



^b
**UNIVERSITÄT
BERN**

Markus Müller / Reto Feller

Die Revision der Notariatsbüros im Kanton Bern

Zulässigkeit der Aufgabenübertragung an den Verband bernischer Notare (VbN)

Gutachten

zuhanden der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern (JGK)

Bern, 22. September 2008

Prof. Dr. Markus Müller
Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht

Dr. Reto Feller
Rechtsanwalt, wissenschaftlicher Mitarbeiter

Departement für öffentliches Recht
Schanzeneckstrasse 1
Postfach 8573
CH-3001 Bern

Tel. +41 (0)31 631 88 94 (Sekretariat)
E-Mail: markus.mueller@oefre.unibe.ch

Tel. +41 (0)31 631 53 47
E-Mail: reto.feller@oefre.unibe.ch

Internet: <http://www.oefre.unibe.ch>
Fax +41 (0)31 631 38 83

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|------|--|----|
| I. | Auftrag und Fragestellung | 3 |
| II. | Grundzüge des Notariatswesens und dessen Aufsicht..... | 3 |
| III. | Formelle Gesetzmässigkeit der Beleihung (Gutachtensfrage 1)..... | 5 |
| A. | Allgemeine Bedingungen und Folgen von Beleihungen | 5 |
| 1. | Verfassungsrechtlicher Ausgangspunkt und Begriff der Beleihung..... | 5 |
| 2. | Zulässigkeit und Eckpunkte des Beleihungsrechtsverhältnisses..... | 6 |
| B. | Vorgaben der Kantonsverfassung | 8 |
| C. | Vorgaben von Lehre und Rechtsprechung..... | 8 |
| 1. | Regelungen im Gesetz..... | 9 |
| 2. | Regelungen im Verordnungsrecht | 10 |
| D. | Konkret: Die formelle Gesetzmässigkeit der Übertragung der Revisionstätigkeit an den VbN..... | 11 |
| 1. | Rechtslage unter dem alten Notariatsgesetz..... | 11 |
| 2. | Rechtslage unter dem revidierten Notariatsgesetz | 12 |
| 3. | Weitere Konkretisierungen | 14 |
| E. | Ergebnis | 15 |
| IV. | Materielle Gesetzmässigkeit der Beleihung (Gutachtensfrage 2)..... | 17 |
| A. | Der VbN und seine Revisionstätigkeit im Notariatswesen..... | 17 |
| B. | Unterliegen Beleihungen dem öffentlichen Beschaffungsrecht?..... | 19 |
| C. | Unterliegen Beleihungen dem Binnenmarktgesetz? | 20 |
| D. | Formelle und materielle Anforderungen an die Auswahl der Beliehenen | 21 |
| 1. | Verfassungsrechtliche Vorgaben | 21 |
| 2. | Vorgaben im Gesetzes- und Verordnungsrecht | 23 |
| 3. | Konkret: Die Rechtmässigkeit der Beleihung des VbN..... | 24 |
| E. | Ergebnis | 25 |
| V. | Zusammenfassung der Resultate | 27 |
| VI. | Anhang: Literaturverzeichnis..... | 28 |

I. Auftrag und Fragestellung

Der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektor des Kantons Bern beauftragte die Unterzeichneten mit Schreiben vom 16. November 2007 zur Erstellung eines Gutachtens betreffend die rechtliche Zulässigkeit der Aufgabenübertragung im Notariatswesen an den Verband bernischer Notare (VbN). Folgende Rechtsfragen stehen zur Begutachtung an:

1. Gilt Art. 38 Abs. 4 des Notariatsgesetzes vom 22. November 2005 (NG; BSG 169.11) als genügende gesetzliche Grundlage für die Delegation des Revisionswesens an einen Dritten?
2. Wenn die Frage 1 mit «ja» beantwortet werden kann: Ist die Delegation des Revisionswesens an den VbN als Berufsverband zulässig?

Die beiden Fragen werden im Folgenden beantwortet. Unter Ziff. V (S. 27) findet sich die Zusammenfassung der Ergebnisse.

II. Grundzüge des Notariatswesens und dessen Aufsicht

Zwar gehört der materielle Begriff der öffentlichen Beurkundung dem Bundesrecht an, doch bestimmen die Kantone, wer auf ihrem Gebiet zur Errichtung der öffentlichen Urkunden befugt ist. Sie regeln insbesondere die Voraussetzungen für die Tätigkeit als Urkundsperson, deren Aufgaben und Berufspflichten sowie das Gebühren- und Aufsichtswesen. Im Notariatswesen herrscht demnach eine relativ weitreichende *kantonale Normierungsfreiheit*. Verschiedene Kantone kennen das Amtsnotariat und entziehen damit das Beurkundungswesen gänzlich dem wirtschaftlichen Wettbewerb. Andere haben Höchst- oder Mindestgrenzen für die Zahl der (freien) Notare festgelegt, wodurch diese Kantone immer noch erheblichen lenkenden Einfluss ausüben.¹

Art. 2 des bernischen Notariatsgesetzes (NG)² hält fest, dass der Notar einen freien, wissenschaftlichen und öffentlichen Beruf ausübt.³ Wer im Kanton Bern den Notariatsberuf

¹ Vgl. dazu statt vieler BGE 133 I 259 E. 2; 131 II 639 E. 6.1 und 7.3 je mit zahlreichen weiteren Hinweisen. Ferner *Ruf*, Rz. 131.

² Notariatsgesetz vom 22.11.2005 (BSG 169.11).

³ Näheres dazu bei *Marti*, Art. 2 NG N. 1 ff., und *Ruf*, Rz. 287 ff. Mehrmals scheiterten Bestrebungen, das freie Berufsnotariat durch ein Amtsnotariat abzulösen, vgl. dazu *Bichsel*, S. 4.

ausüben will, hat sich im Notariatsregister eintragen zu lassen (Art. 6 Abs. 1 NG). Wer das Notariatspatent besitzt und die weiteren in Art. 9 Abs. 1 Bst. b-i NG aufgeführten Voraussetzungen erfüllt, kann bei der Aufsichtsbehörde um einen Eintrag in das Notariatsregister ersuchen. Der Gesuchsteller muss namentlich den Nachweis erbringen, dass er in geordneten finanziellen Verhältnissen lebt (Art. 9 Abs. 1 Bst. d NG). Art. 43 f. NG und Art. 23-30 der Notariatsverordnung (NV)⁴ enthalten nähere Vorschriften über die Buchführung, den Geldverkehr und die Zahlungsbereitschaft im Notariatswesen.

Das freiberufliche Notariatswesen untersteht *staatlicher Aufsicht*, ausgeübt durch die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion (JGK)⁵. Deren Aufsichtsbefugnisse und -pflichten sind formell-gesetzlich in Art. 38 NG verankert:

Die staatliche Aufsicht über die Notare bezweckt, die korrekte Berufsausübung sicherzustellen und das Vertrauen des Publikums zu bewahren.⁶ Im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit erteilt die JGK das Notariatspatent, führt das Notariatsregister und überwacht die Einhaltung der für die Berufsausübung geltenden Vorschriften. Sie führt Untersuchungen und entscheidet in Belangen des Notariatspatents, des Notariatsregisters sowie in Disziplinarfällen; ferner behandelt sie Gesuche betreffend die amtliche Festsetzung von Gebühren und Auslagen. Weiter ist die JGK als Aufsichtsbehörde befugt, Weisungen zu erteilen und vorsorgliche Massnahmen zu treffen. Schliesslich zählt auch das *Revisionswesen* zum Kreis der Aufsichtstätigkeiten.

Art. 38 Abs. 4 NG ermächtigt die JGK für die Revision der Notariatsbüros «geeignete Personen oder Organisationen mit der Durchführung» zu beauftragen. Im Folgenden ist zu prüfen, ob Art. 38 Abs. 4 NG als gesetzliche Grundlage für eine Delegation (terminologisch besser: Übertragung, Beleihung) des Revisionswesens genügt, die konkrete Beleihung mithin *formell gesetzmässig* ist (Gutachtensfrage 1).

⁴ Notariatsverordnung vom 26.4.2006 (BSG 169.112).

⁵ Das Notariatswesen wird betreut durch das Amt für Betriebswirtschaft und Aufsicht (ABA; vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. c der Verordnung über die Organisation und die Aufgaben der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion [Organisationsverordnung JGK; OrV JGK]; BSG 152.221.131).

⁶ Vgl. BGE 133 II 468 E. 2 S. 472 in Pra 2008 Nr. 88.

III. Formelle Gesetzmässigkeit der Beleihung (Gutachtensfrage 1)

Der Frage, ob für die Übertragung der Revisionstätigkeit eine hinreichende gesetzliche Grundlage gegeben ist, wird in vier Schritten nachgegangen:

- Allgemeine Erläuterungen zu Beleihungen und Beleihungsrechtsverhältnissen (Abschnitt A);
- Verfassungsrechtliche Anforderungen an Beleihungen (Abschnitt B);
- Leitplanken der Lehre und Rechtsprechung (Abschnitt C);
- Rechtmässigkeit der konkreten Beleihung (Abschnitt D).

