit. b, c und e EHB-Studienreglement; Art. 46 Abs. 2 lit. b sowie Art. 46 Abs. 3 lit. a und c Verordnung über die Berufsbildung (Berufsbildungsverordnung; BBV; SR 412.101); Art. 12 Abs. 1 lit. b Verordnung des WBF über Mindestvorschriften für die Anerkennung von Bildungsgängen und Nachdiplomstudien der höheren Fachschulen (MiVo-HF; SR 412.101.61).

²⁸⁸ Art. 6 Abs. 2 lit. a und b EHB-Verordnung sowie Art. 4 Abs. 1 lit. a und b EHB-Studienreglement.

²⁸⁹ Richtlinien des Hochschulrates vom 28. Mai 2015 für die koordinierte Erneuerung der Lehre an den universitären Hochschulen der Schweiz im Rahmen des Bologna-Prozesses (414.205.1).

²⁹⁰ Art. 7 Abs. 2 EHB-Verordnung; Art. 1 lit. f und Art. 4 Abs. 1 lit. c EHB-Studienreglement.

²⁹¹ Art. 1 lit. a – e EHB-Studienreglement i.V.m. Art. 45 lit. c bzw. Art. 46 Abs. 2 lit. b bzw. Art. 46 Abs. 3 lit. b BBV.

²⁹² Art. 2 lit. a EHB-Studienreglement.

²⁹³ Art. 2 lit. c EHB-Studienreglement.

²⁹⁴ Art. 2 lit c – f EHB-Studienreglement.

Nachdiplomstudien der höheren Fachschulen voraus.²⁹⁵ Für die Zulassung zu den Diplomstudiengängen für hauptberufliche Berufsfachschullehrerinnen und Berufsfachschullehrer sowie für hauptberufliche Lehrerinnen und Lehrer der höheren Fachschulen ist zusätzlich ein Maturitätsabschluss (Berufs-, Fach- oder gymnasiale Maturität) oder ein Nachweis einer gleichwertigen Qualifikation – unter allfälliger Ergänzung durch eine Nachqualifikation – erforderlich.²⁹⁶ Die Zulassung zum Masterstudium²⁹⁷ sowie zu den Diplomstudiengängen für Berufsfachschullehrerinnen und Berufsfachschullehrer für den allgemeinbildenden Unterricht²⁹⁸ setzt grundsätzlich einen Hochschulabschluss voraus.

113. Gemäss Art. 48 Abs. 2 BBG gehören auch die **Forschung** sowie die Durchführung von Studien und Pilotversuchen im Bereich der Berufsbildung und der berufsorientierten Weiterbildung zu den Aufgaben des EHB.²⁹⁹ Diese Aufgaben erfüllt das EHB gegenwärtig im Rahmen von drei national koordinierten Forschungsschwerpunkten sowie im Rahmen von Forschungsk Kooperationen und Transferaktivitäten.³⁰⁰ Überdies führt das EHB seit 2009 eine Fachstelle Evaluation und seit 2016 das Observatorium für die Berufsbildung, welches „gesellschaftliche, wirtschaftliche und technologische Entwicklungen in ihrer Bedeutung für die Berufsbildung“ „identifiziert, beobachtet und analysiert“.³⁰¹

2. Zur Akkreditierungspflicht des EHB

114. Voraussetzung, dass das EHB einer Akkreditierungspflicht nach HFKG untersteht ist nach dem Gesagten³⁰² erstens, dass es sich beim EHB um eine im Sinne des HFKG akkreditierungsfähige Institution handelt (a) und, zweitens, dass das EHB die Wirkungen der Akkreditierung, namentlich das Bezeichnungsrecht, die Finanzierung durch Bundesbeiträge oder die Programmakkreditierung, in Anspruch nimmt oder in Anspruch nehmen möchte (b).

²⁹⁵ Art. 6 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 und 2 EHB-Studienreglement; vgl. auch Art. 7 ff. bzw. Art. 10 ff. Richtlinien des EHB-Rats über die Konkretisierung der Zulassungsbedingungen für die Ausbildungsstudiengänge des EHB vom 1. August 2010 (EHB-Richtlinien Zulassungsbedingungen).

²⁹⁶ Art. 6 Abs. 2 EHB-Studienreglement; Art. 7 und 8 EHB-Richtlinien Zulassungsbedingungen.

²⁹⁷ Art. 7 Abs. 1 EHB-Verordnung sowie Art. 6 Abs. 2 EHB-Studienreglement.

²⁹⁸ Art. 46 Abs. 3 BBV.

