Rechtsgutachten

betreffend

Fragen im Zusammenhang mit Kantonsvertretungen

in Verwaltungs- und Stiftungsräten

von kantonalen Unternehmen und Institutionen

Zürich, 7. Juni 2007

Inhalt

A. Auftrag und Bearbeitung 1

I. Auftrag und Vorgehen 1

II. Die Fragestellung im Einzelnen 1

III. Aufbau und Inhalt dieses Gutachtens 3

B. Juristische Personen im engeren und weiteren Umfeld des Staates 4

I. Gründe für den Einsatz juristisch verselbständigter Einheiten im Umfeld des Staates 5

II. Konsequenzen einer Verselbständigung 6

III. Erscheinungsformen 8

IV. Terminologische Hinweise und anwendbares Recht 9

V. Erste Folgerungen 12

1. Vielfalt der Erscheinungsformen 12
2. Konsequenzen für die Ausgestaltung der Staatsvertretung 14

C. Exkurs: Rechtliche Voraussetzungen einer Delegation von Staatsaufgaben 15

D. Interessenvertretung und Interessenkonflikte 17

1. Die mit einer Verselbständigung verfolgten staatlichen Ziele 17
2. Potentielle Interessenkonflikte 18
3. Ansätze zu einer Lösung der Konflikte 18

E. Die in Frage kommenden Organisationsformen 21

I. Öffentlichrechtliche Organisationsformen 21

1. Übersicht und Eingrenzung 21
2. Öffentlichrechtliche Anstalt 22
   - *2.1 Wesen und Struktur* 22
   - *2.2 Einsatzmöglichkeiten* 23
   - *2.3 Steuerung* 24
     - 2.3.1 Grundsätzliches 24
     - 2.3.2 Vertretung des Kantons in den Organen der Anstalt 24
   - *2.4 Haftung* 25
     - 2.4.1 Geltungsbereich des Personalgesetzes 25
     - 2.4.2 Besonderheit von Kontonsvertreter/innen 26
     - 2.4.3 Ausschliessliche Kausalhaftung der Organisation bzw. des Kantons 26

II. Privatrechtliche Organisationsformen 27

1. Materielle Privatisierung 27
2. Formelle Privatisierung 28

2.1 Der Staat als alleiniger Träger 28
2.2 Staat und Private als Träger 30
2.2.1 Die Aktiengesellschaft als übliche Rechtsform 30
2.2.2 Ein Postulat: Das „Spiel der AG spielen" 31
2.2.3 Die Kantonsvertretung im Verwaltungsrat 31
2.2.4 Die Rechtsstellung des Delegierten der öffentlichen Hand 33
2.2.5 Haftung 36
2.2.5.1 Haftung nach Privatrecht 36
2.2.5.1.1 Voraussetzungen 36
2.2.5.1.2 Ersatzpflichtige Personen 37
2.2.5.2 Haftung nach öffentlichem Recht 39
2.3 Die gemischtwirtschaftliche AG insbesondere 41
2.3.1 Anwendungsbereich und sachliche Voraussetzungen von Art. 762 OR 42
2.3.2 Weisungsrecht des Gemeinwesens 42
2.3.3 Rechtsstellung der/des Entsandten 44
2.3.4 Haftung 45
2.3.4.1 Der Grundsatz der ausschliesslichen Haftung der öffentlichen Hand 45
2.3.4.2 Haftungsvoraussetzungen 45
2.3.4.3 Ausschliessliche Haftung der delegierenden Körperschaft des öffentlichen Rechts 46
2.4 Exkurs: Andere privatrechtliche Rechtsformen 49
2.4.1 Organisationsformen mit Rechtspersönlichkeit 49
2.4.1.1 Verein 49
2.4.1.2 Genossenschaft 49
2.4.1.3 GmbH 50
2.4.1.4 Stiftung 51
2.4.2 Organisationsformen ohne eigene Rechtspersönlichkeit 52

F. Wünschbarkeit, Art und Folgen einer Staatsvertretung 53

I. Wünschbarkeit und Ausgestaltung 53

1. Wünschbarkeit 53
2. Ausgestaltung 54

II. Rechtsstellung der Vertreterin oder des Vertreters und Haftungsfolgen 56

III. Interessenkonflikte 56

G. Beantwortung der Gutachterfragen 57

I. Stand der wissenschaftlichen Diskussion 57

II. Entwicklungstendenzen 57

III. Kantonsvertretung in Verwaltungsräten bei Vorliegen besonderer finanzieller und/oder strategischer Eigentümerinteressen 58

IV. Zweckmässigkeit der im Grundlagenpapier dargestellten Modelle der Kantonsvertretung 61

V. Weitere Möglichkeiten zur Wahrnehmung der Kantonsinteressen sowie der Informations- und Kontrollbedürfnisse und zur Sicherstellung der politischen Steuerung und der Durchsetzung der eigentümerstrategischen Interessen 62

VI. Massgeblichkeit der Rechtsform der kantonalen Unternehmung oder Institution für Vertretung und Verantwortung 63

VII. Verantwortung des Regierungsrates gegenüber den Trägern öffentlicher Aufgaben 64

VIII. Wahrnehmung der Kantonsvertretung durch die Fachdirektion oder durch eine zentrale Stelle 64

IX. Beurteilung der Vorkehrungen zur Vermeidung von Rollenkonflikten (am Beispiel des Amtes für öffentlichen Verkehr und der Bedag AG) 65

X. Entschädigung der Verwaltungsratstätigkeit: Beurteilung der verschiedenen Lösungen u.a. unter Verantwortlichkeits- und Gleichbehandlungsaspekten 66

XI. Beurteilung der Einsitznahme von Kantonsvertretern in den Leitungsgremien kantonaler Unternehmen und Institutionen aus haftungsrechtlicher Sicht 67

H. Schlussbetrachtungen 68

A. Auftrag und Bearbeitung

Auftrag und Vorgehen

1 Mit Schreiben vom 24. März 2006 ist den Unterzeichnenden Forstmoser und Müller von der Finanzdirektion des Kantons Bern der Auftrag erteilt worden, ein Gutachten auszuarbeiten *betreffend Kantonsvertretungen in Verwaltungs- und Stiftungsräten von kantonalen Unternehmen und Institutionen.*

2 Für die Bearbeitung des Gutachtens hat das Generalsekretariat der Finanzdirektion des Kantons Bern eine ausführliche Dokumentation der Grundlagen bereitgestellt. Am 8. Mai 2006, am 9. November 2006 und am 23. Januar 2007 fanden überdies Besprechungen statt.

3 Bei der Ausarbeitung haben die Unterzeichnenden ihre jeweils fachspezifischen Kenntnisse eingebracht. Die daraus gezogenen Schlussfolgerungen werden von beiden gemeinsam getragen. Wo die Gutachter ausnahmsweise zu unterschiedlichen Auffassungen gelangt sind, wird dies ausdrücklich kenntlich gemacht.

4 Die Gutachter haben für die Bearbeitung als Assistierende beigezogen: Frau RA lic.iur. Margot Van't dack, Assistentin, für die privatrechtlichen Fragen und Herrn RA Dr. Stefan Vogel, Oberassistent, für Fragen des öffentlichen Rechts.

5 Das Gutachten basiert auf einem intensiven Studium der einschlägigen Lehre und Praxis. Im Interesse der leichteren Lesbarkeit sind die Ergebnisse – mit kurzen Begründungen, aber ohne wissenschaftlichen Apparat – in einer vom 5.4.2007 datierten *Kurzfassung* zusammengefasst.

II. Die Fragestellung im Einzelnen

6 1. Im Einzelnen galt es folgende Fragen zu beantworten:

7 2. Wie ist der Stand der aktuellen wissenschaftlichen Diskussion betreffend die Vertretung der öffentlichen Hand in den Leitungsgremien staatlicher Unternehmen und Institutionen?

8 3. Welche Entwicklungstendenzen bestehen heute beim Bund und in anderen Kantonen (z.B. ZH, AG, VD, SG) und wie beurteilen Sie diese?

9 4. Wie beurteilen Sie die im Grundlagenpapier zur Problematik der Kantonsvertretungen in Verwaltungsräten vom 16. Oktober 2002 vertretene Auffassung, wonach grundsätzlich eine Kantonsvertretung in Verwaltungsräten bei jenen Beteiligungen angezeigt ist, an welchen der Kanton besondere finanzielle und/oder strategische Eigentümerinteressen hat?

10 5. Im Grundlagenpapier werden verschiedene Modelle dargestellt, wie die Kantonsvertretung wahrgenommen werden kann. Wie beurteilen Sie die Zweckmässigkeit dieser verschiedenen Vertretungsmodelle? Nach welchen Kriterien müsste aus Ihrer Sicht entschieden werden, ob ein Mitglied des Regierungsrates, eine Mitarbeiterin oder ein Mitarbeiter der Kantonsverwaltung oder eine extern mandatierte Person zur Kantonsvertretung bestimmt wird? Welche Empfehlungen können Sie hierzu abgeben (z.B. zur Vermeidung von Rollenkonflikten)?

11 6. Was wären allfällige weitere Möglichkeiten, wie der Kanton seine Interessen sowie seine Informations- und Kontrollbedürfnisse gegenüber kantonalen Unternehmen und Institutionen wahrnehmen und dabei die politische Steuerung und Erhaltung der eigentümerstrategischen Interessen effizient sicherstellen könnte und wie beurteilen Sie diese?

12 7. Spielt die Rechtsform der kantonalen Unternehmung oder Institution (Aktiengesellschaft, Stiftung, Anstalt u.a.) für die konkrete Form der Kantonsvertretung sowie deren Verantwortung eine Rolle? Wenn ja, welche?

13 8. Gemäss Art. 95 Abs. 3 der bernischen Kantonsverfassung stehen die Träger öffentlicher Aufgaben unter der Aufsicht des Regierungsrates.
Welche Verantwortung hat der Regierungsrat gegenüber diesen Trägern öffentlicher Aufgaben? Spielt es dabei eine Rolle, wenn einzelne Mitglieder des Regierungsrates in den Leitungsgremien Einsitz nehmen?

14 9. Aufgrund der Sachnähe und der fachlichen Kenntnisse wird im Kanton Bern die Kantonsvertretung oftmals durch das jeweilige Regierungsmitglied bzw. durch Mitarbeitende der federführenden Fachdirektion wahrgenommen (Transportunternehmungen – Verkehrsdirektion; Bildungsinstitutionen – Erziehungsdirektion usw.)? Wie beurteilen Sie diese Vertretungsform insbesondere auch angesichts der Entwicklung beim Bund?

15 10. Wie beurteilen Sie die Vorkehrungen zur Vermeidung von Rollenkonflikten, wie sie beim Amt für öffentlichen Verkehr (vgl. Grundlagenpapier Seite 14/15) und bei der Bedag getroffen worden sind?

16 11. Zur Entschädigung einer Verwaltungsratstätigkeit: Die Mitglieder des Regierungsrates als politisch gewählte Mitglieder der Exekutive müssen diese an den Staat abliefern (Ausnahme: Sitzungsgelder). Mitarbeitende des Kantons, welche die Verwaltungsratsaufgabe zusätzlich zu

den Aufgaben ihrer Stelle in der Freizeit erbringen, können diese gemäss geltendem Recht behalten. Wie beurteilen Sie diese Lösung – auch unter Verantwortlichkeits- und Gleichbehandlungsaspekten mit anderen Verwaltungsratsmitgliedern?

17 12. Wie beurteilen Sie, aufbauend auf dem Gutachten von Fürsprecher *Friedli* [Beilage 4 des Gutachtensauftrages], die Einsitznahme von Kantonsvertretern in den Leitungsgremien kantonaler Unternehmen und Institutionen in haftungsrechtlicher Hinsicht?

III. Aufbau und Inhalt dieses Gutachtens

18 Im Folgenden werden zunächst in einer Übersicht über Gründe und Erscheinungsformen juristischer Personen im Umfeld des Staates die *Grundlagen* vorgestellt (lit. B). Anschliessend wird in einem Exkurs auf die *rechtlichen Voraussetzungen* einer Delegation von Staatsaufgaben an verselbstständigte Organisationen eingegangen (lit. C).

19 Sodann wird ein zentrales Problem im Hinblick auf die Vertretung der öffentlichen Hand in den Leitungsgremien, insbesondere in Verwaltungs- und Stiftungsräten besprochen: die Frage der optimalen Wahrung der *Staatsinteressen*, aber auch der *Interessenkonflikte*, die sich zumindest bei einzelnen Rechtsformen, in denen staatliche Aufgaben wahrgenommen werden, stellen (lit. D).

20 Weil – wie sich zeigen wird – die Beantwortung der Gutachterfragen je nach Organisationsform unterschiedlich ausfällt, werden in einem weiteren Kapitel die *Organisationsformen*, die sich für kantonale oder mit Kantonsbeteiligung betriebene Unternehmen und Institutionen anbieten, vorgestellt (lit. E).

21 Dies erlaubt eine Beantwortung der für dieses Gutachten zentralen Fragen der *Wünschbarkeit, Ausgestaltung und Konsequenzen einer Vertretung des Kantons* in „staatsnahen" Organisationen (lit. F).

22 Die *Beantwortung der spezifischen Gutachterfragen* kann auf dieser Basis knapp ausfallen (lit. G).

23 Im Sinne einer Zusammenfassung werden in *Schlussbetrachtungen* nochmals die wichtigsten Erkenntnisse wiedergegeben (lit. H).

B. Juristische Personen im engeren und weiteren Umfeld des Staates

24 a) Die Übertragung von staatlichen (kantonalen) (oder zumindest nach herkömmlicher Ansicht zum Pflichtenheft des Staates/Kantons gehörenden) Aufgaben an verselbstständigte Organisationen kann aus unterschiedlichsten Gründen erfolgen und in unterschiedlichster Art umgesetzt werden:

25 – Am einen Ende steht das Bedürfnis, für die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe eine gewisse organisatorische und betriebliche *Verselbstständigung* und allenfalls auch *zusätzliche Flexibilität* zu erlangen, ohne dass an der *Einbettung in die kantonale Organisation* etwas geändert werden soll. Beispiele dafür im Kanton Bern sind die Universität und die Bedag Informatik AG.

26 – Auf der anderen Seite steht die *Entlassung einer Organisation in die Privatwirtschaft* aus der Überzeugung heraus, dass die Unabhängigkeit vom Staat/Kanton im Interesse einer erfolgreichen unternehmerischen Tätigkeit oder aus anderen Gründen gesichert werden soll, selbst wenn allenfalls eine Kapital- und Stimmenmehrheit beim Staat/Kanton verbleibt. Beispiel hiefür dürfte die „privatisierte" Berner Kantonalbank sein.

27 – Dazwischen gibt es zahlreiche Nuancen eines stärkeren oder schwächeren Staatseinflusses.

28 b) Das *öffentliche Recht* wie das *Privatrecht* stellen für diese unterschiedlichen Bedürfnisse eine Mehrzahl möglicher Rechtsformen zur Verfügung, wobei nicht ohne Weiteres feststeht, dass eine bestimmte Rechtsform für ein bestimmtes staatliches Anliegen – und nur für dieses – optimal geeignet ist:

29 – Zwar ist offenkundig, dass *verselbstständigte öffentlichrechtliche juristische Personen* für die Wahrung staatlicher Kontrolle besonders geeignet sind. Aber auch solche Konstruktionen können gerade in der Absicht gewählt werden, eine gewisse Unabhängigkeit vom Staat zu erreichen.

30 – Umgekehrt drängen sich *Rechtsträger des Privatrechts* auf, wenn eine bisher staatliche Aufgabe in die Hand von Privaten überführt werden soll. Aber es kann der Staat/Kanton sich auch privatrechtlicher Rechtsformen bedienen, um weiterhin als staatlich verstandene Aufgaben zu erfüllen, wobei er sich einen massgeblichen Einfluss erhalten will.

31 c) Im Folgenden wird zunächst kurz auf die Gründe (Ziff. I.) und die Konsequenzen (Ziff. II.) einer Verselbstständigung eingegangen. Dann werden mögliche Erscheinungsformen skizziert (Ziff. III., ausführliche Darstellung später in lit. E). Nach kurzen Bemerkungen zur Terminologie und zum anwendbaren Recht (Ziff. IV.) werden erste Folgerungen gezogen (Ziff. V.)

I. Gründe für den Einsatz juristisch verselbstständigter Einheiten im Umfeld des Staates

32 a) Durch den Einsatz rechtlich selbstständiger juristischer Personen kann die *organisatorische Verselbstständigung* einer Staatsaufgabe erreicht werden. Geeignet sind dafür sowohl öffentlichrechtliche wie auch privatrechtliche Rechtsformen, wobei bei letzteren die Kontrolle und damit die Eigentümerstellung vollständig beim Staat bleiben. Die Verselbstständigung führt zu einer *Entlastung* der Zentralverwaltung, erleichtert die Erfüllung von *Spezialaufgaben* und kann eine gewisse *Autonomie* des dezentralen Aufgabenträgers bezwecken, was für die Wahrnehmung bestimmter Aufgaben (z.B. Lehre und Forschung an der Universität und an den Fachhochschulen, Förderung der Kultur durch die Stiftungen Kunstmuseum Bern, Zentrum Paul Klee, Historisches Museum Bern, Stadttheater Bern und Bernisches Symphonieorchester) von Bedeutung ist.

33 Ein wesentlicher Vorteil des Einsatzes *privater Rechtsformen* besteht darin, dass die öffentliche Hand auf rechtlich vorgeformte und detailliert ausgestaltete, bewährte Instrumente zurückgreifen kann, was den Regelungsaufwand begrenzt. Umgekehrt darf nicht übersehen werden, dass die formelle Privatisierung stark regulierter bzw. hoheitlicher Aufgaben *Folgennormierungen* erforderlich machen kann, insbesondere wenn die Voraussetzungen der Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Gewährleistung eines fairen Wettbewerbs geregelt werden müssen[1].

34 b) Vor allem durch den Einsatz privatrechtlicher Organisationsformen kann *erhöhte Flexibilität* erreicht werden.

---

1 Vgl. dazu ROLF H. WEBER, Wirtschaftsregulierung in wettbewerbspolitischen Ausnahmebereichen, Baden-Baden 1986, S. 90 ff.

35 Denkbar ist auch, dass mit der Formenwahl eine eigentliche *Vermeidungsstrategie* verfolgt wird, indem die Anwendbarkeit bestimmter Normkomplexe, z.B. das öffentliche Personalrecht, ganz bewusst ausgeschaltet werden sollen[2].

36 c) Die Verselbstständigung kann dazu dienen, bestimmte Aufgaben *gemeinsam mit Privaten* zu lösen. Es kann damit von deren Sachkenntnis profitiert werden. Vor allem aber ermöglicht dies auch die *Mit- bzw. Hauptfinanzierung* durch Private und damit eine Entlastung der öffentlichen Hand.

37 Für solche Zielsetzungen eignen sich privatrechtliche Rechtsformen.

38 d) Nur am Rande sei erwähnt, dass sich der Staat an privaten Unternehmen auch als blosser *Investor* beteiligen kann. Dieser Aspekt wird im Folgenden ausser Acht gelassen, da sich die Frage einer staatlichen Vertretung in solchen Fällen nicht stellt.

II. Konsequenzen einer Verselbstständigung

39 a) *Dezentrale Verwaltungseinheiten* zeichnen sich durch eine mehr oder weniger ausgeprägte Autonomie gegenüber der politischen Führung aus. Das Mass der Unabhängigkeit kann sehr unterschiedlich sein und richtet sich nach der einschlägigen gesetzlichen Regelung.

40 Die Autonomie wirkt sich auf die *Intensität* der Steuerung durch die politische Führung aus, aber auch auf die Steuerungs*instrumente* und *-kanäle*. Die Abkoppelung von der Zentralverwaltung ist in aller Regel keine totale, sondern bloss eine relative. Als Steuerungsinstrumente fallen Dienstbefehl und Weisung ausser Betracht, weil die dezentralisierten Verwaltungseinheiten der politischen Führung nicht hierarchisch unterstellt sind. Dafür steigt die Bedeutung indirekter Einflussnahmen, z.B. über finanzielle Anreize oder mittels *in die Leitungsorgane der Verwaltungseinheit gewählter, delegierter oder von Amtes wegen Einsitz nehmender Personen.* Die letztgenannte Möglichkeit der Steuerung interessiert hier im Besonderen.

---

2 So wird für die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) die Rechtsform der Anstalt vorgeschlagen, weil Behördenkommissionen den Regeln der Personal- und Finanzhaushaltsgesetzgebung unterstünden, was unbefriedigend sei (BOTSCHAFT FINMAG, BBl *2006*, 2838 f.).

41 Die Schaffung solcher Instrumente der indirekten Beeinflussung ermöglicht es, adäquate (Zwischen-)Lösungen für das Verhältnis der dezentralisierten Verwaltungseinheiten zur Regierung bzw. Zentralverwaltung zu finden. Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass Autonomie und indirekte Beeinflussung in einem *Spannungsverhältnis* stehen. Je stärker die Verwaltungseinheit durch Kantonsvertreter/innen in den Leitungsorganen gelenkt wird, desto weniger Sinn macht die Autonomie, weil die zentrale Steuerung nicht abnimmt, sondern lediglich auf eine andere Ebene verlagert wird.

42 b) Im Falle der blossen *Beteiligung* des Gemeinwesens *an einer von Privaten geführten Gesellschaft* ergeben sich die Instrumente und das Ausmass der Steuerung aus den Möglichkeiten, welche das Obligationenrecht zur Verfügung stellt, sowie aus der öffentlichrechtlichen Rahmenordnung, z.B. dem Erfordernis einer Konzession. Von einer Beschränkung des Einflusses kann hier nur bedingt gesprochen werden, weil der staatliche Steuerungsanspruch bei dieser Form der Aufgabenerfüllung von Anfang an begrenzt ist. Es stellt sich vielmehr die Frage, inwieweit der Staat von seinen Möglichkeiten effektiv Gebrauch machen soll.

43 c) In dem Masse, in welchem der Gesetzgeber die Autonomie vergrössert und die Entscheidungsbefugnisse in dezentrale Verwaltungseinheiten bzw. von Privaten geführte Gesellschaften verlagert, *vermindert sich die Verantwortung* der Regierung und der Zentralverwaltung *für deren operative Tätigkeiten.* Sie bleiben aber *politisch verantwortlich für die Zielsetzungen (Strategien), die Auswahl der leitenden Personen und die Kontrolle der Zielerreichung.*

44 *Inwieweit der Staat für das Handeln der dezentralen Organisationen direkt oder indirekt einzustehen hat*, ist eine Frage der Ausgestaltung des Staatshaftungsrechts sowie – im Privatrecht – der Regelung von Art. 754 ff. und 762 OR[3].

---

3 Hierzu ausführlich FORSTMOSER/JAAG, Der Staat als Aktionär: Haftungsrechtliche Risiken der Vertretung des Staates im Verwaltungsrat von Aktiengesellschaften, Zürich 2000 = SnA 15, N 97 ff., 135 ff. Siehe auch hinten, Rz. 207.

