

Der öffentlich-rechtliche Auftrag

DISSERTATION

der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Robert Christian Schibli

von

Bern

genehmigt auf Antrag von

Prof. Dr. Felix Uhlmann

und

Prof. Dr. Felix Hafner

Schulthess Juristische Medien AG, Zürich

Inhaltsverzeichnis

Vorwort und Dank.....	VII
Inhaltsübersicht	IX
Inhaltsverzeichnis.....	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXXIII
Literaturverzeichnis.....	LI
Materialienverzeichnis	LXXXVII
Teil 1: Einführung	1
Kapitel 1: Gegenstand.....	3
Kapitel 2: Methode und Ziel	5
Kapitel 3: Aufbau der Arbeit.....	7
Teil 2: Grundlagen	9
Kapitel 1: Begriff, Rechtsnatur und Parteien.....	11
I. Begriffselemente und Begriffsverwendungen	11
1. Begriffselemente	11
2. Begriffsverständnisse und -verwendungen in Lehre und Praxis.....	12
2.1 Verschiedene Begriffsverständnisse und Verwendungskontexte	12
2.2 Begriffsverwendung im Kontext der verwaltungsinternen Führungs- und Steuerungsinstrumente	13
2.3 Begriffsverwendung im Kontext der Übertragung von öffentlichen Aufgaben an verwaltungsexterne Leistungsträger	14
2.4 Begriffsverwendung im Kontext der Bedarfsverwaltung	15
2.5 Begriffsverwendung im Kontext des Submissionsrechts.....	15
2.6 Begriffsverwendung im Zusammenhang mit öffentlichen nicht dienstrechtlichen Rechtsverhältnissen über Arbeitsleistung mit auftragsrechtlichem Charakter	16
2.7 Qualifikation im Einzelfall.....	19
II. Öffentlich-rechtliche Natur	20

1. Allgemeine Abgrenzung von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Regelungen.....	21
1.1 Bedeutung der Abgrenzung von öffentlichem und Privatrecht.....	21
1.2 Abgrenzungskriterien.....	21
a Massgebliche Abgrenzungskriterien	21
b Unmassgebliche Abgrenzungskriterien.....	22
1.3 Methodenpluralismus.....	23
2. Zuordnung von Rechtsverhältnissen zum öffentlichen Recht	24
2.1 Begriffe „öffentliche Aufgabe“, „Verwaltungsaufgabe“, „Staatsaufgabe“ und „staatliche Aufgabe“.....	24
2.2 Anwendbare Abgrenzungstheorien im Allgemeinen.....	27
a Qualifikation der Rechtsform vor der Ermittlung der Rechtsnatur	27
b Rechtsverhältnisse geregelt in Verfügungsform.....	28
c Rechtsverhältnisse geregelt in Vertragsform.....	28
2.3 Anwendbare Abgrenzungstheorien beim öffentlich-rechtlichen Auftrag	30
a Funktions- und Interessentheorie im Vordergrund.....	30
b Teilweise schwierige Abgrenzung von privat- und öffentlich-rechtlicher Natur bezüglich einzelner Aufträge.....	32
2.4 Sonderfall: öffentlich-rechtlicher Auftrag über Eingehen eines privatrechtlichen Mandats.....	33
2.5 Öffentlicher Auftrag und Arten der Aufgabenerfüllung.....	34
3. Beteiligung des Gemeinwesens an privatrechtlichen Auftragsverhältnissen.....	35
3.1 Zulässigkeit privatrechtlicher Aufträge mit staatlicher Beteiligung	35
3.2 Mögliche Beteiligungsformen des Gemeinwesens an privatrechtlichen Aufträgen	37
III. Parteien.....	38
1. Parteien nach Art. 394 ff. OR	39
2. Parteiverhältnisse beim öffentlich-rechtlichen Auftrag	40
2.1 Mögliche Parteiverhältnisse.....	40
a Grundsatz: Gemeinwesen als Auftraggeberin	40
b Öffentlich-rechtlicher Auftrag zwischen privater Auftraggeberin und privater Auftragnehmerin	41
c Öffentlich-rechtlicher Auftrag zwischen zwei öffentlich-rechtlichen Verwaltungsträgern	42
2.2 Fokus in dieser Arbeit: Auftrag zwischen staatlicher Behörde als Auftraggeberin und Privatem als Beauftragtem.....	42
3. Gemeinschaftliche Parteistellung beim öffentlich-rechtlichen Auftrag.....	43
4. Rechtsnatur des privaten Beauftragten	43

4.1	Beauftragter als Rechtssubjekt des Privatrechts	43
a	Beauftragter als natürliche Person des Privatrechts	43
b	Beauftragter als juristische Person des Privatrechts	44
4.2	Sonderfall: „Beauftragte“ als gewählte Amtsträger für eine bestimmte Amtsperiode	46
Kapitel 2:	Auslagerung von Staatsaufgaben.....	48
I.	Auslagerung von Staatsaufgaben an Private im Allgemeinen	48
1.	Staatspolitischer Hintergrund der Auslagerung von Staatsaufgaben auf Private	48
1.1	Vom Leistungsstaat zum Gewährleistungsstaat.....	48
1.2	„Echte“ und „unechte“ Private.....	50
2.	Begriff der Auslagerung von Staatsaufgaben im Allgemeinen.....	50
2.1	Begriffsverständnis	50
2.2	Auslagerung von Staatsaufgaben an dezentrale staatliche oder private Aufgabenträger.....	52
3.	Abgrenzungen	52
3.1	Auslagerung und andere Arten der Privatisierung	52
3.2	Auslagerung und Deregulierung/Liberalisierung.....	53
3.3	Auslagerung und freiwilliges Tätigwerden Privater im öffentlichen Interesse.....	53
3.4	Auslagerung und Bedarfsverwaltung (Outsourcing)	54
3.5	Auslagerung und Public-private-Partnerships (PPP)	55
II.	Motive für die Auslagerung von Staatsaufgaben.....	56
1.	Motive für die Staatsaufgabenauslagerung an Private im Allgemeinen	56
2.	Motive für die Staatsaufgabenauslagerung mittels öffentlich-rechtlicher Aufträge im Besonderen	57
III.	Kategorien von mit der Erfüllung von Staatsaufgaben betrauten Privaten	62
1.	Allgemeine Kategorien von privaten Erfüllungsträgern.....	62
1.1	Keine einheitlichen Kategorien von privaten Erfüllungsträgern in der schweizerischen Verwaltungslehre	62
1.2	Kategorisierung in Beliehene, Konzessionäre und Konzessionäre des öffentlichen Dienstes.....	63
a	Allgemein	63
b	Beliehene	63
c	Konzessionäre.....	65
d	Konzessionäre des öffentlichen Dienstes	66
1.3	Kategorisierung in Verwaltungshelfer und Beauftragte	68
a	Allgemein	68
b	Verwaltungshelfer	69

