

Erläuternder Bericht

der Eidgenössischen Finanzverwaltung zum Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates

vom 13. September 2006

Der vorliegende Erläuternde Bericht der Eidg. Finanzverwaltung (EFV) bildet die Grundlage zu den im Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates vom 6. September 2006 gemachten Ausführungen zur Steuerung verselbständigter Einheiten des Bundes. Im ersten Teil enthält der Erläuternde Bericht Ausführungen über die Bedeutung der einzelnen Steuerungselemente, zeigt ihre heutige Ausgestaltung anhand konkreter Beispiele (IGE, Swissmedic, SIR, SERV, Post, Swisscom, SBB, Skyguide, RUAG) sowie den allenfalls daraus resultierenden Optimierungsbedarf auf und leitet 28 Leitsätze ab, die inskünftig bei der organisationsrechtlichen Konzeption und Steuerung verselbständigter Einheiten des Bundes zur Anwendung gelangen sollen. Die Leitsätze werden einzeln begründet und schliesslich anhand der folgenden Aufgabentypen mit Auslagerungseignung¹ aufgabentypenspezifisch konkretisiert:

- «Dienstleistungen mit Monopolcharakter»;
- «Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht» und
- «Dienstleistungen am Markt».

Im zweiten Teil gibt er einen kurzen Überblick über nationale und internationale Regelwerke zu Corporate Governance, die im Hinblick auf die Optimierung der Steuerung verselbständigter Einheiten des Bundes konsultiert worden sind.

¹ Die einzelnen Aufgabentypen werden im Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates vom 6. September 2006 hergeleitet und ausführlich dargestellt. Siehe <http://www.efv.admin.ch/d/news/index.php>

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	5
I. Teil: Steuerungselemente, Leitsätze und aufgabentypische Konkretisierung	8
1 Überblick	8
2 Rechtsform	11
2.1 Einführung	11
2.2 Privatrechtliche Rechtsformen	13
2.2.1 Die privatrechtliche Aktiengesellschaft	13
2.2.2 Andere privatrechtliche Rechtsformen	14
2.3 Öffentlich-rechtliche Organisationsformen	15
2.3.1 Die Anstalt	15
2.3.2 Öffentlich-rechtliche Stiftung	16
2.3.3 Öffentlich-rechtliche Organisationsformen in weitgehender Anlehnung ans Privatrecht	16
2.3.3.1 Überblick	16
2.3.3.2 Spezialgesetzliche Aktiengesellschaft	17
2.4 Heutige Situation	18
2.5 Leitsätze für das Steuerungsmodell	18
2.6 Aufgabentypenbezogene Konkretisierung	19
3 Organe	20
3.1 Einführung	20
3.2 Heutige Situation	22
3.3 Leitsätze für das Steuerungsmodell	24
3.4 Aufgabentypenbezogene Konkretisierung	28
4 Bundesvertreter	29
4.1 Einführung	29
4.2 Heutige Situation	32
4.3 Leitsatz für das Steuerungsmodell	32
4.4 Aufgabentypenbezogene Konkretisierung	33
5 Haftungen	33
5.1 Einführung	33
5.2 Heutige Situation	35
5.2.1 Haftung gemäss Verantwortlichkeitsgesetz (u. a. Ausfallhaftung)	35
5.2.2 Haftung nach Fusionsgesetz	36
5.2.3 Unternehmensspezifische Regelungen der Haftung	36
5.3 Probleme und Mängel der bestehenden Haftungsregelungen	36
5.3.1 Rückgriff auf Organe	36
5.3.2 Haftung in Zusammenhang mit der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht	37
5.4 Leitsätze für das Steuerungsmodell	38
5.5 Aufgabenbezogene Konkretisierungen	41

6 Besondere Kompetenzen	41
6.1 Einführung	41
6.2 Heutige Situation	42
6.3 Leitsätze für das Steuerungsmodell	43
6.4 Aufgabenbezogene Konkretisierungen	45
7 Strategische Ziele	47
7.1 Einführung	47
7.2 Autonomie der verselbständigten Einheit	47
7.3 Einfluss des Bundes als Eigner	48
7.3.1 Inhalt der strategischen Ziele	49
7.3.1.1 Unternehmensbezogene Inhalte	49
7.3.1.2 Aufgabenseitige Inhalte der strategischen Ziele	50
7.4 Heutige Situation	51
7.5 Leitsätze für das Steuerungsmodell	53
7.6 Aufgabentypenbezogene Konkretisierung	56
8 Kontrolle des Bundesrates und Oberaufsicht des Parlaments	57
8.1 Einführung	57
8.2 Kontrolle des Bundesrates	59
8.2.1 Art und Zweck der Kontrolle	59
8.2.2 Grundlagen der Kontrolle	59
8.2.3 Massnahmen bei Fehlentwicklungen	60
8.2.4 Heutige Situation	61
8.2.5 Leitsätze für das Steuerungsmodell	63
8.2.6 Aufgabentypenbezogene Konkretisierung	65
8.3 Parlamentarische Oberaufsicht über die verselbständigten Einheiten	67
8.3.1 Einführung	67
8.3.2 Organe der Oberaufsicht	68
8.3.3 Umfang und Gegenstand der Oberaufsicht	69
8.3.4 Instrumente der Oberaufsicht	69
8.3.4.1 Allgemeine Instrumente	69
8.3.4.2 Spezifische Instrumente	71
8.3.5 Ausgestaltung der Oberaufsicht	72
8.3.5.1 Aufgabentypenbezogene Konkretisierung	73
9 Finanzen und Steuern	74
9.1 Einführung	74
9.2 Heutige Situation	75
9.3 Leitsätze für das Steuerungsmodell	77
9.4 Aufgabenbezogene Konkretisierungen	79
II. Teil: Was ist Corporate Governance?	81
1 Einführung	81
2 Corporate Governance im privaten Sektor	81
2.1 Begriff	81