45 d) Die Entscheidungsprozesse der Organe von Aufgabenträgern, an denen sowohl der Staat als auch Private beteiligt sind, werden dadurch verkompliziert, dass *öffentliche wie private Interessen einbezogen* und zu einem angemessenen Ausgleich gebracht werden müssen[4]. Dabei können auch Interessen*konflikte* auftreten, die nicht immer lösbar sind.

46 Bei privatrechtlichen Aktiengesellschaften sind sodann die Rechte allfälliger Minderheitsaktionäre, insbesondere deren Schutz- und Vermögensrechte, zu beachten.[5]

III. Erscheinungsformen

47 Auf die verschiedenen Formen verselbstständigter juristischer Personen im Umfeld des Staates wird nachfolgend in lit. E näher eingegangen, da sich aus den Unterschieden in der Rechtsform Konsequenzen für die wünschbare Ausgestaltung einer (allfälligen) Staatsvertretung ergeben. Hier als Übersicht nur Folgendes:

48 a) Ein grundlegender Unterschied in der rechtlichen (aber nicht zwangsläufig der sachlichen) Ausgestaltung ergibt sich aus der Wahl einer entweder *öffentlichrechtlichen* oder *privatrechtlichen* Rechtsform.

49 b) In erster Linie öffentlichrechtliche Formen werden für die *Dezentralisierung* von Staatsaufgaben eingesetzt.

---

4 Die Interessen der Aktiengesellschaft ergeben sich aus dem statutarisch umschriebenen Zweck. Da grundsätzlich jeder rechtlich erlaubte Zweck verfolgt werden darf, kann die Aktiengesellschaft auch auf Gewinnstrebigkeit verzichten. Dabei ist indessen zu beachten, dass sich kein einziger Aktionär eine solche Zweckänderung, welche die Gewinnstrebigkeit in Frage stellt, gegen seinen Willen gefallen lassen muss (Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR), ganz gleich, ob diese Änderung nun explizit oder implizit erfolgt, vgl. FORSTMOSER/JAAG (zit. Anm. 3) N 78 Anm. 54.

5 Vgl. zu den Rechten der Minderheitsaktionäre statt aller PETER V. KUNZ, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht; eine gesellschaftsrechtliche Studie zum aktuellen Rechtszustand verbunden mit Rückblick und mit Vorausschau sowie mit rechtsvergleichenden Hinweisen, Bern 2001; ferner Bericht des Bundesrates zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben (Corporate-Governance-Bericht) vom 13. September 2006, 57 ff. (zu finden unter www.efd.admin.ch), nunmehr veröffentlicht im BBl *2006* 8233 ff., 49.

50 *(Sachliche) Dezentralisierung* bedeutet gemeinhin, dass einem Aufgabenträger der Verwaltung *Unabhängigkeit* bzw. *Autonomie* eingeräumt wird; die Terminologie ist jedoch nicht einheitlich.[6]

51 c) Von jenen Organisationen, welche klar einem (oder einer Mehrzahl von) Gemeinwesen zugerechnet werden können, sind Organisationsformen abzugrenzen, welche zusammen mit *Privaten* getragen werden. Derartige Kooperationen bewegen sich an der Schnittstelle zwischen Staat und Gesellschaft. Es kann deshalb zu Konflikten zwischen den Interessen des Gemeinwesens und der Privaten kommen, deren Lösung komplexe Rechtsprobleme verursacht.

52 Von Dezentralisierung kann man bloss dann sprechen, wenn den betreffenden Organisationen effektiv Staatsaufgaben übertragen werden. Dies ist nicht zwingend der Fall. Vielmehr ist denkbar, dass der Staat sich lediglich an einer gesellschaftlichen Aufgabe beteiligt, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt. Dieser umfassendere Aufgabenkreis wird z.T. mit dem Begriff der *öffentlichen Aufgaben* umschrieben.

IV. Terminologische Hinweise und anwendbares Recht

53 a) In den 90er Jahren wurden die öffentlichen Unternehmen in der Schweiz wie in ganz Europa von einer eigentlichen Privatisierungswelle erfasst, welche mittlerweile wieder etwas abgeflacht ist. Um in diese Entwicklung eine dogmatische Ordnung zu bringen, hat die Lehre verschiedene Privatisierungskategorien entwickelt. Von diesen interessiert vorliegend zum einen die sog. *Organisationsprivatisierung* (auch formelle oder unechte Privatisierung genannt). Bei dieser Form der Privatisierung bedient sich der Staat privater Organisationsformen, kontrolliert aber die entsprechenden Aufgabenträger weiterhin als Eigentümer[7]. Die *Aufgabenprivatisierung* (bzw. materielle oder echte

---

6 Vereinzelt wird in diesem Zusammenhang auch der in Deutschland geläufige Ausdruck der *mittelbaren Staatsverwaltung* verwendet. Der überwiegende Teil der deutschen Lehre versteht darunter jedoch die rechtliche Verselbstständigung eines Verwaltungsträgers, mit anderen Worten die Ausstattung mit Rechtspersönlichkeit.

7 Zur Organisationsprivatisierung im Einzelnen vgl. REGINA OGOREK, Das <Öffentliche> und das <Private>, Die Dichotomie des Rechts und die Privatisierung staatlicher Aufgaben, in: HANS CASPAR VON DER CRONE/ROLF H. WEBER/ROGER ZÄCH/DIETER ZOBL (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, 15 ff.; ferner PETER FORSTMOSER, Wer "A" sagt muss auch "B" sagen. Gedanken zur Privatisierungsdebatte, SJZ 98 (2002) 193 ff., 217 ff.

Privatisierung) andererseits führt grundsätzlich zu einem Verzicht des Staates auf die Wahrnehmung einer Aufgabe. Sie kommt auch abgestuft vor, indem der Staat Private an der Aufgabenerfüllung lediglich beteiligt oder die Aufgabe zwar auf Private überträgt, sich aber – z.B. über eine Konzession – weiterhin einen gewissen Einfluss vorbehält.

54 b) *Öffentlichrechtliche* Körperschaften werden nicht selten als *Aktiengesellschaften* oder *Genossenschaften* bezeichnet[8].

55 Solche Körperschaften unterstehen trotz ihrer Bezeichnung grundsätzlich dem öffentlichen Recht des Bundes oder der Kantone[9]. In der konkreten Ausgestaltung orientieren sie sich freilich oft an den entsprechenden Vorbildern des Privatrechts oder es wird gar auf dieses verwiesen[10]. Der öffentlichrechtliche Charakter wird dadurch nicht tangiert, doch liegt es dann nahe, die im Privatrecht entwickelten Grundsätze beizuziehen.

56 c) Privatrechtliche Körperschaften (besonders Aktiengesellschaften), auf die der Staat Einfluss nimmt, werden oft als *gemischtwirtschaftliche* Unternehmen in einem *weiteren Sinn* bezeichnet[11]. Wesenselement dieser Gebilde ist somit die Teilnahme einer öffentlichrechtlichen Körperschaft an der Unternehmensleitung durch die Delegation von Organpersonen[12].

57 d) Bezüglich des staatlichen Vertreters oder der staatlichen Vertreterin im Verwaltungsrat einer privatrechtlichen AG ist zu differenzieren:

---

8 So ist etwa die Nationalbank trotz ihrer Bezeichnung als AG eine öffentlichrechtliche Körperschaft.

9 Was Art. 59 Abs. 1 ZGB im Sinne eines unechten – weil einen ohnehin geltenden Zustand umschreibenden – Vorbehaltes betont und Art. 829 OR für das Genossenschaftsrecht sowie Art. 763 OR für das Aktienrecht nochmals wiederholt.

10 So etwa bei der Swisscom.

11 Näheres bei ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. Bern 2007, § 1 N 40 ff.

12 Die Terminologie ist freilich nicht einheitlich. So wird etwa die Schweiz. Nationalbank nicht selten als *gemischtwirtschaftlich* bezeichnet, womit zum Ausdruck gebracht werden soll, dass sie an der Schnittstelle zwischen einer öffentlichen und einer privatwirtschaftlichen unternehmerischen Tätigkeit steht. Sie untersteht aber dem öffentlichen Recht, und die aufgrund einer Verweisung anwendbaren Normen der Privatrechtsordnung werden zu öffentlichrechtlichen Normen.

58 – Die Vertreterin oder der Vertreter kann – wie alle anderen Verwaltungsmitglieder auch – durch die *Generalversammlung gewählt* worden sein, also aufgrund der mit der Beteiligung des Staates als Aktionär verbundenen Stimmkraft. Es handelt sich dann um eine *gewöhnliche privatrechtliche AG* nach Art. 620 ff. OR.

59 – Art. 762 OR sieht jedoch auch die Möglichkeit vor, dass – aufgrund einer einschlägigen statutarischen Bestimmung – das Gemeinwesen eine Vertreterin oder einen Vertreter *direkt delegieren* kann. Die abgeordnete Organperson wird also nicht von der Generalversammlung gewählt, die Delegation ist von einer Beteiligung des Gemeinwesens am Aktienkapital unabhängig und kann im Extremfall auch ohne jede Beteiligung des Staates als Aktionär vorgesehen sein.

60 Teile der Literatur bezeichnen nur diese Unterform als *gemischtwirtschaftliche Unternehmung*[13]. Nachfolgend wird diese Terminologie übernommen, d.h. nur bei Gesellschaften, bei denen Vertreter/innen aufgrund einer statutarischen Ermächtigung entsandt wurden, wird von gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften gesprochen[14].

61 Die staatlichen Vertreter/innen, welche gemäss Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 i.V.m. Art. 707 Abs. 3 OR durch Wahl der GV bestellt wurden, sollen hier als *gewählte* Vertreter/innen bezeichnet werden, während jene Personen, für die gemäss Art. 762 OR eine besondere statutarische Grundlage besteht, *entsandte*, *delegierte* oder *abgeordnete* Vertreter/innen genannt werden.

---

13 Vgl. FORSTMOSER/JAAG (zit. Anm. 3), Anm. 6 m.w.H.

14 Im Übrigen sieht auch das Genossenschaftsrecht in Art. 962 OR die Möglichkeit der Entsendung staatlicher Vertreter vor. Die Regelung ist mit derjenigen im Aktienrecht vergleichbar, unterscheidet sich allerdings darin, dass die kumulative Abordnung in die Verwaltung *und* in die Kontrollstelle möglich ist, während eine staatliche Vertretung bei der Aktiengesellschaft bloss alternativ in den Verwaltungsrat *oder* in die Revisionsstelle zulässig ist; vgl. Art. 926 Abs. 1 und Art. 762 Abs. 1 OR. Wegen der praktischen Bedeutung wird im Folgenden nur auf die Regelung des Art. 762 OR eingegangen.

V. Erste Folgerungen

1. Vielfalt der Erscheinungsformen

62 a) Die vorstehende Übersicht hat gezeigt, dass die den Gutachtern gestellten Fragen sich auf eine Vielzahl von unterschiedlichen Erscheinungsformen beziehen:

63 – Mannigfaltig sind zunächst die in Frage stehenden *Rechtsformen*. Grundsätzlicher Art ist dabei die Unterscheidung zwischen öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Rechtsträgern. Aber auch innerhalb dieser beiden Kategorien sind unterschiedliche Formen zu besprechen.

64 – Offenkundig ist, dass diesen unterschiedlichen Rechtsformen auch *unterschiedliche rechtliche Regelungen* zugrunde liegen.

65 – Verschiedenartig können die *Zielsetzungen* sein. Sie reichen von der bloss formellen Ausgliederung und Verselbstständigung über Lösungen einer staatlichen Beherrschung – jedoch mit erhöhter Flexibilität – und Formen eines Zusammenwirkens von Kanton und Privaten bis zur (hier nicht weiter interessierenden) völligen Übergabe einer öffentlichen Aufgabe an Private.

66 – Je nachdem ist ausschliesslich das *Gemeinwesen*[15] beteiligt oder sind *Private* mitbeteiligt, allenfalls mehrheitlich und im Extremfall gar ausschliesslich.

67 – Damit sind auch *unterschiedliche Interessenlagen* zu berücksichtigen, von der ausschliesslichen Ausrichtung auf die optimale Erfüllung einer staatlichen Aufgabe bis hin zum Vorrang des kommerziellen Erfolgs. Vor allem aber ist das Risiko möglicher Interessen*konflikte* in diesen unterschiedlichen Konstellationen verschieden zu gewichten: Wo eine Rechtsperson vollständig vom Staat beherrscht ist, dem öffentlichen Recht untersteht und überdies eine ausschliessliche öffentliche Zielsetzung verfolgt, dürften kaum Konflikte entstehen. Wo dagegen die Rechtsform einer privatrechtlichen AG gewählt und private Investoren eingebunden wurden, da können sich Interessenkollisionen

---

15 Es kann sich auch um eine Mehrzahl von Gemeinwesen handeln.

ergeben, besonders dann, wenn der Zweck, den die betreffende juristische Person verfolgen soll, nicht eindeutig fixiert ist[16].

68 b) Illustrativ mag für Berner Verhältnisse der bereits erwähnte Vergleich von zwei Institutionen sein:

69 Einerseits die *Bedag Informatik AG*, die zwar die Rechtsform einer privatrechtlichen AG hat, deren Aktien aber zu 100% beim Kanton liegen und die weiterhin staatliche Aufgaben – Dienstleistungen zugunsten des Kantons sowie allenfalls anderer Gemeinwesen – zu erfüllen hat[17].

70 Auf der anderen Seite die *Berner Kantonalbank*, die als privatrechtliche Aktiengesellschaft ausgestaltet, gewinnstrebig und kommerziell geführt ist und an der private Investoren massgebend beteiligt sind. Das öffentliche Interesse ist, wie sich aus Art. 2 Abs. 1 des Gesetzes über die Aktiengesellschaft Berner Kantonalbank (AGBEKBG) vom 23. November 1997 (BSG 951.10) ergibt, nur noch ein mittelbares: Die Aktiengesellschaft Berner Kantonalbank bezweckt in erster Linie die Besorgung der banküblichen Geschäfte; sie unterstützt überdies den Kanton und die Gemeinden in der Erfüllung ihrer Aufgaben und fördert die volkswirtschaftliche und soziale Entwicklung des Kantons.

71 c) Es liegt auf der Hand, dass derart unterschiedliche Gebilde nicht über einen Leist geschlagen werden können. Zwar ist es möglich, *einheitliche Kriterien* zu entwickeln. Deren Anwendung auf die konkreten Organisationen führt aber zwangsläufig zu differenzierten Lösungen, die den speziellen Aufgaben, Beteiligungsverhältnissen und rechtlichen Grundlagen Rechnung tragen müssen.

---

16 Gewinnerzielung auf der einen Seite, Erfüllung von Aufgaben im Gemeininteresse auf der anderen. Eine solche „gemischte" Zielsetzung findet sich nicht selten in den Statuten von Kantonalbanken, die einerseits gewinnstrebig arbeiten, anderseits aber auch volkswirtschaftliche und soziale Aufgaben des Kantons unterstützen sollen. Zu Beispielen und zur Problematik vgl. PETER FORSTMOSER, Privatisierungsdebatte (zit. Anm. 7) 220 f.

17 Vgl. Art. 3 des Gesetzes über die Aktiengesellschaft Bedag Informatik (Bedag-Gesetz, BIG) vom 5. Juni 2002 (BSG 151.031.2) sowie die einschränkendere Zweckbestimmung in Art. 2 der Statuten der Aktiengesellschaft Bedag Informatik AG vom 5. Juni 2002/4. November 2003.

2. Konsequenzen für die Ausgestaltung der Staatsvertretung

72 a) Diese Absage an das Prinzip „one size fits all" gilt ganz besonders auch für die den Gutachtern gestellte Frage der Kantonsvertretung in Verwaltungs- und Stiftungsräten von kantonalen Unternehmen und Institutionen, und zwar in doppelter Hinsicht:

73 – zunächst für die Frage, ob eine Vertretung des Kantons in einer Institution überhaupt wünschbar ist,

74 – und – für die Fälle, in denen diese Frage bejaht wird – bezüglich der Entscheidung darüber, durch wen diese Vertretung wahrgenommen werden soll, ob durch ein Mitglied der Regierung, eine Mitarbeiterin oder einen Mitarbeiter der kantonalen Verwaltung oder eine ausserhalb von Verwaltung und Regierung stehende Person.

75 b) Im Rahmen der verschiedenen zu beachtenden Kriterien dürften drei von besonderer Bedeutung sein:

76 – zunächst der *Grund*, der zu einer Ausgliederung einer staatlichen Funktion oder einer Beteiligung des Staats an einer privatrechtlichen Organisation geführt hat,

77 – dann die *Aufgaben*, welche diese Organisation aufgrund ihrer Statuten oder ihres Statuts zu erfüllen hat,

78 – und schliesslich die *Beteiligungsverhältnisse*.

79 Je „näher beim Staat" eine Institution hinsichtlich ihrer Zielsetzung, aber auch der finanziellen Beherrschung ist, desto stärker drängt sich eine Staatsvertretung auf. Und je weniger mit der rechtlichen Verselbstständigung eine Loslösung vom Staat verbunden sein sollte, desto eher ist es angemessen, dass der Kanton durch Mitglieder der Regierung oder durch Angehörige der Verwaltung vertreten ist, wobei die hierarchische Stufe der Vertretung aufgrund der Bedeutung der Institution und der Bedeutung der wahrgenommenen Aufgabe für den Staat zu differenzieren ist.

80 c) Am Rande erwähnt sei schon an dieser Stelle, dass die Grundsatzentscheidung betreffend eine Staatsvertretung und die allfällige Wahl der Vertreterin oder des Vertreters des Staates nicht nur für die gewünschte (oder allenfalls gerade nicht gewünschte) Einflussnahme des Kantons massgebend ist, sondern auch etwa im Hinblick auf dessen Haftung. Dieser zweite Aspekt ist daher im Folgenden angemessen miteinzubeziehen.

C. Exkurs: Rechtliche Voraussetzungen einer Delegation von Staatsaufgaben

81 a) An der grundsätzlichen Zulässigkeit der Verwendung privater Organisationsformen durch die öffentliche Hand bestehen heute keinerlei Zweifel mehr[18].

82 b) Die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe kann einer juristischen Person des öffentlichen oder des privaten Rechts übertragen werden, sofern dafür eine Grundlage in einem *Gesetz im formellen Sinn* geschaffen wird. Gleiches gilt für die Beteiligung des Gemeinwesens an einer privaten Gesellschaft, jedenfalls dann, wenn die Beteiligung einen gewissen Umfang ausmacht. Art. 95 KV BE[19] erweist sich insofern als Ausdruck eines allgemeingültigen Grundsatzes[20]. Abs. 2 schreibt vor, dass das Gesetz folgende Regelungen enthalten muss:

83 *a* die Grundzüge der Organisation und der Aufgaben der Anstalten und Institutionen, die vom Kanton errichtet werden,

84 *b* Art und Rahmen der Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen,

85 *c* Art und Umfang von bedeutenden kantonalen Beteiligungen,

86 *d* Art und Umfang der Übertragung einer öffentlichen Aufgabe, sofern diese eine bedeutende Leistung zum Gegenstand hat oder zur Einschränkung von Grundrechten oder zur Erhebung von Abgaben ermächtigt.

87 Der Dezentralisierung der Aufgabenerfüllung sind überdies *verfassungsrechtliche Grenzen* gesetzt. Im Grundsatz gilt: Je höher die staatspolitische Bedeutung einer Aufgabe einzustufen ist, desto weniger lässt sich eine Dezentralisierung im Sinne einer „Entpolitisierung" rechtfertigen und umso eher ist die Aufgabe bei der

---

18 Ausdruck dieser Haltung ist z.B. Art. 99 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG) vom 3. Oktober 2003 (SR 221.301).

19 Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV, BSG 101.1).

20 Für den Bund vgl. Art. 178 Abs. 3 BV.

Zentralverwaltung anzusiedeln. Andererseits *fordert die Verfassung die Autonomie* von gewissen Aufgabenträgern geradezu[21].

88 c) Die Übertragung staatlicher Aufgaben auf Private setzt ferner voraus, dass die Privaten der Aufsicht des Staates unterstehen und gewährleistet ist, dass sie bei der Ausübung ihrer Tätigkeit die Verfassung, insbesondere die Grundrechte beachten[22].

89 d) Da die Begriffe der Autonomie[23] bzw. des öffentlichen Interesses an der Beteiligung[24] unpräzis sind, muss sich der Gesetzgeber grundsätzlich selbst zu *Umfang* und *Mitteln* staatlicher Steuerung dieser Organisationen äussern. In diesem Zusammenhang sollten auch Ausmass und Art einer Vertretung des Kantons (in der Generalversammlung oder im Verwaltungsrat; durch Mitglieder der Regierung, der Verwaltung oder durch mandatierte Dritte, d.h. Sachverständige, die im Rahmen von Richtlinien des Kantons stimmen[25]) geregelt werden, sofern diese Frage wichtig, d.h. politisch bedeutsam ist. Geht es um eine bloss organisatorisch-administrative Frage, so genügt eine Regelung durch Verordnung oder Beschluss des Regierungsrates.

---

21 Vgl. etwa Art. 93 Abs. 3 BV für den Rundfunk; Art. 63a Abs. 3 BV in der Fassung des Bundesbeschlusses über die Neuordnung der Verfassungsbestimmungen zur Bildung vom 16. Dezember 2005 betreffend Hochschulen.

22 Vgl. Art. 95 Abs. 3 KV; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. Zürich 2006, Rz. 1509.

23 Bezogen auf eine Verwaltungseinheit.

24 Bezogen auf eine private Gesellschaft.

25 Vgl. für den Bund Corporate-Governance-Bericht (zit. Anm. 5) 45 ff., 56, wonach der Bundesrat verselbstständigte Einheiten namentlich über die Vorgabe strategischer Ziele steuert.

D. Interessenvertretung und Interessenkonflikte

90 Eine sachlich angemessene Regelung der staatlichen Interessenvertretung in verselbstständigten Organisationen muss auf die unterschiedlichen *Zielsetzungen* Rücksicht nehmen, die mit der Dezentralisierung verfolgt werden (vgl. Ziff. 1.). Zwischen den Motiven für eine Verselbstständigung können *Spannungen* bestehen. Zu eigentlichen Interessen*konflikten* kann es kommen, wenn neben der öffentlichen Hand auch Private an einer Organisation beteiligt sind (vgl. Ziff. 2.).

1. Die mit einer Verselbstständigung verfolgten staatlichen Ziele

91 a) Wo es einzig darum geht, für die Erfüllung einer bestimmten staatlichen Aufgabe eine gewisse organisatorische und betriebliche Freiheit zu erlangen (wie z.B. bei der Bedag Informatik AG und – solange der Kanton Alleinaktionär ist – beim Schulverlag blmv AG), da drängt sich eine direkte Vertretung des Staates durch die Einsitznahme eines Mitgliedes des Regierungsrates oder von Angehörigen der Verwaltung auf.