²⁹⁹ Vgl. auch die Situierung des EHB als Kompetenzzentrum des Bundes im Bereich von Lehre und Forschung in der Berufspädagogik, der Berufsbildung und der Berufsentwicklung gemäss Art. 3 Abs. 1 EHB-Verordnung.

³⁰⁰ <<http://www.ehb.swiss/fe-national>>.

³⁰¹ <<http://www.ehb.swiss/obs>>.

³⁰² Rn. 102 ff.

a. Zur Akkreditierungsfähigkeit des EHB

115. Im Hinblick auf die Akkreditierungsfähigkeit ist zunächst zu prüfen, ob das EHB im **Hochschulbereich**, also im sogenannten Tertiär-A-Bereich, angesiedelt ist oder ob es sich vielmehr um eine Ausbildungsstätte der höheren Berufsbildung handelt, die im sogenannten Tertiär-B-Bereich zu situieren wäre.

116. Hierzu werden durchaus **unterschiedliche Ansichten** vertreten:

- In der **Lehre** findet sich zu dieser Frage teilweise die Ansicht, das EHB sei nicht dem Tertiär-A-Bereich zuzuordnen, dies mit der Begründung, dass es sich eher um eine Weiterbildungsinstitution handle und die verfassungsrechtliche Abstützung des EHB zudem im Berufsbildungsartikel (Art. 63 BV) zu finden sei.³⁰³

Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang, dass bereits das Schweizerische Institut für Berufspädagogik als Vorgängerinstitution des EHB auf der Bundeskompetenz zur „berufliche[n] Ausbildung in Industrie, Gewerbe, Handel, Landwirtschaft und Hausdienst“ von Art. 34^{ter} Abs. 1 lit. g aBV beruhte.³⁰⁴

- Gemäss der **Botschaft zum HFKG** hingegen ist das EHB als eidgenössische Institution des Hochschulbereichs gemäss Art. 2 Abs. 3 HFKG zu qualifizieren.³⁰⁵

117. Im Ergebnis sprechen jedoch die besseren Gründe für eine **Zuordnung des EHB zum Hochschulbereich**. Ausschlaggebend für die Zuordnung muss nämlich sein, dass Lehr-, Forschungs- oder Dienstleistungstätigkeiten nachgegangen wird, die dem Hochschulbereich zuzuordnen sind, wobei diese Aktivitäten mit Hochschulbezug einen gewissen Umfang und eine gewisse Signifikanz aufweisen und damit eine bestimmte minimale Schwelle überschreiten müssen. Ist dies der Fall, so müssen auch die Anforderungen des HFKG zum Tragen kommen bzw. kommen können. Dies ist nun aber im Falle des EHB namentlich aufgrund des Angebots entsprechender Studiengänge, auch auf Masterstufe, sowie aufgrund der Forschungsaktivitäten durchaus gegeben. Denn die Aktivitäten des Instituts sind soweit ersichtlich jedenfalls teilweise und in einem durchaus beachtlichen Umfang dem Tertiär-A-Bereich zuzuordnen, betreibt es doch nach seinem gesetzlichen Auftrag „Lehre und Forschung in der Berufspädagogik, der Berufsbildung und der Berufsentwicklung“ (Art. 3 Abs. 1 EHB-Verordnung; vgl. auch Art. 48 Abs. 2 BBG), kann gewerbliche Leistungen im Zusammenhang mit seiner Haupttätigkeit erbringen (Art. 48a BBG; vgl. auch Art. 31 Abs. 1 EHB-Verordnung) und bietet neben Diplomstudiengängen auch einen Masterstudiengang an, der zur Zulassung einen Hochschulabschluss voraussetzt (Art. 6 und 7 EHB-Verordnung).³⁰⁶ Demzufolge dürfte das EHB jedenfalls teilweise und in einem signifikanten Mass dem Tertiär-A-Bereich und somit dem Hochschulbereich zuzuordnen sein.

³⁰³ EHRENZELLER/SAHLFELD, in: Ehrenzeller et al., SG-Kommentar, Art. 63a N 24; in diesem Sinne auch HÄNNI, in: Waldmann/Belser/Epiney, Basler Kommentar, Art. 63a N 13.

³⁰⁴ Vgl. dazu BORGHI, in: Aubert et al., Kommentar aBV, Art. 27 N 10; vgl. Art. 36 des früheren Bundesgesetzes über die Berufsbildung vom 19. April 1978.

³⁰⁵ Botschaft HFKG, BBl 2009 4571 u. 4632.

³⁰⁶ Siehe dazu oben Rn. 111 f.

