

# Kompensation von gesetzgeberischen Lücken bei der Unabhängigkeit von Aufsichts- und Regulierungsbehörden

**Felix Strebel** | *Der Beitrag zeigt auf, dass der Gesetzgeber die Unabhängigkeit von Aufsichts- und Regulierungsbehörden der dezentralen Bundesverwaltung verschiedentlich weder in den Spezialgesetzen noch in Form einer Delegationsnorm festgehalten hat. Solche Lücken werden jedoch punktuell in Reglementen durch die ausgelagerten Behörden selbst kompensiert, um die Praxis dem allgemeinen Standard der Unabhängigkeit und den Anforderungen von aussen anzupassen. Dieses Phänomen wird basierend auf den Ergebnissen einer Evaluation der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle (PVK) diskutiert.*

## Inhaltsübersicht

- 1 Einleitung
- 2 Unabhängigkeit von Aufsichts- und Regulierungsbehörden
- 3 Erkenntnisse
  - 3.1 Schweizerisches Heilmittelinstitut (Swissmedic)
  - 3.2 Eidgenössisches Nuklearsicherheitsinspektorat (ENSI)
  - 3.3 Eidgenössische Revisionsaufsichtsbehörde (RAB)
  - 3.4 Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom)
  - 3.5 Wettbewerbskommission (WEKO)
- 4 Diskussion
- 5 Schlussfolgerungen

## 1 Einleitung

Aufsichts- und Regulierungsbehörden der dezentralen Bundesverwaltung nehmen für den Bund hoheitliche Aufgaben wahr (Bundesrat 2006, 8285). Sie sind entweder als selbstständige öffentlich-rechtliche Anstalten oder als Behördenkommissionen organisiert. Durch die Auslagerung von Aufsichts- und Regulierungsaufgaben werden ein Effizienzgewinn und eine unabhängigere Erfüllung der Aufgaben erhofft. Gemäss dem Corporate-Governance-Bericht des Bundesrats sollen «Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht ausgelagert und der über die Gesetzgebung hinausgehende politische Steuerungsspielraum bewusst gering gehalten werden» (Bundesrat 2006, 8263). Folglich handeln diese ausgelagerten Behörden weisungsungebunden und sind – je nach Aufgabe – unterschiedlich autonom in ihrem Handeln (Pasquier, Fivat 2013, 186). Trotzdem muss deren Aufgabenerfüllung im Sinne des öffentlichen Interesses erfolgen, was es durch die Aufsicht des Bundesrats sicherzustellen gilt (zu den Grundlagen der Public Corporate Governance siehe Lienhard, 2009, 43 ff.).

Die Autonomie von staatlichen Behörden kann gemäss der verwaltungs- und politikwissenschaftlichen Literatur – im Sinne der *Principal-Agent-Theorie* – auf Defizite in der Konkretisierung und der Anwendung von Gesetzen hinauslaufen.<sup>1</sup>

Ausgegangen wird bei dieser Theorie von einer Aufgabendelegation des Principals (im idealtypischen Fall der Gesetzgeber oder die Regierung) an einen Agenten (Verwaltung). Durch diese Delegation entsteht eine Abhängigkeit des Gesetzgebers. Diese gründet im Informationsvorsprung der Verwaltung gegenüber dem Gesetzgeber, da die Verwaltung oftmals über sehr spezifisches Wissen verfügt. Die Interessen der Verwaltung liegen nach Downs (1957) in ihrer rationalen Natur und dadurch in der Geringhaltung ihres Aufwands sowie der Suche nach Wohlstand und Prestige. Durch den Informationsvorsprung und das rationale Handeln kann eine Eigendynamik in der Verwaltung entstehen, der sogenannte *Bureaucratic Drift* (siehe u. a. Epstein/O'Halloran 1994). Mit anderen Worten tritt nach dieser theoretischen Maxime eine Diskrepanz zwischen den Zielen des Gesetzgebers und den Resultaten des bürokratischen Handelns auf (Gilardi/Braun 2002, 149). Diese Diskrepanz kann zu einer Entfremdung von den Zielen des Gesetzgebers und speziell bei Aufsichts- und Regulierungsbehörden auch zum sogenannten *Regulatory Capture* führen. Das Phänomen von *Regulatory Capture* tritt dann ein, wenn Behörden nicht mehr nur den Interessen des Gesetzgebers, sondern Partikularinteressen von Kontrollierten folgen (siehe u. a. Stigler 1971). Eine solche Entwicklung ist demnach und aufgrund des grossen Handlungsspielraums speziell bei ausgelagerten Einheiten zu erwarten. In der wissenschaftlichen Debatte wird der *Bureaucratic Drift* oder *Regulatory Capture* hauptsächlich auf das Fehlen nötiger Kontrollinstanzen zurückgeführt (Gilardi/Braun 2002, 155).