92 Wenn der Grund für die Dezentralisierung darin besteht, eine Institution von der staatlichen Einflussnahme zu lösen – z.B. zur Gewährleistung der Unabhängigkeit von Lehre und Forschung im Falle der Universität oder der Fachhochschulen –, stellt sich die Frage, ob eine direkte Vertretung der öffentlichen Hand sinnvoll ist oder gerade vermieden werden sollte.

93 b) Zu betonen ist, dass die *Rechtsform* höchstens ein *Indiz* für die gewünschte Staatsnähe oder -ferne sein kann:

94 – Zwar wird eine öffentlichrechtliche juristische Person in der Regel bevorzugt werden, wenn eine Institution in die staatliche Hierarchie eingegliedert bleiben soll. Die Wahl einer solchen Rechtsform, z.B. einer Anstalt im Falle der Universität, kann aber gerade auch ein Hinweis dafür sein, dass eine klare Trennung und Verselbstständigung hinsichtlich der Willensbildung beabsichtigt ist.

95 – Umgekehrt drängt sich eher eine privatrechtliche AG auf, wenn eine Aufgabe aus der Staatsorganisation herausgelöst werden soll. Zwingend ist dies aber nicht.

2. Potentielle Interessenkonflikte

96 Ein erhebliches Konfliktpotential besteht vor allem dann, wenn an einer juristischen Person neben dem Staat auch Private beteiligt sind und diesen vielleicht gar die Mehrheit zukommt. In der Regel ist zwar davon auszugehen, dass die öffentlichen Interessen an der Beteiligung mit dem Zweck der Unternehmung und deren Eigeninteressen relativ kongruent sind. Es kann aber vorkommen, dass Interessenkollisionen entstehen, insbesondere zwischen öffentlichen Interessen und der Gewinnorientierung der Unternehmung, oder dann, wenn das Gemeinwesen die wirtschaftliche Tätigkeit der Unternehmung, an welcher es beteiligt ist, gleichzeitig zu regeln oder zu beaufsichtigen hat[26]. Im Kanton Bern können solche Konflikte vor allem bei der Berner Kantonalbank, der Immobiliengesellschaft Wankdorf AG, der BKW FMB Energie AG, der Alpar Flug- und Flugplatzgesellschaft AG, der BLS AG und den übrigen Unternehmungen des öffentlichen Verkehrs entstehen.

3. Ansätze zu einer Lösung der Konflikte

97 Als problematisch erweist sich vor allem, wenn Vertreter/innen einer mit Aufsichtsaufgaben betrauten Behörde in die Organe von Anstalten und Gesellschaften delegiert oder gewählt werden, die dieser Aufsicht unterliegen, weil *Interessenkonflikte* drohen[27]. BENJAMIN SCHINDLER postuliert, solche Doppelfunktionen wenn immer möglich zu vermeiden[28]. Dies spricht dafür, Personen zu delegieren, welche nicht direkt mit Aufsichtsaufgaben betraut sind. Ob die betreffende Person zudem aus einem anderen Ressort kommen muss, lässt sich nicht generell beantworten.

98 a) Der *Bund* will in Zukunft nur noch dann instruierbare Vertreterinnen oder Vertreter in Verwaltungs- oder Institutsräten von verselbstständigten Organisationen Einsitz

---

26 Vgl. dazu Corporate-Governance-Bericht (zit. Anm. 5); ferner FORSTMOSER, Privatisierungsdebatte (zit. Anm. 7), 217 ff.

27 Daneben sind weitere Interessenkonflikte denkbar. Als Beispiele können angeführt werden u.a. die staatliche Vertretung im Verwaltungsrat des Flughafens Zürich (Schutz der Bevölkerung vor Lärmimmissionen einerseits, Profitabilität andererseits als sich gegenüberstehende Interessen) sowie ganz generell die staatliche Vertretung in Leitungsorganen von Kantonalbanken, wo das Interesse an der Förderung der Volkswirtschaft mit der Gewinnstrebigkeit der Banken kollidieren kann.

28 BENJAMIN SCHINDLER, Die Befangenheit der Verwaltung: Der Ausstand von Entscheidträgern der Verwaltung im Staats- und Verwaltungsrecht von Bund und Kantonen, Diss. Zürich 2002, 184 ff.

nehmen lassen, wenn sich seine Interessen bloss auf diese Weise ausreichend wahrnehmen lassen, oder wenn das Anforderungsprofil des Verwaltungs- oder Institutsrates dies erfordert[29]. Er geht sogar noch einen Schritt weiter und möchte seine Rollen als Eigentümer („Eigner") und als Vertreter anderer öffentlicher Interessen (Aufsichtsorgan, z.B. im Bereich des Heilmittelwesens, oder Besteller von Leistungen, z.B. im Bereich des öffentlichen Verkehrs) auch organisatorisch trennen.

99 Aus *interessenpolitischer Sicht* als Optimum betrachtet wird eine Lösung, bei welcher die eigentümerpolitischen Geschäfte von einer zentralen Stelle vorbereitet werden, welche organisatorisch getrennt ist von den Fachdepartementen sowie anderen Einheiten, die sich mit der Aufsicht oder mit der Bestellung von Leistungen auf dem betreffenden Gebiet befassen[30]. Im Hinblick auf den Aufwand – eine solche Stelle müsste sich das aufgabenspezifische Wissen zuerst verschaffen – wird diese Idee aber letztlich verworfen. Man will sich damit begnügen, die Eigentümerverantwortung einer gesonderten Einheit im Fachdepartement zu übertragen, die weder mit Funktionen der Fachaufsicht noch solchen der Wirtschafts- oder Sicherheitsaufsicht oder der Leistungsbestellung betraut ist. Damit lassen sich nach Ansicht des Bundesrates Interessenkonflikte auf ein Minimum beschränken.

100 Im *Kanton Bern* kann dieses Modell nur dann übernommen werden, wenn innerhalb der zuständigen Direktion eine Verwaltungseinheit besteht, die genügend unabhängig und fachlich geeignet ist.

101 b) Zur Vermeidung von Interessenkonflikten können *sachverständige Privatpersonen* mit der Vertretung der staatlichen Interessen beauftragt werden, die im Rahmen der vom zuständigen kantonalen Organ festgelegten Eignerstrategie entscheiden[31]. Mit diesem Schritt wird aber auch die Verbindung mit dem Kanton stark gelockert. Solchen Vertreterinnen oder Vertretern fehlt der spezifisch staatliche Background, was eine Vernetzung bzw. Koordination mit der Zentralverwaltung erschwert.

102 c) Man kommt also nicht umhin, *jeden Einzelfall gesondert zu betrachten* und eine der Sach- und Interessenlage möglichst gerecht werdende Lösung zu treffen. Dabei sind die erforderliche Fachkompetenz und die angestrebte Vernetzung angemessen zu be-

---

29 Corporate-Governance-Bericht (zit. Anm. 5) 40 f.

30 Corporate-Governance-Bericht (zit. Anm. 5) 59 ff.

31 Vgl. zum Weisungsrecht des Gemeinwesens bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen hinten, Rz. 193 ff.

rücksichtigen. Eine Rolle spielt ferner, ob im Rahmen der dezentralisierten Aufgabenerfüllung politisch wichtige Entscheidungen zu fällen sind. Trifft dies – wie z.B. bei den BKW oder der BLS – zu, so rechtfertigt sich die Einsitznahme eines Mitgliedes des Regierungsrates in die Leitungsorgane eher[32].

103 d) Entscheidet sich die öffentliche Hand im Falle eines Interessenkonfliktes zugunsten des öffentlichen Interesses, so läuft sie Gefahr, allenfalls direkt haftbar zu werden, wenn dadurch der Gesellschaft oder deren Gläubigern/Aktionären ein Schaden erwächst. Auf die Haftungsvoraussetzungen im Einzelnen wird nachfolgend in Rz. 169 ff. und 207 ff. eingegangen.

---

32 Politische Entscheidungen können allerdings auch durch entsprechende Vorgaben in der Eignerstrategie gesteuert werden, wie dies der Bund z.B. bei der Swisscom und bei den SBB tut.

E. Die in Frage kommenden Organisationsformen

Vorbemerkung

104 Im Folgenden werden die unterschiedlichen Organisationsformen, die sich im Umfeld verselbstständigter staatlicher Aufgaben anbieten, etwas näher betrachtet. Im Zentrum stehen dabei die Fragen nach dem Anwendungsbereich und den Einflussmöglichkeiten der öffentlichen Hand. Dabei gilt ein besonderes Augenmerk der Haftung der Delegierten wie auch des Kantons selbst.

105 Auf dieser Basis können dann konkretere Aussagen über die Wünschbarkeit einer Staatsvertretung sowie deren Art und Folgen gemacht (lit. F) und die Gutachterfragen beantwortet (lit. G) werden.

106 Die Übersicht beginnt mit einer Betrachtung öffentlichrechtlicher Organisationsformen (Ziff. I.). Anschliessend werden privatrechtliche Formen (Ziff. II.) vorgestellt, beginnend mit solchen, bei denen der Staat allein beteiligt ist (Ziff. 2.1) und fortgesetzt mit solchen, die von Privaten (mit)getragen werden (Ziff. 2.2 und 2.3). Abschliessend wird noch kurz auf Rechtsformen hingewiesen, die zwar in Frage kommen, konkret aber nicht von Bedeutung sind (Ziff. 2.4).

I. Öffentlichrechtliche Organisationsformen

1. Übersicht und Eingrenzung

107 Obwohl im öffentlichen Organisationsrecht – im Gegensatz zum Privatrecht[33] – kein *numerus clausus* besteht, lassen sich bei den öffentlichrechtlichen Organisationsformen zwei bzw. drei Grundtypen unterscheiden. Die Hauptformen bilden die *öffentlich-*

---

33 Vgl. zum *numerus clausus* des schweizerischen Gesellschaftsrechts PETER FORSTMOSER, Abschied vom Numerus clausus im Gesellschaftsrecht?, in: ROBERT WALDBURGER/ CHARLOTTE M. BAER/URSULA NOBEL/BENNO BERNET (Hrsg.), Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, Festschrift für Peter Nobel zum 60. Geburtstag, Bern 2005, 77 ff. sowie MEIER-HAYOZ/ FORSTMOSER (zit. Anm. 11) § 11 N 2 ff.

rechtliche Körperschaft[34] und die *Anstalt*. Im Rahmen dieses Gutachtens interessiert einzig die Anstalt. Daneben figuriert die öffentlichrechtliche *Stiftung* als zusätzliche Form oder als Abart der Anstalt. Ob es sich bei der Stiftung um eine eigenständige Kategorie handelt oder nicht, ist umstritten und kann hier offen bleiben, da konkret keine öffentlichrechtlichen Stiftungen zu beurteilen sind und die meisten Aussagen zur Anstalt grundsätzlich auch für die Stiftung gelten. Schliesslich gibt es eine Reihe weiterer Organisationsformen, die in einem ambivalenten Verhältnis zur Zentralverwaltung stehen. Hierzu gehören z.B. die *Behörden- und Verwaltungskommissionen*. Auch diese interessieren vorliegend nicht weiter, sodass sich die Betrachtung im Bereich des öffentlichen Organisationsrechts auf die Anstalt konzentrieren kann.

2. Öffentlichrechtliche Anstalt

2.1 Wesen und Struktur

108 Die Anstalt ist vor allem von der öffentlichrechtlichen Körperschaft abzugrenzen. Grundsätzlich kann gesagt werden, dass die (selbstständige) Anstalt eine *rechtsfähige* Verwaltungseinheit bzw. ein *personifiziertes Vermögen* darstellt, während die Körperschaft *Verbandscharakter* besitzt. Die Anstalt ist eine organisatorische Zusammenfassung von Mitteln (Sachen, Personen) zur Erfüllung einer Staatsaufgabe[35].

109 Während die Anstalt hierarchisch strukturiert ist, weist die Körperschaft eine *demokratische* Organisation (Mitwirkung der Mitglieder bei der Willensbildung) auf. Allerdings setzt jede Dezentralisierung der Aufgabenerfüllung eine staatliche Aufsicht voraus (gefordert ist im Minimum eine Rechtsaufsicht[36]). Umgekehrt führt die den Anstalten regelmässig eingeräumte Autonomie zu einer gewissen Abkoppelung von der hierarchisch aufgebauten Zentralverwaltung.

---

34 Als Unterformen sind die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft und die öffentlichrechtliche Genossenschaft zu nennen, die durch Gesetz gegründet werden und nicht dem Privatrecht unterstehen; so ausdrücklich Art. 763 und 829 OR. Nach dem Corporate-Governance-Bericht (zit. Anm. 5) 36 ff., soll die öffentlichrechtliche Körperschaft auf Bundesebene nur mehr ausnahmsweise Verwendung finden.

35 TOBIAS JAAG, Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, Zürich 2005, N 1710 ff.; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. Bern 2005, §7 N 3 f., 12 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (zit. Anm. 22) N 1314 ff.

36 YVO HANGARTNER, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Bd. I, Zürich 1980, 152.

110 In der Praxis sind ausgesprochene *Mischtypen* zwischen Anstalt und Körperschaft anzutreffen. So weist etwa die Schweizerische Nationalbank, formell eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft[37] (Unterform der öffentlichrechtlichen Körperschaft), viele Merkmale einer Anstalt auf[38]. Gleichsam von einer Doppelform geht man bei den deutschen Hochschulen aus[39]. Auch bei schweizerischen Universitäten, obwohl im Regelfall klar als Anstalten eingestuft[40], finden sich körperschaftliche Elemente[41].

111 Weil eine Formenfixierung fehlt, sind solche Zwitterformen grundsätzlich zulässig. Öffentlichrechtliche Organisationsformen bieten gerade den Vorteil, dass sie sich individuell ausgestalten lassen und damit universell einsetzbar sind.

112 Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass eine Anstalt durch einen relativ einheitlichen Willen gesteuert wird, während bei einer Körperschaft eine *Mehrheit von Willensträgern* auftritt, die Organstatus haben, aber an der Steuerung nicht notwendig völlig gleichberechtigt beteiligt sein müssen.

2.2 Einsatzmöglichkeiten

113 Bei der Anstalt handelt es sich um ein ausgesprochen *flexibles Instrument*. Da im öffentlichen Organisationsrecht eine Typenfixierung fehlt, lässt sie sich – im Rahmen des Zulässigen (Rz. 81 ff.) – bedürfnisgerecht im Hinblick auf den einzelnen Fall ausgestalten. Neben der Struktur erweist sich namentlich die Autonomie als konkretisierungsfähige Grösse.

114 Auf dem Höhepunkt der Privatisierungswelle neigten Praxis und Teile der Lehre dazu, diesen Vorteil zu verkennen oder jedenfalls zu unterschätzen. Mittlerweile findet na-

---

37 Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Schweizerische Nationalbank (Nationalbankgesetz, NBG) vom 3. Oktober 2003 (SR 951.11).

38 BEAT KRÄHENMANN, Privatwirtschaftliche Tätigkeit des Gemeinwesens, Diss. Basel 1985, 42 Anm. 97. Das Direktorium und ein Teil des Bankrates werden vom Bundesrat gewählt; die Befugnisse der Generalversammlung sind begrenzt (Art. 36, Art. 39, Art. 43 NBG).

39 Vgl. § 58 Abs. 1 Satz 1 des deutschen Hochschulrahmengesetzes vom 26. Januar 1976 (neu gefasst 19. Januar 1999), wonach die Hochschulen „in der Regel Körperschaften des öffentlichen Rechts und zugleich staatliche Einrichtungen" sind.

40 Vgl. Art. 1 Abs. 2 des Gesetzes über die Universität (UniG) vom 5. September 1996 (BSG 436.11).

41 In diesem Sinn verfügt der Senat der Universität Bern (Art. 35 UniG) über Merkmale, welche einer Körperschaftsversammlung nicht unähnlich sind.

mentlich die rechtsfähige Anstalt jedoch wieder verstärkte Aufmerksamkeit. Ein Nachteil dieser Organisationsform besteht darin, dass in jedem einzelnen Fall eine *relativ umfassende gesetzliche Regelung* zu erfolgen hat. Deshalb droht eine gewisse Verpolitisierung der Struktur, was dazu führen kann, dass sich namentlich die Organgestaltung weniger nach den Bedürfnissen der Aufgabe als nach den (politischen oder anderen) Vertretungsansprüchen bzw. -wünschen interessierter Personen(kreise) richtet.

2.3 Steuerung

2.3.1 Grundsätzliches

115 Typisch für die Rechtsform der Anstalt ist, dass diese über *Autonomie gegenüber der politischen Führung bzw. der Zentralverwaltung* verfügt. Der Gesetzgeber räumt den Anstaltsorganen eine gewisse Entscheidungsfreiheit ein. Insoweit wird die Befugnis der Regierung zur Regelung der Tätigkeiten der Anstalt ausgeschaltet oder beschränkt[42]. Die Autonomie kann *rechtlich* begründet sein, weil die Verfassung für die Erfüllung bestimmter Aufgaben ein bestimmtes Mass an Unabhängigkeit fordert.[43] Ausschlaggebend können aber auch *sachliche* Motive sein: Eine gewisse "Politikferne" verspricht zielgerechtere Entscheide und eine effizientere Wahrnehmung der Aufgaben, insbesondere bei stark fachlich, betrieblich oder technisch orientierten Materien. Dieses Grundmodell lässt sich dadurch relativieren, dass Vertreterinnen oder Vertreter der politischen Führung bzw. der Zentralverwaltung in den Organen der Anstalt Einsitz nehmen und so am Entscheidungsprozess auf dieser Stufe beteiligt werden.

2.3.2 Vertretung des Kantons in den Organen der Anstalt

116 Die Anstalt als vom Kanton geschaffene und mit der Erfüllung bestimmter Aufgaben betraute Organisation kann *grundsätzlich keine anderen Interessen haben als ihr Träger*. Das gilt auch dann, wenn sie über Autonomie verfügt, denn auch diese hat ihr der Gesetzgeber aus bestimmten Gründen eingeräumt. Die Einsitznahme von Vertre-

---

42 Z.B. auf generell-abstrakte Vorgaben in Form von Zielen.

43 So im Bereich der Kultur und der Hochschulen. Hier lässt sich einerseits mit den Grundrechten von Art. 20 f. i.V.m. Art. 35 Abs. 1 BV argumentieren; vgl. aber auch den neuen Art. 63a Abs. 3 BV des Bildungsreformpakets.

tern/Vertreterinnen des Kantons in die Leitungsorgane der Anstalt ist also nicht zur Durchsetzung der Interessen des Kantons gegenüber denjenigen der Anstalt notwendig. Es geht auch nicht darum, das „Eigentümerinteresse" des Kantons gegenüber einer Anstalt zu wahren. Zwar sind Anstalten regelmässig mit einem Dotationskapital ausgestattet[44], das zweckkonform eingesetzt werden muss. Das öffentliche Interesse lässt sich aber nicht auf diese Gesichtspunkte reduzieren. Vielmehr wirkt es sich auf alle Tätigkeiten der Anstalt aus und beeinflusst direkt das Handeln ihrer Organe.

117 Der Kanton steuert seine Anstalten primär über gesetzliche und finanzielle Vorgaben sowie im Rahmen der Aufsicht. Ob und wie er darüber hinaus durch eine Vertretung in den Organen auf die Anstalten Einfluss nehmen will, hängt vor allem vom *Zweck der Dezentralisierung* ab. Besteht dieser darin, die Aufgabenerfüllung zu entpolitisieren und eine unternehmerische Führung zu ermöglichen, so erscheinen direkte Vertretungen des Kantons nicht als angezeigt. Das gleiche gilt, wenn die Ausgliederung zum Ziel hat, die Unabhängigkeit zu gewährleisten (so bei der Universität, den Fachhochschulen und den Kulturinstitutionen). Geht es dagegen nur um eine Entlastung der Zentralverwaltung und eine gewisse Flexibilisierung, so steht der Einsitznahme von Vertretungen des Kantons in die Leitungsorgane der Anstalt nichts entgegen.

118 Die Entsendung staatlicher Vertreter erlaubt zudem eine organisationsübergreifende Vernetzung, was den Informationsfluss (in beide Richtungen) und die Koordination vereinfacht.

2.4 Haftung

2.4.1 Geltungsbereich des Personalgesetzes

119 Die bernischen Staatshaftungsregeln finden sich im Personalgesetz (Art. 100 ff. PG). Art. 100 PG regelt die Haftung der Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen sowie der nebenamtlich Tätigen im Sinne der Definitionen von Art. 3 Abs. 1 und Abs. 5 PG. Art. 101 PG erfasst die Haftung von öffentlichen Organisationen des kantonalen Rechts sowie von privaten Organisationen und Personen, die unmittelbar mit

---

44 RETO ARPAGAUS, Die selbständigen öffentlichen Anstalten des Kantons Aargau, Diss. Aargau 1968, 50 ff.

kantonalen öffentlichen Aufgaben betraut sind.

120 Die Abgrenzungsproblematik hinsichtlich gewerblicher und amtlicher Tätigkeit im Sinne von Art. 61 OR ist hier nicht von Bedeutung, da einzig Anstalten zu beurteilen sind, deren Tätigkeiten ohne weiteres als amtliche zu qualifizieren sind.[45]

2.4.2 Besonderheit von Kantonsvertreter/innen

121 Vertreter/innen der kantonalen Exekutive, welche Einsitz nehmen in Organe von Organisationen des kantonalen öffentlichen Rechts, fallen bezüglich der Haftung sowohl unter Art. 100 wie unter Art. 101 PG, denn sie stehen einerseits in einem Organverhältnis zur Organisation, aber ebenso in einem zumindest nebenamtlichen Tätigkeitsverhältnis direkt zum Kanton. Dabei ist davon auszugehen, dass Art. 101 PG im Vordergrund steht, weil es sich beim Verhältnis zum Kanton um ein internes handelt, das für Aussenstehende nicht ohne weiteres erkennbar ist.

2.4.3 Ausschliessliche Kausalhaftung der Organisation bzw. des Kantons

122 Fügen die Organe und Angestellten einer rechtsfähigen Anstalt Drittpersonen einen Schaden zu, so haftet nach Art. 101 PG *primär die Organisation und subsidiär der Kanton.*[46] Die verantwortlichen Personen können von Dritten nicht direkt belangt werden (Art. 102 Abs. 1 PG). Damit sieht der Kanton Bern eine direkte Staats- bzw. Organisationshaftung vor.

123 Dass die Organisation für „ihre" Organe extern einzustehen hat, selbst wenn deren Mitglieder auch oder sogar überwiegend die Interessen des Kantons vertreten, mag aus Sicht der Organisation zwar stossend sein, lässt sich aber nicht vermeiden und bestätigt letztlich die bereits im Zusammenhang mit der Steuerung (N 115 ff.) vertretene Ansicht, dass Anstalt und Kanton zwar über getrennte juristische Persönlichkeiten verfügen, im Übrigen aber zahlreiche Gemeinsamkeiten und verbindende Elemente aufweisen.