2.2 Prinzipal-Agent-Beziehungen in Publikumsgesellschaften	82
3 Corporate Governance im öffentlichen Sektor	82
3.1 Begriff	82
3.2 Prinzipal-Agent-Beziehungen bei Staatsbetrieben	83
4 Quellen für die Corporate Governance von Bundesbetrieben	83
4.1 OECD-Richtlinien für die Corporate Governance von Staatsbetrieben	84
4.2 Privatrechtliche Regelungen und Kodexe	84
4.2.1 Obligationenrecht	84
4.2.2 Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance / SWX-Richtlinie betreffend Information zur Corporate Governance	85
4.3 Parlamentsgesetz	85
Literaturverzeichnis	86
Materialienverzeichnis	90

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
BAG	Bundesamt für Gesundheit
BBl	Bundesblatt
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGRB	Bundesgesetz vom 10. Oktober 1997 über die Rüstungsunternehmen des Bundes (SR 934.21)
BJ	Bundesamt für Justiz
BPG	Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (SR 172.220.1)
BSK	Basler Kommentar
BV	Bundesverfassung (SR 101)
BVG	Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (SR 831.40)
ComCom	Eidgenössische Kommunikationskommission
DBG	Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer (SR 642.11)
EBK	Eidgenössische Bankenkommission
EDI	Eidgenössisches Departement des Innern
EFK	Eidgenössische Finanzkontrolle
EFV	Eidgenössische Finanzverwaltung
EleG	Bundesgesetz vom 24. Juni 1902 betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen (Elektrizitätsgesetz, SR 734.0)
E-MuG	Entwurf für ein Bundesgesetz über die Stiftung Schweizerisches Landesmuseum (Landesmuseumsgesetz; BBl 2003 611 ff.)
ETH	Eidgenössische Technische Hochschule
ETH-Gesetz	Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über die Eidgenössischen Technischen Hochschulen (ETH-Gesetz; SR 414.110)
FHG	Bundesgesetz vom 7. Oktober 2005 über den eidgenössischen Finanzhaushalt (Finanzhaushaltgesetz; SR 611.0)
FinDel	Finanzdelegation
FKG	Bundesgesetz vom 28. Juni 1967 über die Eidgenössische Finanzkontrolle (Finanzkontrollgesetz; SR 614.0)
FK-NR	Finanzkommission des Nationalrats
FLAG	Führen mit Leistungsauftrag und Globalbudget
Fn.	Fussnote
FusG	Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; SR 221.301)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung

GPK	Geschäftsprüfungskommission
GPK-S	Geschäftsprüfungskommission des Ständerats
HMG	Bundesgesetz vom 15. Dezember 2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz; SR 812.21)
IGE	Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum
IGEG	Bundesgesetz vom 24. März 1995 über Statut und Aufgaben des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum (SR 172.010.31)
i. V. m.	in Verbindung mit
LFG	Bundesgesetz vom 21. Dezember 1948 über die Luftfahrt (Luftfahrtgesetz; SR 748.0)
m. H./m. w. H.	mit Hinweisen/mit weiteren Hinweisen
N	Note
NBG	Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über die Schweizerische Nationalbank (Nationalbankgesetz; SR 951.11)
NRM	Neues Rechnungsmodell
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development
OR	Obligationenrecht (SR 220)
ParlG	Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz; SR 171.10)
PG	Postgesetz vom 30. April 1997 (SR 783.0)
PKB-Gesetz	Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 über die Pensionskasse des Bundes (PKB-Gesetz; SR 172.222.0)
POG	Bundesgesetz vom 30. April 1997 über die Organisation der Postunternehmung des Bundes (Postorganisationsgesetz; SR 783.1)
PUK	Parlamentarische Untersuchungskommission
RTVG	Bundesgesetzes vom 21. Juni 1991 über Radio und Fernsehen (SR 784.40)
RTVV	Radio- und Fernsehverordnung vom 6. Oktober 1997 (SR 784.401)
RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (SR 172.010)
RVOV	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 (SR 172.010.1)
Rz.	Randziffer
SBB	Schweizerische Bundesbahnen
SBBG	Bundesgesetz vom 20. März 1998 über die Schweizerischen Bundesbahnen (SR 742.31)
SERV	Schweizerische Exportrisikoversicherung
SERVG	Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Schweizerische Exportrisikoversicherung (Exportrisikoversicherungsgesetz; SR 946.10)
SIR	Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SNB	Schweizerische Nationalbank
SR	Systematische Rechtssammlung

ST	Der Schweizer Treuhänder
StHG	Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (SR 642.14)
SuG	Bundesgesetz vom 5. Oktober 1990 über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz; SR 616.1)
SUVA	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt
TUG	Bundesgesetz vom 30. April 1997 über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes (Telekommunikationsunternehmensgesetz; SR 784.11)
UVEK	Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation
UVG	Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung (SR 832.20)
VBS	Eidgenössisches Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport
VFSD	Verordnung vom 18. Dezember 1995 über den Flugsicherungsdienst (SR 748.132.1)
VG	Bundesgesetz vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz; SR 170.32)
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (SR 172.021)
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZGB	Zivilgesetzbuch (SR 210)
Ziff.	Ziffer
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

I. Teil:

Steuerungselemente, Leitsätze und aufgabentypische Konkretisierung

1 Überblick

Der Bund hat eine Vielzahl grundlegend verschiedener Aufgaben zu erfüllen². Mit ihrer Erfüllung betraut ist grundsätzlich die zentrale Bundesverwaltung. Der Bund kann die Aufgabenerfüllung jedoch auch Dritten übertragen und sie dabei beaufsichtigen. Voraussetzung dafür ist eine entsprechende gesetzliche Ermächtigung³. Die Übertragung erfolgt entweder direkt durch das Gesetz (z. B. SUVA⁴) oder durch einen gesetzlich vorgesehenen Vertrag (z. B. Billag⁵). Je nach Art der übertragenen Aufgabe wird zwischen der Beleihung und der Konzession unterschieden: Eine *Beleihung*⁶ liegt vor, wenn Dritten die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben übertragen wird, wie dies der Fall ist bei der Durchführung von Lehrabschlussprüfungen und weiteren Prüfungen durch die Berufsverbände oder bei der Kontrolle der Starkstromanlagen durch den SEV⁷. Mit der Konzessionierung⁸ wird dem Dritten demgegenüber das Recht übertragen, regelmässig eine wirtschaftliche Tätigkeit auszuüben, die wegen eines Monopols oder Regals grundsätzlich dem Gemeinwesen zusteht. Dem Konzessionär werden in der Regel Betriebs- und Leistungspflichten auferlegt. Darin liegt aber keine Übertragung von Verwaltungsfunktionen, wie sie für die Beleihung kennzeichnend ist.