Speziell bei Einheiten der dezentralen Bundesverwaltung verzichtet der Gesetzgeber absichtlich auf bestimmte Einfluss- und teilweise auch Kontrollrechte. Die Präferenzen dieser ausgelagerten Einheiten müssen – abgesehen vom grundsätzlich zu erfüllenden Auftrag – gerade nicht identisch mit den kurzfristigen Interessen der Politik sein und gründen in der Regel in technischen und wissenschaftlichen Standards. Durch die Auslagerung soll die Unabhängigkeit der Behörde gestärkt und aufgrund der Eigenständigkeit das Verantwortungsbewusstsein für ein gutes Funktionieren der Behörde gefestigt werden. Beide Aspekte – die Unabhängigkeit und das Verantwortungsbewusstsein – sollen zur Glaubwürdigkeit der Behörde beitragen (Gilardi/Braun 2002, 155). Gegenüber den einleitend erläuterten theoretischen Überlegungen muss eine solche Auslagerung nach diesem Verständnis nicht zwingend mit einem *Bureaucratic Drift* einhergehen. Im Gegenteil: Aufgrund der Organisationsautonomie besteht die Möglichkeit, dass solche Behörden die Anforderungen an die Unabhängigkeit selbst konkretisieren, um das ordnungsgemässe Funktionieren zu garantieren. Grund dafür ist das Interesse der ausgelagerten Behörde, die eigene Glaubwürdigkeit mit Unabhängigkeitsstandards zu festigen und sich gegenüber möglichem Re-

*gulatory Capture* abzugrenzen. Demnach werden mögliche gesetzgeberische Lücken hinsichtlich ihrer Organisationsautonomie durch die Behörden selber geschlossen.

Ob und in welchen Fällen Aufsichts- und Regulierungsbehörden der dezentralen Bundesverwaltung ihren Spielraum zur Konkretisierung von Normen nutzen, steht im Zentrum des vorliegenden Beitrags. Konkret wird dies anhand der Kompensation möglicher gesetzgeberischer Lücken bei Aspekten der Unabhängigkeit diskutiert. Neben den Erkenntnissen zum Verantwortungsbewusstsein der ausgelagerten Behörden leistet der Beitrag Antworten zur Frage nach ihrem Spielraum sowie der Dichte der Regelungen.

Die Erkenntnisse aus der Evaluation der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle (PVK) zur Unabhängigkeit von Aufsichts- und Regulierungsbehörden der dezentralen Bundesverwaltung (PVK 2015a, PVK 2015b) dienen als Diskussionsgrundlage. Die PVK wurde von den Geschäftsprüfungskommissionen der eidgenössischen Räte (GPK) für die erwähnte Evaluation mandatiert.<sup>2</sup> Das Ziel der Evaluation war es, die rechtlichen Grundlagen zur Sicherstellung der Unabhängigkeit von Aufsichts- und Regulierungsbehörden zu identifizieren und zu beurteilen. Im Zentrum des Interesses standen die Anwendung der rechtlichen Vorgaben aus Sicht der Praxis und die vom Bundesrat im Rahmen seiner Kompetenzen unternommene Sicherstellung der Unabhängigkeit dieser Behörden. Für die Evaluation wurden Behörden der dezentralen Bundesverwaltung ausgewählt, die über spezialrechtlich definierte Kompetenzen der Wirtschafts- und/oder Sicherheitsaufsicht verfügen.<sup>3</sup> Untersucht wurden die rechtlichen Grundlagen zur Unabhängigkeit (Gesetze und Verordnungen) bei 16 Behörden der dezentralen Bundesverwaltung und deren Konkretisierung und Anwendung bei fünf von der zuständigen Subkommission der GPK des Ständerats bestimmten Behörden (Swissmedic, Eidg. Nuklearsicherheitsinspektorat [ENSI], Eidg. Revisionsaufsichtsbehörde [RAB], Eidg. Kommunikationskommission [ComCom], Wettbewerbskommission [WEKO]). Leitfadengestützte Interviews mit 43 Personen des Bundes, der Behörden und der beaufsichtigten Branchen dienten als Grundlage für die Analyse der Anwendung der Normen und von deren Zweckmässigkeit.<sup>4</sup> Die Evaluation wurde in Zusammenarbeit mit Prof. Dr. Andreas Lienhard (Kompetenzzentrum für Public Management KPM, Universität Bern) und der Firma bolz+partner durchgeführt (Lienhard/Bolz/Wuest, 2014).

Im anschliessenden Abschnitt werden verschiedene Dimensionen der Unabhängigkeit vorgestellt und der hier gewählte Fokus auf die personelle Unabhängigkeit wird begründet. Im dritten Abschnitt stehen die Erkenntnisse aus den fünf analysierten Fällen im Zentrum. Die wesentlichen Erkenntnisse werden im

vierten Abschnitt zusammengetragen und diskutiert. Der letzte Abschnitt legt die allgemeinen Folgerungen der PVK und die politischen Folgerungen der GPK des Ständerats dar.

