

Christoph B. Bühler*

Spezialgesetzliche Aktiengesellschaften: Regelungsanliegen und -instrumente

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Organisationsformen für die Beteiligung des Staates an einer Aktiengesellschaft
- III. Rechtsform der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft im Besonderen
 1. Rechtsnatur
 2. Rechtsgrundlagen
 - 2.1 Spezialgesetzliche Aktiengesellschaft nach kantonalem Recht
 - 2.2 Spezialgesetzliche Aktiengesellschaft nach Bundesrecht
 3. Praktische Bedeutung
 4. Motive des Staates für die Ausgliederung von öffentlichen Aufgaben in eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft
- IV. Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten des Staates
 1. Wahrung der Einfluss- und Kontrollmöglichkeit des Staates auf der Aktionärssebene
 - 1.1 Wahrnehmung der Mitwirkungs- und Kontrollrechte in der Generalversammlung
 - 1.2 Erhöhte Transparenzanforderungen
 2. Wahrung der Einflussmöglichkeit des Staates auf der Führungsebene
 - 2.1 Festlegung der strategischen Ziele
 - 2.2 Vorgaben für die Zusammensetzung und Organisation der obersten Leitungs- und Aufsichtsorgane
 - 2.3 Spezifische Vorbehaltsbeschlüsse im Aufgabenbereich der Führungsorgane
- V. Regelungsinstrumente
 1. Regelung in einem öffentlich-rechtlichen Spezialgesetz
 2. Umsetzung der staatlichen Vorgaben in den Statuten
 3. Konkretisierende Regelungen des Staates in einer Eignerstrategie und in einer Leistungsvereinbarung
 - 3.1 Eignerstrategie
 - 3.2 Leistungsvereinbarung
 4. Mandatsverträge mit «Vertretern» im Verwaltungsrat
- VI. Fazit

I. Einleitung¹

Bestimmte öffentliche Aufgaben können – insbesondere im wirtschaftlichen Bereich – effizienter ausserhalb der herkömmlichen Verwaltungsstrukturen erfüllt werden.² Der Staat kann die Erfüllung solcher Aufgaben verselbständigten Einheiten übertragen. Er begibt sich dabei regelmässig in ein Spannungsfeld zwischen dem freien Markt und seiner Gewährleistungsverantwortung für die ausgelagerten öffentlichen Aufgaben: Die Führung einer wirtschaftlich tätigen eigenständigen Organisationseinheit setzt einerseits Flexibilität und eine gewisse Autonomie, eigene Finanzen und in der Regel auch eine eigene Rechtspersönlichkeit voraus;³ andererseits muss der Staat auch sicherstellen, dass die ausgelagerten öffentlichen Aufgaben rechtmässig und wirkungsvoll verwirklicht werden.⁴

* Prof. Dr. iur. CHRISTOPH B. BÜHLER, LL.M., Rechtsanwalt, Partner bei böckli bühler partner, Basel; Titularprofessor für Schweizerisches und Internationales Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich.

¹ Überarbeitete und aktualisierte Fassung des Referats, das der Autor am 18. Mai 2018 anlässlich des neunten deutsch-österreichisch-schweizerischen Symposiums des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht zum Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht an der Wirtschaftsuniversität in Wien gehalten hat. Dieser Beitrag wird im Jahre 2019 praktisch identisch auch in der von Holger Fleischer, Susanne Kalss und Hans-Ueli Vogt herausgegebenen Reihe zu den aktuellen Entwicklungen im deutschen, österreichischen und schweizerischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht beim Mohr Siebeck Verlag publiziert werden.

² ZK-BÜHLER, Art. 716a N 212 ff., N 212; CHRISTOPH B. BÜHLER, Eigenheiten der Corporate Governance von Aktiengesellschaften mit staatlicher Beteiligung, SJZ 2011, 513–521, 513; PETER BÖCKLI/CHRISTOPH B. BÜHLER, Der Staat als faktisches Organ einer von ihm beherrschten privaten Aktiengesellschaft, in: Philippin et al. (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur de François Dessemontet*, Lausanne 2009, 17–42, 17.

³ TOBIAS JAAG, Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Formen, Voraussetzungen, Rahmenbedingungen, in: Jaag (Hrsg.), *Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben*, Zürich 2000, 23–48, 28.

⁴ ANDREAS STÖCKLI, Behördenmitglieder in den obersten Führungs- und Aufsichtsgremien von öffentlichen Unternehmen, Diss. Freiburg, Basel 2012, 3.

II. Organisationsformen für die Beteiligung des Staates an einer Aktiengesellschaft

Gliedert der Staat die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe in ein selbständiges und eigenverantwortlich handelndes Unternehmen mit eigenem Sondervermögen und Gläubigerkreis aus, so muss er entscheiden, welche der von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten *Typen von Organisationsformen* er hierfür verwenden soll.⁵ Die Palette der dem Staat im Schweizer Recht zur Verfügung stehenden öffentlich- und privatrechtlichen Organisationsformen reicht von der selbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt bis zur privatrechtlichen Aktiengesellschaft.⁶ Möchte der Staat sich an einer *Aktiengesellschaft* beteiligen, so stehen ihm grundsätzlich drei Möglichkeiten zur Verfügung:⁷

- Investiert der Staat in das Eigenkapital einer *rein privatrechtlich strukturierten Aktiengesellschaft nach Art. 620 ff. OR*, so hält er seine Beteiligung wie ein privater Aktionär und geniesst im Vergleich zu diesem *keine Sonderrechte*;⁸
- der Staat kann sich sodann neben Privaten im Rahmen der Sonderregelung von Art. 762 OR an einer *gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft* beteiligen. Diese untersteht, soweit nicht ausdrücklich etwas anderes angeordnet wird, ebenfalls den Art. 620 ff. OR wie jede andere Aktiengesellschaft. Speziell ist jedoch das Recht, *Vertreter* in den Verwaltungsrat zu entsenden und abzurufen, das nur *Körperschaften des öffentlichen Rechts* eingeräumt wird. Als solche gelten insbesondere der Bund, die Kantone, Bezirke und Gemeinden. Weitere Voraussetzung für die Anwendung von Art. 762 OR ist das Vorliegen eines *öffentlichen Interesses* der Körperschaft an der Aktiengesellschaft. Ein solches ergibt sich aus

dem statutarischen Zweck oder aus der tatsächlich ausgeübten Tätigkeit der Aktiengesellschaft;⁹

