

Entscheidbesprechungen Discussions d'arrêts actuels

1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht/ Droit constitutionnel et administratif

1.22. Staats- und Beamtenhaftungsrecht/ Responsabilité de l'État et des agents publics

Securitas AG mit öffentlich-rechtlicher Aufgabe?

Besprechung von BGer, 2C_69/2021, 17.12.2021

Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil 2C_69/2021 vom 17. Dezember 2021 (zur Publikation vorgesehen), Securitas AG, Schweizerische Bewachungsgesellschaft gegen Eidgenössisches Finanzdepartement, Staatshaftung, die Kostentragung unentgeltlicher Rechtspflege durch besondere Organisationen, die mit Aufgaben des Bundes betraut worden sind (Art. 19 VG).



OLIVER GAUTSCHI*



TAMARA CHANTAL WANNER**

Art. 19 VG dehnt die Staatshaftung auf juristische Personen des Privatrechts aus, die mit einer Verwaltungsaufgabe betraut worden sind. Die Anwendung dieser Bestimmung setzt allerdings voraus, dass der ausserhalb der Bundesverwaltung stehenden juristischen Person die öffentlich-rechtliche Aufgabe durch ein hinreichend bestimmtes Bundesgesetz übertragen wurde. Das Bundesgericht duldet auch die Betrauung Privater mit sicherheitspolizeilichen Aufgaben, sofern besonders strenge Anforderungen an die Normdichte eingehalten werden. Im vorliegenden Fall fehlte es gemäss Bundesgericht jedoch an genügenden formellgesetzlichen Grundlagen, um der Securitas AG Sicherheitsaufgaben in Bundesasylzentren abzutreten. Der Bund bleibt somit direkt haftbar und ist zuständig für Staatshaftungsansprüche und die Gewährung unentgeltlicher Rechtspflege.

I. Sachverhalt

Die Securitas AG (Beschwerdeführerin) war mit der Aufgabe betraut, unter anderem im Empfangs- und Verfahrenszentrum (EVZ) Kreuzlingen sämtliche anfallenden Sicherheitsdienstleistungen zu erbringen. Die Aufgabe wurde ihr mit der *Rahmenvereinbarung betreffend Sicherheitsdienstleistungen sowie Patrouillendienste* übertragen. Vertragspartnerin und Auftraggeberin war das Bundesamt für Migration (BFM), heute das Staatssekretariat für Migration (SEM).

Am 14. Mai 2018 kam es im EVZ Kreuzlingen zu einer tätlichen Auseinandersetzung zwischen zwei Mitarbeitern der Securitas AG und A., einem Asylsuchenden. A. verletzte sich dabei und beantragte am 13. Mai 2019 von der Securitas AG Schadenersatz und Genugtuung und ersuchte um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege unter Beordnung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands.

Das Begehren von A. um unentgeltliche Rechtspflege veranlasste die Securitas AG, sich am 23. Dezember 2019 an das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD, Beschwerdegegnerin) zu wenden: Die Securitas AG sehe sich als eine mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben des Bundes betraute Organisation i.S.v. Art. 19 VG¹. Sie gedenke demnach, das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gutzuheissen, wolle aber vorweg klären, ob der Bund diese Kosten selbst begleiche.

Das EFD las aus diesem Schreiben ein Feststellungsbegehren auf Übernahme der Kosten durch den Bund und wies es am 24. Januar 2020 ab: Das eidgenössische Verantwortlichkeitsrecht verpflichte den Bund nicht zur Übernahme der Kosten der unentgeltlichen Rechtspflege.

Daraufhin gelangte die Securitas AG mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht: Es sei festzustellen, dass die Kosten, die der Securitas AG im Rahmen des gegen sie gerichteten Verantwortlichkeitsverfahrens aus der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege an A. entstehen, vom Bund übernommen werden. Das Bundesverwaltungsgericht wies die Beschwerde am 3. Dezember 2020 ab und die Securitas AG erhob Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht.

Vor der öffentlichen Beratung bezog der Instruktionsrichter den Asylsuchenden A. in das Verfahren mit ein. Der Instruktionsrichter lud ihn, die Verfahrensbeteiligten (Securitas AG / EFD) und das SEM am 27. Juli 2021 zu einer Stellungnahme ein, ob Art. 19 VG anwendbar sei.