## **2 Unabhängigkeit von Aufsichts- und Regulierungsbehörden**

Die Unabhängigkeit von Aufsichts- und Regulierungsbehörden wird einerseits als Unabhängigkeit von den Beaufsichtigten und andererseits als Unabhängigkeit von der Politik, d. h. der Einflussnahme durch Politik, Regierung und Organe der Verwaltung, verstanden. Die Behörde resp. ihre einzelnen Mitglieder sollen ihre Entscheide ohne innere Konflikte aufgrund von Interessenkollisionen, Beziehungen oder anderen Gründen treffen können. Entlang verschiedener Dimensionen lässt sich die Unabhängigkeit differenzieren. Dabei berücksichtigten wir in der Evaluation insbesondere die vom Bundesrat im Jahr 2002 im Rahmen der Botschaft über die Revision des Nationalbankgesetzes<sup>5</sup> vorgenommene Einteilung in funktionale, institutionelle, personelle und finanzielle Unabhängigkeit.

Die *funktionale Unabhängigkeit* geht davon aus, dass die Unabhängigkeit der Aufgabenerfüllung im Vordergrund steht. Die Unabhängigkeit wird nicht primär als rechtlich verankertes Organisationsmerkmal, sondern als auf die Tätigkeit selbst bezogenes Merkmal verstanden. Nach diesem Verständnis kann die Behörde ihren Auftrag frei von Weisungen und Einfluss jeglicher Art erfüllen. Die *institutionelle Unabhängigkeit* umschreibt die Eigenständigkeit der Organisation. Im Vordergrund stehen Fragen, wie weit sich die Behörde selbst intern organisieren kann und inwieweit und in welcher Form sie gegenüber dem Bund Rechenschaft über ihre Tätigkeit ablegen muss. Die *personelle Unabhängigkeit* betrifft die Frage, ob das Personal der Behörde im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben und ihrer Aufgabe frei von Interessenbindungen und -kollisionen sowie ohne Beeinflussung jeglicher Art entscheiden kann. Behörden werden unterschiedlich finanziert (Gebühren, Leistungsauftrag durch den Bund usw.). Diese Finanzierungsweisen wirken sich unterschiedlich auf die Unabhängigkeit einer Behörde aus. Ebenfalls sind der Budgetprozess sowie die Budgetverantwortung für die *finanzielle Unabhängigkeit* relevant.

Um die selbständige Kompensation gesetzgeberischer Lücken durch die ausgelagerten Aufsichts- und Regulierungsbehörden zu beurteilen, wird im vorliegenden Beitrag die personelle Unabhängigkeit fokussiert. Der Grund liegt darin, dass im Rahmen dieser Dimension hauptsächlich Aspekte der Unabhängigkeit gegenüber den Beaufsichtigten betroffen sind. Sofern die Regulierung der Unabhängigkeit nicht bereits vom Gesetzgeber vorgegeben ist, stärkt eine Behörde entsprechend den Annahmen aus dem ersten Abschnitt die Anforderungen an die eigene Unabhängigkeit gegenüber den Beaufsichtigten. Zudem wird im vor-

liegenden Beitrag eruiert, ob eine allgemeine rechtliche Verankerung der personellen Unabhängigkeit vorhanden ist.

Die Gewährleistung der personellen Unabhängigkeit äussert sich zunächst bei den Bestimmungen über die Wahl des Leitungsgremiums (entsprechend einem Verwaltungsrat). So kann die Unabhängigkeit beispielsweise relativiert werden, indem auch Interessenvertreter für ein Leitungsgremium vorgesehen sein können. Da die Wahl der Mitglieder bei allen Behörden aufgrund gesetzlicher Vorgaben dem Bundesrat obliegt, existiert für die Behörde dahingehend kein Spielraum. Ein solcher besteht jedoch etwa bei der Festlegung der Ausstandsgründe oder dem Erlass eines Verhaltenskodex, was in der Regel vom Gesetzgeber nicht explizit gefordert wird. Ähnlich ist es bei der transparenten Offenlegung von Interessenbindungen. Zu rigide Anforderungen an die Unabhängigkeit von Mitarbeitenden können je nach Branche aber auch verunmöglichen, dass fachkompetente Personen für ein bestimmtes Amt in Frage kommen. Wichtig ist, dass eine Balance zwischen der Sicherstellung der personellen Unabhängigkeit und der nötigen Fachkompetenz gefunden wird. Diese Aspekte gelten für Personen in Leitungsgremien, weiter aber auch für die Mitarbeitenden der Behörden der dezentralen Bundesverwaltung.

Es ist festzuhalten, dass in höherem Mass zugesicherte Unabhängigkeit – in allen Bereichen – nicht zwingend besser für eine zweckmässige Aufgabenerfüllung ist. Die Unabhängigkeit ist demnach nicht Selbstzweck. Eine zweckmässige Unabhängigkeit ergibt sich vielmehr aus der spezifischen Aufgabe und Funktion einer Behörde.

### **3 Erkenntnisse**

Der Überblick über die Aufsichts- und Regulierungsbehörden zeigt eine Diversität an Regelungen in den Gesetzen und Verordnungen und vor allem Differenzen in der Regelungsbreite und -tiefe, die nicht immer funktional oder anderweitig begründbar scheinen. Eine Einheitlichkeit oder konzeptionelle Konsistenz bezüglich der Normierung der personellen Unabhängigkeit ist kaum erkennbar.