- der Bund kann schliesslich gestützt auf seine Organisationskompetenz¹⁰ und auf die Rechtsetzungskompetenz im Privatrecht¹¹ beliebig eine *spezialgesetzliche Aktiengesellschaft* errichten und hat dies auch in mehreren Fällen getan.¹² Demgegenüber sind die Kantone durch Art. 763 OR eingeschränkt, wonach die von ihnen souverän geschaffenen Aktiengesellschaften nur dann nicht dem OR unterstehen, wenn sie gewisse Vorgaben erfüllen, auf die nachstehend¹³ noch näher einzugehen ist.¹⁴ Auch die Gemeinden können spezialgesetzliche Aktiengesellschaften nur gründen, wenn sie die für die Kantone geltenden Einschränkungen beachten und ihnen zudem das kantonale Recht die Möglichkeit der Gründung einer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft ausdrücklich einräumt.¹⁵

Je nach Rechtsform besteht also ein *unterschiedlicher organisatorischer Gestaltungsspielraum* des Staates und damit auch ein unterschiedliches Ermessen, sich bestimmte *Einwirkungs- und Kontrollmöglichkeiten* vorzubehalten: Während er bei der Verwendung der Rechtsform der *privatrechtlichen* Aktiengesellschaft grundsätzlich auf die gesetzlich vorgesehenen Einwirkungs- und Kontrollmechanismen nach der Organisationsordnung des zwingenden Aktienrechts beschränkt ist, kann er bei der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft im Errichtungserlass das Mass an Autonomie und Steuerung weitgehend selber festlegen.¹⁶ Das Aktienrecht gelangt damit auf das öffentliche Unternehmen in mehr oder weniger grossem Umfang nur als *subsidiäres öffentliches Recht* zur Anwendung.¹⁷ Die Steuerung öffentlicher Unternehmen in der Rechtsform der spezialgesetzlichen Aktiengesell-

⁵ STÖCKLI (FN 4), 78 f.

⁶ FRANZISKA BUOB, Aktiengesellschaften mit staatlicher Beteiligung, Diss. Zürich 2008, 5 ff. (zit. Staatliche Beteiligung); FRANZISKA BUOB, Interessenkonflikte und Haftungsrisiken des Staates als Aktionär, AJP 2009, 142–152, 143 (zit. Interessenkonflikte); BÖCKLI/BÜHLER (FN 2), 17.

⁷ ZK-BÜHLER, Art. 716a N 214; BÖCKLI/BÜHLER (FN 2), 18; PETER FORSTMOSER/TOBIAS JAAG, Der Staat als Aktionär, Haftungsrechtliche Risiken der Vertretung des Staates im Verwaltungsrat von Aktiengesellschaften, Zürich 2000, 18 ff.; JAAG (FN 3), 30 ff.; vgl. zu den Arten und Eigenheiten von Aktiengesellschaften mit staatlicher Beteiligung bereits eingehend BÜHLER (FN 2), 513 ff. sowie BUOB (FN 6), Staatliche Beteiligung, 1 ff.

⁸ Beispiele sind auf Bundesebene die *RUAG Holding AG* sowie – seit Mitte 2013 – die *PostFinance AG*; auf Kantonsebene sind u.a. die *Berner* und die *Luzerner Kantonalbank* als privatrechtliche Aktiengesellschaften nach Art. 620 ff. OR organisiert; vgl. JAAG (FN 3), 32; BUOB (FN 6), Staatliche Beteiligung, 10; BÖCKLI/BÜHLER (FN 2), 19; PETER V. KUNZ, Staatsbeteiligungen und ausgewählte Verantwortlichkeiten, GesKR 2018, 156–162, 157 f.

⁹ Beispiele für gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaften sind die *Skyguide*, *Schweizerische Aktiengesellschaft für zivile und militärische Flugsicherung*, die *Flughafen Zürich AG*, die *St. Galler Kantonalbank* oder die *BLT Baselland-Transport AG*; vgl. JAAG (FN 3), 30 f.; BSK OR II-WERNLI/RIZZI, Art. 762 N 7 ff.; BUOB (FN 6), Staatliche Beteiligung, 11 ff.; BÖCKLI/BÜHLER (FN 2), 18; KUNZ (FN 8), 158.

¹⁰ Art. 178 Abs. 3 BV.

¹¹ Art. 122 Abs. 1 BV.

¹² Beispiele für spezialgesetzliche Aktiengesellschaften sind auf Bundesebene die *Schweizerische Nationalbank*, die *Schweizerischen Bundesbahnen SBB* sowie die *Swisscom AG*; im Jahre 2012 wurde auch die *Schweizerische Post AG* in eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft umgewandelt.

¹³ Vgl. unten Abschnitt III.B.1.

¹⁴ Auf kantonaler Ebene sind etwa die *Genfer*, die *Jurassische* und die *Zuger Kantonalbank* und – seit 2009 – auch die *Glarner Kantonalbank* als spezialgesetzliche Aktiengesellschaften konstituiert; vgl. JAAG (FN 3), 31 f.; BSK OR II-WERNLI/RIZZI, Art. 763 N 1 ff.; BUOB (FN 6), Staatliche Beteiligung, 19 ff.; BÖCKLI/BÜHLER (FN 2), 18 f.; KUNZ (FN 8), 160.

¹⁵ ROMAN S. GUTZWILLER, Die Einflussmöglichkeiten des Staates auf die Strategie einer Aktiengesellschaft mit staatlicher Beteiligung, Diss. Zürich 2017, N 110; STÖCKLI (FN 4), 106 ff.