Nicht um eine eigentliche Aufgabenübertragung an Dritte handelt es sich, wenn der Bund einzelne *Leistungen* bei Privaten bzw. bei seinen verselbständigten Einheiten *bestellt*: Gegenstand solcher Bestellungen sind Leistungen, die Dritte an Stelle des Bundes gegenüber der Bevölkerung (z.B. Leistungen im Regionalverkehr) erbringen, oder Leistungen, die die zentrale Bundesverwaltung als Vorleistungen für die von ihr zu erfüllenden Bundesaufgaben benötigt.

Der Bund *in seiner staatlichen Funktion* steuert die Erfüllung der einzelnen Aufgaben primär durch materielle Gesetze und Ausführungserlasse, allenfalls zusätzlich durch Verwaltungsverordnungen (z. B. Weisungen insbesondere gegenüber der Bundesverwaltung) und vertragliche oder verfügte Auflagen (insbesondere gegenüber Konzessionären).

² Zur Definition der Bundesaufgabe und zur Abgrenzung zur Aufgabe im öffentlichen Interesse vgl. HAFNER, 297 f.: Während eine Staatsaufgabe die Konsequenz eines an den Staat gerichteten Auftrags ist, beziehen sich öffentliche Interessen auf die Bedürfnis- und Motivationslage: Öffentliche Interessen weisen darauf hin, dass bestimmte Anliegen für die Allgemeinheit von Vorteil, nutzbringend und "wert"-voll sind. Nicht jedes öffentliche Bedürfnis, nicht jeder Vorteil für die Allgemeinheit ist mit dem Auftrag an den Staat verbunden, dieses Bedürfnis zu befriedigen oder diesen Vorteil zu realisieren. Nicht jedes öffentliche Interesse begründet demzufolge eine staatliche Aufgabe im Sinne einer staatlichen Erfüllungsverantwortung.

³ Art. 178 Abs. 3 BV. Keiner gesetzlichen Ermächtigung bedarf der Bund, wenn er Private für administrative Hilfstätigkeiten bezieht.

⁴ Vgl. Art. 58 bzw. 66 UVG.

⁵ Vgl. Art. 55 Abs. 3 RTVG i. V. m. Art. 48 Abs. 3 RTVV.

⁶ Dazu GYGI, 56 ff.

⁷ Vgl. Art. 21 Ziff. 2 EleG und Verordnung vom 7. Dezember 1992 über das Eidgenössische Starkstrominspektorat (SR 734.24).

⁸ Dazu GYGI, 57. Als Beispiel einer gesetzlich erteilten Konzession sei Art. 10 RTVG erwähnt; Beispiel für eine verfügte Konzession ist Art. 14 FMG. Daneben existieren auch Konzessionen, mit denen wohl ein Recht, nicht jedoch eine Aufgabe übertragen wird; vgl. beispielsweise Art. 1 ff. des Bundesgesetzes vom 23. Juni 1944 über die Konzessionierung der Hausbrennerei (HbrG; SR 680.1).

Zum Teil überträgt der Bund die Aufgabenerfüllung einer Organisation oder einem Unternehmen, an der er Eigentum bzw. eine Haupt- oder Mehrheitsbeteiligung hält, was ihm die Möglichkeit eröffnet, auch *in der Rolle als Eigentümer oder Haupt- bzw. Mehrheitsaktionär* (nachfolgend Eigner) Einfluss auf die Erfüllung der übertragenen Bundesaufgaben zu nehmen. So ist er beispielsweise Eigner des IGE, dem er u. a. die Aufgaben des Patent-, Marken- und Urheberrechtsschutzes übertragen hat, oder er ist Mehrheitsaktionär von Skyguide, die für den Bund die Aufgaben der Flugsicherung erfüllt⁹.

Der Erläuternde Bericht konzentriert sich auf die Rolle des Bundes als Eigner. Er stellt im Kapitel «Steuerungsmodell» 28 Leitsätze auf für die organisationsrechtliche Konzeption solcher mit der Erfüllung von Bundesaufgaben betrauter Organisationen und Unternehmen, deren Eigner der Bund ist. Weil diese Organisationen und Unternehmen vielfach durch Auslagerung und rechtliche Verselbständigung von Verwaltungseinheiten entstanden sind, werden sie nachfolgend «verselbständigte Einheiten» genannt. Das Eigentum bzw. die Beteiligung des Bundes steht in untrennbarer Verbindung mit den Bundesaufgaben, die solchen Einheiten zur Erfüllung übertragen worden sind. Ihre organisationsrechtliche Konzeption hat einerseits die für eine optimale Aufgabenerfüllung nötigen Kompetenzen und Freiräume für die Einheit vorzusehen und andererseits dem Bund *als Eigner* die Kontrolle und den Einfluss zu sichern, die der öffentlichen Zweckbestimmung seines Eigentums bzw. seiner Beteiligung entspricht.

Die Leitsätze werden sodann auf die verselbständigten Einheiten angewandt, die mit der Erfüllung von Aufgaben betraut sind, die den Aufgabentypen «Dienstleistungen mit Monopolcharakter», «Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht» und «Dienstleistungen am Markt» zuzuordnen sind. Mit dieser aufgabentypischen Konkretisierung werden die Leitsätze zur Grundlage für ein aufgabentypenspezifisches Steuerungsmodell des Bundes.