A. Allgemeine Bedingungen und Folgen von Beleihungen

1. Verfassungsrechtlicher Ausgangspunkt und Begriff der Beleihung

Der Kanton Bern hat die bei der Übertragung öffentlicher Aufgaben allgemein zu beachtenden Voraussetzungen in der Verfassung geregelt. Er kann zur Besorgung öffentlicher Aufgaben nicht nur Anstalten und andere Institutionen des öffentlichen und privaten Rechts *errichten* oder sich an solchen Institutionen *beteiligen* (Art. 95 Abs. 1 Bst. a und b KV⁷), sondern die Aufgaben auch an (bestehende) Private und Institutionen ausserhalb der Verwaltung *übertragen* (Art. 95 Abs. 1 Bst. c KV). Dieser letztere Vorgang wird gemeinhin als «Beleihung» bezeichnet. In diesen Formen der mittelbaren Verwaltung nutzt der Kanton vorbestehende private Fachkenntnisse und vermeidet den Aufbau teurer Parallelstrukturen.⁸ Kennzeichnend für Beleihungen ist der Verbleib der Kontroll- und der Erfüllungsverantwortung beim Staat. Er muss die Qualität der privaten Aufgabenerfüllung kontrollieren und steht in der Pflicht, nötigenfalls anstelle des Beliehenen tätig zu werden. Weil der Staat die Verantwortlichkeit behält, handelt es sich bei Beleihungen um blosse Teilprivatisierungen. Demgegenüber entledigt sich der Staat bei einer Vollprivatisierung der Erfüllungsverantwortung (Aufgabenverzicht) und nimmt allenfalls noch Regulierungs- und Kontrollfunktionen wahr.⁹

⁷ Verfassung des Kantons Bern vom 6.6.1993 (BSG 101.1).

⁸ Gygi, S. 56 ff.; Poledna, Bewilligungen und Konzessionen, Rz. 54; Tschannen/Zimmerli, § 10 N. 13 f. Vgl. für eine kritische Auseinandersetzung mit dem Begriff der Beleihung und einer Abgrenzung zur sog. Konzession des öffentlichen Dienstes Egli, S. 23 ff.; ferner Kunz, S. 27 ff.

⁹ Vgl. dazu Kälin/Lienhard/Wytenbach, S. 58 f.; Tschannen, S. 215 f.; vgl. auch BVR 2008 S. 105 E. 2.4.3.

Beispiele für Beleihungen finden sich in der Rechtspraxis zahlreich:

- Durchführung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung durch Krankenkassen (Art. 11 ff. KVG¹⁰);
- Der Bund kann Organisationen der Arbeitswelt (Berufsverbände) die Durchführung von Prüfungen übertragen (Art. 40 Abs. 2 BBG¹¹);
- Durchführung von Fahrzeugprüfungen durch Private (Art. 21 StrVV¹²);
- Die Übertragung von Vollzugsaufgaben ist besonders verbreitet im Umweltrecht (Abfallentsorgung, «Umweltmonitoring», Verleihung von Ökolabels usw.)¹³;
- Freiberufliche Notarinnen und Notare im Bereich amtlicher Verrichtungen, beispielsweise bei der Beglaubigung von Unterschriften oder beim Errichten von öffentlichen Urkunden.¹⁴

2. Zulässigkeit und Eckpunkte des Beleihungsrechtsverhältnisses

Die Frage, *ob* eine öffentliche Aufgabe einem Privaten zur Erfüllung übertragen werden soll, ist eine eminent politische Frage, die vom Gesetzgebungsorgan des zuständigen Gemeinwesens zu beantworten ist.¹⁵ In dieser Phase ist die rechtliche Steuerungskraft noch gering. Aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip kann etwa die Forderung abgeleitet werden, der (potenziell) Beliehene müsse sich als geeignet erweisen. Er soll in der Lage sein, die übertragene Aufgabe mindestens ebenso gut zu erfüllen, wie die staatliche Zentralverwaltung.¹⁶ Im Übrigen ist diese Entscheidungsphase vornehmlich von verwaltungsorganisatorischen, wirtschaftlichen und finanzpolitischen Überlegungen dominiert.¹⁷ Erst die anschliessenden Umsetzungsphasen bedürfen einer intensiveren juristischen Wertung. Staats- und verwaltungsrechtliche Leitplanken säumen den Akt der *Aufgabenübertragung*

¹⁰ Bundesgesetz vom 18.3.1994 über die Krankenversicherung (SR 832.10).

¹¹ Bundesgesetz vom 13.12.2002 über die Berufsbildung (Berufsbildungsgesetz, SR 412.10).

¹² Strassenverkehrsverordnung vom 20.10.2004 (BSG 761.111).

¹³ Vgl. *Brunner*, Art. 43 USG N. 14 f.

¹⁴ Vgl. BGE 129 I 330 E. 2.1 in Pra 2004 Nr. 61; BGE 124 I 297 E. 4a in Pra 1999 Nr. 1.

¹⁵ Vgl. auch *Jaag*, Dezentralisierung und Privatisierung, S. 42. Für eine Auswahl von Entscheidungskriterien vgl. *Kälin/Lienhard/Wyttenbach*, S. 73 f.

¹⁶ *Poledna*, Aufgaben und Kriterien, S. 14.

¹⁷ Vgl. *Achermann*, S. 30 ff.

(formelle und materielle Gesetzmässigkeit der Beleihung) und den *Vollzug durch den Beliehenen*.

In der Lehre ist ein *Kernbestand nicht übertragbarer öffentlicher Aufgaben* anerkannt, beispielsweise die militärische Landesverteidigung oder die Strafverfolgung im engeren Sinn. Umstritten ist aber, wie im Einzelnen dieser Kernbestand zu umschreiben ist, was am aktuellen Beispiel der Übertragung polizeilicher Aufgaben in den Bereichen Strafvollzug, Bahnpolizei oder zivile Flugsicherung ohne weiteres deutlich wird.¹⁸ Der Katalog der übertragbaren Aufgabenarten ist breit. Typischerweise erfüllen Beliehene Vollzugsaufgaben, gegebenenfalls in hoheitlichen Handlungsformen, insbesondere durch Erlass von Verfügungen.¹⁹ Denkbar ist ferner die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen an Private.²⁰

Dem beliehenen Privaten, eine natürliche oder juristische Person, können alle Befugnisse, die der öffentlichen Verwaltung zustehen, übertragen werden. Auf der anderen Seite ist er den rechtsstaatlichen Bindungen unterworfen, wie sie auch für das Gemeinwesen gelten, also vorab den Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 BV²¹) und der Bindung an die Grundrechte (Art. 35 Abs. 2 BV).²² Private Aufgabenträger sind in gleicher Weise wie der Staat selbst verpflichtet, das Amtsgeheimnis zu wahren und die Datenschutzvorschriften zu beachten.²³

Damit diese Erfordernisse wirksam werden, muss sich der Staat Überprüfungsmöglichkeiten über die delegierten Tätigkeiten sichern.²⁴ Die hierzu nötigen Gebote und Verbote sowie weitere Interventionsmöglichkeiten, beispielsweise Genehmigungsvorbehalte zu-

¹⁸ *Biaggini*, St. Galler Kommentar, Art. 178 BV N. 28; *Müller A.*, Privatisierung, S. 68 f.; *Müller/Jenni*, S. 1074.

¹⁹ Der bernische Aufgabenübertragungsbegriff ist freilich weder verfassungs- noch gesetzesrechtlich an die Ermächtigung zum Handeln durch Verfügung geknüpft, wie das Verwaltungsgericht in BVR 2007 S. 145 E. 4.3 festgestellt hat.

²⁰ Vgl. Art. 95 Abs. 2 Bst. b KV und bezüglich der Bundesebene *Sägesser*, Art. 2 RVOG N. 130. Zur Verfügungsbefugnis Privater vgl. *Brunner*, Art. 43 USG N. 16.

²¹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (SR 101).

²² BGE 133 I 49 E. 3.2; 127 I 84 E. 4c S. 90; BVR 2008 S. 105 E. 2.4.3. *Achermann*, S. 165 ff.; *Kälin/Bolz*, Art. 95 KV N. 6a; *Kälin/Lienhard/Wyttenbach*, S. 62 f.; *Häfelin/Müller/Uhlmann*, N. 1530f; *Jaag*, Dezentralisierung und Privatisierung, S. 43.

²³ Vgl. Art. 2 Abs. 5 Bst. b des Datenschutzgesetzes vom 19.2.1986 (KDSG; BSG 152.04). Ferner *Jaag*, Dezentralisierung und Privatisierung, S. 44; *Müller A.*, Rechtsfragen, S. 121 ff. Vgl. auch Art. 41 NG, wonach die (allenfalls privaten) Revisionsorgane ebenso wie die Aufsichtsbehörde Stillschweigen zu bewahren haben über Tatsachen, welche sie bei ihrer Tätigkeit wahrnehmen und die unter das Berufsgeheimnis fallen.

²⁴ BGE 133 I 49 E. 3.2; *Biaggini*, Rechtsstaatliche Anforderungen, S. 151 f.

gunsten des Gemeinwesens, sind ins Gesetz selber oder in den Übertragungsakt (Verfügung oder öffentlichrechtlicher Vertrag) aufzunehmen.

B. *Vorgaben der Kantonsverfassung*

Als Richtpunkt für die Beantwortung der Frage, welchen Anforderungen die gesetzliche Grundlage bei der Auslagerung von öffentlichen Aufgaben zu genügen hat, dient zunächst Art. 95 Abs. 2 KV. Sofern die zu übertragende Aufgabe eine bedeutende Leistung betrifft, zur Einschränkung von Grundrechten oder zur Erhebung von Abgaben ermächtigt, bedarf es einer *qualifizierten gesetzlichen Grundlage*. Der Gesetzgeber soll sich in solchen Fällen nicht mit einer generalklauselartigen Übertragung begnügen können. Vielmehr hat er gemäss Art. 95 Abs. 2 Bst. d KV *Art* und *Umfang* der Übertragung zu bestimmen. Mit «Art» dürfte kaum mehr verlangt sein, als dass das Gesetz die Aufgabenübertragung ausdrücklich als solche zu bezeichnen hat.²⁵ Mehr Schwierigkeiten bereitet es, den Bedeutungsgehalt des Begriffs «Umfang» näher zu bestimmen. Angesprochen ist damit die Frage nach den inhaltlichen Anforderungen an die gesetzliche Grundlage.