---

45 Vgl. JOST GROSS, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, 2. Aufl. Bern 2001, 115 ff.

46 Wird ein Schaden durch den Angehörigen einer nichtrechtsfähigen Anstalt bewirkt, fehlt es bereits an einem besonderen Haftungssubjekt, d.h. der Kanton haftet dafür nach der allgemeinen Regel von Art. 100 Abs. 1 PG.

124 *Rückgriff und interne Haftung* richten sich nach Art. 102 Abs. 2 und Art. 103 Abs. 1 PG, wonach die verantwortlichen Personen belangt werden können, sofern sie den Schaden vorsätzlich oder grobfahrlässig[47] verursacht haben. Handelt es sich bei der schadensverursachenden Person um einen Vertreter oder eine Vertreterin des Kantons und hat diese/r in Ausübung seiner/ihrer (amtlichen) Vertretertätigkeit gehandelt, so hat der Kanton seinerseits gegenüber der Anstalt für seine/n Mitarbeiter/in einzustehen, zumal formell auch rechtsfähige Anstalten „Dritte" im Sinne Art. 100 Abs. 1 PG sind. Unklar erscheint, ob der Kanton in diesem Verhältnis auch für leichte Fahrlässigkeit haftet.

125 Es kommt also gewissermassen zu einer „In sich"-Haftung, bei der eine staatliche Stelle einer anderen gegenüber schadenersatzpflichtig wird. Die Schadenabwicklung zwischen den beteiligten staatlichen Stellen ist jedoch kein unnötiger juristischer Formalismus. Sachlich rechtfertigen lässt sich das Ergebnis mit den Interessen der Gläubiger, denen ansonsten Haftungssubstrat entzogen würde, aber auch damit, dass Anstalten regelmässig Träger eines besonderen Zwecken gewidmeten Sondervermögens sind, welches geschmälert wurde. Die Vermögensverschiebung dient insofern dem Gläubigerschutz und der Gewährleistung der anstaltlichen Aufgabenerfüllung. Der Kanton kann sodann Rückgriff auf die vorsätzlich oder grobfahrlässig handelnde Vertretung nehmen.

II. Privatrechtliche Organisationsformen

1. Materielle Privatisierung

126 Bei einer materiellen Privatisierung oder *Aufgabenprivatisierung* verzichtet der Staat auf die Erfüllung von Aufgaben, die er bisher wahrgenommen hat, und überlässt sie Privaten. Er nimmt auch keinen Einfluss darauf, ob und wie die Privaten diese Aufgabe erfüllen[48].

---

47 Grobe Fahrlässigkeit ist gegeben, wenn elementarste Vorsichtsgebote missachtet werden, die jeder verständige Mensch in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen beachten würde (BGE *111* Ib 192 ff.).

48 Vgl. dazu HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (zit. Anm. 22), Rz. 1536.

2. Formelle Privatisierung

127 Bei der sog. formellen oder Organisationsprivatisierung[49] bedient sich der Staat privater Organisationsformen, ohne dabei die Erfüllung bestimmter Aufgaben aus der Hand geben oder die Kontrolle über die betreffende Tätigkeit aufgeben zu wollen.

2.1. Der Staat als alleiniger Träger

128 a) Der Staat kann als Gründer und alleiniger Träger einer privatrechtlichen AG aufzutreten. Solange sich sämtliche Aktien in der Kontrolle des Staates befinden und solange die Aufgabenstellung eine rein öffentlichrechtliche bleibt, ist die Interessenlage bei formeller Privatisierung nicht anders als dann, wenn eine Aufgabe einer öffentlichrechtlichen Körperschaft oder Anstalt zugewiesen wird. Es bestehen daher auch die gleichen Möglichkeiten und gelten die gleichen Grundsätze für die Vertretung der öffentlichen Hand wie bei verselbstständigten öffentlichrechtlichen Institutionen. Daher sei auf Ziff. I. hievor verwiesen.

129 b) Als Rechtsform für solche Gebilde steht die *Aktiengesellschaft* gemäss Art. 620 ff. OR im Vordergrund. Diese eignet sich in erster Linie für Tätigkeiten kommerzieller Natur. Sie ist auch im Hinblick auf die Möglichkeit von Beteiligungen an und Zusammenschlüssen mit anderen Unternehmen attraktiv. Nicht spezifisch konzipiert ist diese Rechtsform für die Verfolgung nichtwirtschaftlicher Zwecke; eine gemeinnützige Aktiengesellschaft ist aber nicht ausgeschlossen und für die Verfolgung von traditionell öffentlichrechtlichen Aufgaben und Zielsetzungen durchaus geeignet.

130 Die privatrechtliche AG wird nachstehend näher betrachtet. An dieser Stelle sei nur auf Besonderheiten hingewiesen, die sich ergeben, wenn der Staat Alleineigentümer bleibt:

131 c) Wird eine (bisher) staatliche Aufgabe in eine eigene privatrechtliche AG ausgegliedert, dann ergibt sich eine Konstellation, die derjenigen bei einer Ausgliederung einer Funktion im Rahmen eines privatwirtschaftlichen Konzerns in eine Tochtergesellschaft ähnlich ist: Der Konzern wird gesetzlich umschrieben als Verbund von einer oder mehreren Gesellschaften „unter einheitlicher Leitung"[50]. Der Staat entspricht der

---

49 Zum Begriff vgl. schon vorn Rz. 53.

50 Art. 663e Abs. 1 OR.

„Muttergesellschaft", die verselbstständigte juristische Person einer „Tochtergesellschaft".

132 d) Für zu 100% gehaltene Tochtergesellschaften hat sich die Faustregel herausgebildet, dass – in den Schranken von zwingendem Recht und guten Sitten – die Weisungen der Obergesellschaft beachtet werden dürfen, soweit die Gesellschaft zahlungsfähig bleibt. Denn es gibt keine Interessen von Drittaktionären zu berücksichtigen, und das legitime Interesse der Gläubiger geht nur dahin, ihre Forderungen bezahlt zu erhalten[51].

133 e) Der „einheitlichen Leitung" entspricht aus der Sicht des Privatrechts grundsätzlich eine direkte Staatsvertretung in zu 100% beherrschten Gesellschaften. Doch ist hinsichtlich einer solchen Analogie Vorsicht angebracht: Die bewusste Ausgliederung einer Aufgabe aus der staatlichen Organisation kann eben gerade damit begründet sein, dass die Einflussnahme durch Regierung und Verwaltung begrenzt werden soll. Eine solche Zielsetzung kann es als ratsam erscheinen lassen, auf eine direkte staatliche Vertretung zu verzichten[52].

134 f) Die *Haftung* der Beteiligten – sowohl des Staates wie auch der von ihm delegierten natürlichen Personen – richtet sich nach den gleichen Regeln wie bei privatrechtlichen Aktiengesellschaften, an denen Private beteiligt sind. Diese können – stark vereinfacht – wie folgt zusammengefasst werden: Wer Einfluss nimmt, hat – wenn er durch seine Einflussnahme bewusst oder fahrlässig Schaden verursacht hat – dafür gerade zu stehen. Es gilt dies für die handelnden natürlichen Personen ebenso wie für den dahinterstehenden aktiv an der Entscheidfindung beteiligten Staat.

135 Zu diesem Grundsatz besteht jedoch bei einer Beteiligung des Staates zu 100% eine praktisch sehr wichtige Ausnahme: Da (bzw. falls) eine objektive Pflichtwidrigkeit allenfalls aufgrund einer entsprechenden Weisung erfolgt ist, kann der die Weisung Erteilende – hier also der Staat – keine Ansprüche geltend machen.

---

51 Vgl. dazu statt aller PETER FORSTMOSER, Haftung im Konzern, in: Charlotte M. Baer (Hg.): Vom Gesellschaft- zum Konzernrecht (Bern 2000) 89 ff., insb. 108 f.

52 Vgl. dazu vorne, Rz. 115 f.

2.2 *Staat und Private als Träger*

2.2.1 *Die Aktiengesellschaft als übliche Rechtsform*

136 a) Privatisierung bedeutet *Unterstellung unter das Privatrecht* und damit unter die privatrechtlichen, marktwirtschaftlichen Regeln. Wird eine unternehmerische Tätigkeit verfolgt, drängt sich dabei die Rechtsform der AG auf[53].

137 b) Die Rechtsform der AG ist für die Zielsetzung einer Privatisierung ohne Weiteres zugänglich und geeignet:

138 – Bezüglich der Beteiligten gibt es keine Schranken, so dass es dem Staat unbenommen ist, sich dieser Rechtsform zu bedienen, gleichzeitig aber (auch) private Investoren aller Art und in beliebigem Umfang an der Unternehmung zu beteiligen.

139 – Bezüglich der Zweckbestimmung besteht grösstmögliche Freiheit, zunächst und in erster Linie für wirtschaftliche Zielsetzungen, daneben aber auch – was im vorliegenden Kontext freilich kaum von Bedeutung ist – für nichtwirtschaftliche Ziele[54,55].

140 c) Neben der Wahl der privatrechtlichen AG im technischen Sinn findet sich nicht selten eine Art Zwischenform: Es wird eine *spezialgesetzliche* und damit *öffentlichrechtliche „Aktiengesellschaft"* gebildet, für deren Ausgestaltung aber explizit auf das Aktienrecht verwiesen. Diesfalls liegt zwar eine öffentlichrechtliche Körperschaft vor[56], doch folgt diese den Regeln des Privatrechts[57].

---

53 Diese ist neben der seit einigen Jahren zunehmend populären GmbH *die* Körperschaftsform für eine wirtschaftliche Tätigkeit. Die GmbH aber scheidet für die Beteiligung einer Vielzahl von Investoren aus.

54 Art. 620 Abs. 3 OR e contrario.

55 Am Rande sei erwähnt, dass die im Zuge der Privatisierung einer Gesellschaft oft verordnete gemischte Zielsetzung – die Gesellschaft wird gleichzeitig auf eine gewinnorientierte privatwirtschaftliche Tätigkeit wie auch auf die Förderung des Gemeinwohls verpflichtet – problematisch ist, gerade auch deshalb, weil sie den Organen der Gesellschaft einschliesslich der Vertreter des Staats keine klaren Richtlinien anbietet. Zur Problematik vgl. FORSTMOSER, Privatisierungsdebatte (zit. Anm. 7) 220 f.

56 Dazu vorn Ziff. I.

2.2.2 Ein Postulat: Das „Spiel der AG spielen"

141 Falls der Staat einen privatrechtlichen Rechtsträger für die Erfüllung von (bisher) staatlichen Aufgaben wählt, dann „sollte er auch bereit sein, die sich daraus ergebenden Konsequenzen zu tragen und sich den *Spielregeln des Privatrechts zu unterstellen*"[58]. Dies gilt insbesondere auch mit Bezug auf die Delegation von Vertretern in den Verwaltungsrat:

2.2.3 Die Kantonsvertretung im Verwaltungsrat

142 a) Für die Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrates (wie auch der Revisionsstelle) gilt im Aktienrecht das *Majorzprinzip*: Es entscheidet – sieht man vom Sonderfall des Vertretungsrechts bei mehreren Kategorien von Aktien mit unterschiedlicher Rechtsstellung[59] ab – die Mehrheit der Stimmen über die Wahl.

143 Solange also der Staat die Mehrheit der Aktien und damit der Stimmen in seiner Hand hält, ist er frei in der Bestimmung der Zusammensetzung des Verwaltungsrats.

144 b) Schlechter Stil (und unüblich) wäre es freilich, wenn Private als Investoren eines verselbstständigten Rechtsträgers beigezogen würden, ihnen aber eine Vertretung im Verwaltungsrat versagt bliebe.

145 c) Umgekehrt ist zu betonen, dass eine Vertretung des Staates in solchen Konstellationen nicht nur möglich, sondern – auch unter privatrechtlichen Gesichtspunkten – angemessen und erwünscht ist:

146 Das Aktienrecht steht nämlich der Delegation eines Vertreters seitens eines Grossaktionärs durchaus positiv gegenüber. Dies zeigt sich etwa in Art. 707 Abs. 3 OR, wonach juristische Personen zwar nicht als solche in einen Verwaltungsrat wählbar sind, jedoch „*ihre Vertreter gewählt werden*" können.

---

57 Dass die privatrechtlichen Normen dabei zu öffentlichrechtlichen mutieren, ist zwar für Verfahrensfragen relevant (allfällige Auseinandersetzungen sind auf dem verwaltungsrechtlichen Instanzenzug auszufechten), nicht aber für den *Inhalt* dieser Bestimmungen.

58 FORSTMOSER, Privatisierungdebatte (zit. Anm. 7) 219.

59 Art. 709 OR.

147 In *praktischer Hinsicht* ist zu erwähnen, dass es im Bereich der *Privatwirtschaft* die Regel ist, dass Grossaktionäre sich im Verwaltungsrat vertreten lassen. Umso mehr gilt dies für Mehrheitsaktionäre.

148 Dass der Gross- oder Mehrheitsaktionär in den hier angesprochenen Fällen nicht eine private natürliche oder juristische Person, sondern der Staat ist, ändert nichts daran, dass die Vertretung an sich als selbstverständlich erscheint.

149 d) Steht damit fest, *dass* eine Staatsvertretung im Verwaltungsrat von Aktiengesellschaften, an denen der Staat eine massgebende Beteiligung oder gar die Mehrheit hält, *erwünscht* ist, dann bleibt die – in dieser Stellungnahme im Zentrum stehende – Frage noch immer offen, *wer* mit der Vertretung betraut werden soll: Sind dafür Vertreter der Regierung oder Beamte vorzusehen oder sind für diese Aufgabe Private ausserhalb der staatlichen Organisation vorzusehen?

150 Die Antwort ergibt sich nur insofern aus dem Privatrecht, als beim Einbezug privater Investoren bestimmte Erwartungen geweckt wurden, etwa dadurch, dass Angaben über die vorgesehene staatliche Vertretung gemacht wurden. Im Übrigen ist nach *öffentlich-rechtlichen Kriterien* zu entscheiden sowie insbesondere danach, was der Zweck der Privatisierung sein sollte[60]:

151 – Ging es nur oder in erster Linie darum, Private für die Mitfinanzierung der Aufgabenerfüllung zu gewinnen (und ihnen dafür einen angemessenen Ertrag zukommen zu lassen), dann steht eine Vertretung durch Mitglieder der Regierung oder Angehörige der Verwaltung im Vordergrund, wobei die Auswahl nach der Bedeutung der Institution und ihrer Politiknähe zu treffen ist.

152 – War die Absicht dagegen eine bewusste – auch personelle – Loslösung vom Staat, dann ist eine Vertretung durch Private vorzuziehen. Das trifft vor allem zu, wenn die Dezentralisierung erfolgte, um eine Wahrnehmung der Aufgaben nach privatwirtschaftlichen Grundsätzen zu ermöglichen, Sachverstand von Privaten zu mobilisieren, die Unabhängigkeit gewisser Tätigkeiten (Lehre und Forschung, Kulturförderung u.ä.) von der Politik zu gewährleisten oder Interessenkollisionen zu vermeiden. In diesen Situationen kann der Staat seinen

---

60 Diese Kriterien sind im Wesentlichen dieselben wie bei der Vertretung des Kantons in den Leitungsorganen von öffentlich-rechtlichen Anstalten; vgl. vorne, Rz. 116 ff.

Einfluss durch entsprechende Vorgaben der zuständigen Behörden für die beauftragten privaten Vertreterinnen und Vertreter geltend machen.

153 In beiden Fällen ist dazu Sorge zu tragen, dass die Vertreter nicht in erster Linie nach *politischen*, sondern nach *sachlichen* und *fachlichen* Kriterien bestellt werden. Denn die Verselbstständigung einer Staatsaufgabe in einer privatrechtlichen juristischen Person und unter Beteiligung von Privaten ist stets als Zeichen einer *Entpolitisierung* zu verstehen.

154 e) Eine Staatsvertretung ist somit – als direkte oder als indirekte Vertretung – zu begrüssen. Allerdings befindet sich der vom Staat Delegierte in einer besonderen rechtlichen Situation (dazu Ziff. 2.2.4.) und geht der Staat – wenn er sich für eine Delegation entscheidet und über diese Einfluss nimmt – gewisse Haftungsrisiken ein (Ziff. 2.2.5.).

2.2.4 Die Rechtsstellung des Delegierten der öffentlichen Hand

155 a) Eine Person, die von der öffentlichen Hand als „Vertreterin" in eine privatrechtlich organisierte AG gewählt wird, findet sich in einer ähnlichen Position wie der Vertreter oder die Vertreterin einer Holdinggesellschaft oder eines anderen Grossaktionärs im Verwaltungsrat: Er oder sie hat die Aufgabe, die Interessen des vertretenen Gemeinwesens zu wahren (denn dafür ist ja die Delegation bestimmt). Gleichzeitig besteht aber die Pflicht, genauso wie für alle anderen Mitglieder des Verwaltungsrates auch, „die Interessen der Gesellschaft [will heissen: der AG, in deren Verwaltungsrat man tätig ist] in guten Treuen [zu] wahren". Oft besteht zwar ein Gleichlauf der Interessen: Was für eine AG gut ist, frommt in der Regel auch den Aktionären.

156 Es kann aber auch zu Interessen*konflikten* kommen, zum einen zu Konflikten zwischen den – aufgrund ihres Zwecks zu beurteilenden – Interessen der AG und denen der delegierenden Institution, zum anderen zu Konflikten zwischen den Interessen des (typischen) Aktionärs (als einem Interesse an Gewinnstrebigkeit) und den spezifischen Interessen der delegierenden juristischen Person.

157 b) Das Konflikt*potential* ist bei einer Privatisierung mit Beteiligung von Privaten als Investoren nicht unerheblich: Der private Aktionär und die private Aktionärin halten ihre Beteiligung in erster Linie oder ausschliesslich mit dem Ziel, Gewinn zu erzielen. Dem Staat ist dagegen daran gelegen, dass die in die Privatwirtschaft entlassene

Aufgabe auch weiterhin optimal erfüllt wird, auch wenn dies unter Verzicht auf eine Maximierung des Gewinns zu erfolgen hat[61].

158 c) Für Delegierte und allgemein für fiduziarisch tätige Verwaltungsratsmitglieder ist in der Schweiz die Lehre von einem *doppelten Pflichtennexus* herrschend: Danach muss das Mitglied eines Verwaltungsrates – unabhängig davon, ob es von einem Grossaktionär delegiert oder als „unabhängiges" Verwaltungsratsmitglied gewählt worden ist – in erster Linie die Interessen der Gesellschaft wahren, in deren Verwaltungsrat es tätig ist. Diese Interessen gehen allen Drittinteressen, auch denen der delegierenden Institution, vor.

159 Aber: Oft gibt es in einer Frage nicht eine einzige Entscheidung, sondern besteht ein *Ermessensbereich.* In diesem Bereich dürfen nach herrschender Lehre die Interessen und die Weisungen Dritter berücksichtigt werden. Eine Pflichtverletzung liegt erst dann – aber auch immer dann – vor, wenn im Konfliktfall nicht den Interessen der Gesellschaft der Vorrang gegeben wird[62].

160 Endziel einer jeden privatrechtlichen AG ist – sofern die Statuten nicht explizit etwas anderes erklären – die *Erzielung von Gewinnen.* Vertreter oder Vertreterinnen des Staats in einer solchen AG dürfen also *öffentliche Interessen* so lange (und nur so lange) durchsetzen, als dies *mit der Zielsetzung der Gewinnstrebigkeit vereinbar* ist. „Gewinnstrebigkeit" bedeutet jedoch keineswegs kurzfristige Gewinnmaximierung; auch eine Gewinnoptimierung auf langfristige Sicht erfüllt diese Zielsetzung. Daher kann es sich für eine AG, die in einem für die Öffentlichkeit sensitiven Bereich tätig ist, durchaus rechtfertigen, auf einen möglichen kurzfristigen Gewinn zu verzichten, um Eingriffe der öffentlichen Hand zu vermeiden.

---

61 In einem privatisierten Transportunternehmen wird etwa das Interesse der Privatanleger darin liegen, sich auf profitable Linien zu konzentrieren, während dem Gemeinwesen an einem weit gefächerten Transportnetz gelegen ist.

62 Vgl. hierzu FORSTMOSER/JAAG (zit. Anm. 3) N 68 ff., insb. N 71 f., ferner MARTIN WERNLI in HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/ROLF WATTER (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530-1186, 2. Aufl. Basel 2002, N 24 zu Art. 762.

161 d) Eine spezifische Problematik im Umfeld der Privatisierung stellen *gemischte Zweckbestimmungen* dar: Die AG, die eine bisher staatliche Aufgabe weiter erfüllt, soll dies zwar gewinnstrebig tun, zugleich aber Rücksicht auf die Allgemeinheit nehmen[63].

162 Auch in solchen Konstellationen dürfte grundsätzlich das Prinzip der Gewinnstrebigkeit vorrangig sein in dem Sinne, als die spezifisch erwähnte Konkretisierung im Interesse der Öffentlichkeit so umgesetzt werden soll, dass dies (langfristigen) Gewinninteresse dient.

163 e) Liegt ein Interessenkonflikt vor, dann sollte die betroffene Person *in den Ausstand treten.*

164 Im Hinblick auf die staatliche Vertretung in einer privatrechtlichen AG hilft diese Regel freilich nicht immer: Vielmehr wird gerade erwartet, dass in solchen Fällen die delegierte Person die öffentlichen Interessen wahrnimmt. Dies ist zwar möglich, führt aber – und dessen muss sich das delegierende Staatswesen bewusst sein – zu einer *Haftung* für den dadurch eintretenden Schaden bzw. erlittenen Minderertrag.

165 Falls die Konflikte zwischen den öffentlichen Interessen und denen der AG grundlegender Art sind, sollte auf eine Staatsvertretung überhaupt verzichtet werden. Es sollte dann die betreffende Aufgabe durch die öffentliche Hand direkt wahrgenommen werden oder aber die Sicherung öffentlicher Interessen sollte durch generell abstrakte, quasi als Leitplanke dienende Normen sichergestellt werden[64].

166 f) Betont sei, dass das vorstehend skizzierte *Konfliktpotenzial unabhängig davon* besteht, *ob die delegierte Person der Regierung oder Beamtenschaft angehört oder ausserhalb der staatlichen Organisation steht.* Doch besteht ein Unterschied darin, dass von einem direkten Staatsvertreter (Mitglied der Regierung, Beamter) erwartet wird, dass er den Interessen der Allgemeinheit den Vorrang einräumt, während dies bei einer Privatperson nicht der Fall ist.