Mit den Leitsätzen bzw. dem Steuerungsmodell soll eine Harmonisierung des Organisationsrechts der verselbständigten Einheiten herbeigeführt werden, was in zweierlei Hinsicht erfolgt:

1. Das Organisationsrecht verselbständigter Einheiten soll inskünftig nicht mehr auf einzelne Aufgaben, sondern auf Aufgabentypen ausgerichtet werden. Damit lässt sich die bisherige Vielzahl organisationsrechtlicher Sonderlösungen auf eine überschaubare Zahl von Organisationsformen reduzieren.
2. Die im Steuerungsmodell aufgestellten Leitsätze tragen dazu bei, dass die Konkretisierung des Organisationsrechts (z. B. Grösse und Zusammensetzung der Organe; Kriterien für die Entsendung von Bundesvertretern usw.) insbesondere im Bereich der Anstalten eine gewisse Standardisierung erfährt.

Die grosse Vielfalt der Bundesaufgaben bedingt jedoch, dass dem Steuerungsmodell nur *Referenzcharakter* zukommt: Es soll künftig zwar auf die organisationsrechtliche Konzeption aller verselbständigten Einheiten des Bundes Anwendung finden, begründete Ausnahmelösungen sollen und müssen jedoch weiterhin möglich bleiben.

Die wichtigsten Beispiele solcher in den Anwendungsbereich des Steuerungsmodells fallenden verselbständigten Einheiten des Bundes sind derzeit die beiden ETH's und ihre Forschungsanstalten, das Institut für Geistiges Eigentum (IGE), das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung, die Post, RUAG, die SBB, die Schweizerische Exportrisikoversicherung (SERV), Skyguide, die SUVA, Swisscom und Swissmedic.

⁹ Vgl. Art. 40 LFG.

Trotz seiner Anknüpfung an die Aufgabentypologie stehen im Zentrum des Steuerungsmodells *nicht Aufgaben* (wie bei den materiellen Gesetzen), sondern *Organisationen und Unternehmen*, die

- rechtlich selbständig und nicht (mehr) Teil der zentralen Bundesverwaltung sind,
- Eigentum bzw. eine Haupt- oder Mehrheitsbeteiligung des Bundes darstellen und
- mit der Erfüllung von ausgelagerten Aufgaben des Bundes betraut sind.

Das Steuerungsmodell setzt sich aus einzelnen, die rechtliche und (betriebs-)wirtschaftliche Konzeption einer verselbständigten Einheit ausmachenden Steuerungselementen zusammen. Der vorliegende Bericht beschränkt sich auf eine Auswahl der als wesentlich erachteten Steuerungselemente. Es sind dies:

- *Rechtsform*¹⁰: Mit der Wahl der Rechtsform wird festgelegt, ob eine ausgelagerte Einheit grundsätzlich dem privaten oder dem öffentlichen Recht untersteht (Kapitel 2). Die Wahl der Rechtsform ist Ausgangspunkt für die Konzeption der weiteren Steuerungselemente: Während diese bei den privatrechtlichen Rechtsformen weitgehend durch das Gesellschaftsrecht vorbestimmt sind, lassen sie sich bei öffentlich-rechtlichen Rechtsformen situativ den besonderen Bedürfnissen des Einzelfalls anpassen.
- *Organe*: Sie sind Teil der Persönlichkeit der juristischen Person und handeln für diese. Von Bedeutung sind dabei neben ihrer Zahl und Funktion bzw. Kompetenzen, Grösse, Zusammensetzung, Wahl und Möglichkeit der Abberufung (Kapitel 3).
- *Bundesvertreter*: Dies sind Dritte oder Mitarbeiterinnen bzw. Mitarbeiter der Verwaltung, die als Mitglied des Verwaltungs- oder Institutsrats aufgrund des Gesetzes, eines Vertrags bzw. über eine Instruktion im Einzelfall *rechtlich* verpflichtet sind, spezifische Interessen des Bundes wahrzunehmen (Kapitel 4).
- *(Organ-)Haftung*: Für Schäden bei Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe richtet sich die Haftung nach Verantwortlichkeitsgesetz – ausser wenn dies explizit im Organisationserlass teilweise oder ganz ausgeschlossen ist –, für Schäden bei Erfüllung einer privaten Aufgabe findet demgegenüber privates Haftungsrecht Anwendung (Kapitel 5).
- *Besondere Kompetenzen*: Es sind dies jene Kompetenzen, die verselbständigte Einheiten nicht zwingend für die Erfüllung des gesetzlichen Unternehmenszwecks benötigen, sondern sich allenfalls begünstigend auf die Zweckerreichung auswirken. Darunter fallen Rechtsetzungskompetenzen, die Kompetenzen zum Eingehen von Kooperationen und Beteiligungen, und die Kompetenz zur Erbringung von kommerziellen Nebenleistungen (Kapitel 6).
- *Unternehmensbezogene und aufgabenseitige Steuerung (strategische Ziele)*: Darunter fallen die zur Steuerung notwendigen Instrumente wie beispielsweise die strategischen Ziele des Bundesrates, mit denen der Bund gezielt und ergänzend zur Gesetzgebung Einfluss auf verselbständigte Einheiten, ihre Aufgaben und deren Erfüllung nimmt (Kapitel 7).

¹⁰ Der Einfachheit halber wird hier auch für die öffentlich-rechtlichen Organisationsformen der Begriff der Rechtsform verwendet. Siehe im weiteren Fn. 11.