* OLIVER GAUTSCHI, MLaw, Doktorand und Diplomassistent am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht III, Universität Freiburg.

** TAMARA CHANTAL WANNER, MLaw, Doktorandin und Diplomassistentin am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht III, Universität Freiburg.

¹ Bundesgesetz vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz, VG; SR 170.32).

II. Erwägungen des Bundesgerichts

Die dem Bundesgericht vorliegende Streitfrage war, ob der Bund die Kosten tragen muss, die der Securitas AG aus der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege entstehen. Das Gericht prüfte zunächst aber, ob die Beschwerdeführerin eine mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben des Bundes betraute Organisation im Sinne von Art. 19 VG sei. Würde die Anwendbarkeit von Art. 19 VG verneint, würde auch die Streitfrage gegenstandslos werden, «weil die Beschwerdeführerin in diesem Fall nicht Haftungssubjekt und folglich auch nicht zuständig wäre, über die Haftungsansprüche und die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu verfügen» (E. 2.2). Sowohl die Vorinstanz wie «implizit» auch die Verfahrensbeteiligten seien davon ausgegangen, dass die Securitas AG eine in diesem Sinne betraute Organisation sei (E. 2.3). Im Verfahren vor Bundesgericht hingegen «macht [die Securitas AG] – im Gegensatz zur bisher vertretenen Auffassung – geltend, sie sei lediglich unterstützend beigezogen worden und Art. 19 VG sei deshalb nicht anwendbar» (E. 2.4).

Das Bundesgericht beantwortete die Rechtsfrage, ob die Securitas AG als Haftungssubjekt gemäss Art. 19 VG gelte, in zwei Schritten: *Erstens* prüfte es, ob die Securitas AG eine ausserhalb der ordentlichen Bundesverwaltung stehende Organisation im Sinne von Art. 19 VG sein könne, und bejahte dies mit dem schlichten Hinweis, dass darunter «auch Organisationen des Privatrechts» fallen können (E. 3.1, 4.1).

Zweitens und ausführlich prüfte das Bundesgericht, ob die Securitas AG durch die Rahmenvereinbarung mit einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe des Bundes betraut wurde. Was eine öffentlich-rechtliche Aufgabe des Bundes darstelle, bestimme die Verfassungs- und Gesetzgebung (E. 3.2). Die Aufgabenübertragung stehe zudem unter dem Gesetzesvorbehalt (E. 3.3); die Delegation von Verwaltungsaufgaben nach Art. 178 Abs. 3 BV verlange eine hinreichend bestimmte und bereichsspezifische formellgesetzliche Grundlage (E. 3.3.1). Die Anforderungen an die *formellgesetzliche Grundlage* seien erhöht, wenn die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben hoheitliches Handeln erfordere oder verfassungsmässige Rechte bzw. Rechte und Pflichten von Personen berührt würden (E. 3.3.2). Die Anforderungen an die *Normdichte* seien zudem besonders streng, wenn das staatliche Gewaltmonopol tangiert sei: «Im Bereich der Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben wird [von der Lehre] deshalb zusätzlich gefordert, dass neben dem Auslagerungsgegenstand namentlich auch die Anforderungen an die Beliehenen, deren Befugnisse und Aufsicht sowie die Rahmenbedingungen der ausgelagerten Tätigkeit formellgesetzlich geregelt werden» (E. 3.3.3). Im Rahmen von

Art. 164 Abs. 2 BV könne die nähere Regelung einer Aufgabenübertragung auch dem Verordnungsgeber delegiert werden; Delegationsnormen müssen aber wiederum strenge Anforderungen erfüllen, wenn hoheitliche Aufgaben übertragen werden sollen oder Rechte und Pflichten von Personen infrage stehen. Zumindest die Grundzüge der delegierten Materie müssen in der Delegationsnorm hinreichend umschrieben sein (E. 3.3.5).