Der Verfassungstext macht hier keine weiteren Vorgaben. Diese Zurückhaltung erklärt sich mit den Absichten des Verfassungsgebers, der zwar in Art. 95 Abs. 2 KV klare Mindeststandards formulierte, aber darüber hinaus um grosse Flexibilität bemüht war. Das Gesetzmässigkeitsprinzip sollte im Bereich der Aufgabenübertragung nicht überspannt werden, um den vielfältigen Bedürfnissen der modernen Verwaltung nicht Fesseln anzulegen. Mit diesem zurückhaltenden Konzept sollte nach den Absichten des Verfassungsgebers auch inskünftig die Anpassungsfähigkeit an die Rechtsentwicklung bewahrt bleiben.²⁶

C. *Vorgaben von Lehre und Rechtsprechung*

Das *Gesetzmässigkeitsprinzip* weist im Bereich des Organisationsrechts, speziell bei der Auslagerung und Übertragung von Aufgaben, keine deutlichen Konturen auf.²⁷ Das mag zum einen daran liegen, dass die Privatisierung erst in den neunziger Jahren zu einem

²⁵ Kälin/Bolz, Art. 95 KV N. 9a, 11.

²⁶ Kälin/Bolz, Art. 95 KV N. 7b und 7c.

²⁷ Diesen Befund betont namentlich *Biaggini*, Rechtsstaatliche Anforderungen, S. 154.

viel gehörten, allmählich auch die Gerichtspraxis beanspruchenden Schlagwort wurde. Zum anderen sind Formen und Grade der Privatisierung in eine kaum überblickbare Vielfalt ausgewachsen. Immerhin lassen sich Lehre und Rechtsprechung zur Frage, was im Gesetz und was im nachgeordneten Verordnungsrecht zu verankern ist, gewisse Leitplanken entnehmen:

1. Regelungen im Gesetz

Aus dem Gesetz muss vorweg mit hinreichender Klarheit die Definition der zu übertragenden Aufgabe hervorgehen: *Was* gehört zur übertragenen Aufgabe, was nicht? – Das Gesetz soll ferner Antworten liefern zum «*Wie*» der Aufgabenübertragung, also die wichtigsten Modalitäten der Aufgabenerfüllung benennen.²⁸ Dazu können gehören:²⁹

- Instrumente und Handlungsformen (Verträge, Verfügungen), denen sich der Beliehene zur Regelung der Rechtsverhältnisse mit Dritten bedient;
- Intensität und Mittel der staatlichen Aufsicht;
- Rechtsform des Beliehenen;
- Fragen der Finanzierung: Abgeltung der übertragenen Aufgaben, allfällige Kompetenz des Beliehenen zur Erhebung von Abgaben;
- besondere Haftungs- und Rechtsschutzvorschriften.

Damit ist nicht gemeint, es müssten alle angeführten Elemente zwingend in ein Gesetz im formellen Sinn aufgenommen werden. Die notwendigen Regelungspunkte bestimmen sich in erster Linie nach der konkreten öffentlichen Aufgabe, die zur Übertragung ansteht.

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die sog. *administrative Hilfstätigkeit* und der einzelfallweise Beizug von Hilfspersonen der Verwaltung auch ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung als zulässig erachtet wird. Die Abgrenzung der administrativen Hilfstätigkeit von der Beleihung (i.S. der Übertragung spezifischer Verwaltungsaufgaben) ist kontrovers. Massgebend für die Annahme eines Beleihungsverhältnisses dürfte sein, ob der Auftrag hoheitliche Befugnisse

²⁸ *Biaggini*, Rechtsstaatliche Anforderungen, S. 154.

²⁹ *Biaggini*, Rechtsstaatliche Anforderungen, S. 155; *Lienhard*, S. 396 f.; *Müller/Jenni*, S. 1077.

und einen Ermessensspielraum für die Festlegung bzw. Durchsetzung von Rechten und Pflichten mit umfasst.³⁰

2. Regelungen im Verordnungsrecht

Präzisierungen zu den Erfüllungsmodalitäten können auch im nachrangigen Recht, in den (Vollziehungs-)Verordnungen, verankert werden. Das lässt sich zum einen begründen mit der durch Art. 95 Abs. 2 Bst. d KV bezweckten *Flexibilität der Aufgabenübertragung* (vgl. Abschnitt B hiervor). Diesem Ziel stünde eine detaillierte Regelung auf Gesetzesstufe entgegen. Zum anderen ist auf die *Wesentlichkeitstheorie*³¹ hinzuweisen. Danach ist die Verankerung in einem formellen Gesetz nur notwendig, wenn es sich um Aufgaben handelt, die Grundlegendes und Wichtiges betreffen, beispielsweise wenn damit schwere Grundrechtseingriffe verbunden sind. Soweit nach der Wesentlichkeitstheorie Verordnungen für die Umschreibung der Modalitäten genügen, müssen diese ihrerseits auf hinreichend bestimmten Delegationsnormen beruhen.³²

Die konkrete Aufgabenübertragung an den Beliehenen erfolgt selten durch das Gesetz selber, sondern durch einen separaten *Übertragungsakt*, häufig in der Gestalt des verwaltungsrechtlichen Vertrags.³³ Damit entsteht ganz im Sinne des staatlichen Kontinuitätsinteresses ein individuelles und damit einigermassen beständiges Rechtsverhältnis, das den Privaten davon abhalten soll, sich vorschnell aus der Verantwortung zurückzuziehen.³⁴ Ein Vorteil der Vertragsform wird ferner darin gesehen, dass für Detailregelungen zur Aufgabenübertragung, die mitunter sehr umfangreich ausfallen können, innerhalb des durch Gesetz und Verordnung vorgegebenen Rahmens ein Gestaltungsspielraum verbleibt. Auf diese Weise können die Behörde und der Beliehene bei der erstmaligen Regelung, aber auch bei später notwendig werdenden Anpassungen des Beleihungsrechtsver-

³⁰ Gutachten des Bundesamts für Justiz vom 19.12.2002, VPB 2003 Nr. 100 S. 995 und vom 29.3.1995, VPB 1996 Nr. 1; BVR 2002 S. 241 E. 5b S. 252; Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 425.

³¹ Vgl. die Umschreibung bei Nüssle, S. 54 f., «wonach «die Wichtigkeit des Inhaltes eines Erlasses für dessen Werthöhe innerhalb der Rechtsordnung bestimmend» ist.»

³² Kälin/Lienhard/Wyttenbach, S. 60 f.; vgl. auch Biaggini, Rechtsstaatliche Anforderungen, S. 156 f. und ders., Komm. BV, Art. 178 N. 26. Ähnlich auch BGE 104 Ia 440 E. 4c und 5d.

³³ Gygi, S. 56; Uebersax, S. 405, 407. Vgl. auch bereits BGE 94 I 628 E. 3 (Schweizerischer Elektrotechnischer Verein).

³⁴ Mächler, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, § 12 N. 41 f.

hältnisses ohne Beizug des Gesetz- oder Verordnungsgebers die Erfüllungsmodalitäten nach ihren Bedürfnissen anpassen.³⁵

Art. 49 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG³⁶) schreibt ausdrücklich den *Vorrang der Verfügung* als Handlungsform zur Regelung öffentlich-rechtlicher Verhältnisse vor. Andere Handlungsformen, z.B. zweiseitige Vereinbarungen in Form verwaltungsrechtlicher Verträge, werden absichtlich zurückgedrängt und sind grundsätzlich nur zulässig, wenn ein Gesetz im formellen Sinn sie explizit vorsieht.³⁷ Dieser Vorrang der Verfügung verunmöglicht eine einzelfallgerechte und flexible Gestaltung des Beleihungsverhältnisses nun aber nicht. Die Verfügungsform ist ähnlich flexibel wie die Vertragsform. Die Aushandlung von Detailregelungen mit dem Beliehenen sowie die Anpassung an veränderte Verhältnisse ist ohne weiteres möglich. Ebenso besteht eine Gewähr für die Beständigkeit des Rechtsverhältnisses. Die Aufgabenübertragung kann folglich ohne weiteres auch verfügt werden.³⁸

D. Konkret: Die formelle Gesetzmässigkeit der Übertragung der Revisionstätigkeit an den VBN

1. Rechtslage unter dem alten Notariatsgesetz

Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern hat unter Geltung des aNG³⁹ mit Urteil vom 14. November 2001 festgestellt, dieses Gesetz und die zugehörige Vollziehungsverordnung (aNv⁴⁰) enthalte *keine ausdrückliche Grundlage* für eine Übertragung von Aufsichtsbefugnissen an Private.⁴¹ Laut Art. 12 Abs. 5 aNG⁴² «organisiere» die JGK die Revision der Notariatsbüros. Sie müsse demnach nicht zwingend die Revision selber durchführen. Die Gesetzesbestimmung enthalte indes keine ausdrückliche Ermächtigung, die

³⁵ Vgl. auch Brunner, Art. 43 USG N. 18a.