- *Kontrolle des Bundesrates und Oberaufsicht des Parlaments*: Darunter sind jene Rechte zu verstehen, aufgrund derer der Bundesrat prüfen kann, ob eine verselbständigte Einheit den rechtlichen und eignerpolitischen Vorgaben entspricht, und die ihm ein Eingreifen bei Fehlentwicklungen ermöglichen. Die Oberaufsicht befasst sich mit der besonderen Stellung, die dem Parlament und seinen Aufsichtskommissionen in Zusammenhang mit verselbständigten Einheiten des Bundes zustehen (Kapitel 8).
- *Finanzen*: Darunter fallen u.a. die Kapitalausstattung der Einheit, ihre Kompetenz, eine eigene Rechnung zu führen, Rechnungslegungsgrundsätze, die Regelung der Gewinnverwendung sowie die Regelung der Steuerpflicht und Garantien (Kapitel 9).

2 Rechtsform

2.1 Einführung

Die Rechts- bzw. Organisationsform bestimmt das organisationsrechtliche Kleid einer verselbständigten Einheit¹¹. Unterschieden wird zwischen privatrechtlichen Rechtsformen und öffentlich-rechtlichen Organisationsformen. Während Privaten nur erstere zur Wahl offen stehen, kann der Bund zwischen beiden Möglichkeiten wählen. Je nach Wahl hat er einen unterschiedlichen Zugang zu Informationen und unterschiedliche Möglichkeiten der Einflussnahme auf die Entwicklung der Einheit. Bei der Wahl einer privatrechtlichen Rechtsform ist die Organisation der zu verselbständigenden Einheit – und damit auch die Einfluss- und Informationsrechte des Bundes als Eigner – vom Privatrecht vorgegeben¹². Demgegenüber kann der Bund bei der Wahl einer öffentlich-rechtlichen Form das Organisationsrecht grundsätzlich selber festlegen. Er kann damit seinen spezifischen Einfluss- und Informationsbedürfnissen, die sich insbesondere aus seiner Rolle als Gewährleister der Aufgabenerfüllung ergeben, Rechnung tragen¹³. Der Bund hat zunächst zwischen den Polen staatliche Beherrschung beziehungsweise Beeinflussung einerseits sowie freie unternehmerische Tätigkeit andererseits zu entscheiden, um die Wahl zwischen öffentlichem und privatem Recht zu treffen.

Im öffentlichen Recht ist die Anstalt die verbreitetste Organisationsform. Bei den privatrechtlichen Rechtsformen steht die (privatrechtliche) Aktiengesellschaft im Vordergrund. Unter den Mischformen zwischen öffentlichem und privatem Recht ist die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft die bedeutendste Erscheinungsform: Es ist dies eine öffentlich-rechtliche Organisationsform, die sich jedoch weitgehend an die privatrechtliche Rechtsform der Aktiengesellschaft anlehnt. Mittels Spezialgesetz kann sich der Bund im Hinblick auf seine Rolle als Eigner Einfluss- und Informationsrechte sichern, die bei einer rein

¹¹ Das Gesellschaftsrecht umschreibt die zulässigen Organisationsformen generell-abstrakt. Deshalb wird hier der Begriff der *Rechtsform* verwendet. Im öffentlichen Recht fehlen entsprechende generell-abstrakte Regelungen der zulässigen Organisationsformen. Das öffentliche Recht kennt keine geschlossene Typologie der Rechtsformen.

¹² Insbesondere bei den Aktiengesellschaften ist ein gegenüber anderen Aktionären privilegierter Zugang des Bundes zu Informationen erschwert.

¹³ Müssen öffentliche Interessen durch Private wahrgenommen werden, so können sie gesichert werden durch im öffentlichen Recht vorgesehene Leitplanken für die privatwirtschaftliche Tätigkeit wie Regelungen des Bundesverwaltungsrechts, Verfügungen in Form von Auflagen und die Aufsicht über deren Einhaltung (dazu NOBEL, 141 ff.; ebenso JAAG, Staat, 398 f.). Zu diesen Leitplanken sind auch die vom Bund im Sinne einer Selbstverpflichtung erlassenen strategischen Ziele zu zählen, mit welchen er offen deklariert, welche Ziele er mit einer Beteiligung zu erreichen wünscht. Vgl. z. B. Art. 6 Abs. 3 TUG.

privatrechtlichen Konzeption nicht möglich wären¹⁴. Solche Mischformen lassen sich grundsätzlich auch bezüglich den andern privatrechtlichen Rechtsformen wie GmbH oder Genossenschaft bilden. Eine solche «Sphärenvermischung» ist jedoch grundsätzlich zu vermeiden¹⁵

Ein allgemeingültiger Kriterienkatalog, nach welchem sich die optimale Rechts- bzw. Organisationsform bestimmen liesse, kann nicht erstellt werden: Neben reinen Zweckmässigkeitsgesichtspunkten¹⁶ sind in mehr oder weniger starkem Ausmass auch die historischen Gegebenheiten und die politischen Rahmenbedingungen zu berücksichtigen¹⁷.

Nachfolgend werden Rechts- und Organisationsformen dargestellt, die grundsätzlich für verselbständigte Einheiten des Bundes in Frage kommen.

OECD-Richtlinien¹⁸

Die Regierungen sollen bestrebt sein, die unternehmensbezogenen Abläufe (*operational practices*) der verselbständigten Einheiten und deren Rechtsform zu vereinfachen und zu vereinheitlichen. Die Rechtsform der verselbständigten Einheiten soll den Gläubigern erlauben, zu klagen und Insolvenzverfahren anhängig zu machen. Bei der Vereinheitlichung der Rechtsform sollen sich die Regierungen so weit als möglich an das Gesellschaftsrecht anlehnen und die Schaffung spezieller Rechtsformen vermeiden, sofern dies für den Zweck der Gesellschaft nicht absolut notwendig ist. Die Vereinheitlichung soll verselbständigte Einheiten mit kommerzieller Tätigkeit erfassen, die in kompetitiven, offenen Märkten auftreten. Ist die Änderung der Rechtsform zu schwierig, kann eine Vereinheitlichung auch herbeigeführt werden, indem spezifische Regelungen auch für verselbständigte Einheiten mit spezieller Rechtsform anwendbar erklärt werden oder indem an die verselbständigten Einheiten appelliert wird, diese spezifischen Regelungen, wie insbesondere Offenlegungspflichten, freiwillig zu erfüllen (Kapitel I Bst. B).