118. Die gegen diesen Ansatz denkbaren **Gegenargumente** vermögen **nicht zu überzeugen**:

- Dass die geltende Gesetzesgrundlage des EHB im Berufsbildungsgesetz zu finden ist, welches sich wiederum auf die Bundeskompetenz im Bereich der Berufsbildung nach Art. 63 BV stützt,³⁰⁷ ist für die Frage nach der Zuordnung zum Hochschulbereich nicht relevant, ändern diese rechtlichen Grundlagen doch nichts daran, dass sich die Tätigkeiten des EHB selbst auch auf der Tertiär-A-Stufe ansiedeln.
- Ebenso wenig vermag es für diese Zuordnung eine Rolle spielen, dass sich der Gegenstand der Tätigkeiten des Hochschulinstituts auf Inhalte und Methoden der Berufsbildung bezieht, sagt dieser Gegenstand doch nichts über die Frage aus, ob die Aktivitäten im Tertiär-A-Bereich anzusiedeln sind oder nicht.
- Schliesslich kann von vornherein nicht geltend gemacht werden, die Zuordnung zum Hochschulbereich scheitere daran, dass der Schwerpunkt der Aktivitäten nicht im Hochschul-, sondern im Berufsschulbereich liege. Denn für die Zuordnung zum Hochschulbereich oder zum Berufsschulbereich kann es (solange eine gewisse Minimaltätigkeit im Hochschulbereich zu konstatieren ist) nicht darauf ankommen, in welchem Sachzusammenhang sich die Aktivitäten einer Institution schwergewichtig situieren, zöge ein solcher Ansatz doch die Konsequenz nach sich, dass es Institutionen möglich wäre, sich dem Regelungsrahmen des Hochschulraumes zu entziehen, indem sie ihre Aktivitäten im Hochschulbereich durch Tätigkeiten in anderen Sachbereichen „verwässern“.

119. Geht man dementsprechend davon aus, dass die Aktivitäten des EHB dem Hochschulbereich zuzuordnen sind, kann die Frage aufgeworfen werden, ob es sich hierbei um eine eigentliche **Hochschule** oder aber um eine **andere Institution des Hochschulbereichs** handelt. Ausgehend von den einschlägigen Vorschriften des UFG und des HFKG sowie den entsprechenden Materialien³⁰⁸ erscheint es jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass es sich beim EHB aufgrund seiner auf den Fachbereich der Berufspädagogik, der Berufsbildung und der Berufsentwicklung beschränkten Aktivitäten nicht um eine eigentliche Hochschule, sondern vielmehr um eine andere Institution des Hochschulbereichs handelt. Für die Frage des Vorliegens einer Akkreditierungspflicht ist dieser Punkt jedoch nicht entscheidend und kann somit vorliegend offen bleiben. Ebenso nicht im Rahmen dieses Gutachtens beantwortet werden muss zudem die sich ggf. (d.h., wenn man davon ausgeht, dass das EHB unter den Begriff der „Hochschule“ zu fassen wäre) im Anschluss daran stellende Frage, ob es sich beim EHB um eine universitäre Hochschule oder vielmehr um eine Fachhochschule oder eine pädagogische Hochschule gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. a bzw. b HFKG handelt.

³⁰⁷ Vgl. zu dieser Diskussion oben Rn. 116.

³⁰⁸ Siehe dazu oben Rn. 104.

b. Zur Inanspruchnahme der Wirkungen der Akkreditierung

120. In einem zweiten Schritt stellt sich die – vorliegend relevante – Frage, ob das EHB die **Wirkungen der Akkreditierung** nach dem HFKG in Anspruch nimmt, bzw. beabsichtigt, sie in Anspruch zu nehmen. Hierbei ist nach den drei Wirkungen der Akkreditierungen zu unterscheiden:

- In Bezug auf das **Bezeichnungsrecht** nach Art. 29 HFKG stellt sich die Frage, ob die Bezeichnung als „Hochschulinstitut“ die Inanspruchnahme von Art. 29 HFKG erfordert oder ob es sich hierbei vielmehr um eine vom Gesetz nicht geschützte Bezeichnung handelt. Gegen eine Unterstellung unter Art. 29 HFKG spricht, dass die in der Vorschrift genannten Begriffe in der Institutsbezeichnung „Eidgenössisches Hochschulinstitut für Berufsbildung“ in dieser Form nicht vorkommen. Auch die in Art. 29 Abs. 1 HFKG aufgezählten abgeleiteten Bezeichnungen „universitäres Institut“ oder „Fachhochschulinstitut“ sind als solche nicht Teil der Bezeichnung des Instituts, was allerdings an sich nichts daran ändert, dass der Begriff „Hochschulinstitut“ als abgeleitete Bezeichnung verstanden werden kann, sind die in Art. 29 Abs. 1 HFKG aufgezählten abgeleiteten Bezeichnungen doch lediglich exemplarischer Natur. So könnte denn auch geltend gemacht werden, der Begriff „Hochschulinstitut“ setze sich einerseits aus „Hochschule“ und andererseits aus „Institut“ zusammen, wobei sich das „Institut“ auf die „Hochschule“ bezieht, so dass die Bezeichnung „Hochschulinstitut“ gerade auf eine Zugehörigkeit zum Hochschulbereich sowie auf eine akademische Anbindung hindeute. Zudem ist der Begriff „Hochschule“ zwar nicht als solcher durch Art. 29 HFKG geschützt; allerdings wird er in Art. 2 HFKG als „Sammelbezeichnung“ verwendet und weist insofern eine beträchtliche inhaltliche Nähe zu den in Art. 29 Abs. 1 HFKG genannten Bezeichnungen auf. Gleichwohl sprechen wohl die besseren Gründe gegen die Annahme, dass auch der Begriff „Hochschulinstitut“ eine abgeleitete Bezeichnung im Sinne des Art. 29 Abs. 1 HFKG darstellt: Schon der Wortlaut der Bestimmung deutet darauf hin, dass der abgeleitete Begriff eben gerade die geschützten Bezeichnungen als solche enthalten muss, wofür auch die beispielhafte Aufzählung spricht. Zudem besteht wohl keine unmittelbare Verwechslungsgefahr mit universitären Institutionen, Fachhochschulinstitutionen oder pädagogischen Hochschulen, da deren Bezeichnungen in der Bezeichnung des EHB nicht in der gleichen Form vorkommen und somit eine Unterscheidung durchaus möglich sein dürfte. Auch können allein die Bezeichnungen „hoch“ oder „höher“ nicht ausreichend sein, um als abgeleitete Bezeichnungen im Sinne des Art. 29 HFKG angesehen zu werden (wofür übrigens auch spricht, dass diese Adjektive gerade für die höheren Fachschulen verbreitet Verwendung finden), würde doch ansonsten der Kreis der geschützten Bezeichnungen – wie das Beispiel „Hochschulinstitut“ aufzuzeigen vermag – sehr stark ausgedehnt, was wohl kaum die Absicht des Gesetzgebers war und im Übrigen auch angesichts der damit verbundenen Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit zumindest hinterfragt werden kann (bzw. eine verfassungskonforme Auslegung spricht hier eher für eine enge Auslegung der Tragweite des Art. 29 Abs. 1 HFKG, zumal ein anderer

Ansatz auch dazu führte, dass der Begriff „abgeleitete Bezeichnungen“ seine Konturen verlöre und der Grundrechtseingriff somit (zu) wenig bestimmt wäre).

- Im Hinblick auf die Gewährung von **Bundesbeiträgen** nach Art. 28 Abs. 2 lit. b HFKG stellt sich insbesondere die Frage, auf welche Beiträge sich die Bestimmung bezieht. Entscheidend ist hierbei im vorliegenden Kontext namentlich die Frage, ob die Vorschrift lediglich Beiträge nach Art. 45 und 46 HFKG bzw. nach der Verordnung zum HFKG³⁰⁹ im Auge hat oder ob vielmehr auch anderweitige Beitragsgewährungen des Bundes mit umfasst sind bzw. sein könnten. Denn die Finanzierung des EHB erfolgt heute unter anderem durch sogenannte „Finanzierungsbeiträge des Bundes“ nach Art. 29 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 EHB-Verordnung, welche ihre Grundlage in Art. 48 BBG findet. Somit liegt zwar eine Bundesfinanzierung vor; diese stützt sich jedoch nicht auf die entsprechenden Grundlagen im Universitätsförderungsgesetz bzw. im Hochschulförderungs- und -koordinationsgesetz, sondern vielmehr auf eine gesetzliche Grundlage im Bereich der Berufsbildung.

Die in diesem Rahmen gewährten Mittel beinhalten heute einen Betriebsbeitrag sowie einen Betriebsbeitrag für die Unterbringung des EHB zur Begleichung der Mietkosten.³¹⁰ Die Finanzierungsbeiträge des Bundes an das EHB werden jeweils alle vier Jahre in der Form eines Zahlungsrahmens durch das Parlament gesprochen, der gestützt auf Art. 59 Abs. 1 BBG im Rahmen der Botschaft zur Förderung von Bildung, Forschung und Innovation beschlossen wird.³¹¹