c	Beauftragte.....	70
2.	Mögliche Kategorien von privaten Erfüllungsträgern bei öffentlich-rechtlichen Aufträgen.....	71
2.1	Mögliche terminologische Differenzen im Kontext öffentlich-rechtlicher Aufträge	71
2.2	Beauftragte als Beliehene.....	72
2.3	Beauftragte als Verwaltungshelfer.....	73
2.4	Beauftragte als Konzessionäre des öffentlichen Dienstes.....	73
2.5	Beauftragte als Konzessionäre	74
Kapitel 3: Rechtliche Grundlage und Verwaltungsrechtsakte		75
I.	Rechtliche Grundlage der Auslagerung von Staatsaufgaben.....	75
1.	Bedarf einer gesetzlichen Grundlage und deren Anforderung bei der Aufgabenauslagerung.....	75
1.1	Bedeutung des Legalitätsprinzips im Kontext der Auslagerung von Staatsaufgaben.....	75
1.2	Auslagerung und die Konturen des Legalitätsprinzips	76
a	Vorgaben des Gesetzgebers, der Rechtsprechung und der Lehre	76
b	Auslagerung der Verfügungskompetenz und Legalitätsprinzip	79
1.3	Auslagerung und die Wahrung weiterer Verfassungsgrundsätze	80
a	Auslagerung und der Grundsatz des öffentlichen Interesses.....	80
b	Auslagerung und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit	81
2.	Auslagerung mittels Rechtserlass oder Verwaltungsrechtsakt	81
2.1	Direkte Auslagerung mittels einer Gesetzes- oder Verordnungsbestimmung	81
2.2	Auslagerung mittels Ermächtigungsnorm und Verwaltungsrechtsakt..	82
II.	Handlungsformen der Verwaltung.....	83
1.	Handlungsformen und öffentlich-rechtliche Aufträge.....	83
1.1	Handlungsformenlehre	83
a	Hintergrund und Bedeutung der Handlungsformen	83
b	Verwaltungsrechtsakt oder Verwaltungsrealakt.....	84
c	Abgrenzung von Handlungsform und Formvorschrift	85
1.2	Mögliche Handlungsformen für öffentlich-rechtliche Aufträge	85
2.	Wahl der Handlungsform	85
2.1	Bedeutung der Handlungsform	85
2.2	Wahlfreiheit des Gemeinwesens bezüglich der Handlungsform	86
a	Wahlfreiheit bezüglich der Handlungsform im Allgemeinen	86
b	Wahlfreiheit bezüglich der Handlungsform mit Blick auf öffentlich-rechtliche Aufträge	87
3.	Eignung der Verfügung oder des verwaltungsrechtlichen Vertrags für öffentlich-rechtliche Aufträge.....	89

3.1 Fehlende gesetzliche Regelungen sowie unklare und uneinheitliche Praxis zur Handlungsform.....	89
a Fehlende oder unklare gesetzliche Regelungen zur Handlungsform .	89
b Uneinheitliche Praxis zur Handlungsform	91
3.2 Verfügung	92
a Begriff und Begriffselemente	92
b Verfügungsarten	93
c Zulässigkeit und Motive der Wahl der Verfügungsform.....	94
d Eignung der Verfügung für öffentlich-rechtliche Aufträge.....	95
aa. Auftragsinhalt nach Massgabe eines Rechtserlasses.....	95
bb. „Untypische Verfügungsverhältnisse“.....	97
cc. Fokus „mitwirkungsbedürftige Verfügung“	98
3.3 Verwaltungsrechtlicher Vertrag	98
a Begriff und Begriffselemente	98
b Abgrenzung von der mitwirkungsbedürftigen Verfügung	99
c Arten des verwaltungsrechtlichen Vertrags.....	100
aa. Koordinationsrechtliche und subordinationsrechtliche verwaltungsrechtliche Verträge.....	100
bb. Weitere Klassifizierungen von verwaltungsrechtlichen Verträgen.....	102
d Anerkennung von vertraglichem Staatshandeln	103
e Zulässigkeitsvoraussetzungen des subordinationsrechtlichen verwaltungsrechtlichen Vertrags	103
aa. Gesetzliche Grundlage	103
bb. Geeignete Handlungsform.....	104
f Funktionen des verwaltungsrechtlichen Vertrags.....	108
g Ausschluss des staatlichen Vertragshandelns aufgrund des Rechtsgleichheitsgebots.....	108
h Übertragung von Staatsaufgaben auf Private durch verwaltungsrechtliche Verträge.....	108
i Eignung des verwaltungsrechtlichen Vertrags für öffentlich-rechtliche Aufträge	110
aa. Wesentliche Vertragsausgestaltungsfreiheit	110
bb. Sonderfall „verhandlungslose Verträge“	112
cc. Fehlende gesetzliche Grundlage für Inpflichtnahme mittels Verfügung.....	114
dd. Begründung einer dauerhaften gegenseitigen Bindung.....	114
3.4 Mehrere Verwaltungsrechtsakte für ein einziges Auftragsverhältnis .	116
a In Registern/Verzeichnissen eingetragene Beauftragte	116
b Kumulative Anwendung von Verfügung und Verwaltungsvertrag..	118
c Wesentlicher Verwaltungsrechtsakt in einem Verwaltungs- oder Verwaltungsgerichtsverfahren.....	119