¹⁶ STÖCKLI (FN 4), 81.

¹⁷ STÖCKLI (FN 4), 387.

schaft richtet sich *primär* nach den *spezialgesetzlichen Vorschriften*. Nur soweit keine solche bestehen, kommt das *Aktienrecht*, auf welches im Spezialgesetz verwiesen wird, *subsidiär* zur Anwendung.¹⁸

Die nachfolgenden Ausführungen konzentrieren sich auf diese Variante der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft, welche es dem Staat letztlich als einzige Organisationsform ermöglicht, vom Aktienrecht abweichende Regelungen hinsichtlich der Organisation und Zuständigkeitsordnung der Aktiengesellschaft aufzustellen.

III. Rechtsform der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft im Besonderen

1. Rechtsnatur

Die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft beruht auf einer *öffentlich-rechtlichen Rechtsgrundlage* und erhält ihre *Rechtspersönlichkeit kraft Gesetzes*; sie wird daher den *öffentlich-rechtlichen Organisationsformen* zugeordnet.¹⁹ Auch die Gründung einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft nach OR bedarf zwar einer gesetzlichen Grundlage, doch ordnet diese nicht wie bei der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft die Gründung, den Zweck und die Struktur der Gesellschaft, sondern beschränkt sich vielmehr auf die *Ermächtigung* des Gemeinwesens zu *privatrechtlichen* Gründungshandlungen.²⁰

2. Rechtsgrundlagen

2.1 Spezialgesetzliche Aktiengesellschaft nach kantonalem Recht

Art. 47 Abs. 2 BV garantiert den Kantonen an sich die Befugnis, ihr Staatswesen und ihre Staatsorgane eigenständig zu organisieren. Die verfassungsrechtlich verankerte Organisationsautonomie beinhaltet auch die eigenständige Organisation der kantonalen Verwaltung, zu welchen auch die öffentlichen Unternehmen als dezentrale Verwaltungsträger gehören. Zu dieser verfassungsrechtlich garantierten Organisationsautonomie der Kantone tritt Art. 763 OR in ein Spannungsverhältnis.²¹

Diese Bestimmung macht den Kantonen Vorgaben bezüglich der Ausgestaltung ihrer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften:

- (i) Die Gesellschaft muss durch ein *kantonales Spezialgesetz* begründet werden, welches mindestens die Grundzüge der Organisation, den Gesellschaftszweck sowie die Haftungsverhältnisse regeln muss;
- (ii) die Gesellschaft muss *unter Mitwirkung öffentlicher Behörden* verwaltet werden, wobei nach der Praxis ein allgemeines Aufsichtsrecht des Gemeinwesens nicht genügt, sondern dieses über weitergehende Einflussmöglichkeiten auf wichtige, die Gesellschaft betreffende Entscheidungen verfügen muss;²²
- (iii) der Kanton muss die *subsidiäre Haftung* für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft übernehmen, wobei diese subsidiäre Staatsgarantie ihre Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinne haben muss.²³

2.2 Spezialgesetzliche Aktiengesellschaft nach Bundesrecht

Im Gegensatz zum kantonalen Gesetzgeber ist der Bundesgesetzgeber weder an diese Vorgaben, noch an den im Bundesprivatrecht fixierten *numerus clausus* der Gesellschaftsformen gebunden. Aufgrund der verfassungsrechtlich garantierten *Zivilrechtskompetenz gemäss Art. 122 BV* steht es ihm frei, den bestehenden Katalog der Gesellschaftsformen im Einzelfall abzuändern. Er kann also bei Bedarf die bundeszivilrechtliche Ordnung durch *öffentlich-rechtliche Sonderregeln* überlagern.²⁴ Für die Konstituierung einer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft benötigt er einzig eine entsprechende Kompetenzgrundlage in der Bundesverfassung²⁵ und kann sich sodann in einem Spezialgesetz namentlich bestimmte Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten vorbehalten.

3. Praktische Bedeutung

Die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft hat vor allem auf Bundesebene als Organisationsform für grosse öffentliche Unternehmen, welche einen Grundversorgungsauftrag erfüllen, beträchtliche praktische Bedeutung erlangt: prominente Beispiele sind hier vor allem die Schweizerische Nationalbank, die Schweizerischen Bundesbahnen SBB, die Schweizerische Post und die Swisscom.²⁶

¹⁸ KUNZ (FN 8), 159; STÖCKLI (FN 4), 387.

¹⁹ Vgl. etwa für die SBB BGE 132 III 470 ff., 473, E. 3.3, und BGE 138 I 274 ff., 280, E. 1.5, und für die Swisscom BGE 137 II 199 ff., 206, E. 3.1, und BGE 127 II 32 ff., 39, E. 2. Vgl. auch PATRICK FREUDIGER, Anstalt oder Aktiengesellschaft?, Diss. Bern 2016, 31; STEFAN VOGEL, Die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft, ZBl 2003, 418–427, 420.

²⁰ GUTZWILLER (FN 15), N 112; BUOB (FN 6), Staatliche Beteiligung, 19; VOGEL (FN 19), 419; vgl. auch BGE 132 II 470 ff., 473, E. 3.3.

²¹ LUKAS SCHAUB, Die Vereinbarkeit von Art. 763 OR mit der kantonalen Organisationsautonomie: eine kritische Betrachtung, in: Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öf-

fentliches Dienstrecht, Jahrbuch 2016/2017, Bern 2017, 143–169, 154 ff.

²² SCHAUB (FN 21), 153; STÖCKLI (FN 4), 153.

²³ SCHAUB (FN 21), 153; STÖCKLI (FN 4), 154.

²⁴ SCHAUB (FN 21), 165, m.w.H.

²⁵ Art. 5 BV; vgl. BK-NOBEL, Das Aktienrecht: Systematische Darstellung, § 5 N 37.

²⁶ SCHAUB (FN 21), 143 f.