Dies ändert jedoch nichts daran, dass auch hierin eine Gewährung von Bundesbeiträgen im Sinne von Art. 28 Abs. 2 lit. b HFKG zu erblicken ist, dies mit der Folge, dass eine Akkreditierungspflicht besteht: Namentlich der bereits auf Ebene der Bundesverfassung angelegte Grundsatz der Gleichbehandlung (Art. 63a Abs. 3 BV) sowie der der Neuordnung der schweizerischen Hochschullandschaft zugrundeliegende Gedanke der Förderung des Wettbewerbs zwischen den Hochschulinstitutionen³¹² sprechen dafür, die Hochschulinstitutionen im Tertiär-A-Bereich, soweit sie vergleichbar sind, jedenfalls in der Regel auch analogen Rahmenbedingungen zu unterstellen. Diese Gleichbehandlung hat auch für die allgemeinen Regeln zur Bundesfinanzierung zu gelten, indem die Hochschulinstitutionen grundsätzlich mit gleichen Voraussetzungen an die Finanzierung konfrontiert werden sollten, unabhängig davon, aus welcher Quelle und gestützt auf welche Rechtsgrundlage die Finanzierung erfolgt. Hinzu kommt der Gedanke der Qualitätssicherung, geht es bei der institutionellen Akkreditierung doch gerade darum, die Einhaltung gewisser Mindeststandards zu gewährleisten, und Art. 28 Abs. 2

³⁰⁹ Vgl. Art. 3 ff. Entwurf V-HFKG.

³¹⁰ Gemäss der Jahresrechnung 2015 belief sich der Betriebsbeitrag Bund im Jahre 2015 auf 35'069'000 CHF, der Betriebsbeitrag für die Unterbringung des EHB auf 4'671'000 CHF und die totalen Bundesbeiträge somit auf 39'740'000 CHF: Geschäftsbericht EHB 2015, 41.

³¹¹ Vgl. zuletzt BFI-Botschaft 2017-2020, BBl 2016 3089; für die Jahre 2017-2020 beispielsweise beantragt der Bundesrat dem Parlament zur Deckung des Finanzbedarfs des Eidgenössischen Hochschulinstituts für Berufsbildung einen Zahlungsrahmen in der Höhe von 150.8 Mio. CHF: Entwurf Bundesbeschluss über die Finanzierung der Berufsbildung in den Jahren 2017-2020, BBl 2016 3345.

³¹² Vgl. zu beidem oben Rn. 14, 16.

lit. b HFKG ist zweifellos auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass Bundesbeiträge nur Institutionen gewährt werden sollen, die eben gewissen Mindestqualitätsstandards genügen. Würde man umgekehrt im Falle einer auf eine andere Rechtsgrundlage als das HFKG gestützte Grundfinanzierung auf eine Unterstellung der entsprechenden Hochschulinstitutionen unter das HFKG verzichten, zöge dies die Konsequenz nach sich, dass die mit dem HFKG geschaffenen Rahmenbedingungen in ihrer (allerdings nur teilweise bestehenden) Einheitlichkeit kompromittiert würden. Schliesslich spricht auch die Akkreditierungspflicht der ETH für den hier vertretenen Ansatz, beruhen die diesbezüglichen Bundesbeiträge doch ebenfalls nicht auf dem HFKG.

Die angestellten Erwägungen gelten jedenfalls soweit, als eine Art Grundfinanzierung oder eine generelle Betriebsfinanzierung in Frage steht (wie dies beim EHB der Fall ist). Einiges könnte hingegen dafür sprechen, dass nicht jegliche Form der Bundessubventionierung gemeint ist, so dass etwa die Gewährung von Abgeltungen für punktuelle Vorhaben oder Projekte nicht als „Gewährung von Bundesbeiträgen“ im Sinn des Art. 28 Abs. 2 lit. b HFKG anzusehen sein dürfte.

- Schliesslich würde sich eine institutionelle Akkreditierung auch aufdrängen, falls das EHB anstrebt, bestimmte Studienprogramme im Rahmen einer **Programmakkreditierung** anerkennen zu lassen (Art. 28 Abs. 2 lit. c HFKG sowie Art. 5 Abs. 1 lit. a Akkreditierungsrichtlinien HFKG).

121 Damit ist davon auszugehen, dass das EHB wegen der bestehenden Finanzierung durch den Bund die **Wirkungen der Akkreditierung** in Anspruch nimmt und somit einer **Akkreditierungspflicht** untersteht. Demzufolge hat eine institutionelle Akkreditierung des Hochschulinstituts nach den Vorgaben der Übergangsbestimmungen zum HFKG bis acht Jahre nach Inkrafttreten des HFKG, also bis zum 1. Januar 2022, zu erfolgen (Art. 75 Abs. 1 HFKG).