Die Normierung der einzelnen Behörden wird hauptsächlich durch die rechtliche Ausgestaltung geprägt, die sich aus den Spezialgesetzen mit den massgeblichen Vorschriften betreffend Organisation und Unabhängigkeit ergibt. Ergänzend kommen – nach Massgabe der Spezialgesetzgebung – die allgemeinen bundesrechtlichen Vorschriften zur Geltung. Für die Behördenkommissionen finden sich allgemeine Festlegungen im Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG, SR 172.010) und in der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOV; 172.010.1). Letztere bezieht sich im Wesentlichen bloss auf die Offenlegung von Interessenbindungen.

Die Kompensation von gesetzgeberischen Lücken durch Aufsichts- und Regu-  
lierungsbehörden der dezentralen Bundesverwaltung wird im Folgenden anhand  
der ausgewählten Behörden diskutiert. Ausführlichere Informationen zu den  
Grundlagen sowie weiteren Aspekten der Unabhängigkeit dieser Behörden und  
die dazugehörigen Quellen sind in den Berichten der PVK zu finden (PVK 2015a,  
PVK 2015b).

### **3.1 Schweizerisches Heilmittelinstitut**

Das Schweizerische Heilmittelinstitut (Swissmedic) ist die schweizerische Zulas-  
sungs- und Aufsichtsbehörde für Heilmittel (Arzneimittel und Medizinprodukte).  
Die Swissmedic ist eine öffentlich-rechtliche Anstalt.

Basis für die Tätigkeit der Swissmedic ist das Heilmittelrecht. Gegenwärtig ist  
das Heilmittelgesetz (HMG, SR 812.21) in Teilrevision.<sup>6</sup> In der aktuellen Version des  
Gesetzes fehlt eine generelle Vorschrift zur Unabhängigkeit der Swissmedic.  
Ebenso hat der Gesetzgeber die personelle Unabhängigkeit auf Stufe Gesetz und  
Verordnung nicht reguliert. Es fehlen jegliche Bestimmungen hinsichtlich der  
Unabhängigkeit des Institutsrats, der Direktion und des Personals.

Die Swissmedic hat die fehlenden Regulierungen auf Stufe Gesetz und Ver-  
ordnungen durch umfangreiche interne Reglemente ausgefüllt. So wird das  
Thema der Unabhängigkeit vom Markt in Ausführungsbestimmungen der Swiss-  
medic eingehend aufgenommen. Es bestehen ein Verhaltenskodex für die Mitar-  
beitenden, ein Verhaltenskodex für den Institutsrat mit Deklarationspflicht von  
Interessenbindungen und ein Kodex für Mitglieder des externen Experten-Komi-  
tees. Die Anforderungen werden aus Sicht der Praxis als zweckmässig bezeich-  
net, nicht zuletzt weil man trotz der anspruchsvollen Regelungen die Möglich-  
keit hat, qualifiziertes Personal zu rekrutieren.

Das Thema der Unabhängigkeit vom Markt wurde von der Swissmedic somit  
erkannt und im Rahmen der eigenen Möglichkeiten geregelt. Die normativen  
Grundlagen auf Stufe Gesetz und Verordnung hinken indessen nach. Mit der Re-  
visionsvorlage des Heilmittelgesetzes wird u. a. die personelle Unabhängigkeit  
entsprechend den bereits bestehenden Vorgaben bei der Swissmedic gestärkt.

### **3.2 Eidgenössisches Nuklearsicherheitsinspektorat**

Das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat (ENSI) ist die Aufsichtsbe-  
hörde des Bundes für die nukleare Sicherheit und Sicherung der schweizerischen  
Kernanlagen. Das ENSI ist als öffentlich-rechtliche Anstalt konzipiert.

Im ENSI-Gesetz (EnsiG, SR 732.2) wird allgemein festgehalten, dass das ENSI  
seine Aufgaben selbständig und unabhängig ausübt. Hinsichtlich der personellen  
Unabhängigkeit werden in der entsprechenden Verordnung für die Mitglieder

des Leitungsgremiums u. a. die Ausübung wirtschaftlicher Tätigkeiten, das Halten von Beteiligungen an Unternehmen sowie die Ausübung von weiteren Ämtern eingeschränkt. Die personelle Unabhängigkeit ist beim ENSI im Bereich der Geschäftsleitung und des Personals eher schwach geregelt. So findet sich im Gesetz keine Unabhängigkeitsvorschrift, während die Verordnung nur die Unabhängigkeit des ENSI-Rats regelt.

Eine ausführliche Konkretisierung der allgemeinen gesetzlichen Unabhängigkeitsbestimmungen ist in dem vom ENSI erlassenen Personalreglement sowie im ebenfalls von der Behörde selbst erlassenen Verhaltenskodex zu finden. Der Kodex regelt den Umgang mit Interessenbindungen aller Mitarbeitenden. Die Anforderungen an die Unabhängigkeit von Dritten wird zudem in einem Prozessbeschreibung festgelegt. Das ENSI kennt eine spezifisch für den Verhaltenskodex beauftragte Person. Diese stellt u. a. sicher, dass die für das ENSI tätigen Personen schriftlich Kenntnis vom Verhaltenskodex erhalten, führt Schulungen durch und überwacht die Einhaltung des Verhaltenskodexes durch die Mitarbeitenden. Daten zur Kontaktierung wie auch Aussagen aus den Gesprächen belegen die aktive Tätigkeit dieser Person zur Stärkung der Unabhängigkeit.