Das Bundesgericht zog für die Beantwortung der Frage, ob die Aufgaben der Securitas AG als öffentlich-rechtliche Aufgaben des Bundes zu qualifizieren seien, die Rahmenvereinbarung bei, die (im Verfahren unbestritten) als öffentlich-rechtlicher Vertrag bezeichnet wurde. Die Securitas AG werde darin betraut mit «Aufgaben wie Kontrollen, Personendurchsuchungen oder – wie vorliegend relevant – den Umgang mit renitenten Personen, gegebenenfalls sogar unter Waffeneinsatz». Es handle sich dabei um sicherheitspolizeiliche Aufgaben, die sich allein gestützt auf die privaten Selbsthilferechte nicht rechtfertigen lassen. «Vielmehr stellen die in der Rahmenvereinbarung vorgesehenen Tätigkeiten mitunter hoheitliches Realhandeln dar [...], welches die Grundrechtspositionen der Asylsuchenden – namentlich ihr Recht auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) und auf Achtung der Privatsphäre (Art. 13 Abs. 1 BV) – tangiert» (E. 4.3).

Nachdem für das Bundesgericht feststand, dass die Securitas AG mit einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe betraut werden sollte, nahm es die einzelnen Rechtsnormen unter die Lupe, auf die sich die Rahmenvereinbarung stützte, namentlich (E. 5.1):

- aArt. 26 AsylG² i.V.m. aArt. 17 AsylV 1³;
- Art. 22 Abs. 2 und Art. 23 aAbs. 2 BWIS⁴ i.V.m. Art. 3 Abs. 1 aVSB⁵; und
- Art. 5 Abs. 1 und Art. 6 aVES⁶.

Die Auslegung des aArt. 26 AsylG ergab für das Bundesgericht, dass diese Norm «den hohen Anforderung [sic!] an die Normbestimmtheit der formellgesetzlichen Regelung, wie sie im Bereich der Auslagerung von sicherheitspoli-

² Asylgesetz vom 26. Juni 1998 (AsylG; SR 142.31 [in der damals geltenden Fassung vom 1. Juli 2013, AS 2012 5359]).

³ Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 über Verfahrensfragen (Asylverordnung 1, AsylV 1; SR 142.311 [in der damals geltenden Fassung vom 1. Oktober 2013, AS 2013 3067]).

⁴ Bundesgesetz vom 21. März 1997 über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS; SR 120 [in der damals geltenden Fassung vom 16. Juli 2012, AS 1998 1555]).

⁵ Verordnung vom 27. Juni 2001 über das Sicherheitswesen in Bundesverantwortung (aVSB; AS 2001 1741 f.).

⁶ Verordnung vom 31. Oktober 2007 über den Einsatz privater Sicherheitsfirmen durch den Bund (Verordnung über den Einsatz privater Sicherheitsfirmen, aVES, AS 2007 5226 f.).

zeilichen Aufgaben gelten, nicht [genügt]» (E. 5.3.6). Zum selben Schluss kam das Bundesgericht nach der Auslegung der Bestimmungen im BWIS; daran ändern auch die Verweise auf das Zwangsanwendungsgesetz (ZAG)⁷ und auf die Verordnung über den Einsatz privater Sicherheitsfirmen (aVES) nichts, denn diese ermächtigen selbst nicht zur Auslagerung von öffentlich-rechtlichen Aufgaben (E. 5.5).

Das Bundesgericht schloss, dass die Gewährleistung der Sicherheit in einer vom Bund geführten Asylunterkunft als öffentlich-rechtliche Aufgabe des Bundes zu qualifizieren sei und dass es im Zeitpunkt des Abschlusses der Rahmenvereinbarung an einer hinreichend bestimmten formellgesetzlichen Grundlage fehlte, um diese Aufgabe an die Securitas AG zu übertragen (E. 6.1). Weil die Securitas AG damit *nicht* als eine mit einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe des Bundes betraute Organisation i.S.v. Art. 19 VG gelte, könne sie auch nicht Haftungssubjekt sein. Sie könne weder das gegen sie angestrebte Verantwortlichkeitsverfahren führen noch über die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege entscheiden (E. 6.2). Der Bund bleibe direkt haftbar, das potenziell schädigende Verhalten der Securitas AG bleibe diesem zurechenbar (E. 6.3). Er sei zuständig, über die Staatshaftungsansprüche und in diesem Zusammenhang über die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu entscheiden (E. 7.1).