III. Fazit

122. Zusammenfassend lässt sich demzufolge Folgendes festhalten:

- Das Eidgenössische Hochschulinstitut für Berufsbildung situiert sich aufgrund seines gesetzlichen Auftrages, aufgrund seiner Aktivitäten im Bildungsbereich sowie aufgrund seiner Forschungstätigkeiten im **Hochschulbereich** (Tertiär-A-Bereich).
- Überdies ist das EHB als **Hochschule** oder **andere Institution des Hochschulbereichs** im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 1 lit. a HFKG zu qualifizieren.
- Entsprechend kann sich das EHB nach dem Mechanismus des HFKG im Rahmen der institutionellen Akkreditierung anerkennen lassen. Da das EHB als Institution des Hochschulbereichs für seinen Betrieb (Grund-)Finanzierungsbeiträge des Bundes erhält, unterliegt es zudem auch einer **Akkreditierungspflicht**. Dementsprechend muss sich das EHB bis spätestens Anfang 2022 nach Art. 28 Abs. 1 lit. a HFKG im Zuge einer institutionellen Akkreditierung anerkennen lassen.

§ 5 Zusammenfassung und Schlussbetrachtung

I. Zusammenfassung

123. Die dem vorliegenden Gutachten zunächst zugrundeliegende Fragestellung, ob die bestehenden rechtlichen Grundlagen des Eidgenössischen Hochschulinstituts für Berufsbildung vor dem Hintergrund des Legalitätsprinzips der Bundesverfassung, der Anforderungen der Corporate-Governance Politik des Bundesrates und der im Rahmen des Mustererlasses für Anstalten mit Dienstleistungen mit Monopolcharakter durch die Eidgenössische Finanzverwaltung und das Bundesamt für Justiz formulierten Regelungsbeispiele als ausreichend zu erachten sind, ist nach dem Gesagten wie folgt zu beantworten:

- Nach den Vorgaben des **Legalitätsprinzips der Bundesverfassung**, das sich neben Art. 5 BV insbesondere aus dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt von Art. 164 Abs. 1 BV sowie aus den besonderen Gesetzesvorbehalten der Verfassung ergibt, sind im Hinblick auf verselbstständigte Einheiten der Bundesverwaltung insbesondere die Grundzüge von Organisation und Verfahren, die Aufgaben der Verwaltungseinheit, die rechtlichen Grundlagen für allfällige Eingriffe in Grundrechtspositionen (Zulassungsvoraussetzungen oder Disziplinar massnahmen gegenüber Anstaltsbenutzerinnen und -benutzern; Bearbeitung von schützenswerten Personendaten usw.), die Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen, die Grundlagen zur Gebührenerhebung, mögliche Ausnahmen von der subjektiven Steuerpflicht sowie die Rechte und Pflichten des Personals zwingend im formellen Gesetz zu verankern.
- Gemäss der **Corporate-Governance Politik des Bundesrates** wird eine formellgesetzliche Regelung überdies namentlich vorausgesetzt für die rechtliche Abstützung von kommerziellen Leistungen, für die Grundlagen des Berichtswesens und für das Controlling durch den Bundesrat, für die Finanzierungsquellen der unterschiedlichen Aufgaben der verselbstständigten Einheiten sowie zur Fixierung des Personal- und Pensionskassenstatuts.
- Der von der Eidgenössischen Finanzverwaltung und dem Bundesamt für Justiz verfasste **Mustererlass für Anstalten mit Dienstleistungen mit Monopolcharakter** zur Konkretisierung und Operationalisierung der Corporate-Governance Politik des Bundesrates fordert des Weiteren insbesondere eine detaillierte Regelung von Zusammensetzung, Wahl, Organisation und Aufgaben der unterschiedlichen Organe der verselbstständigten Einheiten, eine ausdrückliche Nennung und detaillierte Charakterisierung der Finanzierungsquellen sowie unter anderem eine Verankerung gesetzlicher Vorschriften zu Reserven, Tresorie und Liegenschaften auf Gesetzesebene.

124. Vor dem Hintergrund dieser Anforderungen lässt sich mit Blick auf die aktuelle gesetzliche Abstützung des EHB in Art. 48 und 48a Berufsbildungsgesetz und die ergänzenden materiell-rechtlichen Bestimmungen in der EHB-Verordnung, dem EHB-Studienreglement, der EHB-Personalverordnung sowie dem EHB-Gebührenreglement die **Schlussfolgerung** ziehen, dass die gesetzliche Abstützung des EHB in der heutigen Form weder den Anforderungen des Legalitätsprinzips der Verfassung noch jenen der Corporate-Governance Politik des Bundesrates oder des Mustererlasses zu genügen vermag.