Die Kantone haben demgegenüber von der Möglichkeit zur Bildung einer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft bisher eher selten Gebrauch gemacht.²⁷ Das wird vor allem auf die für spezialgesetzliche Aktiengesellschaften der Kantone nach Art. 763 OR zwingend erforderliche Staatsgarantie zurückgeführt, welche auf Bundesebene nicht vorausgesetzt ist.²⁸ Als kantonale spezialgesetzliche Aktiengesellschaften sind in der Praxis vor allem verschiedene Kantonalbanken organisiert, wie etwa diejenigen von Genf, Jura, Waadt, Wallis und Zug, wie auch die zuletzt im Jahre 2010 in diese Rechtsform umgewandelte Glarner Kantonalbank, welche zuvor das Rechtskleid einer öffentlich-rechtlichen Anstalt hatte.

4. Motive des Staates für die Ausgliederung von öffentlichen Aufgaben in eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft

Der Staat kann eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft aus verschiedenen Motiven errichten. In den meisten Fällen bezweckt er, auf diese Weise eine bestimmte öffentliche Aufgabe wahrzunehmen, für welche er die *Gewährleistungsverantwortung* trägt.²⁹ Er will mit der Ausgliederung mithin die notwendigen strukturellen Voraussetzungen dafür schaffen, dass er die öffentliche Aufgabe optimal erfüllen kann.³⁰ Die Gründung einer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft kann aber auch *aus rein finanziellen Gründen* erfolgen. Der Staat legt sein Vermögen wie ein Privater an, mit dem Ziel, sein Vermögen sinnvoll zu investieren. Unter Umständen tut er dies auch, um sich zu refinanzieren oder um einfacher Kapital an den Kapitalmärkten beschaffen zu können.³¹ Die Ausgliederung ermöglicht es dem verselbständigten Unternehmen ferner, *Partnerschaften mit Dritten* einzugehen und nötigenfalls die erforderlichen Mittel in Zusammenarbeit mit dem Allianzpartner zu generieren.³²

Sind an der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft neben dem Gemeinwesen auch private Aktionäre beteiligt, so muss das Unternehmen auch diesen Rechenschaft ablegen und arbeitet daher nicht selten mit einer *höheren wirtschaftlichen Effizienz* als ein reiner Staatsbetrieb.³³ Der Staat kann zudem von privaten Know-how-Trägern und deren Erfahrung und *Spezialwissen* profitieren, was

auch die *Akzeptanz* in der Bevölkerung tendenziell erhöht.³⁴

Durch die entsprechende Ausgliederung soll sodann auch der zunehmend an Bedeutung gewinnende Gedanke der *Entpolitisierung wirtschaftlicher Aufgaben* erreicht werden.³⁵ Der Bundesrat vertritt in Bezug auf seine ausgegliederten Regiebetriebe seit jeher den *Grundsatz der Trennung von politischer und unternehmerischer Verantwortung*. Der Bund beschränkt sich in seiner Funktion als Eigner darauf, den Unternehmen strategische Ziele zu setzen, während die konkrete Umsetzung dieser Ziele Sache der unternehmerischen Organe sein soll.³⁶

Entscheidet sich der Staat, sich der Rechtsform einer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft zu bedienen, um öffentliche Aufgaben zu erfüllen, so orientiert er sich grundsätzlich an den bewährten Strukturen der privatrechtlichen Aktiengesellschaft gemäss OR, wodurch sich der *Regelungsaufwand reduziert* und grundsätzlich eine *funktionale Zweckmässigkeit* garantiert ist.³⁷ Die spezialgesetzliche Ausgestaltung erlaubt es dem Gemeinwesen aber dennoch, in Abweichung von der an die Grundsätze des Formenzwangs und der Formenfixierung gebundenen Aktiengesellschaft nach OR eine *auf die konkrete Aufgabenerfüllung zugeschnittene Ausgestaltung der Corporate Governance* zu wählen.³⁸

Der Staat bevorzugt die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft insbesondere für Aufgabenträger, deren Dienste einem grossen Bevölkerungskreis offenstehen und in der öffentlichen Wahrnehmung zum «service public» gehören, wie etwa die SBB, die Schweizerische Post oder die Swisscom. In diesen Bereichen scheint die politische Skepsis gegenüber einer «Privatisierung» besonders hoch zu sein. Die Wahl einer öffentlich-rechtlichen Organisationsform, die dennoch weitgehend ans Aktienrecht angelehnt ist, vermag diese Skepsis offenbar etwas zu entschärfen.³⁹ So ist etwa in Zusammenhang mit der Rechtsformumwandlung der Schweizerischen Post in eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft in der Botschaft zum Postorganisationsgesetz Folgendes zu lesen:⁴⁰

«Zudem hat das Vernehmlassungsverfahren gezeigt, dass aufgrund der grossen Sensibilität der schweizerischen Bevölkerung im Bereich der postalischen Grundversorgung die Umwandlung in eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft eine deutlich grössere politische Akzeptanz genießt

²⁷ STÖCKLI (FN 4), 155.

²⁸ SCHAUB (FN 21), 145; FREUDIGER (FN 19), 415 und 432.

²⁹ GUTZWILLER (FN 15), N 135.

³⁰ KUNO SCHEDLER/ROLAND MÜLLER/ROGER SONDEREGGER, Führung, Steuerung und Aufsicht von öffentlichen Unternehmen, 3. Aufl. Bern 2016, 112; GUTZWILLER (FN 15), N 138.

³¹ TOBIAS JAAG, Der Staat als Aktionär, in: von der Crone et al. (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht: Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, 379–399, 382; GUTZWILLER (FN 15), N 118.

³² FREUDIGER (FN 19), 51 f.

³³ BK-NOBEL (FN 25), § 5 N 10.

³⁴ FREUDIGER (FN 19), 52; SCHAUB (FN 21), 147.

³⁵ BK-NOBEL (FN 25), § 5 N 11.