³⁶ Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 23.5.1989 (BSG 155.21).

³⁷ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Art. 49 VRPG N. 5; Müller M., S. 103 f. – Im Lichte dieses spezifischen bernischen Verfahrensgrundsatzes erscheint es zumindest fragwürdig, ob die Vereinbarung die richtige Form der Aufgabenübertragung an einen Privaten darstellt (vgl. hinten Abschnitt E).

³⁸ A.A. Kunz, S. 60 f.

³⁹ Bis 30.6.2006 gültig gewesenes Notariatsgesetz vom 28.8.1980 (GS 1980 S. 148 ff.).

⁴⁰ Bis 30.6.2006 gültig gewesene Notariatsverordnung vom 17.11.1981 (GS 1981 S. 231 ff.).

⁴¹ Vgl. dazu und zum Folgenden BVR 2002 S. 241 E. 5c.

⁴² In der Fassung vom 26.11.1997 (BAG 98–26, in Kraft am 1.7.1998).

Revision an Private zu übertragen. Ebenso wenig lasse sich ein entsprechender Hinweis den Gesetzesmaterialien entnehmen. Auch Art. 27 aNV ermächtige nicht ausdrücklich zur Beleihung. Diese Verordnungsvorschrift beauftrage die JGK bloss, die Revisionsstelle zu beaufsichtigen und über deren Organisation Weisungen zu erlassen.

Das Verwaltungsgericht hat ferner festgestellt, die Übertragung der Revisionstätigkeit an den VbN gehe über einen einzelfallweisen Beizug von Sachverständigen – welcher auch ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung zulässig sein kann (vgl. Abschnitt C.1 hier vor) – weit hinaus:⁴³ Das ganze Revisionswesen werde durch Organe des VbN in grosser Selbständigkeit organisiert und durchgeführt. Der Verband trete damit gewissermassen an die Stelle der staatlichen Aufsichtsbehörde; die vereinsinterne Revision werde als staatliche Revision anerkannt.

2. Rechtslage unter dem revidierten Notariatsgesetz

Unter anderem das erwähnte Urteil des Verwaltungsgerichts vom 14. November 2001 war Anlass für die – am 1. Juli 2006 in Kraft getretene – Totalrevision des Notariatsrechts.⁴⁴ Art. 38 NG trägt den Randtitel «Aufsichtsbehörde» und ist eingegliedert in den 4. Abschnitt («Aufsicht»), Unterabschnitt 4.1 («Organisation, Verfahren und Rechtspflege»). Art. 38 Abs. 4 NG lautet wie folgt:

Sie [die JGK] ist zuständig für die Revision der Notariatsbüros. Sie kann geeignete Personen oder Organisationen mit der Durchführung beauftragen.

Im Unterabschnitt 4.2 («Revision der Notariatsbüros») verankert Art. 42 NG das Folgende:

¹ Die Einhaltung der Berufsvorschriften ist durch periodische, in der Regel jährliche Revisionen der Notariatsbüros zu prüfen. Die Revisionspflicht endet mit dem Abschluss der Büroliquidation. Der Regierungsrat regelt durch Verordnung die Einzelheiten der Durchführung der Revisionen und die Gebühren der Revisionsorgane.

² Die Notarinnen und Notare haben den Revisionsorganen alle erforderlichen Auskünfte zu erteilen und Einblick in alle Bücher, Urkunden

⁴³ Dazu BVR 2002 S. 241 E. 5e S. 254 f.

⁴⁴ Vortrag des Regierungsrates betreffend das Notariatsgesetz, in Tagblatt des Grossen Rates 2005, Beilage 30 (nachfolgend: Vortrag NG), S. 2. Vgl. zu den weiteren Revisionsgründen auch das Votum *Buchs* in Tagblatt des Grossen Rates 2005, S. 818 f.

und Dokumente zu gewähren, welche mit der Berufsausübung in Zusammenhang stehen. Auf Verlangen sind den Revisionsorganen die privaten Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Notarin oder des Notars offen zu legen.

Dieser Normtext macht deutlich, dass die Revisionstätigkeit bedeutende Leistungen im Sinne von Art. 95 Abs. 2 Bst. d KV zum Gegenstand hat und weitgehende Einsichtsrechte der Revisionsorgane und Auskunftspflichten der Notarinnen und Notare beinhaltet. Verfassungsrechtlich ist daher verlangt, dass «Art und Umfang» einer Übertragung des Revisionswesens im Gesetz geregelt sind (vgl. Abschnitt B hiervor). Dem kommt das revidierte Notariatsgesetz nach:

- Aus Art. 38 Abs. 4 NG geht mit hinreichender Deutlichkeit die Befugnis der JGK hervor, das Revisionswesen einem ausserhalb der Zentralverwaltung stehenden Dritten übertragen zu können.⁴⁵ Sodann zeichnet das Notariatsgesetz deutliche Umrisse des *Umfangs* der Aufgabenübertragung. Art. 38 NG bietet in vier Absätzen einen Überblick über die der JGK obliegenden Aufsichtspflichten. Nur ein Ausschnitt aus der gesamten behördlichen Aufsichtstätigkeit, das Revisionswesen, soll nach dem Willen des Gesetzgebers auch durch Private erfüllt werden können. Damit bietet bereits Art. 38 NG einen ersten klaren Anhaltspunkt hinsichtlich der zu übertragenden Aufgabe.
- Zu Inhalt und Ablauf der Revision nennt Art. 42 NG weitere Eckpunkte: Prüfung der Einhaltung der Berufsvorschriften durch periodische, in der Regel jährliche Revisionen der Notariatsbüros; Ende der Revisionspflicht mit dem Abschluss der Büroliquidation; Tragweite der Einsichtsrechte und – als Gegenstück – der Auskunftspflichten. Art. 42 NG gibt ferner Aufschluss darüber, dass die (privaten) Revisionsorgane mit grosser Selbständigkeit handeln. – Der im Sprachgebrauch verbreitete Begriff der Revision erhält mit den ergänzenden gesetzlichen Umschreibungen gut fassbare Konturen und gibt klaren Aufschluss über den Umfang der zu übertragenden Aufgabe.

⁴⁵ Deutlich auch der Vortrag NG (Anm. 44), S. 3, 11. Im Grossen Rat gaben die Bestimmungen zum Revisionswesen zu keinen Diskussionen Anlass, vgl. Tagblatt des Grossen Rates 2005, S. 827.

Art. 38 Abs. 4 NG in Verbindung mit Art. 42 NG kann als *bereichsspezifische formellgesetzliche Beleihungsermächtigung*⁴⁶ bezeichnet werden, die dem Gesetzmässigkeitsprinzip und den spezifischen Anforderungen von Art. 95 Abs. 2 Bst. d KV genügt.

3. Weitere Konkretisierungen ...

a) ... im Verordnungsrecht

Gestützt auf die Delegationsnorm in Art. 42 Abs. 1 Satz 3 NG hat der Regierungsrat in den Art. 18–22 NV nähere Vorschriften über die Durchführung der Revisionen und die Gebühren der Revisionsorgane erlassen. Art. 18 NV wiederholt zunächst die *Beleihungsermächtigung*. Die Art. 19–21 NV listen die Überwachungs- und Kontrollaufgaben auf, die der Revisionsbehörde obliegen. Unter den in Art. 20 Abs. 1 NV genannten Prüfungsgegenständen der Revision, hat die *Kontrolle der Buchführung* (Art. 20 Abs. 1 Bst. d NV) herausragende praktische Bedeutung. In Ergänzung zu den allgemein geltenden, in Art. 957 ff. OR niedergelegten Grundsätzen der kaufmännischen Buchführung, verankern die Art. 43 f. NG sowie die Art. 23–30 NV weitere, auf den Fachbereich des Notariats zugeschnittene und engmaschige Vorschriften zur Buchführung, zum Geldverkehr und zur Zahlungsbereitschaft. Aufgrund ihres überwiegend technischen Charakters sind diese Normen stufengerecht in der Vollziehungsverordnung verankert. Sie zeichnen ein klares Bild über Inhalt und Ablauf der Revision im Notariatswesen.

b) ... in der Vereinbarung zwischen der JGK und dem VbN

Die JGK hat mit dem VbN am 6. November 2006 die am 1. Januar 2007 in Kraft getretene Vereinbarung betreffend die Delegation der Revision der Notariatsbüros (im Folgenden: Vereinbarung JGK/VbN) abgeschlossen und damit den Übertragungsakt begangen (vgl. Ziff. II und III der Vereinbarung JGK/VbN). Die Vereinbarung JGK/VbN regelt die für Beleihungsrechtsverhältnisse typischen Eckpunkte. Als Stichworte sollen genügen: *Aufsichtsbefugnisse* der JGK und Zusammenarbeit zwischen den Vereinbarungsparteien (insb. Ziff. IV.1, V.2–4 und Ziff. VII); *Abgeltung* der übertragenen Aufgaben; (Ziff. VIII) *Haftungsvorschriften*⁴⁷ (Ziff. IX).

⁴⁶ So der Begriffsgebrauch bei *Biaggini*, Komm. BV, Art. 178 N. 26.