---

63 Ein Beispiel ist etwa die Flughafengesellschaft Zürich, die (gewinnstrebig) den interkontinentalen Flughafen Zürich betreiben soll, dies jedoch „unter Berücksichtigung der Anliegen der Bevölkerung um den Flughafen".

64 Im obigen Beispiel des Flughafens wären dies Vorschriften, welche die Nutzungsmöglichkeiten einschränken, im Gegensatz zu einem „freiwilligen" Verzicht durch die Flughafengesellschaft selbst.

2.2.5. Haftung

167 Vorstehend wurde gezeigt, dass Konfliktpotential besteht: Wenn der Staatsvertreter staatliche Interessen durchsetzt, welche nicht im Einklang sind mit den Interessen der AG selbst, dann ist dies *aktienrechtlich als schuldhafte Pflichtverletzung zu verstehen*, die zu einer Verantwortlichkeit führt, und zwar *unabhängig davon, ob im Lichte des Auftrags* – Wahrung staatlicher Interessen – *sorgfältig gehandelt worden ist.* Massgebend ist – es sei dies hier nochmals betont – ausschliesslich die Zielsetzung und Interessenlage der AG selbst.

168 Im Folgenden werden lediglich die haftungsrechtlichen Besonderheiten dargestellt, die in den erwähnten Konfliktsituationen zu beachten sind.

2.2.5.1 Haftung nach Privatrecht

2.2.5.1.1 Voraussetzungen

169 a) Für die Verpflichtungen der Aktiengesellschaft haftet grundsätzlich ausschliesslich deren Vermögen[65]. Für schädigende Handlungen von Organen sieht das Gesetz jedoch in Art. 752-761 OR eine persönliche Verantwortlichkeit der Organpersonen nicht nur gegenüber der Aktiengesellschaft, sondern auch gegenüber den Aktionären und Gläubigern vor[66]. Diese Bestimmungen haben die Folgen einer Pflichtverletzung zum Inhalt.

170 b) Das Aktienrecht legt die Verhaltenspflichten für die Mitglieder des Verwaltungsrates fest[67]. Diese Grundsätze werden als Massstab herangezogen, um zu beurteilen, ob sich das betreffende Verwaltungsratsmitglied eine *Pflichtwidrigkeit* vorwerfen lassen muss.

---

65 Art. 620 Abs. 1 OR.

66 Zum aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht vgl. die Werke von HARALD BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich 2001; PETER FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl. Zürich 1987; ANDREW M. GABARSKI, La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes, Diss. Genf 2006; HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/ROLF WATTER (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530-1186, 2. Aufl. Basel 2002, mit Beiträgen von MARTIN WERNLI (Art. 707-715a, 762-763, 926), ROLF WATTER (Art. 752-753) sowie PETER WIDMER und OLIVER BANZ (Art. 754-761).

67 Art. 716 ff. OR.

171 Die Pflichten der Mandatsperson sind mannigfaltig. Art. 717 Abs. 1 OR bestimmt in diesem Zusammenhang als allgemeine Regel, dass die Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllt werden müssen; Art. 716 ff. OR zählen eine Reihe von Aufgaben auf, ohne aber dadurch den Tätigkeitsbereich des Verwaltungsratsmitgliedes abschliessend zu definieren.

172 Diese Bestimmungen gelten für sämtliche *von der Generalversammlung gewählten Verwaltungsratsmitglieder* privatrechtlicher Aktiengesellschaften, *einschliesslich der Vertreter/innen der öffentlichen Hand*, da diesen – aus aktienrechtlicher Sicht – die gleichen Pflichten auferlegt werden wie allen übrigen[68]. Somit beurteilt sich das Vorliegen einer Pflichtverletzung auch für staatliche Vertreter/innen nach den einschlägigen aktienrechtlichen Bestimmungen; vorausgesetzt wird demnach die Missachtung von dem Verwaltungsratsmitglied durch Gesetz oder Statuten auferlegten Pflichten.

2.2.5.1.2 Ersatzpflichtige Personen

173 a) Offenkundig ist zunächst, dass der Vertreter oder die Vertreterin des Gemeinwesens bei einer Verletzung aktienrechtlicher Pflichten persönlich für den dadurch verursachten Schaden einzutreten hat, unabhängig davon, ob die vertretende Person legitime staatliche Interessen wahrgenommen hat oder nicht und unabhängig auch davon, ob sie aufgrund von Weisungen oder aus freiem Entscheid heraus gehandelt hat[69].

174 Als Pflichtverletzung ist im Normalfall der gewinnorientierten AG auch der Verzicht auf eine ertragbringende Aktivität zu werten.

175 b) Beteiligt sich das Gemeinwesen an einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft, ist es zunächst einmal einfach als Aktionär/in zu betrachten. Demzufolge besteht die einzige

---

68 Dasselbe gilt im Übrigen auch für die von der öffentlichen Hand nach Art. 762 OR delegierten Verwaltungsratsmitglieder; eine besondere Ordnung gibt es dort nur bezüglich der Ersatzpflicht, welche die öffentliche Hand trifft. Vgl. hierzu Rz. 211 ff.

69 Art. 754 Abs. 1 OR legt fest: "Die Mitglieder des Verwaltungsrates [...] " – wozu mithin auch ein Vertreter/eine Vertreterin des Gemeinwesens gehört – " sind sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen".

Pflicht[70] gegenüber der Gesellschaft in der Liberierung der Aktien im Zeitpunkt der Gründung oder – teilweise – auch später.

176 Wie erwähnt haftet ein gestützt auf Art. 707 Abs. 3 OR gewählter Vertreter des Kantons persönlich[71], unabhängig davon, ob er oder sie offen, explizit oder aber verdeckt, ohne Bekanntgabe des Verhältnisses zum Gemeinwesen gewählt worden ist.

177 Ob eine Haftung der delegierenden Person – also des Kantons – zur Haftung des Mandatsträgers/der Mandatsträgerin hinzukommt, wird in der Lehre intensiv diskutiert, v.a. im Zusammenhang mit der offenen Interessenvertretung[72]. Die Frage wird differenziert behandelt: Die nach Art. 707 Abs. 3 OR zu vertretende Person – mithin auch das Gemeinwesen – wird nach herrschender Lehre nur dann haftbar, wenn sie als *faktisches Organ* betrachtet werden kann. Als solches ist zu qualifizieren, wer "[...] in massgebender Weise an der Willensbildung der Aktiengesellschaft teilnehmen und kooperative Aufgaben selbstständig ausüben [kann], tatsächlichen Organen vorbehaltene Entscheidungen [trifft] [...] und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend [mitbestimmt] "[73]. Zudem ist erforderlich, dass die zu vertretende Person diese Position in erkennbarer Weise beansprucht[74]. In diesem Falle ist sie ebenso dem Verantwortlichkeitsrecht des Art. 754 OR unterworfen und hat für allfällige durch ihr Verhalten verursachte Schädigungen einzustehen[75]. Diese Ansicht kommt im Gesetzeswortlaut selbst zum Ausdruck; Art. 754 Abs. 1 OR spricht denn auch von "[...] *alle* mit der Geschäftsführung *befassten* Personen"[76].

---

70 Auf die Melde- und Angebotspflichten des BEHG (Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG), SR 954.1) wird vorliegend mangels Relevanz nicht eingegangen.

71 MICHAEL STÄMPFLI, Die gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft : ihre Willensbildung und Organisation, Bern 1991 90 f.

72 S. zur Diskussion FORSTMOSER, Verantwortlichkeit (zit. Anm. 66) N 717 ff. sowie BÄRTSCHI (zit. Anm. 66) 94 ff.; WOLFGANG ZÜRCHER: Der Gläubigerschutz im schweizerischen Aktienrechts-Konzern, Diss. Zürich 1993, 165 ff.; WERNLI (zit. Anm. 62) N 40 ff. zu Art. 707.

73 FORSTMOSER, Verantwortlichkeit (zit. Anm. 66) N 657; in diesem Sinne auch WERNLI (zit. Anm. 62) N 40 ff zu Art. 707. Vgl. ferner STÄMPFLI (zit. Anm. 71) 96 ff.

74 PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl. Zürich 2004, § 18 N 143.

75 Die Haftung als faktisches Organ erstreckt sich auch auf *juristische Personen* (obwohl diese an sich nicht als Verwaltungsratsmitglieder gewählt werden können). Das Bundesgericht hat dies neulich im Entscheid 4C.31/2006 (BGE *132* III 523 ff.) im Zusammenhang mit der Haftung einer Arbeitgeber-Aktiengesellschaft für entgangene Sozialversicherungsbeiträge bestätigt.

76 Der Begriff *"befasst"* ist bewusst gewählt, um klarzustellen, dass die tatsächliche Einflussnahme genügt und eine formelle Beauftragung nicht erforderlich ist. Das Aktienrecht vor 1992 sprach von *"beauftragt"*, doch haben schon damals Lehre und Praxis betont, dass es um die tatsächliche Ausübung von Organmacht geht und es belanglos ist, ob hiefür eine formale Basis besteht.

178 Eine solche Haftung des Gemeinwesens als faktisches Organ dürfte oft naheliegen, weil die Einsitznahme einer Vertreterin oder eines Vertreters des Staates in einen Verwaltungsrat ja gerade mit dem Ziel erfolgt, staatliche Interessen innerhalb der AG durchsetzen zu können. Immerhin dürfte eine Haftung dann zu verneinen sein, wenn der Kantonsvertreterin oder dem Kantonsvertreter lediglich die *allgemeine Auflage* gemacht wird, *die Interessen des Gemeinwesens zu vertreten und zu wahren.* Und klar zu verneinen ist eine Verantwortlichkeit, wenn *überhaupt keine Auflagen* gemacht werden.

179 e) Zu betonen ist abschliessend, dass die vorstehend skizzierten Ersatzpflichten und Haftungsrisiken zwar theoretisch erheblich sind, in der Praxis aber kaum eine Rolle spielen dürften: Schadenersatzklagen kommen im Rahmen einer aufrecht stehenden Gesellschaft kaum je vor, und im Konkurs einer Gesellschaft, an welcher der Staat massgebend beteiligt ist, dürfte der Staat schon aus ganz anderen Gründen gehalten sein, sich finanziell zu engagieren.

2.2.5.2 Haftung nach öffentlichem Recht

180 a) Das kantonale Staatshaftungsrecht findet sich im Kanton Bern im Personalgesetz (PG) in den Art. 100 ff. Das Gesetz bestimmt, dass *ausschliesslich* der Kanton für den vom Staatsmitarbeiter/von der Staatsmitarbeiterin verursachten Schaden zu haften hat, sofern er Dritten *in Ausübung der amtlichen Tätigkeit* zugefügt wurde (Art. 100 Abs. 1, Art. 102 Abs. 1 PG).

181 b) Art. 100 PG steht in Widerspruch zu Art. 754 OR, der eine persönliche Haftung des Verwaltungsratsmitglieds vorsieht. Eine Aussage zur Frage, welche der Normen im Konfliktfall zur Anwendung gelangt, findet sich in Art. 61 OR. Dessen Absatz 1 bestimmt:

182 > "Über die Pflicht von öffentlichen Beamten oder Angestellten, den Schaden, den sie in Ausübung ihrer amtlichen Verursachungen verursachen, zu ersetzen oder Genugtuung zu leisten, können der Bund und die Kantone auf dem Wege der Gesetzgebung abweichende Bestimmungen aufstellen."

183 Diese Gesetzgebungskompetenz hat der Kanton Bern mit dem Erlass des erwähnten Personalgesetzes ausgeschöpft. Zu beachten ist aber, dass Absatz 2 von Art. 61 OR die Befugnis der Kantone zur abweichenden Gesetzgebung einschränkt, indem er normiert:

184 "Für gewerbliche Verrichtungen von öffentlichen Beamten oder Angestellten können jedoch die Bestimmungen dieses Abschnitts durch kantonale Gesetze nicht geändert werden."

185 Zunächst ist fraglich, ob die genannte OR-Regelung im Aktienrecht überhaupt Anwendung findet[77]. Dabei muss Art. 7 ZGB herangezogen werden, welcher seinerseits bestimmt, dass die allgemeinen Bestimmungen des OR über die Entstehung, Erfüllung und Aufhebung der Verträge auch auf andere zivilrechtliche Verhältnisse anwendbar sind. Über den Wortlaut dieser Bestimmungen hinaus ist in Lehre und Rechtsprechung allgemein anerkannt, dass *alle* Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts – also auch diejenigen über die unerlaubte Handlung – auf andere privatrechtlichen Verhältnisse Anwendung finden können[78].

186 Vorliegend bedeutet dies, dass *Art. 61 OR im Aktienrecht Geltung beansprucht.*

187 c) Soweit die ausschliessliche Staatshaftung nach Personalgesetz auch gewerbliche Tätigkeiten erfasst, lassen sich in der Lehre zwei Argumentationslinien ausmachen.

188 *Eine Meinung* hält sich eng an den Wortlaut von Art. 61 Abs. 2 OR und nimmt die "*gewerblichen* Verrichtungen" von der Ermächtigung zu einer kantonalen Alternativregelung im öffentlichen Recht aus[79]. Der Begriff "*amtlich*" in Art. 61 Abs. 1 OR wird von Lehre und Rechtsprechung herkömmlicherweise i.S.v. "*hoheitlich*" verstanden[80]. Folge davon ist, dass Art. 61 OR die Anwendbarkeit des Personalgesetzes auf den Fall einer staatlichen Vertretung im Verwaltungsrat einer privatrechtlichen

---

77 Zu beachten ist in diesem Zusammenhang namentlich der Wortlaut von Art. 61 Abs. 2 OR "[...] Bestimmungen *dieses Abschnitts* [...]".

78 HANS SCHMID, Kommentar zu Art. 7 ZGB, in: HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WATTER ROLF (Hrsg.): Kommentar zum Zivilgesetzbuch I (Art. 1-456 ZGB), 2. Aufl. Basel 2002, N 5 zu Art. 7, m.w.H.; HENRI DESCHENAUX, Der Einleitungstitel, in: GUTZWILLER MAX (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Zweiter Band, Einleitung und Personenrecht, Basel 1967, 50 ff., insb. 53 f.

79 Z.B. URS BOLZ, Materialien und Kommentare, Art. 71 N 3b, in: WALTER KÄLIN/URS BOLZ (Hrsg.), Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, Bern 1995, 443.

80 Die Praxis des Bundesgerichts dazu ist uneinheitlich: BGE *125* II 480 ff., 490; *102* II 45 ff., 47; *113* II 424 ff., 426. JOST GROSS, (zit. Anm. 45) 118 f., schlägt ein zweistufiges Prüfprogramm vor. Nicht als gewerblich einzustufen seien zunächst alle Tätigkeiten, bei denen es sich um eine wesentliche Staatsaufgabe handle, wozu insbesondere der Bereich der elementaren Daseinvorsorge gehöre. Bei gewerblichen Verrichtungen handle es sich dagegen um Tätigkeiten, die dem Staat nicht als unausweichliche Aufgabe zugewiesen seien, sodass dieser über ein gewisses Auswahlermessen verfüge. In eigentlichen Grenzfällen sei sodann zusätzlich auf das Element der Hoheitlichkeit abzustellen.

Aktiengesellschaft ausschliesst; die Mitwirkung des Vertreters/der Vertreterin ist nach dieser Ansicht – trotz des unbestrittenermassen öffentlichrechtlichen Hintergrunds – nicht als hoheitliche, sondern vielmehr als gewerbliche Tätigkeit zu betrachten. Damit könnte das Aktienrecht bei der Regelung der Haftungsverhältnisse ausschliessliche Geltung beanspruchen; die Verantwortlichkeit der Mandatsperson wäre rein privatrechtlich – d.h. nach Art. 754 OR – zu bestimmen[81].

189 Die *andere Meinung*, welche der Kanton Bern bei der Abfassung seiner Haftungsregelung wohl vor Augen hatte, erachtet auch für den Bereich „*gewerblicher*" Tätigkeiten im Sinne von Art. 61 Abs. 2 OR eine direkte Staats- bzw. Organisationshaftung als zulässig, solange *nicht zum Nachteil* des oder der Geschädigten vom OR abgewichen wird[82]. In diesem Fall richtet sich die Haftung gewählter Staatsvertreter/innen im Kanton Bern nach Personalgesetz, was zur Folge hat, dass Dritte ausschliesslich den Kanton in die Pflicht nehmen können.

190 Auch die Verfasser dieses Gutachtens vertreten unterschiedliche Ansichten bezüglich der Anwendbarkeit des privaten oder des öffentlichen Haftungsrechts. Vorstehend wurden die Voraussetzungen der Haftung nach Privatrecht dargestellt. Für die Staatshaftung wird auf die entsprechenden Ausführungen bei der Anstalt (N 119 ff.) verwiesen.

2.3. Die gemischtwirtschaftliche AG insbesondere

191 Als gemischtwirtschaftliche AG wird hier – wie vorn[83] ausgeführt – eine Gesellschaft bezeichnet, in welcher eine Körperschaft des öffentlichen Rechts (Bund, Kanton, Bezirk oder Gemeinde) Vertreter oder Vertreterinnen in den Verwaltungsrat (oder allenfalls die Revisionsstelle) entsenden kann, unabhängig von einer allfälligen

---

81 Immerhin seien die Ausführungen zum faktischen Organ in Erinnerung zu rufen; eine Haftung des Gemeinwesens wird somit unabhängig vom Verständnis zu Art. 61 OR dann begründet, wenn dieses in organtypischer Weise Einfluss auf den Betrieb der Gesellschaft nimmt. Vgl. oben Rz 177 f.

82 GROSS (zit. Anm. 45) 131; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (zit. Anm. 22) N 2271; RENÉ RHINOW/BEAT KRÄHENMANN, Schweizerische Verwaltungsrechtssprechung, Ergänzungsband, Basel 1990, 316; GERHARD SCHMID/NAOKI D. TAKEI, Haftung von externen Trägern öffentlicher Aufgaben, in: RENÉ SCHAFFHAUSER/URS BERTSCHINGER/TOMAS POLEDNA (Hrsg.), Haftung im Umfeld des wirtschaftenden Staates, St. Gallen 2003, 114; WERNLI (zit. Anm. 62) N 21 zu Art. 762; WOLFGANG WIEGAND/JÜRG WICHTERMANN, Zur Haftung für privatisierte Staatsbetriebe, in: recht *1999* 9.

83 Bei Rz. 59 ff.

Beteiligung und ohne dass es einer Wahl durch die GV bedürfte. Die Rechtsstellung eines solchen entsandten Vertreters unterscheidet sich von der eines durch die GV gewählten Verwaltungsratsmitglieds, auch wenn dieses als Vertreterin oder Vertreter[84] gewählt worden ist.

2.3.1. Anwendungsbereich und sachliche Voraussetzungen von Art. 762 OR

192 In Art. 762 OR (und entsprechend, wenn auch nicht vollkommen identisch für die Genossenschaft in Art. 926 OR) ist die Möglichkeit vorgesehen, dass Körperschaften des öffentlichen Rechts, welche an einer Unternehmung ein besonderes öffentliches Interesse haben, auf der Basis einer statutarischen Grundlage Vertreter/innen in den Verwaltungsrat oder in die Revisionsstelle entsenden können[85]. Dabei ist nicht erforderlich, dass die Körperschaft an der betreffenden Unternehmung als Gesellschafterin beteiligt ist[86]. Voraussetzung ist nach Art. 762 Abs. 1 OR aber stets eine statutarische Verankerung der Befugnis zur Entsendung; erst diese erlaubt dem Gemeinwesen die Inanspruchnahme von Mitverwaltungs- oder Kontrollrechte, unabhängig von einer Aktionärsstellung.

2.3.2. Weisungsrecht des Gemeinwesens

193 a) Der öffentlichrechtlichen Körperschaft wird gegenüber dem oder der Entsandten eine generelle Weisungsbefugnis zuerkannt[87].

194 Es sind dabei drei Fallkonstellationen denkbar, in denen der Staat aufgrund dieses Weisungsrechts indirekt Einfluss auf die Tätigkeiten der Aktiengesellschaft nimmt[88]:

---

84 Im Sinne von Art. 707 Abs. 3, dazu vorn bei Rz. 61.

85 Bei der Genossenschaft wird eine Einsitznahme in beiden Gremien gleichzeitig ermöglicht.

86 Vgl. ENRICO MAGRO, Interessensvertretung im Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft unter Berücksichtigung anderer Körperschaftsformen, Diss. Zürich 1999, 39 ff.

87 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (zit. Anm. 22) N 1567 f; FORSTMOSER/JAAG (zit. Anm. 3) N 73. Das dem Gemeinwesen zuerkannte Weisungsrecht gegenüber seinen Abgeordneten kontrastiert mit Art. 762 Abs. 3 OR, wonach die Entsandten "die gleichen Rechte und Pflichten wie die von der Generalversammlung Gewählten" haben. Vgl. zur Diskussion MAGRO (zit. Anm. 86) 79 ff. sowie STÄMPFLI (zit. Anm. 71) 36 ff., 38; ferner N 120.

88 Vgl. FORSTMOSER/JAAG (zit. Anm. 3) N 20 ff.

195 1) Der Vertretung werden *keine Auflagen* hinsichtlich der Amtsausübung gemacht. Der Einfluss des Gemeinwesens beschränkt sich auf die Entsendung.

196 2) Die Vertretung wird *in genereller Art und Weise* beauftragt, die Interessen des Gemeinwesens zu wahren, ohne dass ihm oder ihr für den Einzelfall Weisungen auferlegt werden. Sie kann somit ihren Willen frei bilden, hat jedoch stets die staatlichen Interessen bei der Aufgabenerfüllung zu berücksichtigen.

197 3) Das Gemeinwesen macht der Vertretung *konkrete Auflagen* und erteilt *Weisungen*, wie der oder die Entsandte *im Einzelfall* zu handeln hat[89].

198 b) Wurden konkrete Weisungen im Einzelfall erteilt, hat sich der Vertreter oder die Vertreterin daran zu halten, jedenfalls so lange, als die Weisungen nicht gegen zwingendes Recht verstossen[90].

199 c) Allerdings wirkt sich das Weisungsrecht *nur im Innenverhältnis* – zwischen dem Gemeinwesen und dem/der Entsandten – aus. Befolgt der oder die Entsandte eine Weisung nicht, dann ist das Verhalten – und ist insbesondere eine Stimmabgabe – gegenüber der AG voll wirksam.

200 d) Korrelat zum Weisungsrecht ist eine *ausschliessliche Staatshaftung* im Aussenverhältnis[91].

201 e) Die delegierte Person ist aufgrund des Aktienrechts berechtigt und wohl in aller Regel aufgrund öffentlichen Rechts auch verpflichtet zu einer *umfassenden Auskunft* gegenüber der delegierenden öffentlichrechtlichen Körperschaft[92].

---

89 Vgl. zum Weisungsrecht FORSTMOSER/JAAG (zit. Anm. 3), N 20 ff.; BÖCKLI (zit. Anm. 74) § 13 N 476 ff.; s. hierzu auch oben, Rz. 132 ff.