³⁶ Bericht des Bundesrates «Grundversorgung in der Infrastruktur (Service public)» vom 23. Juni 2004, BBl 2004, 4569 ff.; vgl. STÖCKLI (FN 4), 221.

³⁷ SCHAUB (FN 21), 145.

³⁸ FREUDIGER (FN 19), 82; STÖCKLI (FN 4), 107, 117; SCHAUB (FN 21), 146.

³⁹ SCHAUB (FN 21), 147.

⁴⁰ Botschaft zum Bundesgesetz über die Organisation der Schweizerischen Post (POG) vom 20. Mai 2009, BBl 2009, 5279.

als die Umwandlung in eine privatrechtliche Aktiengesellschaft.»

IV. Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten des Staates

1. Wahrung der Einfluss- und Kontrollmöglichkeit des Staates auf der Aktionärssebene

1.1 Wahrnehmung der Mitwirkungs- und Kontrollrechte in der Generalversammlung

Damit der Staat sicherstellen kann, dass die Aufgabenerfüllung gewährleistet ist und auch wirtschaftlich effizient und wirkungsvoll erfolgt, muss es ihm möglich sein, auf den mit der entsprechenden Aufgabe betrauten selbstständigen Rechtsträger einzuwirken. Zur Wahrung seiner Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten sichert sich der Staat in der Regel die *Allein- oder Mehrheitsbeteiligung* an der ausgegliederten Aktiengesellschaft. Auf diese Weise kann er zunächst einmal sämtliche Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten ausüben, welche im Zuständigkeitsbereich der Generalversammlung liegen – vom Erlass der Statuten über die Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrates bis zur Genehmigung des Jahresabschlusses, der Gewinnverwendung und der Wahl der externen Revisionsstelle.⁴¹

Es stellt sich dann die Frage, welche Instanz nun – die *Exekutive* oder das *Parlament* – für die Wahrnehmung der Kompetenzen in der Generalversammlung am besten geeignet ist. Im Falle der SBB ist die Frage klar zu Gunsten der Exekutive beantwortet: Gemäss Art. 10 Abs. 2 SBBG nimmt ausdrücklich der Bundesrat die Befugnisse in der Generalversammlung wahr, solange der Bund alleiniger Aktionär bleibt. Aber auch bei der Post und der Swisscom ist es der Bundesrat, der gegenüber dem von ihm kontrollierten Unternehmen die der Eigentümerebene zugeteilten Grundsatzentscheide trifft, nicht das Parlament. Anders ist die Rechtslage teilweise auf der kantonalen Ebene: So obliegt beispielsweise im Kanton Zürich die Wahl der Mitglieder des Bankrates, des Bankpräsidiums und der Revisionsstelle, die Abnahme der Jahresrechnung und des Geschäftsberichts, die Entlastung der Bankorgane und die Genehmigung des Reglements über die Entschädigungen der Mitglieder des Bankrates der Zürcher Kantonalbank dem Kantonsrat und nicht dem Regierungsrat.⁴²

Unter dem Aspekt einer funktional zweckmässigen Corporate Governance dürfte die Exekutive aufgrund ihrer Sachkenntnis und Zusammensetzung allerdings in der Regel klar besser geeignet sein, auf der Eigentümerebene einen effizienten Entscheidungs- und Kontrollprozess zu gewährleisten als das eher auf politischen Machtausgleich bedachte Parlament. In dessen Hauptzuständigkeit fallen primär der Erlass der Gesetze, die Budgethoheit und die staatliche Oberaufsicht.⁴³

1.2 Erhöhte Transparenzanforderungen

Aufgrund ihres Leistungsauftrages und ihrer Eignerstruktur sehen sich staatlich beherrschte Unternehmen in besonderem Masse der Erwartung der Öffentlichkeit und der Medien auf *Information und Rechenschaftsablage* ausgesetzt. Sie pflegen daher – auch wenn sie nicht an einer Börse kotiert sind – in der Regel gegenüber ihren Stakeholdern eine Informationspolitik, die hinsichtlich der Frequenz und des Umfangs der Offenlegung mit derjenigen von Publikumsgesellschaften nahezu vergleichbar ist.⁴⁴

Ist der Staat nicht Alleinaktionär und sind an der ausgegliederten Aktiengesellschaft auch Minderheitsaktionäre beteiligt, hat der Verwaltungsrat beim Informationsaustausch mit den zuständigen Amtsträgern grundsätzlich das *aktienrechtliche Gleichbehandlungsgebot*⁴⁵ zu beachten. Mittels einer spezialgesetzlichen Grundlage kann sich der Staat jedoch als Gewährleister der Erfüllung der ausgelagerten öffentlichen Aufgaben auch privilegierte Informationsrechte sichern, die bei einer rein privatrechtlichen Aktiengesellschaft nach Art. 620 ff. OR nicht möglich sind.⁴⁶

So erwartet etwa der Bundesrat von der Swisscom, deren börsenkotierte Aktien sich zu 49% im Streubesitz befinden, dass der Verwaltungsrat ihn jährlich über die *Erreichung der strategischen Ziele* informiert.⁴⁷ Zudem findet zwischen dem Bund⁴⁸ und der Swisscom vierteljährlich ein Informationsaustausch statt.⁴⁹ Auch bei den SBB, deren Aktien sich allerdings im Alleinbesitz des Bundes

⁴³ ZK-BÜHLER, Art. 716a N 224; BÖCKLI (FN 41), 1163.

⁴⁴ BÜHLER (FN 2), 519 f.; ZK-BÜHLER, Art. 716a N 227.

⁴⁵ Art. 717 Abs. 2 OR.

⁴⁶ GUTZWILLER (FN 15), N 509; PETER HÄNNI/ANDREAS STÖCKLI, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 2013, N 1848 f.