⁴⁷ Vgl. eingehend zur *(Staats-)Haftung aus mangelhafter Revision* BVR 2007 S. 145 ff.: In diesem Urteil hat das Verwaltungsgericht unter anderem festgehalten, der VbN sei für Schäden, die er

Die Vereinbarung JGK/VbN gibt sodann Aufschluss über die Instrumente und Handlungsformen, mit denen der VbN seine Revisionstätigkeit ausübt. Im Wesentlichen verfasst und prüft er Revisionsberichte, handelt also in der Form des Realakts. Der VbN ist in einem eng begrenzten Handlungsfeld, nach der Löschung des Notars oder der Notarin im Notariatsregister, zum Erlass von Weisungen befugt und hat im Widerhandlungsfall der JGK Meldung zu erstatten (Ziff. VI.3 der Vereinbarung JGK/VbN). Der VbN darf zwar gegenüber dem Notar als Gläubiger für die nach Zeitaufwand berechnete Revisionsgebühr auftreten, ohne aber im Bestreitungsfall die Gebühr in der Form einer Verfügung festzusetzen.⁴⁸ Diese Befugnis verbleibt bei der JGK (Ziff. VIII.2 der Vereinbarung JGK/VbN). Das von der Vereinsversammlung des VbN am 8. Juni 1999 erlassene und von der JGK genehmigte Reglement über das Revisionswesen (im Folgenden: Revisionsreglement VbN) regelt das Nähere, insbesondere hinsichtlich der Organisation und der Zuständigkeit der Revisionsorgane.

E. Ergebnis

- Gemessen an Art. 95 Abs. 2 Bst. d KV und den ergänzenden, durch Rechtsprechung und Lehre zum Gesetzmässigkeitsprinzip entwickelten Anforderungen, gilt Art. 38 Abs. 4 i.V.m. Art. 42 NG als *genügende gesetzliche Grundlage* für die Übertragung des Revisionswesens an einen privaten Dritten.
- Der Verordnungsgeber und die JGK haben das Revisionswesen in der Notariatsverordnung konkretisiert und die Eckpunkte der Aufgabenübertragung in der Vereinbarung mit dem VbN aufgeführt. Die einzelnen Regelungspunkte sind in Beachtung des Gesetzmässigkeitsprinzips und dem Bedürfnis nach Flexibilität Rechnung tragend geradezu *idealtypisch* auf die Erlassstufen und den Übertragungsakt verteilt.

im Rahmen seiner Revisionstätigkeit Dritten widerrechtlich zufüge, primär selbst haftungsrechtlich verantwortlich und der Kanton stehe nur subsidiär in der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit (sog. Ausfallhaftung; E. 4). Der Kanton haftet aber direkt für eigenes Fehlverhalten bei der Erfüllung der (bei ihm verbliebenen) Aufsichts- und Kontrollpflichten (E. 5).

⁴⁸ Vgl. in diesem Zusammenhang auch die - vor Inkrafttreten der dargelegten Vereinbarung JGK/VbN abgegebene - Feststellung des Verwaltungsgerichts in BVR 2007 S. 145 E. 4.3: «Die dem VbN zugestandene Autonomie verleiht ihm [...] Kompetenzen, die nahe an eine (negative) Verfügungsbefugnis heranrücken.»

- Mit Blick auf den erwähnten, in Art. 49 Abs. 1 VRPG verankerten Vorrang der Verfügung, hat die JGK allerdings zu erwägen, den Übertragungsakt künftig in *Verfügungsform* zu kleiden.

IV. Materielle Gesetzmässigkeit der Beleihung (Gutachtensfrage 2)

Als nächstes ist zu prüfen, ob die Beleihung des Revisionswesens an den VbN nicht nur formell, sondern auch materiell rechtmässig erfolgt ist. Dabei gilt das Augenmerk vor allem den rechtlichen Anforderungen an die Auswahl des Beliehenen. Es stellen sich in diesem Zusammenhang die folgenden Fragen:

- Wie präsentiert sich der Status Quo im Bereich der Notariatsrevision (Abschnitt A)?
- Finden die Regeln des öffentlichen Beschaffungsrechts Anwendung (Abschnitt B)?
- Fällt die konkrete Beleihung in den Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes⁴⁹ (Abschnitt C)?
- Wurden die weiteren rechtlichen Rahmenbedingungen für die Auswahl des Beliehenen beachtet (Abschnitt D)?

A. Der VbN und seine Revisionstätigkeit im Notariatswesen

Der im Jahr 1903 gegründete Verband bernischer Notare (VbN)⁵⁰ bezweckt nach Art. 2 seiner Vereinsstatuten vom 12. Juni 2007 die Förderung des Notariatsstands, die Wahrung der Berufsinteressen, die Weiterbildung seiner Mitglieder und der Notariatsangestellten sowie die Ausbildung der Notariatslehrlinge und die Erfüllung aller ihm übertragenen Aufgaben. Zu diesen Aufgaben gehört auch die Revisionstätigkeit, d.h. die Überprüfung der Geschäfts- und Buchführung der im Notariatsregister eingetragenen Notare. Zu diesem Zweck hat der VbN eine ständige Kommission, die *Revisionskommission*, geschaffen und ihr zur praktischen Durchführung der Buchprüfung eine *Revisionsstelle* beigegeben, bestehend aus dem Hauptrevisor und den Revisoren.⁵¹

Die Revisionskommission, in der auch ein Vertreter der Aufsichtsbehörde (JGK) Einsitz hat, teilt das Kantonsgebiet in Kreise ein. Auf Antrag der Revisionskommission ernennt der Vorstand des VbN aus dem Kreis von Sachverständigen und praktizierenden Nota-

⁴⁹ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über den Binnenmarkt (BGBM; SR 943.02).

⁵⁰ Näheres zur Gründungsgeschichte bei *Bichsel*, S. 4 f.

⁵¹ Vgl. Art. 24 Bst. b und Art. 26 der Vereinsstatuten sowie Art. 1 Abs. 2, Art. 3 und Art. 5 Abs. 1 des Revisionsreglements VbN.

ren die Revisoren. In der Regel sind es jeweils zwei Revisoren, die eine Revision durchführen.⁵² Ist der Revisor praktizierender Notar, kann er gemäss Art. 12 des Revisionsreglements VbN seine Funktion nur ausserhalb des Grundbuchkreises seines eigenen Büros ausüben. Angesichts der Tatsache, dass der revidierende Notar als Beliehener und somit als staatlicher Funktionär auftritt, erscheint dieser Ausstandstatbestand als zu eng gefasst. Die betroffene Notarin oder der betroffene Notar sollte sich sinngemäss auf die in Art. 9 VRPG aufgeführten Ausstandsgründe berufen können.⁵³

Die Pflichten des Notars legen die Art. 14 ff. des Revisionsreglements VbN dar. Er ist namentlich verpflichtet, den Revisoren sämtliche Geschäftsbücher, anvertrauten Vermögenswerte und Belege sowie die Kontrollen, Urschriften und alle weiteren Ausweise vorzulegen, die für eine umfassende Überprüfung der Buchhaltung, der Geschäftsführung und für den Nachweis der Zahlungsbereitschaft erforderlich sind.

Die Revision der Notariatsbüros erfolgt seit Jahrzehnten durch den VbN.⁵⁴ Der Beweggrund, die Revisionstätigkeit dem VbN zu übertragen, liegt für die JGK darin, dass dieser Berufsverband über eine *gefestigte und bewährte Organisation des Revisionswesens* verfügt.⁵⁵ Die Akzeptanz der Verbandsrevision ist dementsprechend hoch. Seit dem erwähnten, am 14. November 2001 ergangenen Urteil des Verwaltungsgerichts, werden einzig zwei von über 200 Berner Notariatsbüros durch die JGK direkt revidiert.⁵⁶

Die JGK hat die Revisionstätigkeit *ausschliesslich* dem Berufsverband der Notare übertragen und damit private Revisionsgesellschaften von dieser Tätigkeit ausgeschlossen. Im Folgenden ist zu prüfen, ob diese exklusive Übertragung der Revisionstätigkeit an den VbN zulässig ist.

⁵² Vgl. Art. 3, 5 Abs. 2, Art. 7 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 1 der Vereinsstatuten.

⁵³ Soweit Beliehene *verfügen*, sind sie direkt dem Geltungsbereich des Verwaltungsrechtspflegegesetzes und damit dessen Ausstandsvorschriften unterstellt (Art. 2 Abs. 1 Bst. c VRPG).

⁵⁴ Im Jahr 1923 gründeten Notare einen separaten Revisionsverband, der sich 1949 mit dem VbN zusammenschloss (vgl. *Bichsel*, S. 28 f.; Vortrag NG [Anm. 44], S. 11).

⁵⁵ Ziff. I.3 der Vereinbarung JGK/VbN. Vgl. auch den gleichlautenden Befund des Verwaltungsgerichts in BVR 2007 S. 145 E. 6.4.2.

⁵⁶ Vortrag NG (Anm. 44), S. 11.