90 BÖCKLI (zit. Anm. 74) § 13 N 477; FORSTMOSER/JAAG (zit. Anm. 3) N 23, insb. Anm. 14; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ /PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 28 N 165; STÄMPFLI (zit. Anm. 71) 128.

91 Dazu nachstehend Rz. 207 ff.

92 RENATE M. WENNINGER, Die aktienrechtliche Schweigepflicht, Diss. Zürich 1983,155 ff., 165 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (zit. Anm. 90) § 28 N 44 f., § 63 N 18 f.; WERNLI (zit. Anm. 62) N 25 zu Art. 762; MAGRO (zit. Anm. 86) 116 ff., 122 ff.; einschränkend zur Schweigepflicht BÖCKLI (zit. Anm. 74) § 13 N 477.

202 Des Öfteren wird überdies eine *Konsultationspflicht* im Vorfeld von Entscheidungen im Zusammenhang mit unternehmerischen Tätigkeiten sowie bei anderen Sachfragen vorgesehen. Allerdings können der Zulässigkeit der Konsultationspflicht Klauseln im Wege stehen, die dem oder der Entsandten nur bei Ermächtigung des Gemeinwesens erlauben, gegen einen Antrag zu opponieren[93].

2.3.3. Rechtsstellung des/der Entsandten

203 a) Das Gemeinwesen und der oder die Entsandte sind in aller Regel durch ein *öffentlich-rechtliches Verhältnis* miteinander verbunden; nicht auszuschliessen ist aber auch eine Beziehung *privatrechtlicher Natur*. Die Weisungsgebundenheit richtet sich sodann nach den jeweiligen Vorschriften des entsprechenden Verhältnisses.

204 Die Rechtsnatur des Verwaltungsratsmandates wird jedoch in aktienrechtlicher Sicht von der Qualifikation der Beziehung zwischen dem Gemeinwesen und dessen Vertreter nicht tangiert. Die Entsendung vermag denn auch keine öffentlichrechtliche Beziehung zwischen der betroffenen Gesellschaft und dem Gemeinwesen zu begründen[94].

205 b) Nicht nur das Entsende-, sondern ebenso das Abberufungsrecht steht nach Art. 762 Abs. 2 OR direkt und ausschliesslich dem Gemeinwesen zu[95]. Dies führt zu einer Einschränkung des Wahl- und Abberufungsrechts der Generalversammlung[96], obwohl den entsandten Personen die gleichen Befugnisse zustehen wie den von der Generalversammlung gewählten.

206 c) Besonders in Bezug auf die erwähnten Befugnisse ist festzuhalten, dass die Entsandten nach Art. 761 Abs. 3 OR "[...] die *gleichen* Rechte und Pflichten [haben] wie die von der Generalversammlung gewählten". Folglich ist die Rechtsstellung der Vertretung im Verhältnis zur Aktiengesellschaft keine andere als die der übrigen Verwaltungsratsmitglieder.

---

93 ADRIAN PLÜSS, Die Rechtsstellung des Verwaltungsratsmitgliedes, Diss. Zürich 1990 81.

94 PLÜSS (zit. Anm. 93) 130.

95 Ist im Übrigen zwar eine Wahl der Mandatsperson durch die GV vorgesehen, verfügt das Gemeinwesen jedoch über ein verbindliches Vorschlagsrecht, so ist die Wahl nur in formeller Hinsicht bedeutsam. Die Sonderregelung von Art. 762 OR kommt nach wie vor zur Anwendung.

96 Vgl. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 und 705 im Unterschied zu Art. 762 Abs. 3 OR.

2.3.4 Haftung

2.3.4.1 Der Grundsatz der ausschliesslichen Haftung der öffentlichen Hand

207 Art. 762 OR regelt die Verantwortlichkeit des Vertreters oder der Vertreterin sowie des Gemeinwesens in autoritativer Weise, indem er festlegt, dass Letzteres für allfällige Schäden einzustehen hat. Art. 754 OR kommt daher nur noch insoweit zur Anwendung, als die Haftungsvoraussetzungen statuiert werden. Die verantwortliche Person wird dagegen durch Art. 762 Abs. 4 OR bestimmt. Dabei wird die persönliche Haftung des oder der Vertretenden gegenüber der AG, ihren Aktionären und Gläubigern in jedem Falle ausgeschlossen, also auch dann, wenn sich die Person in einem (privatrechtlichen) Auftragsverhältnis zur delegierenden Körperschaft befindet. Die Rechtsnatur des Delegationsverhältnisses ist mit anderen Worten für die Beurteilung der Verantwortlichkeit irrelevant.

2.3.4.2 Haftungsvoraussetzungen

208 a) Für die Haftungsvoraussetzungen kann auf das bereits Gesagte verwiesen werden[97], da die allgemein für privatrechtliche Aktiengesellschaften aufgestellten Vorschriften ebenso bei den gemischtwirtschaftlichen Unternehmen Geltung beanspruchen. Nachfolgend wird auf Besonderheiten eingegangen, welche von jenen Grundsätzen abweichen[98].

209 b) In Bezug auf das Element der *Pflichtwidrigkeit* gilt der allgemeine Grundsatz, dass die entsandte Person aus aktienrechtlicher Sicht die Gesellschaftsinteressen bestmöglich zu wahren und ihnen den Vorrang vor allfälligen Drittinteressen – insbesondere auch denen des delegierenden Gemeinwesens – zu geben hat. Da in aller Regel jedoch Entsandte zumindest auch die Interessen des Gemeinwesens zu verfolgen haben, können Konflikte entstehen, da die staatlichen Interessen denen der AG widersprechen können[99].

---

97 Vgl. oben, Rz. 169 ff.

98 Vgl. zu den Abweichungen MAGRO (zit. Anm. 86) 155 ff.

99 Dies ist der Anwendungsbereich der *Theorie des doppelten Pflichtennexus*, s. Rz. 158. Vgl. zu den Pflichten im Einzelnen STÄMPFLI (zit. Anm. 71) 18 ff., 40 ff. und MAGRO (zit. Anm. 86) 92 ff.

210 c) Liegt ein solcher *Interessenkonflikt* vor, ist wie bereits erwähnt[100] bei einer von der Generalversammlung gewählten Organvertretung grundsätzlich davon auszugehen, dass das Verwaltungsratsmitglied den Gesellschaftsinteressen den Vorrang zu geben hat. Bei Entsandten nach Art. 762 OR gilt dies aus privatrechtlicher Sicht und im Hinblick auf die Beurteilung einer allfälligen Verantwortlichkeit grundsätzlich auch, denn gemäss Art. 762 Abs. 3 OR haben sie die gleichen Rechte und Pflichten wie alle anderen Verwaltungsratsmitglieder. Diese Basis wird nun aber überlagert und modifiziert dadurch, dass der oder die Entsandte die Weisungen des Gemeinwesens *stets* zu befolgen hat, also *auch dann, wenn diese der AG Schaden zufügen* könnten[101]. Als logische Konsequenz werden aber solcherart *aktienrechtlich pflichtwidrig Handelnde* für den verursachten Schaden *nicht persönlich zur Verantwortung gezogen*, da den Staat eine primäre und ausschliessliche Haftung trifft. Dies ist im Folgenden näher auszuführen:

2.3.4.3 Ausschliessliche Haftung der delegierenden Körperschaft des öffentlichen Rechts

211 a) Art. 762 Abs. 4 OR legt fest, dass das Gemeinwesen eine ausschliessliche und kausale Haftung trifft:

212 > "Für die von einer Körperschaft des öffentlichen Rechts abgeordneten Mitglieder *haftet die Körperschaft* der Gesellschaft, den Aktionären und den Gläubigern gegenüber, unter Vorbehalt des Rückgriffs nach dem Recht des Bundes und der Kantone"[102].

213 Das schädigende Verhalten von Entsandten wird somit *direkt und unmittelbar dem Gemeinwesen zugerechnet*; dieses hat so zu haften, wie es der/die Mandatsträger/in müsste, wenn er oder sie als unabhängiges Verwaltungsratsmitglied i.S. des allgemeinen Aktienrechts zu betrachten wäre[103]. Ob dem Gemeinwesen ein Regressanspruch gegen die delegierte Person zukommt, bestimmt sich nach öffentlichem Recht[104].

---

100 Vgl. oben, Rz. 158 ff.

101 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (zit. Anm. 90) § 28 N 173 f.; FORSTMOSER/JAAG (zit. Anm. 3) N 68 ff., insb. 73; WERNLI (zit. Anm. 62) N 23 f. zu Art. 762.

102 Hervorhebung hinzugefügt.

103 WERNLI (zit. Anm. 62) N 20 zu Art. 762.; MAGRO (zit. Anm. 86) 155 ff.

104 Dazu nachstehend Rz. 216 ff.

214 b) Ist ein Schaden nicht auf die Verletzung der Sorgfaltspflichten eines einzigen Verwaltungsratsmitgliedes, sondern vielmehr auf das schädigende Verhalten mehrerer Mitglieder gemeinsam zurückzuführen, gilt nach Art. 759 OR das Prinzip der *Solidarität*[105]. Im Unterschied zur Solidaritätsregelung im Falle einer gewöhnlichen privatrechtlichen AG ist jedoch bei gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften zu beachten, dass nicht die abgeordnete Person, sondern ausschliesslich das Gemeinwesen selbst für allfälligen Schaden einzustehen hat. Im Falle der Haftung mehrerer hat dies zur Konsequenz, dass das Gemeinwesen zusammen mit den übrigen Verwaltungsratsmitgliedern solidarisch haftet; es kann aber ebenso wie die persönlich haftenden Organpersonen eine Reduktion der Haftung beanspruchen, wenn das Verschulden – wobei es um das Verschulden des oder der Abgeordneten, gemessen an den Regeln des Aktienrechts, geht – nur leicht wiegt[106]. Anders ausgedrückt: Das Gemeinwesen haftet solidarisch mit den (übrigen) Verwaltungsratsmitgliedern, wobei sich der Haftungsumfang nach dem Verhalten des/der Vertretenden bestimmt.

215 In praktischer Hinsicht ist zu beachten, dass angesichts der oft sehr hohen Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit die Möglichkeit eines Regresses meist nicht viel hilft: Die zahlungsfähigste Person – und in einer gemischtwirtschaftlichen AG wird dies das aufgrund von Art. 762 Abs. 4 OR haftende Gemeinwesen sein – wird für den Löwenanteil des Schadens ins Recht gefasst. Es mögen ihr dann zwar Regressansprüche zukommen, aber diese erweisen sich oft als nicht werthaltig[107].

216 c) Haftet das Gemeinwesen nach Art. 762 Abs. 4 OR, so hat es nach Massgabe des anwendbaren öffentlichen Rechts des Bundes oder des betreffenden Kantons einen *Regressanspruch gegen die abgeordnete* Person[108].

217 Vorliegend muss das Personalgesetz des Kantons Bern herangezogen werden. Wie bereits erwähnt, wird ein allfälliger Rückgriff in Art. 102 PG geregelt. Nach Absatz 2 der genannten Bestimmung steht dem Kanton oder der öffentlichen Organisation für die den Dritten geleisteten Entschädigungen ein Rückgriff auf die verantwortlichen Personen zu. Allerdings beschränkt das Gesetz die Regressmöglichkeit auf die

---

105 Vgl. zum Solidaritätsprinzip STÄMPFLI (zit. Anm. 71) 134 f.

106 FORSTMOSER/JAAG (zit. Anm. 3) N 147 ff., 160 ff.; MAGRO (zit. Anm. 86) 163.

107 Vgl. MAGRO (zit. Anm. 86) 164 f.

108 FORSTMOSER/JAAG (zit. Anm. 3) N 177 ff.; STÄMPFLI (zit. Anm. 71) 135 ff.

vorsätzliche oder grobfahrlässige Verursachung des Schadens; ist somit das Verhalten des Schädigers/der Schädigerin nur als leicht fahrlässig einzustufen (was die Regel sein dürfte), entfällt der Rückgriff[109].

218 Den Haftungsregelungen des Personalgesetzes, einschliesslich derjenigen über den Rückgriff, unterstehen alle Magistratspersonen sowie andere Bediensteten des Gemeinwesens, sofern der Schaden in Ausübung ihrer amtlichen Tätigkeiten entsteht. Aber auch auf Dritte, die zwar nicht in einem Dienstverhältnis zum Staate stehen, aber im Einzelfall eine öffentliche Aufgabe erfüllen, findet das genannte Gesetz Anwendung[110].

219 Hat der oder die Abgeordnete aufgrund von *Weisungen* gehandelt und ist der Schaden dadurch entstanden, kann das Gemeinwesen natürlich nicht auf die vertretende Person zurückgreifen, da diese aus öffentlichrechtlicher Sicht korrekt gehandelt hat[111].

220 d) Zusammenfassend also: Bei vom Staat in den Verwaltungsrat einer gemischtwirtschaftlichen AG entsandten Personen sind stets die *Amts- oder Beauftragtenpflichten einerseits und die aktienrechtlichen Organpflichten auf der anderen Seite klar auseinander zu halten.* Wer als Vertretung des Gemeinwesens Weisungen befolgt, verletzt allenfalls Pflichten als aktienrechtliches Organ[112], obwohl er oder sie sich im Rahmen seiner Amts- oder Beauftragtenpflichten korrekt verhalten hat. Diesfalls wird das Gemeinwesen ersatzpflichtig, ohne eine Regressmöglichkeit gegen die entsandte Person zu haben. Vorbehalten bleibt aber allenfalls ein Regress auf andere Haftpflichtige, die eingetretenen Schaden pflichtwidrig und schuldhaft mitverursacht haben, während umgekehrt solche andere Haftpflichtigen allenfalls Regressrechte gegen den Staat haben.

---

109 Vgl. Art. 103 Abs. 1 Personalgesetz Bern; zum Fahrlässigkeitsbegriff vgl. FORSTMOSER/JAAG (zit. Anm. 3) N 179.

110 Art. 100 Abs. 1 Personalgesetz.

111 In diesem Sinne WERNLI (zit. Anm. 62) N 20 zu Art. 762.

112 Nach Art. 762 Abs. 3 OR kommen ihm dieselben Pflichten zu wie alle übrigen Verwaltungsratsmitgliedern auch (vgl. Art. 717 OR).

2.4 *Exkurs: Andere privatrechtliche Rechtsformen*

221 Am Rande sei erwähnt, dass auch andere privatrechtliche Rechtsformen für die Erfüllung staatlicher Aufgaben in Betracht kommen. Diese sollen hier nur kurz angesprochen werden:

2.4.1 *Organisationsformen mit Rechtspersönlichkeit*

222 Neben der AG kennt das Privatrecht als juristische Personen den Verein, die Genossenschaft, die GmbH und die Stiftung. Zu diesen im vorliegenden Zusammenhang Folgendes:

2.4.1.1 *Verein*

223 Vereine eignen sich für die Erfüllung nichtwirtschaftlicher Aufgaben[113].

224 Ist die Mitwirkung der öffentlichen Hand bei einer solchen Aufgabe angezeigt, dann besteht die Möglichkeit einer Mitgliedschaft. Auch die Delegation eines Vertreters oder einer Vertreterin in den Vorstand ist möglich, aber nur aufgrund einer Wahl durch die Vereinsversammlung. Es stellen sich dann bezüglich der Wahrnehmung der Interessen der öffentlichen Hand sowie allfälliger Interessenkonflikte gleiche Probleme wie sie für die AG geschildert worden sind[114], und auch die Haftungsproblematik ist vergleichbar, wobei freilich das Vereinsrecht keine dem Aktienrecht entsprechende spezifische Verantwortlichkeitsordnung kennt.

225 Ein direktes Entsendungsrecht entsprechend Art. 762 OR ist im Vereinsrecht nicht vorgesehen. Ob eine solche Entsendung im Rahmen der privatrechtlichen Vereinsautonomie statutarisch vorgesehen werden könnte, mag hier offen bleiben.

2.4.1.2 *Genossenschaft*

226 Die Genossenschaft eignet sich für die Verfolgung *spezifischer wirtschaftlicher Interessen*[115]. Besteht an der Zielsetzung einer Genossenschaft ein Interesse des

---

113 So explizit Art. 60 Abs. 1 ZGB.

114 Dazu vorn Rz. 156 ff.

115 Vgl. die Legaldefinition in Art. 828 OR.

Gemeinwesens, kann dieses die Mitgliedschaft erwerben. Dabei ist jedoch eine Einflussnahme oder gar die Beherrschung durch Kapitaleinsatz ausgeschlossen, da bei der Genossenschaft zwingend das Prinzip der einen Stimme pro Kopf gilt[116]. Nach der (umstrittenen) Rechtsprechung des Bundesgerichts ist es nicht möglich, der öffentlichen Hand ein erhöhtes Stimmrecht in der Generalversammlung zu gewähren[117]. Das Prinzip *one person one vote* gilt mithin auch für das delegierende Gemeinwesen. Die Einsetzung eines Vertreters oder einer Vertreterin der öffentlichen Hand durch die Ausübung von Stimmkraft in der Generalversammlung analog Art. 707 Abs. 3 OR ist daher nicht möglich, vielmehr muss dafür die Mehrheit der stimmenden Genossenschafterinnen und Genossenschafter gewonnen werden[118]. Für einen solchen Vertreter bzw. eine solche Vertreterin gilt das für das Aktienrecht Ausgeführte[119].

227 Das Genossenschaftsrecht sieht – gleich wie das Aktienrecht – eine *direkte Entsendung* in das Verwaltungs- bzw. Kontrollorgan, falls die Statuten dies vorsehen[120]. Für solche Entsandte gilt das für die gemischtwirtschaftliche AG Ausgeführte[121].

2.4.1.3 GmbH

228 Theoretisch kann sich eine Körperschaft öffentlichen Rechts auch an einer GmbH beteiligen. Aufgrund des Prinzips der Selbstorganschaft[122] stellen sich allerdings komplexe Probleme[123], wenn nicht eine spezifische statutarische Ordnung vorgesehen wird.

---

116 Art. 885 OR.

117 BGE *67* I 262; vgl. auch MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (zit. Anm. 11) § 19 N 111.

118 Diesfalls kann für das Gemeinwesen eine Vertreterin oder ein Vertreter gewählt werden, vgl. Art. 894 Abs. 2 OR, entsprechend Art. 707 Abs. 3 OR im Aktienrecht.

119 Vgl. vorn Rz. 155 ff.

120 Art. 962 OR entsprechend Art. 762 OR, wobei bei der Genossenschaft die gleichzeitige Entsendung in die Verwaltung und in die Kontrollstelle möglich ist, während im Aktienrecht lediglich eine alternative Entsendung in Verwaltungsrat oder Revisionsstelle vorgesehen ist.

121 Vorn Rz. 191 ff.

122 Die Gesellschafter sind grundsätzlich als solche – ohne dass es einer Wahl bedürfte – auch Geschäftsführer. Nach künftigem GmbH-Recht gilt dies für *sämtliche* Gesellschafter, nach heute noch geltendem nur für die Gründungsgesellschafter. Statutarisch ist eine andere Regelung – auch im Sinne einer aktienrechtlichen Drittorganschaft – möglich.

123 Das Prinzip der Selbstorganschaft ist freilich nicht zwingender Natur, es kann auch Drittorganschaft entsprechend dem Aktienrecht vorgesehen werden.

229 Eine direkte Entsendung staatlicher Vertreter/innen ist im Recht der GmbH nicht vorgesehen, und zwar wohl bewusst.

2.4.1.4 Stiftung

230 Der Zweck, den eine Stiftung verfolgt, kann – und wird häufig – im Interesse eines Gemeinwesens liegen. Der Einsitz einer öffentlichrechtlichen Körperschaft in den Stiftungsrat kann demnach sinnvoll sein. Eine gewisse öffentliche Einwirkung erfolgt zwar bereits durch die Aufsichtsbehörde, doch hat diese lediglich eine Rechtskontrolle vorzunehmen[124]. Ein delegiertes Stiftungsratsmitglied könnte darüber hinaus die Umsetzung des Gründerwillens verstärken, aber auch im Rahmen des rechtlich Zulässigen im Interesse des Gemeinwesens auf die Entscheidungen des Stiftungsrates Einfluss nehmen[125]. Da das bis anhin eher starre Stiftungsrecht durch die am 1. Januar 2006 in Kraft getretene Reform eine erhebliche Flexibilisierung erfahren hat[126], könnte die Stiftung auch *für die Verfolgung öffentlicher Interessen an Attraktivität gewinnen.*

231 Das Inselspital ist eine Stiftung im Sinne von Art. 80 ff. ZGB, welcher durch das Spital- und das Universitätsgesetz sowie durch Vertrag die Führung des Kantons- und Universitätsspitals sowie des Ausbildungszentrums und weitere Aufgaben übertragen worden sind. Das oberste Organ der Stiftung ist der Verwaltungsrat. Dessen Präsidentin oder Präsident und die Mitglieder werden durch den Regierungsrat ernannt. Der Rektor oder die Rektorin der Universität gehört ihm von Amtes wegen an.[127] Im Übrigen ist der Kanton zurzeit weder durch ein Mitglied des Regierungsrates noch durch Angehörige der Verwaltung im Verwaltungsrat vertreten. Der Kanton kann das Inselspital über den Vertrag und über die Bewilligung der Kredite genügend steuern.

---

124 Die Überprüfungsbefugnis erstreckt sich insb. auf die zweckgemässe Verwendung des Stiftungsvermögens sowie auf die Organisations- und Zweckänderung der Stiftung, vgl. Art. 83 ff. ZGB.

125 A.M. MAGRO (zit. Anm. 86) 179, der dem Stiftungsrat nur die Aufgabe der Umsetzung des Gründerwillens zuschreibt und deshalb die Möglichkeit einer weitergehenden Verfolgung staatlicher Interessen verneint.

126 Die Liberalisierung bezieht sich u.a. auf die Voraussetzungen einer Änderung des Stiftungszweckes; vgl. Art. 83 ff. ZGB.

127 Vgl. Stiftungsreglement des Inselspitals Bern vom 26. September 2003; Vertrag zwischen dem Kanton Bern und der Inselspital-Stiftung vom 21. Mai 1984.

2.4.2. Organisationsformen ohne eigene Rechtspersönlichkeit

232 a) Die *Kollektiv-* und die *Kommanditgesellschaft*[128] dürften sich wegen ihrer Ausrichtung auf natürliche Personen[129] nicht für eine Beteiligung der öffentlichen Hand und Einflussnahme durch dieselbe eignen.

233 b) Dagegen kommt eine Beteiligung des Gemeinwesens an einer *einfachen Gesellschaft* sehr wohl in Betracht. Eine solche kann bekanntlich beliebige wirtschaftliche wie auch nichtwirtschaftliche Ziele verfolgen[130], und hinsichtlich der Gesellschafterinnen und Gesellschafter gibt es keine Schranken.