III. Anmerkungen

Das Bundesgericht befasste sich intensiv mit Art. 19 des Verantwortlichkeitsgesetzes des Bundes (VG). Die hier relevanten Absätze des Artikels lesen sich wie folgt:

¹ Fügt ein Organ oder ein Angestellter einer mit öffentlichrechtlichen Aufgaben des Bundes betrauten und ausserhalb der ordentlichen Bundesverwaltung stehenden Organisation in Ausübung der mit diesen Aufgaben verbundenen Tätigkeit Dritten oder dem Bund widerrechtlich Schaden zu, so sind folgende Bestimmungen anwendbar:

a. Für den einem Dritten zugefügten Schaden haftet dem Geschädigten die Organisation nach den Artikeln 3–6. Soweit die Organisation die geschuldete Entschädigung nicht zu leisten vermag, haftet der Bund dem Geschädigten für den ungedeckten Betrag. [Satz 3].

[Abs. 1 lit. b, Abs. 2].

³ Über streitige Ansprüche von Dritten oder des Bundes gegen die Organisation sowie der Organisation gegen fehlbare Organe oder Angestellte erlässt die Organisation eine Verfügung. Das Beschwerdeverfahren richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege.

⁷ Bundesgesetz vom 20. März 2008 über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes (Zwangsanwendungsgesetz, ZAG; SR 364).

Das Bundesgericht nutzte den Kompetenzstreit zwischen der Securitas AG und dem EFD, um die Tragweite von Art. 19 VG zu konkretisieren: einerseits hinsichtlich des davon adressierten *Haftungssubjektes* (A.), andererseits bezogen auf die *Auslagerung sicherheitspolizeilicher Aufgaben* (B.). Mit Letzterer wurde gleichzeitig Art. 178 Abs. 3 BV präzisiert. In Bezug auf Art. 19 VG bleiben auch nach diesem Urteil Fragen offen (C.).

A. Haftungssubjekt

Eine Organisation gemäss Art. 19 Abs. 1 VG muss «*ausserhalb der ordentlichen Bundesverwaltung*» stehen. In der Lehre ist umstritten, ob auch *Beliehene* unter den Organisationsbegriff fallen, also mit Verwaltungsaufgaben betraute natürliche und juristische Privatpersonen. Während ein Teil der Lehre von einer Anwendung von Art. 19 VG auf sämtliche Beliehene ausgeht,⁸ steht ein anderer Teil der Anwendung auf natürliche Personen kritisch⁹ bis ablehnend¹⁰ gegenüber. Wiederum andere schliessen sowohl natürliche wie auch juristische Privatpersonen vom Anwendungsbereich des Art. 19 VG aus.¹¹ Würde die Anwendung auf sämtliche Beliehene bejaht, dann wären Private mit ihrem Geschäfts- oder Privatvermögen haftbar und der Bund lediglich subsidiär (Ausfallhaftung, Art. 19 Abs. 1 lit. a Satz 2 VG). Private, die wie die Securitas AG als *juristische Personen des Privatrechts* organisiert sind, sind gemäss dem vorliegenden Bundesgerichtsentscheid ohne weiteres dem Organisationsbegriff von Art. 19 VG zuzuordnen (E. 3.1, 4.1). Diese Zuordnung macht die Privaten jedoch noch nicht zu Beliehenen und so zum Haftungssubjekt, dafür

⁸ FABIAN GÄHWILER, Das erstinstanzliche Verfahren im allgemeinen Staatshaftungsrecht, Diss. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2021, N 27.

⁹ TOBIAS JAAG, Staats- und Beamtenhaftung, in: Benjamin Schindler et al. (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (SBVR), Band I, Organisationsrecht, Teil 3, 3. A., Basel 2017, N 72, 219 ff. Gemäss JAAG fallen natürliche Personen «*unter den sehr weiten Beamtenbegriff*» des Art. 1 Abs. 1 lit. f VG (N 222), er hält die Ungleichbehandlung natürlicher und juristischer Personen aber für «*diskutabel*» (N 72).