Fusionsgesetz

Werden Institute des öffentlichen Rechts, die im Handelsregister eingetragen und organisatorisch verselbständigt sind, in Rechtsformen des Privatrechts umgewandelt oder findet zwischen Instituten des öffentlichen Rechts eine Vermögensübertragung statt, so sind die Vorschriften des FusG zu beachten, welche die Voraussetzungen und das Verfahren regeln¹⁹.

14 Zu den mit solchen Mischformen einhergehenden, möglichen Problemen FORSTMOSER, Wer «A» sagt, 219 ff.

15 Zu den spezialgesetzlichen Rechtsformen siehe nachfolgend Kapitel 2.3.3.

16 Vgl. dazu die nachfolgenden Ausführungen zu den einzelnen Rechtsformen.

17 Dazu KRÄHENMANN, 135 f., m. w. H.

18 Zu jedem Steuerungselement werden die relevanten Richtlinien der OECD sowie weitere massgebliche Grundlagen aufgeführt.

19 Vgl. Art. 99 ff. FusG. Eine zusammenfassende Darstellung zum Thema Umwandlung von Instituten des öffentlichen Rechts findet sich unter:

VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, <http://www.fusg.ch> – die Internetplattform zum Transaktionsrecht.

2.2 Privatrechtliche Rechtsformen

2.2.1 Die privatrechtliche Aktiengesellschaft

Die Aktiengesellschaft²⁰ ist eine körperschaftlich organisierte Kapitalgesellschaft mit juristischer Rechtspersönlichkeit. In ihr schliesst sich eine Personenmehrheit zur Erreichung eines bestimmten Zwecks zusammen. Der Kapitalbetrag der Aktiengesellschaft ist in den Statuten festgeschrieben. Das Aktienkapital entspricht der Summe der Nennwerte aller Aktien. Es ist mithin eine rein rechnerische Grösse und bedeutet eine Sperrziffer, in deren Höhe Vermögen dauernd an die Gesellschaft gebunden sein soll²¹. Die Aktie ist ein Wertpapier, das ein Miteigentumsrecht an einer AG verbrieft. Durch die Ausgabe von Aktien beschafft sich ein Unternehmen haftendes Eigenkapital; dabei bleibt die Haftung des Kapitalgebers auf seine Einlage beschränkt. Aufgrund der hohen Mobilität hat die Aktie eine grosse Bedeutung als Anlagetitel; ein weiterer Vorteil ist die unproblematische Trennung von Unternehmensleitung und Kapitaleigentum²². Zu ihrer Entstehung bedarf die AG der Eintragung in das Handelsregister; diese ist konstitutiv²³. Die Willensbildung der Aktionäre innerhalb der AG erfolgt in der GV. Für die Beschlussfassung gilt das Mehrheitsprinzip²⁴. Der Aktionär hat ein absolutes Recht auf Gewinnstrebigkeit der AG. Dieses Recht kann nur durch die Gründungsstatuten oder im Rahmen einer späteren Statutenrevision²⁵ entzogen werden²⁶.

Beteiligt sich der Bund wie ein gewöhnlicher Aktionär an einer privatrechtlichen AG, so kommt ihm keine Sonderstellung zu. Es gelangen ihm gegenüber grundsätzlich die gleichen Regeln zur Anwendung wie gegenüber natürlichen oder juristischen Personen des Privatrechts²⁷. Der Bund hat aber die Möglichkeit, gestützt auf Artikel 762 OR Bundesvertreter in privatrechtliche Aktiengesellschaften zu entsenden, an denen er ein öffentliches Interesse hat²⁸ (dazu nachfolgend Kapitel 3.1).

Bei der Umwandlung einer dem öffentlichen Recht unterstehenden Einheit in eine privatrechtliche Aktiengesellschaft ist insbesondere Folgendes zu bedenken:

- Aktiengesellschaften unterliegt der Konkursbetreibung, und zwar auch dann, wenn sie öffentliche Aufgaben erfüllt²⁹;
- Aktiengesellschaften sind im Gegensatz zu Anstalten grundsätzlich steuerpflichtig;
- der Bund verfügt nur über jene Mittel und Wege, um sich Informationen zu beschaffen und seinen Einfluss auf das Unternehmen geltend zu machen, die das Aktienrecht zulässt.

²⁰ Art. 620 ff. OR.

²¹ Vgl. Legaldefinition in Art. 620 Abs. 1 OR und BSK-BAUDENBACHER, Art. 620 OR N 2, 11.

²² BSK-BAUDENBACHER, Vor Art. 620 OR N 1 f., 7 f.

²³ Art. 640, 643 OR.

²⁴ Art. 703 OR. Sowohl bei der privaten wie bei der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft ist fraglich, inwieweit diese Willensbildung stattfinden kann, wenn der Bund Alleinaktionär ist. Diesfalls erfolgt die Willensbildung des Alleinaktionärs Bund im Bundesrat, der damit jedoch nicht Organ der Aktiengesellschaft wird.

²⁵ Erforderlich ist die Zustimmung sämtlicher Aktionäre (Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR).

²⁶ BSK-NEUHAUS/ILG, Art. 660 OR N 7.

²⁷ Vgl. JAAG, Staat, 384.

²⁸ Art. 762 Abs. 1 OR. Dieses Abordnungsrecht muss – wie jede Regelung bzw. Neuregelung in den Statuten – nach Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 OR durch die Generalversammlung genehmigt werden. Gegen den Willen der Generalversammlung kann demzufolge eine solches Entsenderecht nicht festgeschrieben werden. Ein mit Art. 762 OR weitgehend identisches Abordnungsrecht besteht auch bei der Genossenschaft; vgl. Art. 926 OR.

²⁹ JAAG, Staat, 393. Zum Pfändungs- und Verpfändungsverbot von (Verwaltungs-)Vermögen des Staates.