3.5 Öffentlich-rechtlicher Auftrag als eigene Handlungsform	119
Kapitel 4: Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Aufträge.....	121
I. Grenzen der Auslagerung von Staatsaufgaben	121
II. Vereinbarkeit mit dem öffentlichen Dienstrecht.....	123
1. Allgemeine Zulässigkeit und sachliche Rechtfertigung der Wahl des Auftrags gegenüber dem Arbeitsvertrag	123
1.1 Allgemeine Zulässigkeit gemäss einschlägigem Personalrecht	123
1.2 Sachliche Rechtfertigung der Wahl des Auftrags	124
2. Abgrenzung von Auftrag und Arbeitsvertrag im öffentlichen Recht.....	126
2.1 Praktische Bedeutung der Abgrenzung.....	126
2.2 Abgrenzungskriterien.....	128
a. Gleiche Grundsätze und Abgrenzungskriterien wie im Privatrecht.	128
b. Unmassgebliche Punkte für die Abgrenzung von öffentlich-rechtlichem Auftrag und öffentlichem Dienstvertrag.....	128
c. Massgebliche Kriterien für die Abgrenzung von öffentlich-rechtlichem Auftrag und öffentlichem Dienstvertrag.....	130
3. Umgehung von Arbeitnehmerrechten mit öffentlich-rechtlichen Aufträgen	131
3.1 Kein freies Ermessen bei der Wahl zwischen Arbeitsvertrag und Auftrag	131
3.2 Möglichkeiten der Geltung von arbeitsrechtlichen (Schutz-) Vorschriften für öffentlich-rechtliche Aufträge	132
4. Umdeutung von Auftrags- in Arbeitsverhältnisse	132
4.1 Anwendung der privatrechtlichen Umdeutungspraxis auf öffentlich-rechtliche Aufträge.....	132
4.2 Abgrenzungsmerkmale und mögliche Umdeutung eines Auftrags	135
a. Rechtliches Subordinationsverhältnis im Besonderen	135
b. Dauer der Arbeitsleistung im Besonderen.....	138
aa. Untauglichkeit des Dauerelements als klares Abgrenzungskriterium.....	138
bb. Abgrenzung von Arbeitsverträgen mit flexiblen Arbeitszeiten und Aufträgen.....	141
5. Fallweise analoge Anwendung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften auf öffentlich-rechtliche Auftragsverhältnisse	142
5.1 Privatrechtliche Rechtsprechung zur „arbeitnehmerähnlichen Person“	142
5.2 Analoge Anwendung der privatrechtlichen Rechtsprechung zur „arbeitnehmerähnlichen Person“ im öffentlichen Recht.....	143
6. Arbeits- und Auftragsverhältnisse und die Frage der Rechtsgleichheit....	147

6.1 Parallele Arbeits- und Auftragsverhältnisse für identische Arbeitsleistungen.....	147
a Sachliche Begründung für die unterschiedliche Qualifikation als Arbeitsvertrag oder Auftrag.....	147
b Möglicher Einfluss des Dauerelements	150
6.2 Rechtsverhältnisse mit privatrechtlichen Agenturen/Personalverleihern	151

Teil 3: Materiell-rechtliche Aspekte 153

Kapitel 1: Materielles Recht..... 155

I. Bestimmung der wesentlichen Rechtsquellen.....	155
1. Fehlende positiv-rechtliche Verankerung des öffentlich-rechtlichen Auftrags	155
2. Rechtserlass und Verwaltungsrechtsakt.....	155
3. Bedarf nach einer allgemeinen Kodifikation oder Rahmenordnung.....	157
3.1 Argumente gegen eine allgemeine Kodifikation.....	157
3.2 Möglichkeiten der rechtlichen Verankerung von Regelungen über öffentlich-rechtliche Aufträge.....	158
a Regelung einzelner Fragen zur rechtlichen Ausgestaltung von vergleichbaren Aufträgen in einer Gebietskörperschaft.....	158
b Rechtliche Verankerung einzelner Aufträge	159
II. Materielle Regelungen	160
1. Regelungen in Spezialerlassen oder Verwaltungsrechtsakten	160
2. Übernahme von privatrechtlichen Elementen ins öffentlich-rechtliche Auftragsrecht.....	161
2.1 Hintergrund der Übernahme privatrechtlicher Elemente ins öffentlich- rechtliche Auftragsrecht	161
2.2 Formen der Übernahme von privatrechtlichen Elementen ins öffentliche Auftragsrecht	161
a Übersicht über die einzelnen Formen.....	161
b Ausführliche Regelung von öffentlich-rechtlichen Aufträgen durch genuin öffentlich-rechtliche Bestimmungen.....	163
c „Auftragsrechtlicher Charakter“ auch ohne ausdrückliche Übernahme von Elementen des obligationenrechtlichen Auftragsrechts.....	164
2.3 Lückenfüllung durch zivilrechtliche Regelungen	165
a Lücken im öffentlichen Recht	165
aa. Lücken in Rechtserlassen.....	165
bb. Lücken in Verwaltungsrechtsakten.....	165