¹⁰ PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Bern 2014, § 62 N 20, 22. Für FELIX UHLMANN, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Zürich/St. Gallen 2017, N 61, 63, ist einzig die rechtliche Selbständigkeit (d.h. Rechtspersönlichkeit) entscheidend (dies jedoch mit Verweis auf Art. 52 Abs. 2 ZGB [öffentlich-rechtliche Körperschaften und Anstalten]); ähnlich THIERRY TANQUEREL, La responsabilité des autorités administratives indépendantes, in: François Bellanger/Thierry Tanquerel (Hrsg.), Les autorités administratives indépendantes, Genf/Zürich/Basel 2011, 153 ff., 164 f.

¹¹ BERNHARD WALDMANN/RENÉ WIEDERKEHR, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2019, K 9 N 18.

bedarf es *zusätzlich* der Betrauung der Privaten mit einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe des Bundes.¹²

B. Auslagerung sicherheitspolizeilicher Aufgaben

Das Bundesgericht folgt im besprochenen Entscheid der wohl überwiegenden Lehrmeinung¹³ zu Art. 178 Abs. 3 BV, dass *bestimmte Teile des staatlichen Gewaltmonopols an Private ausgelagert* werden können, sofern dafür eine *«hinreichend bestimmte und bereichsspezifische formellgesetzliche Grundlage»* besteht (E. 3.3.1).¹⁴ Zum staatlichen Gewaltmonopol gehören auch sicherheitspolizeiliche Aufgaben in Asylunterkünften (E. 4.3, 4.4).¹⁵ Die delegierten Aufgaben können dabei nicht nur Verwaltungsaufgaben umfassen, die im Erlass einer Verfügung münden, sondern auch *«hoheitliches Realhandeln»*¹⁶ sein wie die Sicherheitsaufgaben der Securitas AG auf dem Gelände des EVZ Kreuzlingen (E. 4.3).

Das Bundesgericht *duldet*¹⁷ in seinem Urteil die extensive Auslegung von Art. 178 Abs. 3 BV, erinnert aber an die strengen Voraussetzungen an die Normdichte, sollte das staatliche Gewaltmonopol tangiert sein (E. 3.3.3). Die Haltung des Bundesgerichts ist zu begrüßen, insbesondere da die Auslagerung sicherheitspolizeilicher Aufgaben weiterhin ein Bedürfnis zu sein scheint und keine gegenläufige Tendenz zu beobachten ist.¹⁸ Gerade die hier geprüfte Delegation von umfassenden Sicherheitsaufgaben in Bundesasylzentren, unter Umständen mit Waffeneinsatz, stützte sich nicht nur auf sehr vage formellgesetzliche Grundlagen

(aArt. 26 AsylG), sondern auch auf solche mit falschem Adressatenkreis (Art. 22 Abs. 2 BWIS) oder zu engem Anwendungsbereich (Art. 23 aAbs. 2 BWIS). Das Gewicht, welches das Bundesgericht der Rechtsfrage einer hinreichenden Delegationsnorm und deren Auslegung beimass, kann auch als Appell an die Behörden (und an den Gesetzgeber) gewertet werden, dem Legalitätsprinzip in Kernbereichen wie dem staatlichen Gewaltmonopol künftig mehr Aufmerksamkeit zu schenken, sollten diese auf Private übertragen werden.

C. Offene Fragen

Das Bundesgericht urteilte, die Securitas AG sei kein Haftungssubjekt im Sinne von Art. 19 VG. Damit konnte es die bei den Vorinstanzen umstrittene Frage unbeantwortet lassen, wer die Kosten der unentgeltlichen Rechtspflege zu tragen hat, die in einem erstinstanzlichen Staatshaftungsverfahren gegen eine Beliehene entstehen.¹⁹ Das Bundesgericht ging insbesondere nicht auf die vom Bundesverwaltungsgericht behandelte Thematik ein, ob ein Haftungssubjekt i.S.v. Art. 19 VG *«de[n] (justiziable[n]) Leistungsanspruch auf unentgeltliche Rechtspflege gemäss Art. 29 Abs. 3 BV»* gewährleisten muss und ob diese Kosten auf den Bund überwältzt werden können.²⁰ Das Bundesverwaltungsgericht verneinte letzteres, weil weder Art. 19 Abs. 3 VG noch die Verordnung zum Verantwortlichkeitsgesetz²¹ eine Überwälzung der Kosten vorsehen und auch in der Rahmenvereinbarung nichts dergleichen vereinbart worden war.²² Ob das Bundesgericht künftig in einem ähnlich gelagerten Fall den Argumenten der Vorinstanz folgen würde, lässt sich aus dem besprochenen Urteil nicht ableiten.