125. Dementsprechend drängt sich eine **Ergänzung der formell-gesetzlichen Grundlagen** des EHB auf, die zwar – angesichts der verfassungsrechtlichen Situation – durchaus eine gewisse Dringlichkeit aufweist, wobei es jedoch vertretbar erscheint, zunächst die zukünftige Rolle und Positionierung des EHB zu entwickeln bzw. zu klären und daran anschliessend die gesetzlichen Grundlagen zu erarbeiten. In Bezug auf diese ist es denkbar, entweder eine Erweiterung der bestehenden gesetzlichen Grundlage im Berufsbildungsgesetz als Facherlass oder aber die Schaffung eines spezifischen Organisationserlasses für das EHB ins Auge zu fassen. Da es sich bei der Entscheidung zwischen diesen beiden Vorgehensweisen letztlich um einen Ausdruck gesetzgeberischer Präferenzen handelt, zu welcher dem verfassungsrechtlichen Rahmen keine spezifischen Vorgaben zu entnehmen sind, erscheint aus rechtlicher Warte sowohl der eine als auch der andere Weg als gangbar. Im Sinne einer verständlichen, transparenten und klaren Gesetzgebung ist es jedenfalls wünschenswert, die Strukturierung der Erlasse auf ein stimmiges und kohärentes Konzept abzustützen, was sich letztlich auch in einer allfälligen Aufteilung der Bestimmungen zwischen Fach- und Organisationserlass, bzw. in der Strukturierung der Bestimmungen des Berufsbildungsgesetzes widerspiegeln sollte. Zudem – und im vorliegenden Kontext im Hinblick auf die Bestrebungen der Corporate-Governance Politik von Bedeutung – scheint es angezeigt, auch in der Normstrukturierung für eine gewisse Vergleichbarkeit zwischen den verselbstständigten Einheiten des Bundes zu sorgen, so dass es sich anbieten dürfte, für vergleichbare Verwaltungseinheiten des Bundes jeweils auch eine analoge Strukturierung der Erlasse anzustreben.

126. Auf die Frage nach der **Einbettung des EHB in die Hochschullandschaft** Schweiz bzw. die **Akkreditierungspflicht des EHB** lässt sich festhalten, dass das EHB als Kompetenzzentrum des Bundes für Lehre und Forschung in den Bereichen der Berufspädagogik, der Berufsbildung und der Berufsentwicklung (Art. 3 Abs. 1 EHB-Verordnung) dem Hochschulbereich (Tertiär-A-Bereich) angehört. Zudem ist das EHB als Hochschule oder andere Institution des Hochschulbereichs im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 1 lit. a HFKG zu qualifizieren. Entsprechend kommt dem Institut jedenfalls die Möglichkeit zu, sich nach dem Mechanismus des HFKG im Rahmen der institutionellen Akkreditierung anerkennen lassen. Da das EHB als Institution des Hochschulbereichs für seinen Betrieb zudem Finanzierungsbeiträge des Bundes erhält, unterliegt das Hochschulinstitut auch einer Akkreditierungspflicht. Dementsprechend muss sich das EHB bis spätestens Anfang 2022 im Zuge einer institutionellen Akkreditierung nach Art. 28 Abs. 1 lit. a HFKG anerkennen lassen.

II. Schlussbetrachtung

127. Insgesamt führt also kein Weg an dem Schluss vorbei, dass für das EHB aufgrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben eine im Vergleich zur heutigen Situation erheblich „ausgebaute“ formell-gesetzliche Grundlage erforderlich und in nicht allzu ferner Zukunft geschaffen werden sollte. Im Zusammenhang mit den Regulationsanforderungen der Corporate-Governance Politik des Bundesrates und ihrer Ausdifferenzierung durch den Mustererlass könnte sich jedoch die Frage nach der Obergrenze gesetzlicher Regelungen stellen. So sind der Bundesverfassung an sich keine Vorgaben zur Frage zu entnehmen, welche Belange einer Regelung im formellen Gesetz überhaupt „würdig“ sind. Dies ist auch deshalb stimmig, weil die Entscheidung über die Gesetzeswürdigkeit von Regelungsgegenständen letztlich dem Gesetzgeber überlassen bleiben sollte und eine entsprechende Differenzierung überdies kaum trennscharf vorgenommen werden kann. Zudem wohnen der Frage auch nicht zentrale Erwägungen der Rechtsstaatlichkeit und des Demokratieprinzips inne, wie dies für jene nach der Untergrenze gesetzlicher Regelungen der Fall ist. Dennoch lässt sich wohl die Behauptung aufstellen, dass das Legalitätsprinzip letztlich auch durch eine **Überbürdung der Gesetzesform** aufgrund einer überweiten Spanne von Regelungsgegenständen „unterwandert“ bzw. überfordert werden kann. Diese Gefahr ist – jedenfalls im Ansatz – im Hinblick auf die rechtliche Einrahmung der verselbstständigten Verwaltungseinheiten nicht ganz von der Hand zu weisen, ist in diesem Bereich doch in den vergangenen Jahren eine beträchtliche Zunahme der Regelungsdichte und damit letztlich auch der Komplexität des Regelungsgefüges zu konstatieren, die der Übersichtlichkeit der Gesetzgebung möglicherweise eher ab- als zuträglich ist.