b	Schritte der Lückenfüllung vor dem Analogieschluss auf privatrechtliche Elemente	166
aa.	Allgemein.....	166
bb.	Vorab: Analogieschluss auf andere öffentlich-rechtliche Normen	166
cc.	Vorab: Geltung allgemeiner Rechtsgrundsätze des Privatrechts	167
dd.	Vorab: Auslegung von Verwaltungsrechtsakten	168
c	Lückenfüllung durch Analogieschluss auf das Privatrecht	169
aa.	Allgemein.....	169
bb.	Beispiele aus der Praxis zum öffentlich-rechtlichen Auftrag.....	171
2.4	Verweis auf zivilrechtliche Regelungen	173
a	Allgemeines.....	173
b	Subsidiarität der anwendbaren Normen des Privatrechts	174
c	Mögliche Anpassung der anwendbaren privatrechtlichen Normen .	175
d	Verweisungsarten	176
aa.	Allgemein.....	176
bb.	Verweisungsarten im Zusammenhang mit öffentlich-rechtlichen Aufträgen	177
e	Geltung zwingender Bestimmungen des Obligationenrechts als Minimalstandard für öffentlich-rechtliche Aufträge	178
aa.	Diskussion zum OR-Minimum im öffentlichen Personalrecht...	178
bb.	Mögliche Geltung eines OR-Minimums für öffentlich-rechtliche Aufträge	180
2.5	Berücksichtigung privatrechtlicher Lehre und Rechtsprechung im öffentlichen Recht bei der Übernahme zivilrechtlicher Elemente	182
2.6	Hinweise zur Übernahme von privatrechtlichen Elementen auf öffentlich-rechtliche Aufträge.....	183
3.	Geltung von Verfassungsgrundsätzen und Grundrechten.....	184
3.1	Pflicht von öffentlich-rechtlichen Beauftragten zur Wahrung der Verfassungsgrundsätze und Grundrechte.....	184
a	Geltung von Verfassungsgrundsätzen für öffentlich-rechtliche Beauftragte.....	184
b	Grundrechtsadressatenschaft von öffentlich-rechtlichen Beauftragten.....	184
c	Geltung eines „OR plus“	185
3.2	Grundrechtsträgerschaft von öffentlich-rechtlichen Beauftragten.....	186
a	Bereiche der Grundrechtsträgerschaft von öffentlich-rechtlichen Beauftragten.....	186
b	Einschränkungen der Grundrechte öffentlich-rechtlicher Beauftragter (Sonderstatusverhältnisse)	187
4.	Geltung öffentlich-rechtlicher Datenschutzregeln	188

III.	Weitere Typen von öffentlichen Rechtsverhältnissen über Arbeitsleistung	189
1.	Beispiele anderer öffentlich-rechtlicher Rechtsverhältnisse über Arbeitsleistung	189
2.	Abgrenzung verschiedener öffentlich-rechtlicher Rechtsverhältnisse über Arbeitsleistung	191
Kapitel 2: Begründung		193
I.	Arten der Begründung.....	193
1.	Verständnis des Ausdrucks „Arten der Begründung“.....	193
2.	Begründung auf Antrag des Beauftragten oder auf Initiative der auftraggebenden Behörde	194
2.1	Begründung auf Antrag des Beauftragten	194
2.2	Begründung auf Initiative der auftraggebenden Behörde	195
3.	Begründung auf freiwilliger oder zwangsweiser Basis.....	196
3.1	Begründung auf freiwilliger Basis	196
3.2	Begründung aufgrund eines rechtlichen Zwangs.....	196
a	Mandatsübernahmepflicht von Beauftragten.....	196
aa.	Beispiele von Mandatsübernahmepflichten von Beauftragten ...	196
bb.	Voraussetzung eines rechtlichen Zwangs zur Mandatsübernahme	197
cc.	Registereintrag eines Beauftragten und Mandatsübernahmepflicht.....	199
dd.	Mandatsübernahmepflicht und Handlungsform	200
ee.	Abgrenzung von rechtlichem und faktischem Zwang zur Mandatsübernahme	200
b	Mandatsabschlusspflicht von auftraggebenden Behörden	201
4.	Begründungsentscheid nach dem Konsens- oder Mehrheitsprinzip	202
5.	Begründung nach ausdrücklichen oder konkludenten Willensäußerungen	203
II.	Allgemeine Voraussetzungen für die Mandatserteilung.....	204
1.	Persönliche und fachliche Voraussetzungen.....	204
2.	Gebührentichtung.....	206
III.	Formvorschrift der Begründung.....	206
1.	Formvorschrift als Folge von Handlungsform.....	206
2.	Formvorschriften von öffentlich-rechtlichen Aufträgen in Verfügungsform	207
3.	Formvorschrift von öffentlich-rechtlichen Aufträgen in Verwaltungsvertragsform.....	208

Kapitel 3: Pflichten des Beauftragten	209
I. Vorschriftsgemässe Ausführung	209
1. Umfang des Auftrags	209
1.1 Umfang der Pflichten des Beauftragten	209
1.2 Persönliche Auftragsausführung oder Beizug Dritter	210
a Grundsatz der persönlichen Auftragsausführung	210
b Beizug von Dritten durch den Beauftragten	211
aa. Übertragung des Auftrags an Substituten	211
bb. Beizug von Erfüllungsgehilfen bzw. Hilfspersonen	212
c Verständnisse der Begriffe „Dritte“, „Substitut“, „Hilfsperson“ und „Erfüllungsgehilfe“ im öffentlichen Auftragsrecht	214
aa. Bedeutung der Unterscheidung von Substitution und Beizug von Hilfspersonen im Privatrecht	214
bb. Begriffsverwendung im öffentlichen Auftragsrecht teilweise ohne Rücksicht auf rechtliche Unterschiede im Privatrecht	214
1.3 Kontrahierungspflicht von öffentlich-rechtlichen Beauftragten	216
1.4 Umfang der Befugnisse	217
2. Weisungsbefolgungspflicht	217
2.1 Weisungsrecht des Auftraggebers	217
2.2 Weisungsrecht begünstigter Dritter	218
2.3 Weisungsfreie Bereiche des Beauftragten	218
3. Sorgfaltspflicht	219
3.1 Art. 398 OR	219
3.2 Sorgfaltspflicht bei öffentlich-rechtlichen Aufträgen	220
4. Treuepflichten	221
4.1 Art. 398 Abs. 2 OR	221
4.2 Treuepflichten bei öffentlich-rechtlichen Aufträgen	222
a Typische Treuepflichten bei öffentlich-rechtlichen Aufträgen	222
b Weitergehende Treuepflichten beim öffentlich-rechtlichen Auftrag im Vergleich zum privatrechtlichen Auftrag	224
II. Vermögensrechtliche Verantwortlichkeit	226
1. Anwendbare Haftungsbestimmungen	226
2. Geschädigte und Haftungssubjekte	227
2.1 Fokus: geschädigte Private	227
2.2 Haftungssubjekte	227
3. Regelfall der deliktischen Staats- und Beamtenhaftung gegenüber Privaten	228
4. Haftung gemäss bundes- oder kantonalrechtlichen Haftungsgesetzen	230