Eine daran anknüpfende offene Frage betrifft die *Verfügungskompetenz*. Das Bundesverwaltungsgericht vertritt die Meinung, eine Organisation im Sinne von Art. 19 VG habe mangels anderslautender Gesetzes- oder Vertragsgrundlage das Verantwortlichkeitsverfahren selbst durchzuführen und daher auch über das Gesuch der unentgeltlichen Rechtspflege zu entscheiden.²³ Das Bundesgericht wiederum qualifiziert eine juristische Person des Privatrechts als Haftungssubjekt nach Art. 19 VG, sofern eine hinreichende formelle Delegationsnorm besteht (oben III.A.). Dies liesse den Schluss zu, eine rechtsgenügende Auslagerung von sicherheitspolizeili-

¹² Vgl. BSK BV-MÜLLER, Art. 178 N 54, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. BSK BV-Verfasser).

¹³ Vgl. für eine Übersicht ANNE-CHRISTINE FAVRE, La délégation d'activités non économiques ou «à caractère ministériel», in: Anne-Christine Favre/Vincent Martenet/Etienne Poltier (Hrsg.), La délégation d'activités étatiques au secteur privé, Genf/Zürich/Basel 2016, 145 ff., 170 ff.; CR Cst.-POLTIER, Art. 178 N 48, in: Vincent Martenet/Jacques Dubey (Hrsg.), Constitution fédérale, Commentaire romand, Basel 2021 (zit. CR Cst.-Verfasser); GIOVANNI BIAGGINI, Orell Füssli Kommentar (OFK), BV Kommentar, 2. A., Zürich 2017, Art. 178 N 23 m.w.H.; zurückhaltend BSK BV-MÜLLER (FN 12), Art. 178 N 56.

¹⁴ M.H. auf BGE 144 II 376 E. 7, in: Pra 2019, Nr. 65; BGE 137 II 409 E. 6.3, in: Pra 2012, Nr. 73.

¹⁵ Vgl. BSK BV-MÜLLER (FN 12), Art. 178 N 56.

¹⁶ Vgl. die Vorinstanz in BVGer, A-1149/2020, 3.12.2020, E. 4.5.1: *«ein geradezu typisches Beispiel eines hoheitlichen Realakts»* mit Hinweis auf WALDMANN/WIEDERKEHR (FN 11), K 6 N 12, zu den exekutorischen Zwangsmassnahmen.

¹⁷ Die Haltung des Bundesgerichts ist bloss duldend und nicht unterstützend, denn es liess in E. 6.1 offen, *«inwieweit [die Auslagerung von Verwaltungsaufgaben im Bereich des staatlichen Gewaltmonopols], unter Berücksichtigung weiterer verfassungsrechtlicher Gesichtspunkte, überhaupt zulässig wäre»*.

¹⁸ Vgl. FAVRE (FN 13), 171 f. m.w.H.; BSK BV-MÜLLER (FN 12), Art. 178 N 56.

¹⁹ Vgl. BVGer, A-1149/2020, 3.12.2020, E. 4.3.3.

²⁰ BVGer, A-1149/2020, 3.12.2020, E. 4.4.4.

²¹ Verordnung vom 30. Dezember 1958 zum Verantwortlichkeitsgesetz (SR 170.321).

²² BVGer, A-1149/2020, 3.12.2020, E. 4.4.6.