Das ENSI hat entsprechend dem rechtlichen Rahmen die Unabhängigkeitsvorschriften für alle Personalebene konkretisiert. Der Verhaltenskodex wurde nach der Atomkatastrophe von Fukushima und der in der Folge genaueren Beobachtung des ENSI sowie der anschliessenden Kritik an der Unabhängigkeit dieser Behörde eingeführt. Allgemein ist die Thematik der Unabhängigkeit in der Behörde weit oben auf der Agenda und die Mitarbeitenden werden in verschiedener Hinsicht sensibilisiert.

### **3.3 Eidgenössische Revisionsaufsichtsbehörde**

Der Grundauftrag der Eidgenössischen Revisionsaufsichtsbehörde (RAB) liegt darin, die Qualität von gesetzlichen Revisionsdienstleistungen zu gewährleisten bzw. zu fördern. Bei der RAB handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Anstalt.

Das Revisionsaufsichtsgesetz (RAG, SR 221.302) garantiert die Unabhängigkeit der RAB. Das Gesetz und die dazugehörige Verordnung halten ebenfalls Aspekte der personellen Unabhängigkeit sehr präzise fest, beispielsweise in Bezug auf die Unabhängigkeit Dritter sowie auf die Regulierungspflicht der Interessenkonflikte im Bereich des Personals. Dem Verwaltungsrat wird vorgeschrieben, dass er die nötigen Massnahmen zur Vermeidung von Interessenkonflikten trifft. Explizit wird ein Verhaltenskodex gefordert.

Der durch die Behörde erlassene Verhaltenskodex ist ausführlich gestaltet und beinhaltet strenge Verhaltensgrundsätze und Bestimmungen über Nebentätigkeiten. Bemerkenswert ist, dass die in der RAB tätigen Personen die Mitglied-

schaft in bedeutenden Branchenverbänden zu kündigen haben. Ebenso gibt es eine strenge Regel, wonach eine von einem beaufsichtigten Revisionsunternehmen zur RAB wechselnde Person für fünf Jahre bei Geschäften, welche dieses Unternehmen betreffen, in den Ausstand treten muss. Dazu kommt die behördeninterne Kompetenzordnung, welche die Auswirkungen von unerwünscht interessengeleitetem Handeln eindämmen soll. Die RAB verfügt über eine zuständige Stelle, die für die Umsetzung des Verhaltenskodexes sorgt.

Die Sensibilität bei Fragen der Unabhängigkeit war dem Gesetzgeber offensichtlich bewusst. Aufgrund der klaren Vorgaben des Gesetzgebers ist der Spielraum für die Ausführungsbestimmungen eher gering. Der Kodex wird denn auch regelmässig in der RAB besprochen. Die Unabhängigkeitsdiskussion wird im Bereich der RAB dadurch begünstigt, dass die ganze Branche das Thema als wichtige Voraussetzung der Profession anerkennt, weshalb der Boden für das Verhältnis zwischen Aufsicht und Beaufsichtigten gut vorbereitet ist.

### **3.4 Eidgenössische Kommunikationskommission**

Die Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom) ist die unabhängige Konzessions- und Regulierungsbehörde im Fernmeldebereich in der Schweiz. Die ComCom ist in der Form einer Behördenkommission organisiert.

Im Fernmeldegesetz (FMG, SR 784.10) wird das Gewicht auf die Unabhängigkeit der ComCom vom Bund gelegt. Nicht angesprochen wird die Unabhängigkeit gegenüber der beaufsichtigten Branche. Was die personelle Unabhängigkeit betrifft, hält die Gesetzgebung einzig fest, dass die Mitglieder der Kommission unabhängige Sachverständige sein müssen.

Die ziemlich umfassenden Festlegungen zur Unabhängigkeit vom Bund im Gesetz werden weder in einer Verordnung noch im Geschäftsreglement oder einem Verhaltenskodex näher ausgeführt. Zur Sicherstellung der Unabhängigkeit der Mitglieder der Kommission wurde 2009 eine Weisung des zuständigen Departements zur Offenlegung von Interessen erlassen. Darin wird die Unabhängigkeit gegenüber der Bundesverwaltung wie auch gegenüber privaten Interessen erwähnt. Wie weitgehend diese Unabhängigkeit verstanden werden muss, bleibt unklar. Allgemein geht man jedoch davon aus, dass beispielsweise keine Mandate von Firmen gehalten werden dürfen, die beaufsichtigt werden.

Bemerkenswert ist, dass gesetzlich kein allgemeiner Unabhängigkeitsgrundsatz vom Markt und von Interessen statuiert wird. Die rudimentäre Regelung in der Gesetzgebung wurde auch von der Behörde nicht geschlossen. Exponenten der Behörde haben es zudem nicht als nötig empfunden, im Bereich der Unabhängigkeit explizitere Anforderungen an die Mitglieder der Kommission zu stellen.