B. *Unterliegen Beleihungen dem öffentlichen Beschaffungsrecht?*

Die Anwendung des Submissionsrechts sowohl des Bundes als auch der Kantone setzt voraus, dass eine «Beschaffung» im Sinne der einschlägigen Gesetzesbestimmungen vorliegt. Eine öffentliche Beschaffung liegt demnach vor, wenn das Gemeinwesen als «Nachfrager/Konsument» und das private Unternehmen als «Anbieter/Produzent» miteinander in Kontakt treten. Der Staat erwirbt gegen Entgelt auf dem freien Markt Sachen oder Dienstleistungen, die er zur Erfüllung der öffentlichen Aufgaben braucht.⁵⁷ Typisches Merkmal der öffentlichen Beschaffung ist «le paiement d'un prix par l'Etat»⁵⁸. Offeriert hingegen die öffentliche Hand selber gewerbliche Leistungen, ist darin kein Beschaffungstatbestand zu erblicken.⁵⁹ Folglich ist die *Konzessionierung*, verstanden als Übertragung von *Rechten* zur Ausübung einer monopolisierten Tätigkeit, dem Beschaffungsrecht nicht unterstellt.⁶⁰

Nicht anders verhält es sich bei der *Beleihung*, wenn der Staat *Verwaltungsaufgaben* auf Private überträgt. Ein solcher – von der Konzession (v.a. der sog. Konzession des öffentlichen Dienstes) oft nur schwer abgrenzbarer – Vorgang stellt keine Vergabe eines öffentlichen Auftrags im Sinn der Vorschriften über das öffentliche Beschaffungsrecht dar.⁶¹ Dieser Befund wird noch deutlicher, wenn im vorliegenden Fall das Licht auf die Rolle der Akteure und den Geldfluss fällt: Die JGK ist weder «Konsumentin» (die Dienstleistung wird den Notaren erbracht) noch zahlt sie ein Entgelt für die Leistung eines Privaten (die Gebühr für die Revision entrichten die Notare dem VbN). Die typischen Merkmale des Beschaffungstatbestands fehlen und dementsprechend fällt die vorliegende Beleihung des VbN mit der Revisionstätigkeit im Notariatswesen nicht in den Geltungsbereich des ÖBG⁶².

⁵⁷ BGE 125 I 209 E. 6b S. 212 f. in Pra 2000 Nr. 149; *Rhinow/Schmid/Biaggini*, § 19 N. 1, 5.

⁵⁸ BGE 125 I 209 E. 6b S. 214 in Pra 2000 Nr. 149.

⁵⁹ *Galli/Moser/Lang/Clerc*, Rz. 107.

⁶⁰ BGE 125 I 209 E. 6b in fine S. 215 in Pra 2000 Nr. 149; *Jäger*, Rz. 29; *Kunz*, S. 149 ff. In der Literatur findet sich freilich auch der gegenteilige Standpunkt, vgl. die Nachweise bei *Galli/Moser/Lang/Clerc*, Fn. 231.

⁶¹ Vgl. VGer-ZH vom 24.8.2000, ZBl 2001, S. 97 E. 2b; *Jäger*, Rz. 29; *Mächler*, Rechtsfragen, S. 1184; a.M. *Brunner*, Art. 43 USG N. 13a.

⁶² Gesetz vom 11.6.2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (BSG 731.2).

C. *Unterliegen Beleibungen dem Binnenmarktgesetz?*

Das am 1. Juli 1996 in Kraft getretene und als Grundsatzgesetz konzipierte⁶³ BGBM richtet sich an die Grundrechtsträger der Wirtschaftsfreiheit und verbessert deren Rechtsstellung im schweizerischen Binnenmarkt, indem es die Gleichbehandlung aller inländischen Personen sichert. Die Wettbewerbskräfte in der Schweiz sollen belebt und damit der Wirtschaftsstandort Schweiz im internationalen Umfeld gestärkt werden.⁶⁴ Das BGBM gewährleistet, dass (natürliche und juristische) Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben (Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 BGBM). Zugangsbeschränkungen bedürfen einer besonderen Legitimation (Art. 3 BGBM). Die exklusive Revisionstätigkeit des VbN braucht sich freilich nur dann an den Massstäben des BGBM zu messen, wenn sie in dessen Anwendungsbereich fällt. Ob dies zutrifft, ist nachfolgend zu untersuchen.

Als Erwerbstätigkeit im Sinne des BGBM gilt jede *nicht hoheitliche*, auf Erwerb gerichtete Tätigkeit (Art. 1 Abs. 3 BGBM⁶⁵). Laut dieser Legaldefinition wird der Begriff der Erwerbstätigkeit – und damit der sachliche Geltungsbereich des BGBM, der sich an der Wirtschaftsfreiheit orientiert –, in einem weiten Sinn verstanden. Erfasst werden vorab alle auf Erwerb gerichteten privaten Tätigkeiten, d.h. sowohl haupt- als auch nebenberufliche und selbständige wie auch unselbständige Erwerbstätigkeiten, insbesondere der gesamte Waren- und Dienstleistungsverkehr sowie die Zulassung zu und die Ausübung von Arbeitsleistungen. Vom sachlichen Geltungsbereich ebenfalls erfasst sind *gewerbliche Verrichtungen*, die von der öffentlichen Verwaltung vorgenommen werden.⁶⁶ Hoheitliche Tätigkeiten, namentlich die einem Notar durch den Kanton übertragene *Beurkundungsbefugnis*, fallen demgegenüber nicht in den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit und folglich auch nicht in den Geltungsbereich des BGBM (vgl. auch die Ausführungen unter Abschnitt D.1 hiernach).⁶⁷

⁶³ Rey/Wittwer, S. 585; Rhinow/Schmid/Biaggini, § 19 N. 95.

⁶⁴ Botschaft des Bundesrats vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in BBl 1995 I 1213 ff. (nachfolgend: Botschaft BGBM), S. 1214.

⁶⁵ In der Fassung gemäss Ziff. I des Bundesgesetzes vom 16.12.2005, in Kraft seit 1.7.2006 (AS 2006 2363 ff., 2366).

⁶⁶ Botschaft BGBM (Anm. 64), S. 1254, 1262; Botschaft des Bundesrats vom 24.11.2004 über die Änderung des Binnenmarktgesetzes, in BBl 2005 465 ff., 484.

⁶⁷ BGE 131 II 639 E. 6.1; 128 I 280 E. 3; a.M. Brunner, Art. 43 USG N. 13a.

Art. 38 Abs. 4 Satz 1 NG bezeichnet die JGK als zuständige Behörde für die Revision der Notariatsbüros. Diese Revisionstätigkeit ist direkt verknüpft mit der staatlichen Aufsichtsverantwortung im Notariatswesen und hat demzufolge hoheitlichen Charakter, auch wenn die Revision von Unternehmen typischerweise eine privatwirtschaftliche Tätigkeit ist. Durch den Entscheid der JGK, die Revision nicht selber vorzunehmen, sondern einen Privaten mit dieser Aufgabe zu betrauen, geht deren hoheitliche Charakter nicht verloren. Damit bleibt hier der durch Art. 1 Abs. 3 BGBM abgesteckte sachliche Anwendungsbereich des BGBM verschlossen.

D. Formelle und materielle Anforderungen an die Auswahl der Beliehenen

1. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Wie dargelegt, fällt der Beleihungsakt weder in den Geltungsbereich des Submissionsrechts noch in denjenigen des Binnenmarktgesetzes. Der Staat bleibt aber an die Verfassungsgrundsätze gebunden. Insbesondere hat er zu gewährleisten, dass die Auswahl der privaten Aufgabenträger rechtsgleich⁶⁸, willkürfrei und unter Beachtung des Gebots von Treu und Glauben erfolgt (vgl. Art. 5 Abs. 3, Art. 8 Abs. 1 und Art. 9 BV). Grundsätzlich erstreckt sich die Wirtschaftsfreiheit nicht auf Beleihungen, geht es doch dabei nicht um privatwirtschaftliches, sondern um staatliches Handeln. Wer als Beliehener eine öffentliche Aufgabe erfüllt, kann sich somit *in dieser Funktion* nicht auf die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) berufen.⁶⁹ Dies gilt sodann nicht nur für die Ausübung der Funktion selber, sondern bereits für den Zugang zu ihr.⁷⁰ Folglich steht auch ein abgewiesener Bewerber, der sich erfolglos um eine entsprechende Stellung (Beleihung) bemüht, nicht im Schutzbereich der (individuellen) Wirtschaftsfreiheit.⁷¹

Aus dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität (Art. 94 BV) lassen sich für das Beleihungsverfahren, namentlich für die *Auswahl* des Beliehenen, spezifische Anforderungen

⁶⁸ Vgl. BGE 130 I 26 E. 4.2.

⁶⁹ Ausserhalb des Schutzbereichs der Wirtschaftsfreiheit steht auch die Tätigkeit des Notars als öffentliche Urkundsperson (zuletzt: BGE 133 I 259 E. 2.2. S. 261; siehe auch 128 I 280 E. 3 S. 281; 124 I 297 E. 3a in Pra 1999 Nr. 1; BVR 2002 S. 241 E. 4a; *Marti*, Art. 2 NG N. 5). Vom Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit ausgenommen sind ferner die Tätigkeit des Armenanwalts (vgl. BGE 132 I 201 E. 7.1) oder die Erbringung ärztlicher Leistungen im Rahmen der obligatorischen Krankenversicherung (BGE 130 I 26 E. 4).

⁷⁰ Die Wirtschaftsfreiheit gewährleistet lediglich den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit (vgl. in diesem Sinne BGE 130 I 26 E. 4).