⁴⁷ Vgl. Strategische Ziele des Bundesrates für die Swisscom AG 2018–2021 vom 22. November 2017, BBl 2017, 7867 ff., Ziff. 6. Gleiches gilt für die Post, bei welcher der Bund Alleinaktionär ist: vgl. Strategische Ziele des Bundesrates für die Post 2017–2020 vom 9. Dezember 2016, BBl 2017, 125 ff., Ziff. 7. Vgl. auch ZK-BÜHLER, Art. 716a N 227.

⁴⁸ Generalsekretariat UVEK bzw. Finanzverwaltung EFD.

⁴⁹ Vgl. Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats i.S. Untersuchung zu den Entscheiden des Bundesrats vom 23. November 2005 betreffend das Unternehmen Swisscom vom 28. März 2006: «Neben diesem jährlichen Prozess finden periodisch Quartalsgespräche zwischen dem Verwaltungsrat der Swisscom und dem Bund statt.»

⁴¹ PETER BÖCKLI, Corporate Governance, Der Staat in der Eigentümerrolle gegenüber seinen selbstständigen Anstalten, in: Breitenmoser et al. (Hrsg.), Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat, Liber amicorum Luzius Wildhaber, Zürich 2007, 1141–1168, 1155; ZK-BÜHLER, Art. 716a N 223.

⁴² § 11 des Zürcher Kantonalbankgesetzes.

befinden, erstatten der Verwaltungsratspräsident und der CEO der SBB dem Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation und dem Eidgenössischen Finanzdepartement regelmässig Bericht über den Stand der Zielerreichung.⁵⁰ Die SBB orientieren sodann auch die Öffentlichkeit laufend über wichtige Geschäftsvorfälle aus dem Unternehmensbereich.

2. Wahrung der Einflussmöglichkeit des Staates auf der Führungsebene

In einer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft beschränkt sich der Staat jedoch in der Regel nicht darauf, seinen Einfluss durch erhöhte Berichterstattungs- und Offenlegungsanforderungen sowie die Wahrnehmung seiner Kompetenzen als Aktionär in der Generalversammlung geltend zu machen. Er behält sich vielmehr auch im typischen Kompetenzbereich der Führungsorgane der Aktiengesellschaft bestimmte Einflussmöglichkeiten vor:

2.1 Festlegung der strategischen Ziele

Der Staat bestimmt typischerweise nicht nur den Zweck des ausgegliederten Aufgabenträgers, sondern gibt für das Unternehmen im Rechtskleid der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft regelmässig auch die *strategischen Ziele* vor, welche das Unternehmen innerhalb eines bestimmten Zeitraumes erreichen soll. Er nimmt damit Einfluss in einem Aufgabenbereich, der – zumindest soweit sich die Zielvorgaben auch auf Bereiche der eigentlichen Unternehmensstrategie und nicht nur auf die Eignerstrategie⁵¹ erstrecken – bei nicht staatlich kontrollierten Aktiengesellschaften in die unentziehbare Oberleitungskompetenz des Verwaltungsrates fällt.⁵² Gestützt auf eine spezialgesetzliche Grundlage ist es aber – wie erwähnt – zulässig, punktuell auch von der ansonsten zwingenden aktienrechtlichen Kompetenzordnung abzuweichen, ohne die in der Lehre⁵³ vereinzelt beigezogene Analogie zur Attraktion der Kompetenzen des Verwaltungsrates der Untergesellschaft durch die Obergesellschaft *im Konzern* bemühen zu müssen, welche nach der hier vertretenen Auffassung abzulehnen ist. Im Vordergrund stehen dabei in der Regel strategische Zielsetzungen zu den Grundsätzen der Geschäftspolitik (Geschäftstätigkeit, Geschäftskreis etc.), die

Positionierung der Gesellschaft am Markt, die unternehmerischen Entwicklungsschwerpunkte, die finanzielle Führung (Kapitalausstattung, Gewinnverwendung etc.), die Risikopolitik sowie die Beteiligungs- und Kooperationspolitik.⁵⁴ So legt etwa der Bundesrat nach den einschlägigen Spezialgesetzen für die SBB, die Swisscom und die Post jeweils für vier Jahre die *strategischen Ziele des Unternehmens* fest.⁵⁵

Die Vorgabe der strategischen Ziele ist sicher ein *wirk-sames Steuerungsinstrument* des Staates, mit dem dieser relativ direkt auf die Führung der Gesellschaft Einfluss nehmen kann. Dadurch schränkt der Staat freilich auch die strategische Handlungsfreiheit der Gesellschaft ein, was sich bisweilen auch als Wettbewerbsnachteil auswirken kann, wenn diese beispielsweise auf Veränderungen der Rahmenbedingungen nicht gleich rasch wie ihre Konkurrenzunternehmen reagieren kann.

2.2 Vorgaben für die Zusammensetzung und Organisation der obersten Leitungs- und Aufsichtsorgane

Der Staat macht sodann in der Regel auch gewisse Vorgaben in Bezug auf die Zusammensetzung und Organisation der obersten Leitungs- und Aufsichtsorgane: So kann sich der Staat etwa vorbehalten, eine bestimmte Anzahl von Vertretern in den Verwaltungsrat der von ihm mehrheitlich gehaltenen spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft zu entsenden; diese müssen nicht von der Generalversammlung gewählt werden und unterstehen in der Regel einer Weisungsbefolgungspflicht gegenüber dem Staat.⁵⁶ So hat der Bund etwa das Recht, zwei Vertreter in den Verwaltungsrat der Swisscom abzuordnen.⁵⁷ Ferner haben dem Verwaltungsrat gemäss Art. 9 Abs. 3 TUG zwei Vertreter des Personals der Unternehmung anzugehören. Durch entsprechende spezialgesetzliche Regelung kann sodann auch die *Bestimmung des Präsidenten des Verwaltungsrates* dem Staat als Mehrheitseigner vorbehalten werden.