### 3.5 Wettbewerbskommission

Die Wettbewerbskommission (WEKO) ist eine unabhängige Behördenkommission, der die Anwendung des Kartellgesetzes (KG, SR 251) sowie des Binnenmarktgesetzes (BGBM, SR 943.02) obliegt.

Die Unabhängigkeit der WEKO ist im Kartellgesetz vergleichsweise gering ausgestaltet. Während die Unabhängigkeit von den Verwaltungsbehörden im Gesetz noch ausdrücklich genannt wird, beschränkt sich der Gesetzgeber im Bereich der Unabhängigkeit von der Wirtschaft auf die Pflicht zur Offenlegung von Interessenbindungen. Die Unabhängigkeit vom Markt wird ansonsten nicht thematisiert. Die personelle Unabhängigkeit ist – abgesehen von der Pflicht zur Offenlegung von Interessenbindungen – kaum normiert. Im Gegenteil: Die Interessenvertretung in der Kommission ist im Gesetz sogar explizit vorgesehen, was im Vergleich zu den anderen Behörden einzigartig ist. Durch diese politisch gewollte Präsenz von Interessenvertreterinnen und -vertretern sollte das Fachwissen gestärkt werden. Die Unabhängigkeit der Entscheide der WEKO kann durch eine korrekte Anwendung von Ausstandsregeln garantiert werden. Die Vertreterinnen und Vertreter aus Verbänden verfügen jedoch über einen Informationsvorsprung gegenüber anderen Verbänden.

Die Behörde selbst hat einen Verhaltenskodex für die Kommission und die Mitarbeitenden erlassen. Der Verhaltenskodex sieht allgemeine Regelungen bezüglich Interessenkonflikten vor und verankert Meldepflichten. Dabei handelt es sich hauptsächlich um eine Konkretisierung der gesetzlichen Anforderungen. Neben den Interessenbindungen werden ebenfalls die finanziellen Beteiligungen offengelegt. All dies führt gemäss den Aussagen der befragten Mitarbeitenden zu einem hohen Bewusstsein der Unabhängigkeitsthematik in der gesamten Belegschaft.

Die Behörde verfügt aufgrund der gesetzlichen Vorgaben über wenig Spielraum zur Stärkung der personellen Unabhängigkeit.

## 4 Diskussion

Gewisse Lücken in den vom Gesetzgeber erlassenen rechtlichen Grundlagen von Aufsichts- und Regulierungsbehörden der dezentralen Bundesverwaltung werden bei den allgemeinen Unabhängigkeitsgrundsätzen wie auch bei der personellen Unabhängigkeit festgestellt. Die personelle Unabhängigkeit wird von Behörde zu Behörde unterschiedlich intensiv geregelt. An manchem Ort ist kein Grundsatz der Unabhängigkeit der Behörde und ihres Personals vom Markt bzw. der beaufsichtigten Branche festgehalten. Keine oder nur rudimentäre Regelungen sind verschiedentlich bei Aufsichts- und Regulierungsbehörden u. a. bezüglich Rollenakkumulationen bzw. Interessenkonflikten beim Leitungsgremium,

bei Vorgaben an die operative Ebene (Direktion und das übrige Personal) sowie Verpflichtung zur Anwendung von Verhaltenskodexen festzustellen. Insbesondere die Delegation zur Selbstregulierung fehlt oftmals in den Spezialgesetzen und insbesondere im RVOG. Die gesetzlichen Normen werden in den Verordnungen nur beschränkt und häufig punktuell präzisiert. Im Bereich der Behördenkommissionen reguliert die RVOV einzig die Offenlegung von Interessenbindungen.

Die untersuchten Behörden haben die gesetzgeberischen Lücken unterschiedlich kompensiert. Während bei der Swissmedic auf Gesetzes- und Verordnungsebene keine Vorschriften zu finden sind, werden diese Lücken detailliert und nach Funktion unterschiedlich in Verhaltenskodexen von der Behörde selbst kompensiert. Ebenfalls zeigen sich bei der ComCom nur rudimentäre Anforderungen auf Gesetzes- und Verordnungsebene. Diese werden von der Behörde jedoch nicht konkretisiert, da es für diese dazu keinen Anlass gibt. Vom ENSI werden einzelne Aspekte der Unabhängigkeit auf Ebene Reglement von der Behörde ergänzt, auch wenn diese in der Gesetzgebung bereits relativ ausführlich festgehalten werden. Beinhaltet eine Gesetzgebung klare Aufträge (wie im Falle der RAB), besteht für eine Behörde kaum ein Spielraum, diese in Reglementen zu ergänzen; sie kann sie höchstens konkretisieren. Ähnliches zeigt sich bei der WEKO.