4.1 Haftung des auftraggebenden Gemeinwesens gegenüber Privaten (Staatshaftung)	230
a Regelfall der ausschliesslichen Staatshaftung	230
b Voraussetzungen der allgemeinen Staatshaftung	230
c Analoge Anwendung von privatrechtlichen Normen	232
d Besonderheiten bezüglich der Haftung von Beauftragten auf Bundesebene	233
4.2 Interne (Beamten-)Haftung von Beauftragten	234
a Allgemein	234
b Regressansprüche gegenüber öffentlich-rechtlichen Beauftragten ..	236
4.3 Externe (Beamten-)Haftung von verwaltungsexternen, privaten Beauftragten	237
a Kantonale Haftungsgesetze mit externer Haftung von verwaltungsexternen, privaten Beauftragten	237
b Direkte (zivilrechtliche) Haftung von öffentlich-rechtlichen Beauftragten	238
5. Haftung gemäss Haftungsbestimmungen in Spezialerlassen	240
6. Fazit zur vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit von Beauftragten und des Gemeinwesens	241
III. Disziplinarische und strafrechtliche Verantwortlichkeit	243
1. Disziplinarische Verantwortlichkeit	243
1.1 Allgemeines zu disziplinarischen Massnahmen	243
1.2 Disziplinarische Massnahmen gegenüber öffentlich-rechtlichen Beauftragten	244
a Disziplinarrecht und öffentliches Auftragsrecht	244
b Beispiele von Disziplinar-massnahmen in der Praxis	245
c Disziplinarische Massnahmen und Legalitätsprinzip	246
2. Strafrechtliche Verantwortlichkeit	248
2.1 Wesentliche Straftatbestände im Zusammenhang mit öffentlich- rechtlichen Aufträgen	248
a Echte Sonderdelikte der Tätergruppe „Beamte“	248
b Verletzung des Berufs- und Amtsgeheimnisses und falsches Gutachten/falsche Übersetzung	249
2.2 Ermächtigungserfordernis für eine Strafverfolgung	250
2.3 Öffentlich-rechtliche Beauftragte als strafrechtlich geschützte Angriffsobjekte	251
2.4 Hinweise zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von öffentlich- rechtlichen Beauftragten	251
IV. Rechenschaftsablegungspflicht	252
V. Übergang der erworbenen Rechte	252
Kapitel 4: Pflichten der auftraggebenden Behörde	253

I.	Vergütung.....	253
1.	Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit des öffentlich-rechtlichen Auftrags	253
1.1	Unentgeltliche öffentlich-rechtliche Aufträge	253
a	Regelfall der Entgeltlichkeit von öffentlich-rechtlichen Aufträgen ..	253
b	Qualifikation von unentgeltlichen Rechtsverhältnissen über Arbeitsleistung als öffentlich-rechtliche Aufträge.....	254
1.2	Vermutung der Entgeltlichkeit von öffentlich-rechtlichen Aufträgen	255
2.	Rechtliche Grundlage der Vergütung	256
3.	Vergütungsschuldner	257
3.1	Vergütungszahlung des auftraggebenden Gemeinwesens	257
3.2	Tragung der Vergütungskosten durch Dritte.....	258
a	Allgemeines	258
b	Rechtliche Grundlage der Kostenauflegung auf Dritte	259
c	Mögliche Kostenlosigkeit für bestimmte Leistungen aus öffentlich-rechtlichen Aufträgen	261
d	Problematik der Tragung der Vergütungskosten durch Dritte	261
aa.	Fehlender oder beschränkter Einfluss des Dritten auf die Vergütungskosten.....	261
bb.	Lösungen in der Praxis	262
e	Folgen überhöhter Vergütungsforderungen.....	263
4.	Höhe der Vergütung	264
4.1	Grundlage des Vergütungsansatzes.....	264
a	Festsetzung des Vergütungsansatzes in einem Rechtserlass	264
b	Festsetzung des Vergütungsansatzes in einem Verwaltungsrechtsakt	266
c	Konstellationen der Bevorzugung einer Vergütungsfestsetzung in einem Rechtserlass	267
4.2	Konkretes oder abstraktes Vergütungssystem	267
a	Konkrete Berechnung der Vergütung.....	267
aa.	Vergütung nach tatsächlich geleistetem Zeitaufwand.....	267
bb.	Beschränkung der Vergütung auf angemessenen Zeitaufwand..	268
cc.	Bestimmung von Stundentarifen anhand von Pauschalansätzen	269
dd.	Bestimmung von Stundentarifen nach dem Erfolg der Auftragsausführung	269
ee.	Rechtfertigung von tieferen Stundentarifen für öffentlich-rechtliche Aufträge.....	270
b	Abstrakte Festsetzung der Vergütung.....	271
4.3	Kürzung oder Verlust des Vergütungsanspruchs infolge von Leistungsstörungen	272