Und auch die Delegationsbefugnis kann der Staat an sich ziehen: so haben beispielsweise die Verwaltungsräte der SBB⁵⁸ und der Swisscom⁵⁹ die Geschäftsführung *von Gesetzes wegen* im Rahmen eines Organisationsreglements zu *delegieren* – ein Entscheid, der nach dem Aktienrecht gestützt auf eine entsprechende statutarische Grundlage an sich im Ermessen des Verwaltungsrates liegen würde.⁶⁰

⁵⁰ Ziff. 6.6 der Statuten der SBB.

⁵¹ Vgl. zum Begriff der «Eignerstrategie» in Abgrenzung zur Unternehmensstrategie unten V.3.1.

⁵² Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR.

⁵³ Vgl. STÖCKLI (FN 4), 304 ff. und 328; URS BERTSCHINGER, Konzernrechtliche Fragen bei der Privatisierung öffentlicher Spitäler, in: Hürlimann et al. (Hrsg.), Privatisierung und Wettbewerb im Gesundheitsrecht, Zürich 2000, 37–64, 40 ff.; ROLAND VON BÜREN, SPR VIII/6, 2. Aufl. Basel 2005, 286 f.

⁵⁴ GUTZWILLER (FN 15), N 374.

⁵⁵ Vgl. für die SBB: Art. 7a SBBG; für die Swisscom: Art. 6 Abs. 3 TUG; für die Post: Art. 7 POG.

⁵⁶ GUTZWILLER (FN 15), N 344; BUOB (FN 6), Staatliche Beteiligung, 113; STÖCKLI (FN 4), 470.

⁵⁷ Ziff. 6.1.3 der Statuten von Swisscom.

⁵⁸ Art. 12 SBBG.

⁵⁹ Art. 10 Abs. 1 TUG.

⁶⁰ Art. 716b Abs. 1 OR. Vgl. dazu bereits BÜHLER (FN 2), 517.

2.3 Spezifische Vorbehaltsbeschlüsse im Aufgabenbereich der Führungsorgane

Das Gemeinwesen kann sich sodann bestimmte Beschlüsse aus dem Aufgabenbereich des Verwaltungsrates vorbehalten: zu denken ist etwa an Beschlüsse über bestimmte Umstrukturierungen oder wesentliche Beteiligungen der Gesellschaft sowie über die Vergütungspolitik und die Rahmenbedingungen der Entschädigung der Organe des Unternehmens. So hat der Bundesrat etwa die Rahmenbedingungen der Entschädigung des Bundespersonals in der Kaderlohnverordnung festgelegt, die gemäss Verweisung im einschlägigen Spezialgesetz auch für das Kader der SBB⁶¹ gelten.

V. Regelungsinstrumente

Die dargelegten Regelungsanliegen des Staates können bei der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft mit verschiedenen Instrumenten umgesetzt werden:

1. Regelung in einem öffentlich-rechtlichen Spezialgesetz

Der Staat kann, wie erwähnt, grundsätzlich von der aktienrechtlichen Ordnung abweichen, indem er die Aktiengesellschaft spezialgesetzlich errichtet und sich *im Spezialgesetz* die auf den Einzelfall zugeschnittenen Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten vorbehält. Die nur subsidiär anwendbaren aktienrechtlichen Regelungen werden dabei von den im Spezialgesetz festgehaltenen Rechten und Einwirkungsmöglichkeiten des Staates überlagert, ergänzt und abgewandelt. Den Kantonen steht diese Gestaltungsfreiheit gemäss Art. 763 OR allerdings – wie erwähnt – nur dann offen, wenn die Gesellschaft unter Mitwirkung öffentlicher Behörden verwaltet wird und der Kanton die subsidiäre Haftung für deren Verbindlichkeiten übernimmt.

2. Umsetzung der staatlichen Vorgaben in den Statuten

Zur Sicherstellung der öffentlichen Aufgabenerfüllung wird das Unternehmen sodann – soweit vorhanden⁶² – auch *in den Statuten* auf einen bestimmten öffentlichen Zweck ausgerichtet. Der öffentliche Zweck wird dabei nicht nur im öffentlich-rechtlichen Errichtungserlass verankert, sondern in der Regel auch in den Statuten umschrieben. Darüber hinaus setzt der Staat in den Statuten der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft regelmässig

auch die ihm vorbehaltenen Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten durch konkrete Bestimmungen hinsichtlich der Organisation, Zuständigkeiten und Verfahren um.

3. Konkretisierende Regelungen des Staates in einer Eignerstrategie und in einer Leistungsvereinbarung

Die spezialgesetzlichen Regeln für die Aktiengesellschaft werden sodann regelmässig in der Eignerstrategie und in einer Leistungsvereinbarung weiter konkretisiert:

3.1 Eignerstrategie

Die Eignerstrategie setzt eine Stufe höher als die Unternehmensstrategie an, nämlich bei den Aktionären bzw. der Aktionärin der Gesellschaft. Mit dem Instrument der Eignerstrategie gibt der Staat als Allein- oder Mehrheitsaktionär die gewünschte strategische Entwicklungsrichtung des Unternehmens und deren Rahmenbedingungen sowie seine Wertvorstellungen als normative Grundsätze vor.⁶³

Die Eignerstrategie ist das Gesamtkonzept, das die Visionen, die Ausrichtung, den Tätigkeitsbereich, die Risiko- und Innovationsneigung, die Wachstumsziele sowie die Dividendenpolitik und Finanzierungsmöglichkeiten des Unternehmens definiert. Sie ist einerseits ein Handlungsleitfaden für die Unternehmensführung; sie dient andererseits aber auch dem Eigner selbst als Orientierungspunkt, wenn es darum geht, Entscheidungen in Bezug auf das Unternehmen zu fällen, an dem er sich beteiligt hat.⁶⁴ Mit klaren langfristigen Zielsetzungen entschärft die Eignerstrategie auch die Abhängigkeit von kurzfristigen politischen Richtungswechseln.