Aus den Gesprächen mit Exponentinnen und Exponenten der strategischen und operativen Ebenen der Behörden sowie mit Bundes- und Branchenvertreterinnen und -vertretern hat sich gezeigt, dass den Unabhängigkeitsvorschriften der Behörden selber ein hoher Stellenwert zukommt. Insbesondere kann der Unabhängigkeitsfrage mit den Geschäftsreglementen und den eigenen Verhaltenskodexen Rechnung getragen werden. Gegenüber einer allgemeinen Regelung wie in der RVOV können mit behördenspezifischen Regelungen die Anforderungen an die Unabhängigkeit dem jeweiligen Umfeld angepasst werden. Ein genaues Austarieren der Anforderungen an das Leitungsgremium und das Personal ist für jeden Aufsichts- und Regulierungsbereich wichtig, um gleichzeitig die nötigen Fachkräfte für die Behörde rekrutieren zu können. Die verschiedentlich in Behörden eingesetzten Verantwortlichen für den Kodex und deren Arbeit in Form von Information und Sensibilisierung unterstützen die Stärkung der Unabhängigkeitskultur in einer Behörde.

Die Gründe für die Ergänzungen von Regulierungen oder die diesbezügliche Zurückhaltung der Behörden sind vielschichtig. Obwohl die Evaluation nicht auf das Eruiere dieser Gründe ausgelegt war, ergeben sich daraus verschiedene Hinweise. Grundsätzlich benötigt die Behörde Spielraum zur Ergänzung der Unabhängigkeitsanforderungen des Gesetzgebers. Bestehen keine Anforderungen in Gesetz und Verordnung, so verfügt die Behörde im Rahmen ihrer Organisations-

autonomie über einen breiten Spielraum. Beinhaltet das Gesetz oder die Verordnung hingegen klare Aufträge, so ist der Spielraum für die Behörde gering, um eigene Regelungen zur Anforderungen an die Unabhängigkeit zu erlassen. Der Anlass zur Veränderung bei den Unabhängigkeitsanforderungen durch die Behörde selbst war verschiedentlich Kritik von aussen. Als Beispiel sei die Einführung des Verhaltenskodex beim ENSI nach der Atomkatastrophe von Fukushima und der darauf folgenden medialen Kritik genannt. Zur Sicherstellung der eigenen Glaubwürdigkeit war die Behörde zum Handeln gedrängt und hat Verantwortungsbewusstsein bewiesen. Aufgrund der langwierigen Gesetzgebungsprozesse ist die Anpassung von Reglementen der pragmatische Weg für eine Ergänzung der Anforderungen und unterstreicht gleichzeitig die Handlungsfähigkeit der Behörde.

## 5 Schlussfolgerungen

Zusammengefasst zeigen die Ergebnisse, dass einzelne Aufsichts- und Regulierrungsbehörden der dezentralen Bundesverwaltung im Rahmen ihrer Organisationsautonomie selbstständig mit der Kompensation von Lücken in der Gesetzgebung – und grundsätzlich im Sinne des Gesetzgebers – reagiert haben. Auch wenn die Reaktion verschiedentlich aufgrund von äusserer Kritik erfolgte, so entsprach diese auch dem Sinn des Gesetzgebers. Ein *Bureaucratic Drift* ist in dieser Thematik demnach nicht erkennbar. Im Gegenteil: Entgegen verbreiteter theoretischer Annahmen kann mit diesen Erkenntnissen gezeigt werden, dass ausgelagerte Behörden, u. a. mit dem selbstständigen Setzen von Unabhängigkeitsanforderungen zur Stärkung der Glaubwürdigkeit, sich aktiv gegen sogenanntes *Regulatory Capture* stemmen. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn keine Anforderungen oder klare Delegationsnormen in Gesetz und Verordnung aufgeführt sind und die Behörden dementsprechend über Spielraum verfügen. Ebenfalls hat sich gezeigt, dass die Initiative zum selbstständigen Setzen von Unabhängigkeitsanforderungen dann ergriffen wird, wenn Druck von aussen besteht; so waren in der diskutierten Untersuchung die Behörden unter medialer Beobachtung stärker zur Handlung gedrängt als andere.

Evaluationen der PVK bilden die Grundlage für die Arbeiten von parlamentarischen Kommissionen, in aller Regel der GPK. Die Evaluationsberichte beinhalten selbst keine Handlungsempfehlungen. Basierend auf den Ergebnissen der hier diskutierten Evaluation hat die GPK des Ständerats ihren Bericht zuhanden des Bundesrats mit vier Empfehlungen verabschiedet (GPK 2015). Was die in diesem Beitrag behandelte Thematik betrifft, ist die GPK des Ständerats der Auffassung, dass der Normierung der personellen Unabhängigkeit von Aufsichts- und Regulierrungsbehörden bei zukünftigen Gesetzesvorhaben verstärkt Rechnung

getragen werden muss. Namentlich soll dies durch klare Verpflichtungen zur Selbstregulierung und allenfalls durch entsprechende Controllinginstrumente (z. B. Genehmigungsvorbehalt der Verhaltenskodexe, Überprüfung im Rahmen der jährlichen Berichterstattung) der Fall sein. Zudem ersucht sie den Bundesrat, seine Verordnungs- und Aufsichtskompetenzen gegenüber den Aufsichts- und Regulierungsbehörden konsequent einzusetzen, um die Selbstregulierung in allen Behörden zu stärken. Hierzu könnte er beispielsweise Grundsätze der *Best Practice* erarbeiten.