5.	Fälligkeit der Vergütung	272
5.1	Regelfall der Vorleistungspflicht von öffentlich-rechtlichen Beauftragten	272
5.2	Rechtfertigung von Honorarvorschüssen	273
6.	Keine Vergütungsfortzahlung bei Krankheit oder Unfall	274
II.	Weitere Pflichten der auftraggebenden Behörde	274
1.	Auslagenersatz	275
1.1	Auslagenersatz durch die auftraggebende Behörde	275
1.2	Auslagenersatz durch einen Dritten	276
2.	Verwendungsersatz	276
3.	Befreiung von Verbindlichkeiten	277
Kapitel 5: Beendigung und Beendigungsfolgen.....		277
I.	Beendigungsgründe.....	277
1.	Auftragserfüllung	277
2.	Vereinbarter oder gesetzlicher Zeitablauf	278
3.	Ordentliche Beendigung zufolge vereinbarter oder gesetzlicher Widerrufs- bzw. Kündigungsfrist	278
3.1	Ordentliche Kündigung des Beauftragten	278
3.2	Ordentlicher Widerruf durch die auftraggebende Behörde.....	279
a	Grundrechtsträgerschaft von Beauftragten im Rahmen der Auftragsbeendigung.....	279
b	Einschränkung der Kündigungsfreiheit im öffentlichen Personalrecht	280
c	Einschränkung des Widerrufsrechts der auftraggebenden Behörde	281
4.	Aufhebungsvertrag oder Aufhebung durch richterlichen Entscheid.....	282
5.	Tod, Handlungsunfähigkeit oder Konkurs des Beauftragten	282
II.	Jederzeitige und fristlose Beendigung	283
1.	Art. 404 Abs. 1 OR	283
1.1	Jederzeitigkeit und Fristlosigkeit des Beendigungsrechts.....	283
1.2	Zwingende Natur von Art. 404 OR.....	284
a	Begründung des Bundesgerichts zur zwingenden Natur von Art. 404 OR	284
b	Kritik an der zwingenden Natur von Art. 404 OR	285
c	Begriffe „Widerruf“ und „Kündigung“	286
2.	Jederzeitige und fristlose Beendigung des öffentlich-rechtlichen Auftrags	287
2.1	Anwendbarkeit von Art. 404 OR auf öffentlich-rechtliche Auftragsverhältnisse.....	287

a	Keine zwingende Geltung von Art. 404 OR trotz auftragsrechtlichem Charakter.....	287
b	Unklarheiten in der Praxis	288
2.2	Verwaltungsrechtliche Handlungsform und die Anwendbarkeit von Art. 404 OR.....	289
a	Anwendbarkeit von Art. 404 OR mit Blick auf die Handlungsform	289
b	Verwaltungsrechtlicher Vertrag und die Anwendbarkeit von Art. 404 OR	290
c	Verfügung und die Anwendbarkeit von Art. 404 OR	292
2.3	Sachliche Rechtfertigung der Anwendbarkeit von Art. 404 OR.....	294
3.	Ausschluss oder Einschränkung des jederzeitigen und fristlosen Beendigungsrechts	296
3.1	Hintergrund zur Abweichung von Art. 404 OR im öffentlich-rechtlichen Auftragsrecht im Allgemeinen	296
a	Unterschiede zwischen öffentlich-rechtlichen und zivilrechtlichen Rechtsverhältnissen in materiell-rechtlicher Hinsicht.....	296
b	Gründe für eine Abweichung von Art. 404 OR und deren Rechtsfolgen	296
3.2	Abweichungen von Art. 404 OR aus Sicht des Beauftragten	297
a	Allgemeines zur Abweichung von Art. 404 OR.....	297
b	Konkrete Gründe für eine Abweichung von Art. 404 OR.....	298
aa.	Drohende Mehrkosten.....	298
bb.	Verzögerung und/oder Gefährdung einer Staatsaufgabenerfüllung.....	298
c	Rechtsfolgen einer Abweichung von Art. 404 OR.....	299
aa.	Möglicher Ausschluss des Kündigungsrechts des Beauftragten.	299
bb.	Mögliche Einschränkung des Kündigungsrechts des Beauftragten.....	299
3.3	Abweichungen von Art. 404 OR aus Sicht der auftraggebenden Behörde	303
a	Konkrete Gründe für eine Abweichung von Art. 404 OR.....	303
aa.	Verzögerung und/oder Gefährdung einer Staatsaufgabenerfüllung.....	303
bb.	Pflicht zur Wahrung der Grundrechte und Verfassungsgrundsätze.....	304
b	Rechtsfolgen einer Abweichung von Art. 404 OR.....	304
aa.	Möglicher Ausschluss des Widerrufsrechts der auftraggebenden Behörde	304
bb.	Mögliche Einschränkung des Widerrufsrechts der auftraggebenden Behörde.....	304
3.4	Abweichung von Art. 404 OR und Wahrung des Legalitätsprinzips..	308

a	Kündigungsrecht des Beauftragten.....	308
b	Widerrufsrecht der auftraggebenden Behörde.....	310
4.	Einseitiges Widerrufsrecht der auftraggebenden Behörde.....	311
4.1	Einseitiges behördliches Widerrufsrecht und Handlungsform	311
4.2	Einseitiges behördliches Widerrufsrecht und Aufträge in Verfügungsform	311
4.3	Einseitiges behördliches Widerrufsrecht und Aufträge in Vertragsform	312
5.	Beendigung von Auftragsverhältnissen zur Unzeit	314
5.1	Art. 404 Abs. 2 OR	314
5.2	Beendigung von öffentlich-rechtlichen Auftragsverhältnissen zur Unzeit	315
III.	Beendigungsfolgen.....	317
Kapitel 6: Verjährung.....		317
Teil 4: Prozessrechtliche Aspekte.....		319
Kapitel 1: Beschaffungsrechtliche Aspekte		321
I.	Ziel des Beschaffungsrechts.....	321
II.	Vergaberecht und öffentlich-rechtlicher Auftrag.....	321
1.	Staatsvertragsbereich oder Binnenbereich	322
2.	Objektiver und subjektiver Geltungsbereich.....	322
2.1	Allgemein	322
2.2	Auslagerung von Staatsaufgaben auf Private im objektiven Geltungsbereich des Vergaberechts	324
a	Erweiterter objektiver Geltungsbereich des Vergaberechts durch Art. 9 BöB/IVöB.....	324
aa.	Revision BöB/IVöB 2019	324
bb.	„Übertragung einer öffentlichen Aufgabe“ i. S. v. Art. 9 BöB/IVöB.....	325
b	Art. 8 und Art. 9 BöB/IVöB und Beleihung/Verwaltungshilfe.....	327
aa.	Lehrmeinung zur Subsumtion der Beleihung/Verwaltungshilfe unter Art. 8 und Art. 9 BöB/IVöB.....	327
bb.	Rechtsfolgen der Subsumtion eines Auftrags unter Art. 8 oder Art. 9 BöB/IVöB	329
c	Art. 8 und Art. 9 BöB/IVöB und die Handlungsform der Auslagerung	330
aa.	Öffentlicher Auftrag als Verfügung oder verwaltungsrechtlicher Vertrag.....	330