2.2.2 Andere privatrechtliche Rechtsformen

Neben der Aktiengesellschaft sind für verselbständigte Einheiten des Bundes weitere privatrechtliche Rechtsformen denkbar, die jedoch hinsichtlich ihres möglichen Anwendungsbereichs beim Bund weniger bedeutend sind. Deshalb werden sie hier nur kurz dargestellt und nachfolgend nicht mehr weiter behandelt. Es sind allesamt Körperschaften, das heisst mit Rechtspersönlichkeit ausgestattete und vom Wechsel der Mitglieder unabhängige Personengesellschaften:

Die *Genossenschaft*³⁰ bezweckt nicht — wie beispielsweise die Aktiengesellschaft — die Erwirtschaftung eines Gewinns, sondern die Förderung oder Sicherung bestimmter wirtschaftlicher Interessen der Genossenschafter in gemeinsamer Selbsthilfe³¹. Ein Grundkapital (Genossenschaftskapital) ist nicht zwingend erforderlich; die Genossenschaft kann das für den Aufbau nötige Geld auch über periodische Beiträge der Genossenschafter oder über Darlehen Dritter beschaffen. Problematisch für die Interessen des Bundes kann sich insbesondere das zwingende Kopfstimmenprinzip auswirken³²: Jeder Genossenschafter verfügt unabhängig von seiner Kapitalbeteiligung über eine Stimme.

Die *GmbH*³³ verfügt über ein Stammkapital, das mindestens 20 000 Franken beträgt und zwei Millionen nicht übersteigen darf³⁴. Die GmbH kann zum Betrieb eines Handels-, eines Fabrikations- oder eines andern nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes oder zu andern wirtschaftlichen Zwecken gegründet werden. Die maximale Obergrenze des Stammkapitals steht der Wahl der GmbH für zu verselbständigende Einheiten des Bundes bislang entgegen³⁵: Die Einheiten bedürfen vielfach einer deutlich höheren Kapitalausstattung.

Der *Verein*³⁶ ist als Organisationsform zur Verfolgung nichtwirtschaftlicher, d.h. idealer Zwecke ausgestaltet. Alle Mitglieder eines Vereins verfügen über das gleiche Stimmrecht, sofern die Statuten nicht etwas anderes bestimmen³⁷. Wegen seiner personenbezogenen Organisationsstruktur kommt der Verein für zu verselbständigende Einheiten des Bundes kaum in Frage.

Die *Stiftung*³⁸ ist ein rechtlich verselbständigtetes Zweck- oder Sondervermögen. Mit dem Stiftungsvermögen verfolgen die Stiftungsorgane den vom Stifter in der Stiftungsurkunde festgelegten Zweck. Der Stiftungszweck darf von der zuständigen Behörde auf Antrag der Aufsichtsbehörde oder des obersten Stiftungsorgans der Stiftung nur abgeändert werden, sofern ihr ursprünglicher Zweck eine ganz andere Bedeutung oder Wirkung erhalten hat, so dass die Stiftung dem Willen des Stifters offenbar entfremdet worden ist³⁹. Eine Zweckänderung ist seit Anfang 2006 u.a. auch möglich auf Antrag des Stifters oder auf Grund von dessen Verfügung von Todes wegen, wenn in der Stiftungsurkunde eine Zweckänderung vorbehalten worden ist und seit der Errichtung der Stiftung oder seit der letzten vom Stifter

³⁰ Art. 828 ff. OR.

³¹ Einzige zur Zeit bekannte Genossenschaft ist die Schweizerische Gesellschaft für Hotelkredit (vgl. Art. 2 des Bundesgesetzes vom 20. Juni 2003 über die Förderung der Beherbergungswirtschaft; SR 935.12).

³² Art. 854 f. OR.

³³ Art. 772 ff. OR.

³⁴ Art. 773 OR.

³⁵ Mit der Revision des GmbH-Rechts wird die Beschränkung des Stammkapitals auf maximal zwei Millionen Franken gestrichen (BBl 2005 7289). Mit dem Inkrafttreten kann im Verlauf der zweiten Jahreshälfte 2007 gerechnet werden.

³⁶ Art. 60 ff. ZGB.

³⁷ Dazu BSK-HEINI/SCHERRER, Art. 67 ZGB N 4.

³⁸ Art. 80 ff. ZGB.

³⁹ Art. 86 ZGB.

verlangten Änderung mindestens zehn Jahre verstrichen sind. Ist der Stifter eine juristische Person, so erlischt dieses Recht spätestens 20 Jahre nach der Errichtung der Stiftung⁴⁰. Trotz dieser Neuerung weist die Stiftung im Vergleich mit andern Rechts- bzw. Organisationsformen eine gewisse Starrheit und Unbeweglichkeit auf. Deshalb erscheint die Stiftung für Einheiten des Bundes eher weniger geeignet.

2.3 Öffentlich-rechtliche Organisationsformen

Die Wissenschaft unterscheidet zwischen öffentlich-rechtlichen Körperschaften (z. B. Meliorationsgenossenschaften oder Schwellenkorporationen), Anstalten (z. B. IGE, Swissmedic oder Post) und öffentlich-rechtlichen Stiftungen (z. B. Pro Helvetia oder Schweizerischer Nationalpark)⁴¹. Im Gegensatz zum Privatrecht kennt das öffentliche Recht jedoch keine eigentliche Typologie der Rechtsformen. Im Bundesrecht fehlen Bestimmungen, die – vergleichbar mit dem Gesellschaftsrecht - *abstrakt* festhalten, welche organisationsrechtlichen Grundsätze beispielsweise für Anstalten gelten. Jede Anstalt wird durch ihr eigenes Organisationsrecht geregelt; insofern bildet jede Anstalt eine eigene Rechtsform, zugeschnitten auf den konkreten Einzelfall.