*Felix Strebel, Dr. phil., Projektleiter, Parlamentarische Verwaltungskontrolle, Parlamentsdienste, Bern, E-Mail: felix.strebel@parl.admin.ch*

#### Anmerkungen

- 1 Wird im vorliegenden Beitrag von Behörde gesprochen, so wird darunter immer eine Aufsichts- oder Regulierungsbehörde der dezentralen Bundesverwaltung verstanden.
- 2 Die PVK wird von den parlamentarischen Kommissionen mit Evaluationen beauftragt, bleibt in ihrer Arbeit jedoch unabhängig.
- 3 Für die hier verwendete Definition der ausgelagerten Behörde siehe PVK 2015a, S. 9.
- 4 In der Evaluation wurde die Frage der Unabhängigkeit der Behörden in Einzelentscheiden (z. B. die Arzneimittelprüfung der Swissmedic oder Sicherheitsüberprüfungen des ENSI) aufgrund der eingeschränkten parlamentarischen Oberaufsicht nicht thematisiert. Grundlegend zur Ausgestaltung der Oberaufsicht bei ausgelagerten Verwaltungsträgern siehe Lienhard 2008 S. 5 ff.
- 5 Schweizerischer Bundesrat, 2002, Botschaft vom 26. Juni 2002 über die Revision des Nationalbankgesetzes (BBl 2002 6097).
- 6 Am 15. Januar 2013 wurden die Botschaft und der Gesetzesentwurf des Heilmittelgesetzes im Bundesblatt veröffentlicht (Schweizerischer Bundesrat, 2013).

#### Literaturverzeichnis

- Downs, Anthony, 1957, An Economic Theory of Political Action in a Democracy, *Journal of Political Economy*, 65/2, S. 135–150.
- Epstein, David / O'Halloran, Sharyn, 1994, Administrative Procedures, Information, and Agency Discretion, *American Journal of Political Science*, 38/3, S. 697–722.

- Gilardi, Fabrizio / Braun, Dietmar, 2002, Delegation aus der Sicht der Prinzipal-Agent-Theorie, *Politische Vierteljahresschrift*, 2002/43, S. 147–161.
- GPK, 2015, Sicherstellung der Unabhängigkeit von Regulierungs- und Aufsichtsbehörden, Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates vom 8. Oktober 2015.
- Lienhard, Andreas, 2009, Grundlagen der Public Corporate Governance, in: Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht SVVOR (Hrsg.), *Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht*, Jahrbuch 2008, S. 43–77.
- Lienhard, Andreas, 2008, Steuerung und Kontrolle ausgelagerter Verwaltungsträger durch das Parlament, *Mitteilungsblatt der Schweizerischen Gesellschaft für Parlamentsfragen*, 11/3, S. 5–12.
- Lienhard, Andreas / Bolz, Urs / Wüest, David, 2014, Evaluation zur Sicherstellung der Unabhängigkeit der Aufsichts- und Regulierungsbehörden der dezentralen Bundesverwaltung, Normanalyse, Studie im Auftrag der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle (PVK), September 2014.
- Pasquier, Martial / Fivat, Etienne, 2013, Die autonomen öffentlichen Organisationen, in: Ladner, Andreas / Chappelet, Jean-Loup / Emery, Yves / Knoepfel, Peter / Mader, Luzius / Soguel, Nils / Varone, Frédéric (Hrsg.), *Handbuch der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz*, Zürich, S. 183–198.
- PVK, 2015a, Evaluation der Unabhängigkeit von Aufsichts- und Regulierungsbehörden der dezentralen Bundesverwaltung, Bericht der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates vom 2. Februar 2015.

- PVK, 2015b, Evaluation der Unabhängigkeit von Aufsichts- und Regulierungsbehörden der dezentralen Bundesverwaltung, Materialien der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates vom 2. Februar 2015.
- Schweizerischer Bundesrat, 2013, Botschaft vom 7. November 2012 zur Änderung des Heilmittelgesetzes (BBl 2013 1).
- Schweizerischer Bundesrat, 2006, Bericht des Bundesrates vom 13. Sept. 2006 zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben (Corporate-Governance-Bericht, BBl 2006 8233).
- Schweizerischer Bundesrat, 2002, Botschaft vom 26. Juni 2002 über die Revision des Nationalbankgesetzes (BBl 2002 6097).
- Stigler, George J., 1971, The Theory of Economic Regulation, *Bell Journal of Economics and Management Science*, 2/1, S. 1–21.

## Résumé

*L'article montre que le législateur n'a, dans certains cas, instauré l'indépendance des autorités de surveillance ou de régulation de l'administration fédérale décentralisée ni dans des lois spéciales, ni sous la forme d'une norme de délégation. Toutefois, les autorités décentralisées comblent elles-mêmes ponctuellement, dans des règlements, les lacunes de ce type pour adapter la pratique à la norme générale de l'indépendance et aux exigences externes. Ce phénomène est examiné à la lumière des résultats d'une évaluation effectuée par le Contrôle parlementaire de l'administration (CPA).*