⁷¹ *Rhinow/Schmid/Biaggini*, § 5 N. 43.

gewinnen.⁷² So ist verfassungsrechtlich etwa geboten, die Auswahl nach *sachlichen Kriterien* vorzunehmen.⁷³ Zieht der Staat einen Privaten zur Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe bei, hat er namentlich die folgenden Gesichtspunkte zu beachten:⁷⁴

- *Formelle Gleichbehandlung*: Alle Interessenten sollen aufgrund sachlicher Zulassungsvoraussetzungen (z.B. fachliche Fähigkeiten) in ein *Auswahlverfahren* einbezogen werden. Hierzu nimmt der Staat entweder direkten Kontakt auf mit potenziellen privaten Aufgabenträgern oder, was bei bedeutenderen Geschäften vorzuziehen ist, publiziert er – ähnlich einer Ausschreibung gemäss öffentlichem Beschaffungsrecht – die geplante Beleihung. Eine bestimmte Verfahrensart oder -ausgestaltung ist nicht gefordert. Immerhin ist das Auswahlverfahren umso formalisierter und transparenter auszugestalten, je gewichtiger der Auftrag und die damit verbundenen wirtschaftlichen Vorteile für den Beliehenen sind.
- *Materielle Gleichbehandlung*: Wo mehr Bewerber vorhanden sind, welche die Zulassungsvoraussetzungen erfüllen, als berücksichtigt werden können, ist die konkrete Beleihung nach vorgängig kommunizierten *sachlichen Auswahlkriterien* vorzunehmen. Es können allgemeine und aufgabenbezogene Auswahlkriterien unterschieden werden. Stets ist es die Beschaffenheit der zu übertragenden öffentlichen Aufgabe, welche den Ausgangspunkt und den Massstab für die nähere Bestimmung und Gewichtung der Auswahlkriterien bildet. Folgende Orientierungspunkte helfen der Behörde bei der Formulierung der Auswahlkriterien:
 - *Aufgaben- und leistungsbezogenen Kriterien*: Als erstes sind die fachlichen Fähigkeiten und Eignungen des Bewerbers sowie die Qualität und Wirtschaftlichkeit seiner Leistungserbringung in Betracht zu ziehen.
 - *Gründe der Praktikabilität und der Kontinuität*: Sofern es nicht um eine erstmalige Beleihung geht, verspricht die Fortführung des Rechtsverhältnisses mit dem bisher Beliehenen Vorteile. Dabei vermag u.a. die Höhe der Investitionen und die Amortisationszeit ein Indiz für die Festlegung der Mindestdauer eines Beleihungsverhältnisses abzugeben. Eine unbefristete Fortführung eines Belei-

⁷² Vgl. Art. 94 Abs. 1 und 4 sowie Art. 27 Abs. 1 BV. Aus der Literatur: *Achermann*, S. 80 ff.; *Müller A.*, Privatisierung, S. 78; *Uebersax*, S. 407 f.; *Vallender*, St. Galler Kommentar, Art. 27 BV N. 26 ff.

⁷³ *Jaag*, Dezentralisierung und Privatisierung, S. 42

⁷⁴ In Anlehnung insbesondere an *Jaag*, Wettbewerbsneutralität, S. 485 ff., und *Sutter*, S. 244 ff. Vgl. auch die Hinweise bei *Achermann*, S. 83 f., und *Schmid/Uhlmann*, S. 345.

hungsrechtsverhältnisses und damit der völlige Ausschluss von Neubewerbern ist indessen mit dem Rechtsgleichheitsgebot kaum vereinbar.⁷⁵

- *Vertrauensschutz*: Vorankündigungen über die Neuübertragung von öffentlichen Aufgaben haben rechtzeitig zu erfolgen, damit sich die Betroffenen auf die neue Situation einstellen und die nötigen Dispositionen treffen können.
- *Rentabilität der Aufgabenkontingente*: Eine möglichst breite Streuung auf private Aufgabenträger entspricht zwar dem Gebot der Rechtsgleichheit. Ein solches System setzt aber zum einen die Teilbarkeit der öffentlichen Aufgabe voraus und findet zum anderen seine Grenze an Wirtschaftlichkeitsüberlegungen, weil sich zu kleine Aufgabenkontingente nicht mehr rentabel bewirtschaften lassen.

2. Vorgaben im Gesetzes- und Verordnungsrecht

Den Gemeinwesen steht es frei, das verfassungsrechtlich Gebotene in einem (separaten) Rechtserlass zu verankern und die Auswahlkriterien noch präziser zu fassen. Der Kanton Bern kennt indes keine solche Regelung. Er behält damit innerhalb des verfassungsrechtlich abgesteckten Rahmens ein relativ grosses Ermessen bei der Wahl der Verfahrensart und der Formulierung der Auswahlkriterien. Anders die Einwohnergemeinde Bern. Sie regelt im Übertragungsreglement (UeR)⁷⁶ und der dazugehörigen Verordnung⁷⁷ ausführlich die «Übertragung öffentlicher Aufgaben der Stadt Bern auf Dritte und den Abschluss von Leistungsverträgen» (Art. 1 Abs. 1 UeR). Kantonale Behörden finden in diesen städtischen Erlassen weitere (unverbindliche) Anhaltspunkte, wie sich allgemeine und aufgabenbezogene Auswahlkriterien formulieren lassen (vgl. insb. Art. 7 f. UeR).⁷⁸

⁷⁵ Vgl. auch die Rechtsprechung bezüglich der Dauer von Konzessionsverhältnissen (BGE 130 II 18 E. 3 in Pra 2005 Nr. 40; BGE 127 II 69 E. 4c und 5).

⁷⁶ Reglement vom 30.1.2003 für die Übertragung öffentlicher Aufgaben auf Dritte und den Abschluss von Leistungsverträgen (SSSB 152.03).

⁷⁷ Verordnung vom 7.5.2003 für die Übertragung öffentlicher Aufgaben auf Dritte und den Abschluss von Leistungsverträgen (Übertragungsverordnung, UeV; SSSB 152.031) mit einem *Muster-Leistungsvertrag* in Anhang 1.

⁷⁸ Vgl. Art. 7 f. UeR und

3. Konkret: Die Rechtmässigkeit der Beleihung des VbN

Für den Entscheid der JGK, den VbN mit der Revision der Notariatsbüros im Kanton Bern zu betrauen, bestehen – gemessen am Grundsatz der Wettbewerbsneutralität und am Gebot rechtsgleicher Behandlung – eine Reihe *sachlicher Gründe*:

- Die Revision der Notariatsbüros verlangt sehr gute buchhalterische Kenntnisse und überdies Vertrautheit mit dem Notariatsrecht. Der VbN als Berufsverband der Notare ist angesichts seiner Zusammensetzung und Grösse – der derzeitige Mitgliederbestand umfasst knapp über 300 freiberufliche Notarinnen und Notare⁷⁹ – ohne Zweifel zu einer *fachkundigen* und zuverlässigen Erfüllung dieser Aufgabe fähig.
- Der VbN verfügt durch seine jahrzehntelange Revisionstätigkeit über einen reichen Erfahrungsschatz. Es besteht grosse Gewähr für eine auf längere Dauer gesicherte Funktionstauglichkeit des VbN als Revisionsorgan, was den staatlichen, auf *Kontinuität und Praktikabilität* gerichteten Interessen in hohem Mass entspricht.
- Der Einsatz von mehreren privaten Aufgabenträgern erscheint zwar grundsätzlich denkbar. Angesichts des relativ kleinen Aufgabenkontingents – es steht die Revision von rund 200 Notariatsbüros an – dürfte aber seitens der privaten Revisionsgesellschaften der Investitionsaufwand gross und die *Wirtschaftlichkeit* ungewiss sein. Gleichzeitig erhöht sich der bei der JGK als Aufsichtsbehörde anfallende Verwaltungs- und Kontrollaufwand, wenn neben dem VbN weitere Beliehene im Revisionswesen tätig sind. Der Entscheid der JGK, lediglich ein einziges Beleihungsverhältnis zu begründen, erscheint vor diesem Hintergrund opportun.
- Gemäss Ziff. VIII der Vereinbarung JGK/VbN ist die Rechnung des VbN betreffend das Revisionswesen separat zu führen und der JGK jährlich vorzulegen. Ferner sind die Parteien dem «*Kostendeckungsprinzip*» verpflichtet: Die von der Notarin oder vom Notar zu tragende Revisionsgebühr ist in ihrer Höhe anzupassen, wenn der Gewinn gemäss Jahresrechnung mehr als 5 % des Jahresumsatzes beträgt oder Verluste anfallen. Die Gewinnaussichten des VbN sind mithin gering und begrenzt. Gebühren werden erhoben, um die bei der Revisionstätigkeit anfallenden Aufwendungen zu decken. Von einem lukrativen Geschäftsfeld kann unter solchen Bedingungen nicht gesprochen werden (vgl. auch den Gebührenrahmen gemäss Art. 22 Abs. 1 NV). Das Interesse privater Revisionsgesellschaften dürfte daher eher gering

⁷⁹ Vgl. <<http://www.bernernotar.ch>>.

zu veranschlagen sein, womit an das Auswahlverfahren – wie erwähnt (Abschnitt D.1 hiervor) – nicht hohe Anforderungen zu stellen sind.⁸⁰

- Neben seiner Revisionstätigkeit im Notariatswesen übt der VbN keine weiteren Aktivitäten in direkter Konkurrenz zu privaten Revisionsgesellschaften aus. Die Wahrscheinlichkeit des Eintritts von staatlich ausgelösten und damit verfassungsrechtlich problematischen Wettbewerbsverzerrungen dürfte daher gering sein.