234 Wo eine nicht auf Dauer angelegte Aktivität gemeinsam mit Privaten verfolgt werden soll, dürfte die einfache Gesellschaft mit ihren äusserst flexiblen Ausgestaltungsmöglichkeiten daher auch für Joint Ventures zwischen Privaten und der öffentlichen Hand sehr geeignet sein. Immerhin ist eine Konsequenz zu beachten: die *primäre, unbeschränkte und solidarische Haftung* aller Gesellschafter, also auch eines beteiligten Gemeinwesens. Da das Gemeinwesen wegen seiner *deep pockets* der geeignete Adressat für Ansprüche sein dürfte, ist daher gegenüber einer Kooperation mit Privaten in einer einfachen Gesellschaft Zurückhaltung angebracht, wenn die geplante Tätigkeit erhebliche finanzielle Risiken mit sich bringt.

---

128 Art. 552 ff. und 594 ff. OR.

129 Art. 552 Abs. 1, 594 Abs. 1 OR.

130 Mit einer Ausnahme: die Führung eines kaufmännischen Unternehmens, dazu MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (zit. Anm. 11) § 4 N 50 ff.

F. Wünschbarkeit, Art und Folgen einer Staatsvertretung

I. Wünschbarkeit und Ausgestaltung

1. Wünschbarkeit

235 a) Falls der Staat eine bisher direkt durch staatliche Organe erfüllte Aufgabe an verselbstständigte Organisationen überträgt *und* er bei der Erfüllung dieser Aufgabe weiterhin – insbesondere auch finanziell – beteiligt bleibt, dann drängt sich eine *Vertretung der öffentlichen Hand* in der zuständigen Organisation auf.

236 Ganz besonders ist dies der Fall bei einer bloss formellen Privatisierung oder bei der Ausgliederung in eine verselbstständigte öffentlichrechtliche juristische Person, bei welcher die Ausgliederung lediglich aus organisatorischen Gründen oder zur Erlangung erhöhter Flexibilität gewählt wurde.

237 b) Dazu ist nun freilich ein *Vorbehalt* angebracht: Eine Ausgliederung kann gerade zum Ziel haben, eine Einflussnahme durch staatliche Instanzen zu verhindern, auch wenn eine Aufgabe auch weiterhin als – zumindest auch – staatliche verstanden wird. Das trifft im Bund z.B. für die Nationalbank zu, in den Kantonen etwa für die Universitäten und Fachhochschulen sowie die Institutionen zur Förderung der Kultur.

238 In einem solchen Fall ist es u.E. sinnvoll, auf eine direkte staatliche Vertretung zu verzichten. Die Steuerung soll über das Gesetz und die Aufsicht, allenfalls auch durch finanzielle Vorgaben erfolgen.

239 c) Umgekehrt drängt sich eine Vertretung dann auf, wenn der Staat in einer verselbstständigten Organisation die Mehrheit des Kapitals oder gar die Gesamtheit der finanziellen Basis eingebracht hat. Es entspricht dann dem auch in der Privatwirtschaft Üblichen, dass nämlich der- oder diejenige, die den entscheidenden finanziellen Beitrag erbracht hat, auch in den Exekutivorganen das Sagen hat oder zumindest entscheidend mitbestimmen kann.

2. Ausgestaltung

240 Falls eine Vertretung der öffentlichen Hand sinnvoll ist, stellt sich weiter die Frage, wer als Vertreterin oder Vertreter zu bestellen ist. Als Faustregel mögen folgende drei Kriterien dienen:

241 – Je näher eine Aufgabe beim Staat verbleibt, desto eher drängt sich eine Vertretung durch ein Mitglied der Regierung oder der Beamtenschaft auf. Je mehr dagegen eine Aufgabe aus der staatlichen Verantwortung entlassen werden soll, desto eher ist es angebracht, auf eine direkte Staatsvertretung zu verzichten.

242 – Je stärker spezifische Fachkenntnisse – und nur diese – gefragt sind, desto eher sollte auf eine direkte Staatsvertretung verzichtet werden. Je wichtiger dagegen die Vertretung öffentlicher Interessen ist, desto eher sollten diese durch ein Mitglied der Regierung oder der Verwaltung direkt eingebracht werden[131].

243 – Und schliesslich: Je stärker eine Organisation verselbstständigt und dem direkten staatlichen Einfluss entzogen werden sollte[132], desto grössere Zurückhaltung ist im Hinblick auf eine Staatsvertretung angebracht.

244 b) Ist eine Vertretung des Staates sinnvoll, dann stellt sich weiter die Frage, wer als Vertreterin oder Vertreter bestellt werden soll. Dazu Folgendes:

245 Nach allgemeinen Organisationsprinzipien sollen Entscheidungen auf der ihrer Bedeutung *angemessenen Stufe der Hierarchie* fallen. Das gilt auch für öffentliche Verwaltungen: Die Regierung hat sich mit strategischen und zentralen operativen Fragen zu befassen[133]. Die Führung der Tagesgeschäfte ist Sache der Direktionen und der ihnen unterstellten Ämter und Abteilungen. Dieser Grundsatz gilt auch für die Vertretung des Kantons in dezentralen Verwaltungseinheiten und privaten

---

131 Häufig wird dies zu einer Kombination von Staats- und Fachvertretern führen.

132 Auch wenn die Aufgabe durchaus auch weiterhin als im öffentlichen Interesse liegend erachtet wird.

133 Zu den Schwierigkeiten der Abgrenzung von strategischer und operativer Ebene vgl. etwa URS BOLZ/ULRICH KLÖTI, Parlamentarisches Steuern neu erfinden?, ZBl *1996* 155; DANIEL KETTIGER, Aufgabenteilung von Regierung und Parlament bei der wirkungsorientierten Steuerung – Gedanken und Thesen zur Gewaltenteilung unter NPM, AJP *2000* 526 ff.

Gesellschaften. Soweit es dabei um politisch weniger wichtige, operative Entscheidungen geht, sind sie stufengerecht von Vertretern/innen der Verwaltung zu treffen. *Mitglieder des Regierungsrates* sollten deshalb nur dann in entsprechenden Steuerungsgremien mitwirken, wenn Entscheidungen von grosser politischer Tragweite zu fällen sind. In der Regel dürfte es sachgerechter sein, Angehörige der Verwaltung mit der Vertretung des Kantons zu beauftragen und sie zu verpflichten, die zuständigen Mitglieder des Regierungsrates zu informieren und vor wichtigen Entscheidungen deren Weisungen einzuholen. Das „Grundlagenpapier zur Problematik der Kantonsvertretungen in Verwaltungsräten", welches vom Grossen Rat in der Junisession 2003 zur Kenntnis genommen wurde, (vgl. auch Frage 4) empfiehlt demgegenüber, die aktuell im Kanton Bern bestehende Vertretung durch Mitglieder der Regierung beizubehalten, da namentlich in Monopolbereichen[134] eine Anbindung an die Politik erforderlich sei. Ob diese Einschätzung zutrifft, ist letztlich selbst eine politische Frage. Das Recht setzt einzig Grenzen, indem etwa die Verfassung die Politisierung gewisser Tätigkeiten untersagt[135].

246 Im Auge behalten sollte der Regierungsrat auch seinen Gesamtauftrag und die Belastungsfähigkeit seiner Mitglieder. Er hat bei der Erfüllung seiner Aufgaben Prioritäten zu setzen. Die Leitungsspanne von Vorgesetzten ist beschränkt. Soll die Vertretung des Kantons in Leitungsorganen von dezentralisierten Organisationen wirkungsvoll sein, so stellt sie eine erhebliche Belastung dar. Aus diesem Grund sollte sie nur dann *den Mitgliedern des Regierungsrates* übertragen werden, wenn dies *zur politischen Abstützung der Entscheidungen,* die im Rahmen der Führung der Organisation getroffen werden müssen, notwendig ist. Die politische Verantwortung für die Erfüllung von staatlichen Aufgaben durch dezentralisierte Träger können die Mitglieder des Regierungsrates natürlich nicht dadurch abwälzen, dass sie nicht in den Leitungsgremien Einsitz nehmen. Umgekehrt zwingt sie ihre Verantwortlichkeit auch nicht dazu, selbst in den Organen mitzuwirken.

---

134 Z.B. bei der Gebäudeversicherung gemäss Art. 3 des Gesetzes über die Gebäudeversicherung vom 6. Juni 1971 (BSG 873.11).

135 So dient die Autonomie der Universitäten auch der Gewährleistung der Lehr- und Forschungsfreiheit.

II. Rechtsstellung der Vertreterin oder des Vertreters und Haftungsfolgen

247 Dazu kann auf die vorstehenden, formspezifischen Ausführungen verwiesen werden. Generell sei nur nochmals darauf hingewiesen, dass die Rechtsstellung eines Vertreters oder einer Vertreterin der öffentlichen Hand sehr unterschiedlich sein kann und dass die Haftungsrisiken der öffentlichen Hand mit vermehrter direkter Einflussnahme, aber auch mit der Intensität der (finanziellen) Beteiligung von Privaten zunehmen.

III. Interessenkonflikte

248 Auch hier kann auf bereits Gesagtes verwiesen werden: Falls Private an der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe (und insbesondere ihrer Finanzierung) beteiligt werden, dann können sich zwangsläufig Interessenkonflikte ergeben. Insbesondere muss der Staat grundsätzlich einstehen, wenn er öffentliche Interessen auf Kosten der Interessen Privater an gewinnstrebiger Tätigkeit durchsetzt.

249 Soweit sich Interessenkonflikte auf Einzelfälle beschränken, lassen sie sich – wie auch in rein privatrechtlichen Verhältnisse üblich – durch Regelungen betreffend den Ausstand lösen. Falls jedoch Interessenkonflikte systemimmanent sind, fragt es sich, ob es nicht vorzuziehen ist, entweder eine Aufgabe ganz in der Kontrolle der öffentlichen Hand zu behalten[136] oder aber die Wahrung öffentlicher Interessen durch externe Mittel[137] zu sichern.

---

136 Worin eine „Ausgliederung" im Sinne einer formalen Privatisierung eingeschlossen ist.

137 Etwa durch Konzessionierung oder Subventionierung, dazu MAGRO (zig. Anm. 86) 178.

G. Beantwortung der Gutachterfragen

I. Stand der wissenschaftlichen Diskussion

250 Der Allgemeine Teil dieses Gutachtens vermittelt einen Überblick über den aktuellen Stand von Lehre und Praxis betreffend Kantonsvertretungen in Leitungsgremien öffentlicher Unternehmen und staatlicher Institutionen. Es kann auf jene Ausführungen verwiesen werden.

II. Entwicklungstendenzen

251 Den letzten Entwicklungsstand im *Bund* gibt der Bericht des Bundesrates zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben (Corporate-Governance-Bericht) vom 13. September 2006 wieder, auf den bereits im Allgemeinen Teil an verschiedenen Orten Bezug genommen worden ist. Die im Corporate-Governance-Bericht präsentierte Analyse des Ist-Zustandes und die Entwicklung von Steuerungskonzepten auf diesem Hintergrund bedeuten einen wesentlichen Fortschritt in der Problembearbeitung. In Teilen vereinfacht der Bericht aber wohl zu sehr, etwa wenn postuliert wird, in Zukunft nur noch die Rechtsformen der Anstalt und der privatrechtlichen Aktiengesellschaft zu verwenden[138]. Auch das überarbeitete Vier-Kreise-Modell[139] krankt nach wie vor am Umstand, dass Aufgaben und Organisation der Verwaltung so vielfältig sind, dass sie sich nicht auf vier Grundvarianten reduzieren zu lassen. Dennoch stellen viele der insgesamt 28 Leitsätze, die der Bericht enthält, eine wertvolle Inspirationsquelle für die Möglichkeiten der Steuerung verselbstständigter Einheiten dar, sodass bei der Beantwortung der weiteren Fragen immer wieder darauf Bezug zu nehmen ist.

252 Daneben ist Corporate Governance auch in *Kantonen* ein Thema. So verlangt das dem Regierungsrat des Kantons Aargau am 4. November 2003 überwiesene Postulat Dr. Andreas Binder, dass öffentliche Unternehmen in ihren Statuten resp. im Geschäftsreglement folgenden Artikel aufzunehmen haben: „Der Verwaltungsrat/Bankrat erlässt

---

138 Corporate-Governance-Bericht (zit. Anm. 5) 36 ff.

139 Corporate-Governance-Bericht (zit. Anm. 5) 16 ff.

ein Reglement über die Führung und Kontrolle des Unternehmens (Corporate-Governance-Reglement). Das Reglement trägt allgemein anerkannten Standards Rechnung und wird öffentlich zugänglich gemacht."

253 Ein Schwergewicht von Corporate Governance im öffentlichen Sektor liegt bis heute bei öffentlichen Unternehmen. Auf verselbstständigte Institutionen ohne Unternehmenscharakter lassen sich viele Überlegungen nicht ohne weiteres übertragen. Dienstbar gemacht werden können hier allenfalls parallele Entwicklungen im Bereich *privater Stiftungen (Foundation Governance)*[140] *oder für NGOs*[141], da auch dort gemeinnützige Interessen eine zentrale Rolle spielen.

254 Die Entwicklungen verlaufen bis heute *keineswegs einheitlich.* Während der Bund instruierbare Staatsvertreter/innen nur noch ausnahmsweise bestellen möchte, betont z.B. der Kanton Aargau im Rahmen der Revision des Kantonalbankgesetzes, dass die Einsitznahme von Mitgliedern des Regierungsrates in öffentlichen Betrieben unter dem Gesichtspunkt von Corporate Governance Sinn mache, weil dies einer unerwünschten Spaltung der Eigentümerrechte und der mit dieser Eigentümerfunktion verbundenen Entscheidkompetenz vorbeuge[142].

III. Kantonsvertretung in Verwaltungsräten bei Vorliegen besonderer finanzieller und/oder strategischer Eigentümerinteressen

255 Eine besondere Ausgestaltung der Kantonsvertretung zur Erreichung von *finanziellen* Zielen des Kantons erscheint problematisch. Die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) verbietet es dem Staat grundsätzlich, eine wirtschaftliche Tätigkeit primär zur Erzielung von Gewinnen auszuüben, also Unternehmen ausschliesslich oder hauptsächlich aus

---

140 KARL HOFSTETTER/THOMAS SPRECHER, Swiss Foundation Code: Empfehlungen zur Gründung und Führung von Förderstiftungen, Basel 2005.

141 PATRICIA SIEBART, Corporate Governance von Nonprofit-Organisationen. Ausgewählte Aspekte der Organisation und Führung, Bern 2006; RUTH VOGGENSPERGER/JÜRG SCHNEIDER/HUBERT J. BIENEK/GREGOR OLIVER THALER (Hrsg.), Gutes besser tun. Corporate Governance in Nonprofit-Organisationen, Bern 2004.

142 BOTSCHAFT des Regierungsrats des Kantons Aargau an den Grossen Rat vom 16. August 2006, 11 (dies obwohl die Botschaft an der gleichen Stelle zum Schluss gelangt, ein Unternehmen, das nach modernen Gesichtspunkten organisiert werden solle, dürfe nicht von der Politik geführt werden).

fiskalischen Gründen zu betreiben[143]. Die Vertretung des Kantons in Verwaltungsräten kann allenfalls darauf abzielen, die Verwendung der vom Kanton eingebrachten Mittel abzusichern.[144] Dabei dürfte es aber in erster Linie um die zweckkonforme Verwendung dieser Mittel, d.h. die im öffentlichen Interesse liegende Erfüllung der Aufgabe gehen, nicht um die Erhaltung des Kapitals oder dessen gewinnbringende Bewirtschaftung.

256 Ganz wesentlich ist dagegen die Verfolgung der *strategischen* Ziele. Für diese postuliert der Bund das Mittel des *Strategie-Erlasses oder Strategie-Papiers*[145]. Eine direkte Vertretung des Bundes in den Organen von Aufgabenträgern soll nur noch soweit notwendig erfolgen[146]. Dieses Vorgehen sorgt für eine hohe Transparenz der Einflussnahme. Gegenüber Einheiten, die politisch-strategisch von grosser Bedeutung und von namhaften Abgeltungen des Bundes abhängig sind, möchte der Bundesrat die Kontrolle zwar selber wahrnehmen[147]. Zu diesem Zweck soll aber primär das Mittel der *Berichterstattung* eingesetzt werden. Es ist jedoch zu bedenken, dass die Wirksamkeit dieses Mittels insofern beschränkt ist, als eine allfällige Fehlentwicklung erst ex post festgestellt werden kann. Postuliert wird ferner die Möglichkeit der Abberufung von Mitgliedern der Leitungsorgane während der Amtsdauer aus wichtigen Gründen durch den Bundesrat. Im Privatrecht gilt es dabei, die dort massgeblichen Schranken zu beachten.

256 bis In seiner Zusatzbotschaft zur Bahnreform 2 vom 9. März 2007 (BBl 2007, 2681, 2809) schlägt der Bundesrat eine Totalrevision des Personenbeförderungsgesetzes vor. Art. 29 Abs. 1 des Entwurfs zählt die Voraussetzungen auf, die erfüllt sein müssen, damit der Bund einem Unternehmen Abgeltungen für die ungedeckten Kosten des bestellten Verkehrsangebots ausrichtet. Dazu gehört nach lit. e, dass im Verwaltungsrat oder in einem vergleichbaren Organ des Unternehmens keine Person Einsitz hat, die direkt am Bestellvorgang beteiligt oder in einer am Bestellprozess beteiligten Verwaltungseinheit

---

143 Vgl. dazu FELIX UHLMANN, Gewinnorientiertes Staatshandeln, Diss. Basel 1997, 193 ff.; STEFAN VOGEL, Der Staat als Marktteilnehmer, Diss. Zürich 2000, 154 ff., mit Hinweisen.

144 So auch das Grundlagenpapier, 11.

145 Corporate-Governance-Bericht (zit. Anm. 5) 45 ff., 56. Das Strategie-Papier wird vom Bundesrat beschlossen. Bei öffentlichrechtlichen Organisationen soll dafür eine Grundlage im Organisationsgesetz geschaffen werden. Bei privatrechtlichen Gesellschaften geht der Bericht von einer „faktisch bindenden Wirkung" aus, weil der Verwaltungsrat es sich nicht leisten könne, den Willen des Haupt- bzw. Mehrheitsaktionärs zu ignorieren.

146 Vgl. vorne, Rz. 98 f.

147 Corporate-Governance-Bericht (zit. Anm. 5) 48.

tätig ist. Sollte diese Bestimmung zum Gesetz werden, so wird sie für die Art der Vertretung des Kantons in den Konzessionierten Transportunternehmen massgebend sein. Sie würde insbesondere ausschliessen, dass Mitglieder des Regierungsrates, die über die Bestellung von Verkehrsangeboten entscheiden, sowie an der Vorbereitung der Bestellung beteiligte Mitarbeitende der Verwaltung in den Verwaltungsräten der verschiedenen Konzessionierten Transportunternehmen (BLS AG, Aare Seeland Mobil, Berner Oberland-Bahnen usw.) Einsitz nehmen.

257 Für den *Kanton Bern* ist das Modell des Bundes grundsätzlich ebenfalls empfehlenswert. Allerdings müssen dabei die besonderen kantonalen Gegebenheiten berücksichtigt werden. Das Modell des Bundes ist zudem relativ neu. Es existieren deshalb noch keine wissenschaftlichen Untersuchungen darüber, ob es sich in der Praxis bewährt hat. Die Gefahr von Interessenkonflikten dürfte in den Kantonen tendenziell kleiner sein als im Bund, weil die Kantone weniger Befugnisse zur Regelung von Tätigkeiten der dezentralisierten Aufgabenträger haben. Die Belastung der Mitglieder des Regierungsrates lässt eine Einsitznahme in das Leitungsorgan eines dezentralisierten Aufgabenträgers eher zu als bei den Mitgliedern des Bundesrates. Zudem sind gewisse dezentralisierte Aufgaben (z.B. diejenigen der BKW) für den Kanton politisch so wichtig, dass sich eine Vertretung des Kantons durch ein Mitglied des Regierungsrates rechtfertigt. Geht es um weniger wichtige, primär operative Aspekte, sind Mitglieder der Verwaltung zu beauftragen, soweit sich nicht aufgrund der in dieser Stellungnahme gemachten Überlegungen eine Vertretung durch Dritte aufdrängt.

258 Die Rolle des *Eigners* (Eigentümers) ist letztlich nur eine von mehreren, welche der Staat gegenüber verselbstständigten Aufgabenträgern wahrnehmen kann oder muss[148]. Daneben tritt er je nachdem als *Regulator* auf, indem er Vorschriften erlässt, die für die betreffende Tätigkeit massgebend sind. Aus der Sicht des New Public Management wird die Rolle als *Auftraggeber* betont. Staatliche Stellen, insbesondere die Regierung, wirken schliesslich als *Aufsichtsorgane*. Aus diesen Gründen können die Beziehungen des Staates zu verselbstständigten Einheiten nicht nur aufgrund seiner Eigentümerrolle bestimmt werden. Vielmehr erscheint eine differenzierte Betrachtungsweise in jedem Einzelfall unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Rollen des Staates unumgänglich.

---

148 Corporate-Governance-Bericht (zit. Anm. 3) 57 f.

259 Zusammenfassend lässt sich sagen, dass sich die Rolle des Staates gegenüber selbstständigen Verwaltungseinheiten *nicht auf jene des Eigentümers reduzieren* lässt. Strategischen Interessen kommt zwar ein massgeblicher Stellenwert zu. Ihre Wahrnehmung setzt aber *nicht zwingend eine Kantonsvertretung* in Leitungsgremien voraus, kann aber zweckmässig sein. Sie ist auch durch die Festlegung von *Strategien* möglich. Diese Methode der Steuerung sollte nach Auffassung der Gutachter nicht nur im Bund[149], sondern auch im Kanton Bern im Vordergrund stehen. In besonderen Fällen ist auch die Kumulation von Strategiefestlegung und permanenter Überwachung der Strategieeinhaltung durch eine Kantonsvertretung geeignet.

260 Beim Entscheid über das Vertretungsmodell ist jeder Einzelfall gesondert zu betrachten. Dabei spielt auch eine Rolle, welche Erfahrungen der Kanton Bern in diesem Zusammenhang gemacht hat. Es ist primär Aufgabe der Exekutive, diese Beurteilung vorzunehmen. Wenn die Frage der Einsitznahme in die Leitungsgremien von erheblicher politischer Bedeutung ist, hat sie der Gesetzgeber zu beantworten.