bb.	Unterstellung von „verhandlungslosen Verträgen“ unter das Beschaffungsrecht	331
d	Tragweite von Art. 8 und Art. 9 BöB/IVöB für öffentlich-rechtliche Aufträge	332
2.3	Fazit zum Geltungsbereich des Vergaberechts für die Erteilung von öffentlich-rechtlichen Aufträgen	333
3.	Gesetzliche Auftragskategorien	334
4.	Vorrang spezialgesetzlicher Bestimmungen (Art. 9 Satz 2 BöB/IVöB)...	334
5.	Ausnahmen vom objektiven Geltungsbereich (Art. 10 BöB/IVöB)	335
5.1	Folge einer Subsumtion eines Auftrags unter Art. 10 BöB/IVöB	335
5.2	Mögliche einschlägige Ausnahmetatbestände	336
5.3	Art. 10 Abs. 1 lit. f BöB/IVöB (Verträge des Personalrechts) im Besonderen	336
6.	Schwellenwerte und Verfahrensarten	338
6.1	Übersicht über die Verfahrensarten	338
6.2	Freihändiges Verfahren im Besonderen	339
a	Geltung des freihändigen Verfahrens	339
aa.	„Bagatellaufträge“ unter einem Schwellenwert von CHF 150'000.00	339
bb.	Freihandtatbestand unabhängig vom Schwellenwert (Art. 21 Abs. 2 BöB/IVöB)	341
b	Rechtliche Folgen des freihändigen Vergabeverfahrens	341
	Kapitel 2: Aspekte zur Verwaltungsrechtspflege.....	343
I.	Anwendbares Verfahrensrecht	343
1.	Grundsätzliche Geltung der öffentlichen Rechtspflege in sachlicher Hinsicht	343
1.1	Allgemein	343
1.2	Sonderfall: öffentlich-rechtlicher Auftrag über Eingehen eines privatrechtlichen Mandats	344
2.	Bestimmung des anwendbaren Verfahrensrechts	344
2.1	Anwendbarer Erlass über die öffentliche Rechtspflege	344
a	Verfahrensrecht des Bundes oder eines Kantons	344
b	Verwaltungsinterne oder verwaltungsexterne Rechtspflege	345
2.2	Verfahrensrechtliche Spezialbestimmungen bezüglich einzelner Verfahrensfragen	346
II.	Anfechtungs- oder Klageverfahren	348
1.	Handlungsform und öffentliche Rechtspflege	348
1.1	Verfahrensrechtliche Funktion der Handlungsform	348
1.2	Mögliches Anfechtungsobjekt oder „Klageobjekt“	349

2.	Anfechtungsverfahren	350
2.1	Anfechtung einer Verfügung	350
a	Beispiele anfechtbarer Verfügungen im Zusammenhang mit öffentlich-rechtlichen Aufträgen	350
b	Anfechtbarkeit einer Verfügung im Fall einer Nichtbeauftragung im Besonderen	351
aa.	Kein Rechtsschutz bei einer Nichtanstellung im öffentlichen Personalrecht	351
bb.	Möglicher beschaffungsrechtlicher Rechtsschutz bei einer Nichtbeauftragung	352
2.2	Anfechtung eines Realakts	353
2.3	Anfechtung eines Dienstbefehls mit Aussenwirkung	355
a	Rechtsschutz gegen Dienstbefehle im Allgemeinen	355
b	Rechtsschutz gegen Dienstbefehle gegenüber öffentlich-rechtlichen Beauftragten	356
2.4	Anfechtung eines Erlasses	358
2.5	(Direkte) Anfechtung eines Gerichtsurteils	359
3.	Anfechtungs- oder Klageverfahren bei öffentlich-rechtlichen Aufträgen in Vertragsform	359
3.1	Unklarheiten bzw. Uneinheitlichkeit in der Praxis	359
3.2	Sekundäre Bedeutung des Klageverfahrens in der öffentlichen Rechtspflege	361
3.3	Allgemeines zur Rechtfertigung des Klageverfahrens	361
a	Besondere Natur der Streitsache	361
b	Fehlende Verfügungskompetenz des Gemeinwesens	362
c	Gleichordnung der Parteien	364
3.4	Zweckmässigkeit des Anfechtungs- oder Klageverfahrens	365
a	Zweckmässigkeit des Anfechtungsverfahrens im Allgemeinen	365
b	Grundsätzliche Zweckmässigkeit des Anfechtungsverfahrens	365
c	Mögliche Rechtfertigung des Klageverfahrens	367
III.	Auserwählte Fragen zu den Verfahrensvoraussetzungen	367
1.	Zuständigkeit	368
1.1	Örtliche Zuständigkeit im Klageverfahren	368
1.2	Sachliche Zuständigkeit	369
a	Verwaltungsgericht oder das mit der Streitsache befassste Zivil-/ Strafgericht	369
b	Sachgerechtigkeit der sachlichen Zuständigkeit von Zivilgerichten	370
aa.	Grundsätzliche Zulässigkeit der sachlichen Zuständigkeit von Zivilgerichten für öffentlich-rechtliche Streitigkeiten	370
bb.	Sachliche Zuständigkeit von Zivilgerichten für Streitigkeiten aus öffentlich-rechtlichen Aufträgen	371