128. Weiter bedingt die Erarbeitung der formell-gesetzlichen Grundlage des EHB die Klärung (oder auch Bestätigung) der **Stellung des EHB in der Hochschullandschaft** und auch seiner **Rolle und Aufgaben**. Im Rahmen der Akkreditierung – bzw. in ihrem Vorfeld – stellt sich ebenso die Frage nach der „Kategorisierung“ des EHB als „Hochschule“ (und wenn ja, als welcher „Typ“) oder als andere Institution des Hochschulbereichs gemäss den Vorgaben des HFKG. Die Antworten auf diese – im vorliegenden Gutachten nicht zu klärenden – Fragen sind nicht nur rechtlicher Art, geht es doch auch um die Verteilung von Zielsetzungen, Aufgaben, Zuständigkeiten und Tätigkeiten zwischen verschiedenen Institutionen auf Bundes- und Kantonsebene.

129. Trotz des somit im Wesentlichen politischen Charakters der zukünftig vorzunehmenden Weichenstellungen sei darauf hingewiesen, dass es u.E. im Hinblick auf eine sinnvolle Einbettung des EHB in den schweizerischen Hochschulraum wünschenswert erscheint, im Rahmen der Präzisierung von Rolle und Aufgaben des EHB und der anschliessenden Erarbeitung der formell-gesetzlichen Grundlagen eine gewisse **Kohärenz in Bezug auf die bereits bestehenden Institutionen und gesetzlichen Grundlagen** – wobei hier insbesondere das HFKG von Bedeutung ist – zu gewährleisten. Diese Kohärenz sollte sich sowohl auf die Aufgaben des EHB im Verhältnis zu den Hochschulen und anderen Institutionen des Hochschulbereichs als auch auf die Finanzierung bzw. die Finanzierungsvoraussetzungen beziehen. Dies drängt sich auch vor dem Hintergrund

der den Hochschulraum prägenden Strukturgrundsätze – insbesondere die Grundsätze der Gleichbehandlung und des Wettbewerbs – auf. Insofern ist zu wünschen, dass der Umstand, dass das EHB als solches nicht in jeder Beziehung in den Regelungsrahmen integriert ist, nicht zu Inkohärenzen und Unstimmigkeiten im System führt.

Beispielhaft sei etwa auf die Voraussetzungen der Beitragsberechtigung nach Art. 45 HFKG hingewiesen: Diese Bestimmung sieht insbesondere vor, dass eine Hochschule als beitragsberechtigt anerkannt werden kann, wenn sie u.a. eine „sinnvolle Ergänzung, Erweiterung oder Alternative zu bestehenden Einrichtungen“ darstellt; für andere Institutionen des Hochschulbereichs gilt, dass sie als beitragsberechtigt anerkannt werden können, wenn sie u.a. nicht zweckmässig in eine bestehende Hochschule eingegliedert werden können, eine im hochschulpolitischen Interesse liegende Aufgabe wahrnehmen und sich in die vom Hochschulrat beschlossene gesamtschweizerische hochschulpolitische Koordination einfügen. Zudem gilt für Hochschulen und andere Institutionen des Hochschulbereichs, dass sie „öffentliche Bildungsdienstleistungen“ anbieten müssen, was insbesondere voraussetzt, dass sie einem öffentlichen Bedürfnis entsprechen. Auch wenn Art. 45 HFKG insgesamt wenig glücklich formuliert erscheint und zahlreiche Fragen aufwirft (so etwa diejenige, ob und inwieweit gewisse Voraussetzungen der Anerkennung auch für bereits bestehende Hochschulen zum Zuge kommen können, oder diejenige nach dem Verhältnis zur – bzw. gar der Vereinbarkeit gewisser Voraussetzungen, insbesondere des Art. 45 Abs. 3 HFKG, mit der – Hochschulautonomie), dürfte es sinnvoll sein, dass die künftige Ausgestaltung von Rolle und Aufgaben des EHB und die Formulierung und Erarbeitung der gesetzlichen Grundlagen des EHB auch vor dem Hintergrund dieser Vorgaben erfolgt.