IV. Zweckmässigkeit der im Grundlagenpapier dargestellten Modelle der Kantonsvertretung

261 Soweit sich eine direkte Kantonsvertretung tatsächlich als notwendig erweist, sollte die Wahl des Modells von den mit der Vertretung des Kantons verfolgten Zielen abhängen. Je nach Zielsetzung müssen die Vertretungen des Kantons ein *unterschiedliches Anforderungsprofil* aufweisen. Geht es um die Vertretung politisch-strategischer Interessen, so kommen vor allem die Mitglieder des *Regierungsrates* und *höhere Kaderleute der Verwaltung* in Frage. *Sachbearbeiterinnen und Sachbearbeiter* der Verwaltung eignen sich, um staatliches Fachwissen in das betreffende Gremium einzubringen. Soll eine möglichst unabhängige Kontrolle gewährleistet werden, so sind *externe Mandatsträgerinnen oder Mandatsträger* einzusetzen. Auch dann, wenn die Einsitznahme in einem Leitungsorgan mit einem sehr hohen Zeitaufwand verbunden ist oder beim Staatspersonal nicht ohne weiteres vorhandenes Sachwissen oder Erfahrungen in der Unternehmensführung gefragt sind, sollte eine verwaltungsunabhängige Fachperson mit der Aufgabe betraut werden. Eine Einsitznahme von Mitgliedern des *Parlaments* erscheint aus Gründen der Gewaltenteilung problematisch[150]. Sie sind

---

149 Vgl. vorne, Rz. 256 f.

150 Vgl. zur Diskussion MAGRO (zit. Anm. 86) 80 ff., insb. 83 ff. und 89 f. sowie neuestens PETER BÖCKLI, Corporate Governance: Der Staat in der Eigentümerrolle gegenüber seinen

zudem als Repräsentanten einer politischen Partei und eines Wahlkreises in der Regel weniger geeignet, die Interessen des gesamten Kantons zu vertreten. Das spielt dann keine Rolle, wenn es um ein öffentliches Unternehmen geht, das eine lokale oder regionale Aufgabe erfüllt.

262 Je nach Umschreibung und Gewichtung der personellen Anforderungen lassen sich *Rollenkonflikte* bei den Vertretungen des Kantons nicht ausschliessen. Zu den Handlungsanweisungen des Kantons für seine Vertretungen sollte deshalb in jedem Fall gehören, dass diese in dem betreffenden Organ in den *Ausstand* zu treten haben, wenn bei einer konkreten Entscheidung eine Interessenkollision droht, es sei denn, der Kanton wolle in gewissen Fragen ganz bewusst öffentliche Interessen durchsetzen, unter Inkaufnahme allfälliger Haftungsfolgen.

V. Weitere Möglichkeiten zur Wahrnehmung der Kantonsinteressen sowie der Informations- und Kontrollbedürfnisse und zur Sicherstellung der politischen Steuerung und der Durchsetzung der eigentümerstrategischen Interessen

263 Strategische Interessen lassen sich insbesondere durch die *Vorgabe von Zielen* verwirklichen[151]. Im *öffentlichen Recht* bietet sich als Rechtsform dafür die *(Verwaltungs-)Verordnung oder die Leistungsvereinbarung*[152] an. Die Interessen des Kantons können mit den Mitteln der Staatsaufsicht durchgesetzt werden. Körperschaften und Anstalten haben regelmässig über ihre Tätigkeiten und ihr Finanzgebaren Bericht zu erstatten. Die Aufsichtsbehörden können die Genehmigung der Berichte verweigern und für die Zukunft Änderungen verlangen. Im Rahmen der Bewilligung von finanziellen Mitteln für die Aufgabenerfüllung und bei der Bestellung der Organe können Sanktionen erfolgen. Allenfalls sind sogar disziplinarische Massnahmen möglich. Es ist Sache des Gesetzgebers, im Rahmen des übergeordneten Rechts (insbes. der Verfassung) Art und Ausmass der aufsichtsrechtlichen Befugnisse festzulegen.

---

selbständigen Anstalten, in: FS WILDHABER (Zürich/St.Gallen 2007) 1141 ff., 1167.

151 Vgl. im Bund etwa Art. 6 des Bundesgesetzes über die Postunternehmung des Bundes (Postorganisationsgesetz, POG) vom 30. April 1997 (SR 783.1) und nunmehr ganz generell Corporate-Governance-Bericht (zit. Anm. 5) 45 ff., 56.

152 Der Kanton Bern benutzt dieses Steuerungsinstrument z.B. gegenüber der Stiftung Inselspital.

264 Bei *privaten Gesellschaften* ist der Staat grundsätzlich an die Informations- und Kontrollrechte gebunden, welche ihm das *Privatrecht* zur Verfügung stellt. Unter Umständen besteht die Möglichkeit, dass sich die öffentliche Hand auf vertraglicher Basis (z.B. als Gegenleistung für ein finanzielles Entgegenkommen) besondere Kontroll- und Informationsrechte einräumen lässt.

VI. Massgeblichkeit der Rechtsform der kantonalen Unternehmung oder Institution für Vertretung und Verantwortung

265 a) Das *privatrechtliche Gesellschaftsrecht* gibt nicht nur die äussere Form eines Aufgabenträgers vor, sondern nimmt den Organaufbau in weiten Teilen vorweg (Grundsatz der Formenfixierung, *numerus clausus* der Gesellschaftstypen[153]). Organpflichten und Haftung unterliegen den einschlägigen Regelungen des Obligationenrechts. Daran vermögen die Kantone nichts zu ändern. Wird eine Gesellschaft zu 100% vom Staat kontrolliert, kann diese immerhin ähnlich wie in einem Konzernverbund geführt, d.h. staatlichen Zielen in weitem Masse untergeordnet werden. Ansonsten ist das „Spiel" des Privatrechts konsequent zu spielen[154].

266 Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang aber Folgendes: Für die *Ausgestaltung* der Organisation einer Unternehmung lässt das privatrechtliche Gesellschaftsrecht *weiten Raum*, ohne welchen der *numerus clausus* gar nicht aufrechterhalten werden könnte. Das zeigt sich etwa darin, dass die Aktiengesellschaft in der Privatwirtschaft als *bonne à tout faire* für kleinste Betriebe ebenso einsetzbar ist wie für global tätige Unternehmen. Das Privatrecht selbst hat sodann mit Art. 762 und 829 OR spezifische Möglichkeiten des Staatseinflusses geschaffen, daraus aber auch die (Haftungs-) Konsequenzen gezogen.

267 b) Da im *öffentlichen Recht* keine Formenfixierung besteht, ist es Aufgabe des *Gesetzgebers*, in jedem einzelnen Fall die Organe, ihre Aufgabenbereiche und Kompetenzen auszugestalten. Auch die *Haftung* richtet sich primär nach einer allfälligen spezialgesetzlichen Grundlage. Allenfalls kann wie im Kanton Bern eine generelle Regelung im Rahmen des Staatshaftungsrechts getroffen werden. Das hindert

---

153 Dazu vorne, Rz. 107.

154 Im Einzelnen FORSTMOSER, Privatisierungsdebatte (zit. Anm. 7) 219 f.; zu besonderen (Haftungs-)Situation bei der zu 100% kontrollierten Gesellschaft vgl. vorn Rz. 132 ff.

den Gesetzgeber aber nicht, im Einzelfall davon abzuweichen. Um auch das öffentliche Recht transparenter zu gestalten, hat der Bundesrat Leitsätze beschlossen, welchen auf Bundesebene Richtliniencharakter zukommt und von denen nicht ohne Not abgewichen werden soll. Letztlich bildet jedoch gerade die *Flexibilität*, welche das öffentliche Organisationsrecht bietet, einen *entscheidenden Vorteil* gegenüber privatrechtlichen Organisationsformen.

VII. Verantwortung des Regierungsrates gegenüber den Trägern öffentlicher Aufgaben

268 Nach Art. 95 Abs. 3 KV stehen Träger öffentlicher Aufgaben ausserhalb der Zentral- bzw. Bezirksverwaltung unter der Aufsicht des Regierungsrates. Damit soll in erster Linie statuiert werden, dass eine Übertragung von öffentlichen Aufgaben an solche Träger nur unter der Voraussetzung zulässig ist, dass deren Erfüllung staatlich beaufsichtigt wird. Die Bestimmung ist so zu verstehen, dass bloss die politische *End*verantwortung für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben beim Regierungsrat liegt. Er kann und soll die Aufsicht – wie die Führung der Verwaltungseinheiten[155] – stufengerecht organisieren, d.h. spezielle Aufsichtsaufgaben untergeordneten Stellen übertragen. Besondere Aufsichtspflichten bedürfen einer gesetzlichen Konkretisierung[156].

269 Somit ist der Regierungsrat aufgrund von Art. 95 Abs. 3 KV nicht verpflichtet, direkt in ein Organ eines verselbstständigten Unternehmensträgers Einsitz zu nehmen, um die Aufsicht auszuüben.

VIII. Wahrnehmung der Kantonsvertretung durch die Fachdirektion oder durch eine zentrale Stelle

270 a) Im *Bund* gilt der Grundsatz, dass Einheiten, die politisch-strategisch von hoher Bedeutung sind, aus einer Gesamtsicht und deshalb durch den Bundesrat zu steuern

---

155 Siehe vorne, Rz. 245 f.

156 Auch URS BOLZ (zit. Anm. 79) Art. 95 N 13b, 503, stellt sich auf den Standpunkt, dass die Tragweite der Norm in den jeweiligen gesetzlichen Grundlagen konkretisiert werden müsse.

und zu kontrollieren sind[157]. Bei Einheiten von untergeordneter Bedeutung sollen diese Aufgaben an das zuständige Departement delegiert werden. Steuerung und Kontrolle sollen aber in der Regel *ohne Einsitznahme von Vertreterinnen oder Vertretern des Bundes* in die Organe der ausgelagerten Einheiten erfolgen. Vor allem wird eine Einsitznahme von Regierungsmitgliedern ausgeschlossen. Somit kann gesagt werden, dass der Bund auf eine möglichst sachnahe Steuerung und Kontrolle *at arm's length* setzt. Dies sorgt für klare Führungskonzepte und vermindert die Gefahr von Interessenkonflikten.

271 b) Die Lösung des *Kantons Bern*, bei welcher die Interessen durch Vertreterinnen und Vertreter der Fachdirektionen wahrgenommen werden, setzt ebenfalls auf Sachnähe. Die Einflussnahme beschränkt sich im Gegensatz zum Bund aber nicht auf die Zielebene. Damit wird das persönliche Element der Führung betont, was eine gute

Vernetzung ermöglicht[158], eine permanente Überwachung der Einhaltung der Eigentümerstrategie sowie rasche Reaktionsfähigkeit ermöglicht, aber auch die Gefahr von Interessen- und Zielkonflikten erhöht.

IX. Beurteilung der Vorkehrungen zur Vermeidung von Rollenkonflikten (am Beispiel des Amtes für öffentlichen Verkehr und der Bedag AG)

272 Am besten können Rollenkonflikte durch die *Mandatierung verwaltungsexterner Drittpersonen* vermieden werden. Durch eine überlegte Auswahl solcher Personen besteht zugleich die Möglichkeit, bedarfsgerecht hohes Fachwissen in die Führung der verselbstständigten Organisationen einzubringen. Politikvernetzung, verwaltungsspezifisches *Know-how* und optimale Überwachung der Einhaltung der Eigentümerstrategie lassen sich auf diesem Weg aber kaum gewährleisten. Besteht ein ausgewiesenes Bedürfnis, zur Sicherstellung dieser Zwecke eine Vertretung der Verwaltung zu bestellen, so erscheint das beim AöV und bei der Bedag verwendete Modell, wonach mit der betreffenden Aufgabe nicht befasste Angehörige des fachlich zuständigen Bereichs der Kantonsverwaltung ausgewählt werden, als eine taugliche *Kompromisslösung*, welche die Gefahr von Rollenkonflikten zu minimieren und umgekehrt die oben

---

157 Corporate-Governance-Bericht (zit. Anm. 5) 63.

158 Positiv bewertet wird dies im Kanton Aargau: BOTSCHAFT des Regierungsrats des Kantons Aargau an den Grossen Rat vom 16. August 2006, 11.

erwähnten Vorteile dieses Vertretungsmodells zu sichern versucht. Bei der Bedag Informatik AG ist die Gefahr von Interessenkonflikten besonders gering, weil der Kanton und die Bedag AG die gleichen Ziele verfolgen und die Privatisierung nicht primär eine Verselbstständigung gegenüber dem Kanton bezweckte, sondern eine Flexibilisierung bei der Erfüllung der Aufgaben und eine Entlastung der Zentralverwaltung. Zudem steht den fünf verwaltungsexternen Mitgliedern des Verwaltungsrates ein einziger Vertreter des Kantons gegenüber.

X. Entschädigung der Verwaltungsratstätigkeit: Beurteilung der verschiedenen Lösungen u.a. unter Verantwortlichkeits- und Gleichbehandlungsaspekten

273 Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen staatlicher Stellen haben einen Anspruch auf Entlöhnung ihrer Arbeit (Art. 62 PG). Ob eine Tätigkeit als Vertretung des Kantons in Organen von dezentralen Einrichtungen bereits durch den *Grundlohn* abgedeckt wird, ist eine Frage des Stellenbeschriebes. Soweit eine solche Aufgabe als zusätzliche erscheint bzw. einen besonderen Einsatz erfordert, kann die Ausrichtung einer *Zulage* angezeigt sein. Diese Zulage kann auch darin bestehen, dass den Personen, welche den Kanton vertreten, erlaubt wird, die Entschädigung zu behalten, welche von der Organisation den Mitgliedern ihrer Leitungsorgane (z.B. in Form von Verwaltungsratshonoraren) ausgerichtet wird. Dieses Vorgehen ist allerdings aus zwei Gründen *nicht unproblematisch*. Zum einen entsteht zumindest der Anschein möglicher *Interessenkonflikte*, weil die Vertreterinnen und Vertreter des Kantons auf die Höhe der Entschädigung Einfluss nehmen können. Es sollte jedenfalls der Eindruck vermieden werden, Mitarbeitende des Kantons, die mit Organfunktionen in einem dezentralen Aufgabenträger betraut sind, würden diese Aufgabe in ihrer „Freizeit" ausüben. Bei der Vertretung des Kantons handelt es sich um eine *amtliche Tätigkeit*. Die Mitarbeitenden sind dazu aufgrund ihrer Aufgabe verpflichtet. Es wäre deshalb u.E. vorzuziehen, den Verwaltungsangehörigen eine Entschädigung auszurichten, welche dem zusätzlichen Aufwand für die Vertretung des Kantons in den Leitungsorganen der verselbstständigten Aufgabenträger entspricht.

XI. Beurteilung der Einsitznahme von Kantonsvertretern in den Leitungsgremien kantonaler Unternehmen und Institutionen aus haftungsrechtlicher Sicht

274 Zur Frage der Haftung von Kantonsvertretern/innen wurde bei der Darstellung der Organisationsformen der Aktiengesellschaft und der Anstalt ausführlich Stellung genommen[159]. Bei öffentlichrechtlichen Organisationen richtet sich die Haftung nach den einschlägigen Regeln im bernischen Personalgesetz, welches eine ausschliessliche Staatshaftung anordnet. Bei Kantonsvertretungen in privatrechtlichen Aktiengesellschaften kollidiert das kantonale Staatshaftungsrecht, welches eine direkte Haftung des Vertreters oder der Vertreterin ausschliesst, mit den entsprechenden Regelungen im Obligationenrecht. Im Falle von auf statutarischer Grundlage entsandten Personen wird die Problematik dadurch entschärft, dass Art. 762 Abs. 4 OR eine mit dem Staatshaftungsrecht im Ergebnis übereinstimmende Regelung vorsieht. Anders sieht die Rechtslage bei gewählten Kantonsvertretungen aus, wo Art. 754 Abs. 1 OR einen direkten Anspruch gegen die Vertreter oder Vertreterinnen vorsieht. Zu lösen ist dieser Konflikt anhand der Kollisionsregel von Art. 61 OR. *Friedli* kommt hierbei zum Ergebnis, dass Art. 754 Abs. 1 OR dem Art. 49 Abs. 1 aPG (heute: Art. 102 Abs. 1 PG) vorgehe[160]. Diese Auffassung wird nicht von allen Gutachtern geteilt. *Friedli* lässt Lehrmeinungen, die namentlich in der Literatur zum Staatshaftungsrecht vertreten werden und einen gegenteiligen Schluss nahe legen[161], ausser Acht. Er führt in seinem Gutachten weiter aus, dass die kantonale Regelung immerhin alternativ herangezogen werden könne. Diese Ansicht ist vertretbar, obwohl die Bestimmung, auf die sich *Friedli* dabei vor allem stützt (Art. 51 Abs. 2 aPG)[162], offenbar nicht in das neue Personalgesetz übernommen worden ist. Wir unterstützen vor allem das Postulat von *Friedli*[163], es sei bei gewählten Kantonsvertretungen in jedem Fall eine individuelle Absicherungsregelung zu treffen.

---

159 Vorne, Rz. 167 ff und Rz. 119 ff.

160 Gutachten vom 14. März 2003, 15 ff.

161 Vgl. die Hinweise in Anm. 82.

162 Gutachten vom 14. März 2003, 16.

163 Gutachten vom 14. März 2003, 19 f., Ergänzung vom 8. April 2003.

H. Schlussbetrachtungen

275 Im Sinne einer Zusammenfassung seien nochmals die Gesichtspunkte festgehalten, die bei der Beantwortung der Frage zu berücksichtigen sind, wie der Kanton Bern seine Interessen gegenüber den Trägern staatlicher Aufgaben ausserhalb der Zentral- und Bezirksverwaltung wahren soll.

276 a) Mit der Dezentralisierung verfolgt der Gesetzgeber bestimmte Zwecke. Er will dem Träger eine gewisse Autonomie einräumen, um eine bessere Aufgabenerfüllung zu ermöglichen. Bei der Wahl der Instrumente der Steuerung muss darauf geachtet werden, dass der Entscheidungsspielraum des Trägers nicht in einer Weise eingeengt wird, dass das Ziel der Dezentralisierung nicht mehr erreicht werden kann. Ist die Art und Weise, wie die Interessen des Kantons gegenüber dem Träger vertreten werden, von erheblicher politischer Bedeutung, so sollte sie der Gesetzgeber zumindest in den Grundzügen selbst regeln.

277 b) Der Kanton kann die Aufgabenerfüllung durch gesetzliche Vorgaben, Bewilligung finanzieller Mittel, Leistungsvereinbarungen, strategische Leitlinien, Weisungen an die Organe der Träger oder finanzielle Anreize beeinflussen. Er kann im Rahmen der Aufsicht korrigierend eingreifen. Das setzt voraus, dass er regelmässig über die Tätigkeiten der Träger informiert wird.

278 c) Die Vertretung der kantonalen Interessen durch Mitglieder der Regierung oder Angehörige der Verwaltung, welche in den Organen des Trägers Einsitz nehmen, erlaubt eine Vernetzung mit der kantonalen Politik und Verwaltung. Sie dient dem gegenseitigen Informations- und Erfahrungsaustausch. Sie kann jedoch zu Interessenkollisionen führen, insbesondere dann, wenn der Kanton auch Regelungs- und Kontrollbefugnisse im betreffenden Aufgabengebiet hat und wenn die öffentlichen Interessen sich mit den Interessen an der Gewinnerzielung nicht vereinbaren lassen.

279 d) Eine Lösung, bei welcher die Autonomie der dezentralisierten Träger öffentlicher Aufgaben respektiert und Interessenkollisionen soweit möglich vermieden werden, besteht darin, die Strategie der Aufgabenerfüllung im Rahmen der Vorgaben des Gesetzgebers durch das zuständige kantonale Organ festzulegen und sachverständige Dritte mit der Vertretung des Kantons in den Organen des Trägers zu beauftragen. Wir empfehlen, in erster Linie diese Möglichkeit der Steuerung, die auch im Bund bevorzugt wird, zu wählen.

280 e) Soll der Kanton in den Leitungsorganen des Trägers durch Mitglieder der Regierung oder Kaderangehörige der Verwaltung vertreten werden, um die zu treffenden Entscheidungen demokratisch zu legitimieren oder die Zusammenarbeit mit der Verwaltung oder die Nutzung ihres Fachwissens zu erleichtern, so muss durch entsprechende Ausstandsbestimmungen dafür gesorgt werden, dass es nicht zu schwerwiegenden Interessenkollisionen kommt.

281 f) Mitglieder des Regierungsrates sollten aus Gründen der Belastung und im Hinblick auf eine stufengerechte Verteilung der Aufgaben nur ausnahmsweise den Leitungsorganen eines Trägers angehören. Gerechtfertigt ist eine Einsitznahme dann, wenn diese Organe politisch wichtige Entscheidungen zu treffen haben.

282 g) Die Frage der Haftung für Schäden spielt bei der Wahl der Steuerungsinstrumente keine wesentliche Rolle. Sie ist aber dann von Bedeutung, wenn der Kanton den von ihm entsandten Mitgliedern in den Leitungsorganen eines privatrechtlich organisierten Trägers Weisungen erteilt, die zu Entscheidungen führen, welche im Widerspruch zu den Interessen des Trägers stehen.

283 h) Bei öffentlichrechtlich organisierten Trägern kann der Kanton die Art der Aufgabenerfüllung durch Gesetz regeln, während er bei privatrechtlichen Organisationen mit den Mitteln des Privatrechts steuern muss. Im Übrigen ist die Rechtsform für die Wahl der Steuerungsinstrumente nicht ausschlaggebend.

284 i) Für die Ausgestaltung der Interessenvertretung wichtig ist dagegen die Art der Aufgabe, welche der dezentralisierte Träger zu erfüllen hat. Bei hoheitlichen Tätigkeiten ist die demokratische Legitimation der Entscheidungen in der Regel wichtiger als bei nicht-hoheitlichen; deshalb ist im ersten Fall die Einsitznahme von Vertreterinnen oder Vertretern der Politik oder der Verwaltung in die Leitungsorgane des Trägers eher angezeigt als im zweiten. Bei gewissen Aufgaben sind für die operative Führung Sachverstand, Erfahrung oder besondere Kenntnisse der Verwaltung notwendig, was sich ebenfalls auf die Art der Steuerung durch den Kanton auswirkt.

285 j) Dient die Autonomie des Trägers (auch) der Wahrung der Unabhängigkeit, so muss dafür gesorgt werden, dass die Art der Vertretung der kantonalen Interessen nicht zu Rollenkonflikten in den Leitungsorganen des Trägers führt.

286 Bei vielen Trägern von staatlichen Aufgaben ausserhalb der Zentralverwaltung spielen mehrere der genannten Kriterien eine Rolle. Der Entscheid über die Methode und die Form der Steuerung durch den Kanton muss deshalb auf einer Abwägung beruhen, welche die Beantwortung von Wertungsfragen voraussetzt. Dabei sind nicht nur rechtliche, sondern auch ökonomische und politische Aspekte zu berücksichtigen. Den zuständigen Behörden steht deshalb ein erheblicher Entscheidungsspielraum offen.

* * *

287 Eine Kurzfassung dieses Gutachtens wird – datiert vom 7. Juni 2007 – separat vorgelegt.

Zürich und Erlinsbach, 7. Juni 2007

Peter Forstmoser

Georg Müller