2. Kognition der Rechtsmittelinstanzen im Beschwerdeverfahren	372
3. Gerichtliche Zugangsbeschränkungen im Beschwerdeverfahren	374
3.1 Streitwertgrenze vor Bundesgericht	374
a Zweck der Festlegung von Streitwertgrenzen für Verfahren vor dem Bundesgericht	374
b Streitwertgrenze für vermögensrechtliche Angelegenheiten auf dem Gebiet der öffentlich-rechtlichen Auftragsverhältnisse	374
3.2 Ausnahme von nicht vermögensrechtlichen Angelegenheiten auf dem Gebiet der öffentlich-rechtlichen Auftragsverhältnisse	376
Teil 5: Sozialversicherungsrechtliche Aspekte	379
Kapitel 1: Sozialversicherungsrechtliche Beitragsstatute	381
I. Bedeutung und Rechtsgrundlagen der Beitragsstatute	381
1. Bedeutung	381
2. Rechtsgrundlagen	382
II. Erwerbstätigkeit	384
1. Definition	384
2. Abgrenzung der unselbstständigen und selbstständigen Erwerbstätigkeit im Allgemeinen	384
2.1 Sozialversicherungsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff	384
2.2 Objektbezogener Arbeitnehmerbegriff	386
2.3 Wesentliche Abgrenzungskriterien und Einzelkriterien	386
a Wesentliche Abgrenzungskriterien	386
b Einzelkriterien	387
c Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalls	389
d Rechtsprechung zu investitionsarmen Tätigkeiten	390
2.4 Abgrenzungskriterien bei obligationenrechtlichen Auftragsverhältnissen nach Art. 394 ff. OR	390
2.5 Gleichzeitigkeit von selbstständiger und unselbstständiger Erwerbstätigkeit	391
3. Abgrenzung von unselbstständiger und selbstständiger Erwerbstätigkeit bei öffentlich-rechtlichen Aufträgen	392
3.1 Abgrenzung gemäss sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen	392
a Keine autonomen Begriffe der Beitragsstatute im Verwaltungsrecht	392
b Unmassgeblichkeit von beitragsrechtlichen Qualifikationen in einem Rechtserlass oder Verwaltungsrechtsakt	393
3.2 Öffentlich-rechtliche Auftragsverhältnisse nicht per se unselbstständige Erwerbstätigkeiten	395

3.3 Anwendung der wesentlichen Abgrenzungskriterien auf öffentlich-rechtliche Auftragsverhältnisse	395
a Arbeitsorganisatorische Abhängigkeit	395
aa. Weisungsgebundenheit, persönliche Leistungspflicht, Konkurrenzverbot.....	395
bb. Erfüllungspflichten gegenüber Dritten	397
cc. Aufsicht und Kontrolle von auftraggebender Behörde	397
dd. Unmassgeblichkeit der Handlungsform	398
ee. Arbeitsorganisatorische Abhängigkeit und Beileihung/Verwaltungshilfe	399
b Fehlendes wirtschaftliches Risiko	399
aa. Inkassorisiko	399
bb. Akquisitionsrisiko.....	400
cc. Investitionsrisiko	401
dd. Regelmässige Tätigkeit für dieselbe Behörde	402
ee. Sorgfaltshaftung des öffentlich-rechtlichen Beauftragten	403
ff. Art der Festsetzung des Vergütungstarifs	404
c Besonderheiten zur Gewichtung der Abgrenzungskriterien bei öffentlich-rechtlichen Auftragsverhältnissen.....	404
aa. Keine einheitlichen, schematisch anwendbaren Lösungen.....	404
bb. Investitionsarme Auftragsverhältnisse.....	405
3.4 Praxisbeispiele.....	405
a Öffentlich-rechtliche Auftragsverhältnisse als unselbstständige Erwerbstätigkeit.....	405
b Öffentlich-rechtliche Auftragsverhältnisse als selbstständige Erwerbstätigkeit.....	408
c Beitragsfreie geringfügige (Neben-)Erwerbe aus unselbstständiger oder selbstständiger Erwerbstätigkeit	410
III. Nichterwerbstätigkeit	410
1. Definition	410
2. Öffentlich-rechtliche Auftragsverhältnisse als Nichterwerbstätigkeit	412
IV. Bemerkungen zum Beitragsstatut von öffentlich-rechtlichen Beauftragten	412
1. Mögliche Unsicherheiten bezüglich des Beitragsstatuts.....	412
2. Keine pauschale Zuordnung zu einem Beitragsstatut	413
3. Gesonderte Vornahme der beitragsrechtlichen Qualifikation bei Mehrfachbeschäftigungen	414
4. Beschränkte Freiheit bezüglich der Wahl des Beitragsstatuts	414

Kapitel 2: Unfallversicherungs- und berufliche Vorsorgerecht	416
I. Unfallversicherung	416
1. Unfallversicherungsunterstellung von öffentlich-rechtlichen Beauftragten	416
1.1 Arbeitnehmerbegriff im UVG	416
1.2 Berufs- und Nichtberufsunfallversicherung von öffentlich- rechtlichen Beauftragten	417
2. Allfällige Ausnahmen von der Unfallversicherungsunterstellung	418
II. Berufliche Vorsorge	419
1. Unterstellungspflicht bei der beruflichen Vorsorge von öffentlich- rechtlichen Beauftragten	419
2. Bedeutung der beruflichen Vorsorge für öffentlich-rechtliche Auftragsverhältnisse	420
2.1 Mögliche Versicherungspflicht in der obligatorischen beruflichen Vorsorge	420
2.2 Mögliche Ausnahme von der Versicherungspflicht in der obligatorischen beruflichen Vorsorge	421
Teil 6: Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	423
Grundlagen (Teil 2)	425
I. Begriff, Rechtsnatur und Parteien	425
II. Auslagerung von Staatsaufgaben	426
III. Rechtsakte und Verwaltungsrechtsakte	427
IV. Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Aufträge	429
Materiell-rechtliche Aspekte (Teil 3)	431
I. Materielles Recht	431
II. Begründung	433
III. Pflichten des Beauftragten	433
IV. Pflichten der auftraggebenden Behörde	435
V. Beendigung und Beendigungsfolgen	436
VI. Verjährung	438
Prozessrechtliche Aspekte (Teil 4)	439
I. Beschaffungsrechtliche Aspekte	439
II. Aspekte zur Verwaltungsrechtspflege	440
Sozialversicherungsrechtliche Aspekte (Teil 5)	442

I. Sozialversicherungsrechtliche Beitragsstatute	442
II. Einzelfragen zum Unfallversicherungs- und beruflichen Vorsorgerecht	444
Schlusswort	445
Bref aperçu	449
Breve sinossi.....	451
Sachregister	453