²³ BVGer, A-1149/2020, 3.12.2020, E. 3.3, 3.4.

chen Aufgaben²⁴ an Beliehene räume *automatisch* die Verfügungskompetenz gemäss Art. 19 Abs. 3 VG mit ein.²⁵ Die Verfügungskompetenz wäre in dem Sinne *implizit*, also «eine Konsequenz der Übertragung einer hoheitlichen Aufgabe und keine zusätzliche Voraussetzung».²⁶

Diese Lesart ist freilich nur eine von vielen, wie ein kürzlich erschienener Aufsatz von FELIX UHLMANN und MARTIN WILHELM zeigt: Weder in der Rechtsprechung des Bundesgerichts noch in der Lehre ist eine klare Linie ersichtlich, ob die Verfügungskompetenz Beliehener zurückhaltend oder grosszügig (bzw. implizit) angenommen werden sollte.²⁷ Der besprochene Entscheid geht mit seinen knappen Ausführungen zur Organisation i.S.v. Art. 19 VG eher in Richtung impliziter Verfügungskompetenz. Jedenfalls ist die Verfügungskompetenz im Staatshaftungsverfahren für Beliehene nicht bloss ein Privileg,²⁸ sondern gleichfalls eine Verpflichtung²⁹ – auch zur Übernahme der Kosten der unentgeltlichen Rechtspflege.

6. Gerichtsorganisation und Verfahrensrecht/ Organisation judiciaire et procédure

6.4. Zivilprozessrecht/Procédure civile

Selbständige Prosequierung der Widerklage

Besprechung von BGer, 4A_437/2021, 25.3.2022

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_437/2021 vom 25. März 2022, A. AG gegen B., Prozessrecht, Widerklage.



ALEXANDER R. E. KISTLER*

Das Bundesgericht spricht sich im besprochenen Entscheid gegen die selbständige Prosequierung einer im Schlichtungsverfahren angehobenen Widerklage aus. In seiner Begründung stützte es sich massgeblich auf den Wortlaut von Art. 209 ZPO sowie auf ein im Lichte von Art. 14 ZPO beschränktes Verständnis der Selbständigkeit der Widerklage. Die nachfolgende Urteilsbesprechung zeigt auf, dass dieser Entscheid aus Sicht des Autors die Selbständigkeit der Widerklage missachtet und zu einer aus prozessökonomischen Sicht misslungenen Lösung führt.

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Am 2. Juni 2016 schloss die Vermieterin B. (nachfolgend: Widerklägerin) mit der A. AG (nachfolgend: Hauptklägerin) einen Mietvertrag ab. Infolge eines Rechtsstreits reichte die Hauptklägerin ein Schlichtungsgesuch bei der Schlichtungsbehörde Miete und Pacht des Kantons Luzern ein. Anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 20. Dezember 2019 erhob die Widerklägerin eine Widerklage. Nach Scheitern der Schlichtung erteilte die Schlichtungsbehörde der Hauptklägerin die Klagebewilligung und stellte der Widerklägerin eine Orientierungskopie aus.¹ Während die Hauptklägerin ihre Klage nicht prosequierte,² erhob die Widerklägerin, gestützt auf die der Hauptklägerin erteilte

²⁴ Und allgemein von Verwaltungsaufgaben.

²⁵ «Über streitige Ansprüche von Dritten [...] erlässt die Organisation eine Verfügung.»

²⁶ FELIX UHLMANN/MARTIN WILHELM, Verfügungskompetenz, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Brennpunkt «Verfügung», 8. Forum für Verwaltungsrecht, Bern 2022, 87 ff., 96.

²⁷ UHLMANN/WILHELM (FN 26), 94 ff.; vgl. CR Cst.-POLTIER (FN 13), Art. 178 N 88 m.w.H.

²⁸ BGE 138 II 134 E. 5.1, in: Pra 2012, Nr. 100; vgl. UHLMANN/WILHELM (FN 26), 94.

²⁹ UHLMANN/WILHELM (FN 26), 100.

* ALEXANDER R. E. KISTLER, MLaw, Rechtsanwalt, LL.M., wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Zivilprozessrecht, Vergleichendes Zivilprozessrecht, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Privatrecht und Mediation der Universität Zürich (Prof. Dr. Samuel P. Baumgartner) sowie akademischer Mitarbeiter im wissenschaftlichen Dienst am Institut für ausländisches und internationales Privatrecht der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Prof. Dr. Jan von Hein). Der Autor bedankt sich herzlich bei RA Dominik Bopp für seine kritische Durchsicht und hilfreichen Kommentare.

¹ BGer, 4A_437/2021, 25.3.2022, Sachverhalt A.

² BGer, 4A_437/2021, 25.3.2022, Sachverhalt A.