In Ergänzung zu den gesetzlichen Bestimmungen stellt die Eignerstrategie ein *dynamisches und flexibel einsetzbares Instrument* dar, um den Autonomiegrad und die Gestaltungsfreiheit des Unternehmens zu konkretisieren.⁶⁵

3.2 Leistungsvereinbarung

Zur Sicherstellung der öffentlichen Aufgabenerfüllung schliesst das Gemeinwesen mit dem Aufgabenträger sodann regelmässig eine Leistungsvereinbarung ab. Diese definiert die vom Unternehmen zu erbringenden Leistungen, die damit verbundenen Ziele sowie die konkre-

⁶¹ Art. 15 SBBG.

⁶² Die Schweizerische Nationalbank verfügt beispielsweise über keine Statuten.

⁶³ GUTZWILLER (FN 15), N 34.

⁶⁴ GUTZWILLER (FN 15), N 38; CUNO PÜMPIN, Die Eignerstrategie, in: Hennerkes/Kirchdörfer (Hrsg.), Unternehmenshandbuch Familiengesellschaften, 2. Aufl. Köln 1998, 799 ff., 804 f.

⁶⁵ FREUDIGER (FN 19), 93; UTE BUTSCHMANN/SALOME KRUMMENACHER, Eignerstrategien für Spitäler als Teil der Hospital Governance, in: Müller/Geiser (Hrsg.), Recht in privaten und öffentlichen Unternehmen, Bd. 1, Zürich 2012, 36 ff.

ten Rahmenbedingungen der Leistungserfüllung und benennt in der Regel auch die notwendigen sachlichen und finanziellen Mittel. Sie wird üblicherweise für mehrere Jahre abgeschlossen. Der Aufgabenträger wird daher zu einer *regelmässigen Berichterstattung* angehalten.⁶⁶

Dabei handelt es sich um einen öffentlichrechtlichen Vertrag zwischen dem Gemeinwesen und dem Aufgabenträger.⁶⁷ Im Gegensatz zum Gesetz oder zu einer Verordnung hat die Leistungsvereinbarung keine rechtlich bindenden Auswirkungen auf Dritte und schafft damit für Dritte auch keinen Rechtsanspruch auf Realisierung bestimmter Leistungen. Gestützt auf Art. 8 Abs. 1 SBBG erarbeitet der Bundesrat beispielsweise mit der SBB jeweils für vier Jahre eine Leistungsvereinbarung, die von den Eidgenössischen Räten genehmigt wird. Gemäss der aktuellen Leistungsvereinbarung 2017–2020 bestellt der Bund bei der SBB die Leistungen für den Betrieb und die Erhaltung der Infrastruktur in den Bereichen Personenverkehr und Güterverkehr und stellt die zur Finanzierung dieser Leistungen notwendigen Mittel des Bundes in einem Zahlungsrahmen bereit.

4. Mandatsverträge mit «Vertretern» im Verwaltungsrat

Beauftragt das Gemeinwesen einen «Vertreter» damit, im Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft Einsitz zu nehmen, so schliesst es mit diesem nicht selten einen *Mandatsvertrag* ab. In diesem verpflichtet sich der Vertreter, das Verwaltungsratsmandat im Interesse des Gemeinwesens auszuüben. Der vom Gemeinwesen entsandte Vertreter muss zwar auch auf das Gesellschaftsinteresse achten. Die Sonderinteressen des delegierenden Gemeinwesens gehen jedoch in diesem Ausnahmefall nach der herrschenden Lehre vor, soweit gestützt auf eine spezialgesetzliche Grundlage eine Instruktionsbefolgungspflicht besteht, der Staat Weisungen erteilt hat und ihn dann letztlich auch die Schadenersatzpflicht für das Verhalten seines Vertreters trifft.⁶⁸

In den meisten Fällen ist dieser Mandatsvertrag als Auftrag oder als auftragsähnlicher Vertrag zu qualifizieren. Mit der Einsitznahme im Auftrag des Gemeinwesens erfüllt der Vertreter eine öffentliche Aufgabe im öffentlichen Interesse und er wird, ähnlich wie ein Beamter, im Sinne einer generellen Weisung auf die Wahrung des öffentlichen Interesses verpflichtet. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Gemeinwesen und dem Vertreter im

Verwaltungsrat dürfte daher öffentlichrechtlicher Natur sein – mit der Konsequenz, dass mangels einer abweichenden Vereinbarung die massgebenden personalrechtlichen Bestimmungen und nur subsidiär das Auftragsrecht gemäss Art. 397 ff. OR als öffentliches Recht beizuziehen sind.⁶⁹

VI. Fazit

Die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft erweist sich bei genauerer Betrachtung als die geeignete Organisationsform für die Ausgliederung öffentlicher Aufgaben an einen selbständigen Rechtsträger, der sich weitgehend eigenständig im wirtschaftlichen Wettbewerb mit privaten Unternehmen behaupten, dem Staat aber zugleich zentrale Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten weitgehend bewahren soll. Der fehlende Numerus clausus bei den öffentlich-rechtlichen Rechtsformen eröffnet dem Staat einen relativ grossen Spielraum bei der organisatorischen Ausgestaltung der Aktiengesellschaft und erlaubt es ihm, diese auf seine konkreten Bedürfnisse auszurichten, um die Wahrnehmung der auszulagernden öffentlichen Aufgaben bestmöglich zu gewährleisten.⁷⁰

⁶⁶ GUTZWILLER (FN 15), N 125; ANDREAS LIENHARD, Organisation und Steuerung der ausgelagerten Aufgabenerfüllung, AJP 2002 1163–1174, 1172.

⁶⁷ BUOB (FN 6), Staatliche Beteiligung, 181.

⁶⁸ So auch PETER FORSTMOSER/MARCEL KÜCHLER, «Vertreter» im Verwaltungsrat und ihr Recht auf Weitergabe von Information, in: Sethe et al. (Hrsg.), Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Bern 2011, 35–62, 41 f.

⁶⁹ BUOB (FN 6), Staatliche Beteiligung, 102 f.; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. Zürich 2009, § 13 N 623 ff.; ZK-BÜHLER, Art. 707 N 9 ff.

⁷⁰ FREUDIGER (FN 19), 82.