Problematisch erweist sich einzig Ziff. X der Vereinbarung JGK/VbN. Danach kann das Beleihungsrechtsverhältnis ordentlich, d.h. unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten, oder ausserordentlich, bei Vorliegen wichtiger Gründe, von beiden Parteien gekündigt werden. Einer Befristung unterliegt die Aufgabenübertragung indessen nicht. Damit steht die auf unbestimmte Dauer angelegte Beleihung im Widerstreit zum Gebot rechtsgleicher Behandlung allfälliger Konkurrenten (vgl. Abschnitt D.1 hiervor). Die Vereinbarung JGK/VbN ist auf den 1. Januar 2007 in Kraft getreten. Die JGK sollte in einigen Jahren – angemessen erscheint hier eine Beleihungsdauer von fünf bis zehn Jahren – eine Neubeurteilung vornehmen und ein Auswahlverfahren im hiervor beschriebenen Sinn eröffnen. Dabei wird sich rasch zeigen, ob private Revisionsgesellschaften überhaupt an der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe (wirtschaftlich) interessiert sind. Gegebenenfalls ist aus dem Kreis der Bewerber und nach Massgabe der rechtzeitig kommunizierten Auswahlkriterien das Beleihungsrechtsverhältnis neu zu begründen – erneut mit dem VbN oder aber mit einer privaten Revisionsgesellschaft.

E. Ergebnis

- Die Übertragung der Revisionstätigkeit an den VbN stellt keinen Beschaffungstatbestand dar und steht folglich ausserhalb des Anwendungsbereichs des Submissionsrechts.
- Die Revision der Notariatsbüros trägt hoheitlichen Charakter und gilt deshalb nicht als «Erwerbstätigkeit» im Sinn des BGBM. Die Vorschriften dieses Bundesgesetzes finden hier keine Anwendung.

⁸⁰ Anders und daher problematisch beispielsweise die Situation bei beliehenen Nachführungsgeometern im Kanton Schwyz, vgl. *Sutter*, S. 246 f.

- Im Übrigen besteht für die Aufgabenübertragung an den VbN eine Reihe sachlicher Gründe. Dem verfassungsrechtlichen Gebot wettbewerbsneutralen Verhaltens staatlicher Organe ist damit grundsätzlich nachgelebt. Die Revision ihrer Büros durch den VbN haben die Notare im Kanton Bern zu dulden, genau gleich wie wenn die JGK bzw. das Amt für Betriebswirtschaft und Aufsicht diese Aufgabe selber erfüllen würde. Vorbehalten bleiben die Ausstandsbestimmungen gemäss Art. 12 des Revisionsreglements VbN und Art. 9 VRPG.
- Die JGK hat inskünftig ein Auswahlverfahren unter Berücksichtigung auch von privaten Revisionsgesellschaften zu etablieren und das Beleihungsrechtsverhältnis zu befristen.

V. Zusammenfassung der Resultate

Die Gutachtensfragen lassen sich zusammengefasst wie folgt beantworten:

1. Gemessen an Art. 95 Abs. 2 Bst. d KV und den ergänzenden, durch Rechtsprechung und Lehre zum Gesetzmässigkeitsprinzip entwickelten Anforderungen, gilt Art. 38 Abs. 4 i.V.m. Art. 42 NG als *genügende gesetzliche Grundlage* für die Übertragung des Revisionswesens an einen Dritten.
2. Die Übertragung des Revisionswesens an den VbN ist *sachlich* hinreichend *begründet* und rechtlich nicht zu beanstanden. *Problematisch* an diesem Beleihungsverhältnis ist hingegen, dass es auf unbestimmte Zeit angelegt ist. Aus dem verfassungsrechtlichen Gebot der Wettbewerbsneutralität leitet sich die Pflicht ab, das Beleihungsverhältnis zeitlich zu begrenzen und gegebenenfalls ein neues Auswahlverfahren unter Einbezug interessierter privater Revisionsgesellschaften durchzuführen.

VI. Anhang: Literaturverzeichnis

- Achermann Urs Philipp*, Privatisierung im öffentlichen Verkehr. Voraussetzungen der Privatisierung und Steuerung des privatisierten Vollzugs am Beispiel des öffentlichen Verkehrs, Diss. Zürich 2007
- Biaggini Giovanni*, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Mit Auszügen aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, Zürich 2007
- Biaggini Giovanni*, Kommentar zu Art. 178 BV, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2008
- Biaggini Giovanni*, Rechtsstaatliche Anforderungen an die Auslagerung und an den ausgelagerten Vollzug staatlicher Aufgaben sowie Rechtsschutz, in: Schaffhauer/Polledna (Hrsg.), Auslagerung und Privatisierung von staatlichen und kommunalen Einheiten: Rechtsformen und ihre Folgen, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis (Band 9), St. Gallen 2002, S. 143 ff.
- Bichsel Hermann*, Entwicklung, Organisation und Tätigkeit des Verbandes bernischer Notare, in: Ruf/Pfäffli (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre Verband bernischer Notare, Langenthal 2003, S. 3 ff.
- Brunner Ursula*, Kommentar zu Art. 43 USG, in: Vereinigung für Umweltrecht und Helen Keller (Hrsg.), Kommentar zum Umweltschutzgesetz, Zürich 1998
- Egli Philipp*, Einheitskasse oder verzerrter Wettbewerb?, Eine wirtschaftsverfassungsrechtliche Würdigung der Organisation der Krankenversicherer unter besonderer Berücksichtigung der aktuellen Diskussion um die Einheitskasse, Zürich 2006
- Galli Peter/Moser André/Lang Elisabeth/Clerc Evelyne*, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts. Eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes, der Kantone und der Europäischen Union, 1. Band: Landesrecht, 2. Auflage, Zürich 2007
- Gygi Fritz*, Verwaltungsrecht. Eine Einführung, Bern 1986
- Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich/St. Gallen 2006
- Jaag Tobias*, Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Formen, Voraussetzungen und Rahmenbedingungen, in: Tobias Jaag (Hrsg.), Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Zürich 2000, S. 23 ff.
- Jaag Tobias*, Wettbewerbsneutralität bei der Gewährung von Privilegien im Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: Walder/Jaag/Zobl (Hrsg.), Aspekte des Wirtschaftsrechts. Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994, Zürich 1994, S. 477 ff.
- Jäger Christoph*, Öffentliches Beschaffungsrecht, in: Müller/Feller (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, Bern 2008, S. 741 ff.
- Kälin Walter/Bolz Urs*, Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, Bern 1995
- Kälin Walter/Lienhard Andreas/Wyttenbach Judith*, Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben, Basel 2007 (ZSR-Beiheft Nr. 46)

- Kunz Daniel*, Verfahren und Rechtsschutz bei der Vergabe von Konzessionen. Eine Analyse der Anforderungen an eine rechtsstaatliche Verteilungslenkung bei begrenzten wirtschaftlichen Berechtigungen, Diss. Bern 2004
- Lienhard Andreas*, Staats- und verwaltungsrechtliche Grundlagen für das New Public Management in der Schweiz. Analyse – Anforderungen – Impulse, Bern 2005
- Mächler August*, Rechtsfragen um die Finanzierung privater Träger öffentlicher Aufgaben, AJP 2002, S. 1175 ff.
- Mächler August*, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, Zürich 2005
- Marti Hans*, Bernisches Notariatsrecht, Bern 1983
- Merkli Thomas/Aeschlimann Arthur/Herzog Ruth*, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997
- Müller Andreas*, Rechtsfragen der Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verwaltungsexterne Rechtsträger, in: Tobias Jaag (Hrsg.), Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Zürich 2000, S. 113 ff.
- Müller Andreas*, Staats- und verwaltungsrechtliche Kriterien für die Privatisierung von Staatsaufgaben, AJP 1998, S. 65 ff.
- Müller Andreas/Jenni Vittorio*, Rahmenbedingungen bei der Privatisierung kommunaler Aufgaben – eine aktuelle Übersicht, AJP 1999, S. 1071 ff.
- Müller Markus*, Bernische Verwaltungsrechtspflege, Bern 2008
- Nüssle Tamara*, Demokratie in der Nutzungsplanung und Grenzen für informale Absprachen, Diss. Zürich 2005
- Poledna Tomas*, Öffentliche Aufgaben und Kriterien für die Wahl der Organisationsform, in: Schaffhauser/Poledna (Hrsg.), Auslagerung und Privatisierung von staatlichen und kommunalen Einheiten: Rechtsformen und ihre Folgen, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis (Band 9), St. Gallen 2002, S. 9 ff.
- Poledna Tomas*, Staatliche Bewilligungen und Konzessionen, Bern 1994
- Rey Alexander/Wittwer Benjamin*, Die Ausschreibungspflicht bei der Übertragung von Monopolen nach revidiertem Binnenmarktgesetz unter besonderer Berücksichtigung des Elektrizitätsbereichs, AJP 2007, S. 585 ff.
- Rhinow René/Schmid Gerhard/Biaggini Giovanni*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Basel 1998
- Ruf Peter*, Notariatsrecht, Bern 1995
- Sägesser Thomas*, Kommentar zum Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz RVOG vom 21. März 1997, Bern 2007
- Schmid Gerhard/Uhlmann Felix*, Öffentliche Unternehmen in den Untiefen zwischen Grundrechtsbindung, Gewinnorientierung und Sachen im Gemeingebrauch, ZBl 2001, S. 337 ff.
- Sutter Patrick*, Rechtsstaatliche Probleme der amtlichen Vermessung, ZBl 2006, S. 229 ff.
- Tschannen Pierre/Zimmerli Ulrich*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Bern 2005

Tschannen Pierre, Privatisierung: Ende der Verfügung?, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), *Rechtliche Probleme der Privatisierung* (BTJP 1997), Bern 1998, S. 209 ff.

Uebersax Peter, Privatisierung der Verwaltung, ZBl 2001, S. 393 ff.

Vallender Klaus A., Kommentar zu Art. 27 BV, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), *St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung*, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2008

Bern, 22. September 2008



Prof. Dr. Markus Müller



Dr. Reto Feller