2.3.1 Die Anstalt

Die Anstalt ist eine finanziell-organisatorisch selbständige Einheit, der die Erfüllung einer bestimmten öffentlichen Aufgabe obliegt⁴². Verfügt eine Anstalt über eigene Rechtspersönlichkeit, ist sie selbständig; hat sie keine eigene Rechtspersönlichkeit, ist sie unselbständig. Die Anstalt ist nicht konkursfähig⁴³. Sie wird in Bezug auf die direkten Steuern gleich behandelt wie die Verwaltung: Sie ist in der Regel steuerbefreit⁴⁴. Im Gegensatz zu den privatrechtlichen Rechtsformen ist die öffentlich-rechtliche Organisationsform der Anstalt typologisch nicht fixiert. Ihre Ausgestaltung ist demnach sehr offen.

Als staatliche Organisation genießt die selbständige Anstalt politisch in der Regel eine breitere Akzeptanz als ein privatrechtlich organisiertes Unternehmen, da sie organisatorisch leichter dem Bund als Träger zuzuordnen ist. Dies kann insbesondere für die Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben und allenfalls im internationalen Verkehr mit Behörden vorteilhaft sein. Auch bleibt die Möglichkeit der demokratisch-politischen Einflussnahme gewahrt. Nachteilig

⁴⁰ Art. 86a ZGB.

⁴¹ Vgl. u.a. HÄFELIN/MÜLLER, N 1288 ff.

⁴² HÄFELIN/MÜLLER, N 1316. Die Anstalt kann auch umschrieben werden als Verwaltungsträger mit folgenden Merkmalen: a) von einem Gemeinwesen getragen, b) administrativ ausgegliedert, c) mit personellen und sachlichen Mitteln ausgestattet, d) mit Autonomie versehen, e) zur dauernden Erfüllung einer übertragenen Verwaltungsaufgabe bestimmt, f) hat Benutzer, g) bezweckt i. d. R. die Erbringung von Leistungen (so KRÄHENMANN, 130 f., m. ').

⁴³ Die fehlende Konkursfähigkeit leitet sich ab aus dem Grundsatz, dass das (Verwaltungs-)Vermögen des Staates nicht pfänd- und verwertbar ist. Vgl. dazu JAAG, Staat, 392 f. Als nicht konkursfähig werden i. d. R. betrachtet: Gliedstaaten, Gemeinden oder andere öffentliche Körperschaften, aber auch durch besondere Gesetzgebung konstituierte öffentliche Unternehmen (vgl. Botschaft Exportrisikoversicherung, 5825).

⁴⁴ Anstalten genießen unabhängig davon, ob sie einen öffentlichen oder gemeinnützigen Zweck verfolgen, aufgrund ihrer Rechtsform eine steuerliche Sonderstellung. So nimmt Art. 56 Bst. a DBG Anstalten des Bundes von der Pflicht zur Entrichtung der direkten Steuern aus. Allerdings gibt es Ausnahmen von dieser generellen Steuerbefreiung: Nach Art. 13 POG wird die Post, die als selbständige Anstalt des Bundes an sich vollumfänglich steuerbefreit ist, für die Gewinne aus den Wettbewerbsdiensten im Sinne von Art. 9 PG besteuert.

ins Gewicht fällt, dass die Anstalt als staatliches Unternehmen auf Tätigkeiten beschränkt ist, welche durch die Gesetzgebung vorgegeben sind⁴⁵. Sollen neu erkannte Aufgaben rasch angepackt, die Betriebstätigkeit ausgeweitet bzw. Kunden bedürfnisorientiert bedient werden, stösst eine Anstalt tendenziell schneller an ihre Grenzen, als dies bei einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft der Fall ist.

2.3.2 Öffentlich-rechtliche Stiftung

Selbständige öffentlich-rechtliche Stiftungen⁴⁶ weisen eine sehr grosse Ähnlichkeit zu den selbständigen Anstalten auf. Sie haben eine eigene Rechtspersönlichkeit und dienen der Erfüllung einer bestimmten öffentlichen Aufgabe. Charakteristisch bei der Stiftung ist das rechtlich verselbständigte Zweck- oder Sondervermögen, das im Sinne des Stiftungszwecks zu Gunsten der sogenannten Destinatäre (Leistungsempfänger) eingesetzt wird⁴⁷.

2.3.3 Öffentlich-rechtliche Organisationsformen in weitgehender Anlehnung ans Privatrecht

2.3.3.1 Überblick

Die organisationsrechtliche Struktur einzelner verselbständigter Einheiten hat der Bund in weitgehender Anlehnung ans Privatrecht konzipiert. Die bekanntesten Beispiele sind Swisscom und SBB: Ihre öffentlich-rechtliche Organisationsform wird aufgrund der weitgehenden Anlehnung ans Aktienrecht als «spezialgesetzliche Aktiengesellschaft» bezeichnet.

Mittels Organisationserlass («Spezialgesetz») kann der Bund sich namentlich Einfluss- und Informationsrechte sichern, die bei einer ausschliesslich privatrechtlichen Konzeption nicht möglich wären⁴⁸. Solche Organisationsformen lassen sich grundsätzlich zu jeder privatrechtlichen Rechtsform bilden.

Da die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft aktuell für den Bund die bedeutendste Rechtsform in weitgehender Anlehnung ans Privatrecht darstellt, soll nachfolgend nur sie ausführlich erläutert werden.

⁴⁵ Verändert sich das Umfeld beispielsweise aufgrund einer fortschreitenden Liberalisierung und dadurch auch der Charakter der Leistungen – weg von der Erfüllung öffentlicher Aufgaben und hin zur vermehrten (fiskalischen) Wettbewerbstätigkeit (Beispiel: Entwicklung des Postmarktes) – wäre dies Anlass zur Überdenkung der bestehenden Rechtsform.

⁴⁶ Betreffend öffentlich-rechtliche Stiftungen vgl. Art. 59 ZGB.

⁴⁷ Unselbständige öffentlich-rechtliche Stiftungen werden auch als Spezialfonds bezeichnet (vgl. Art. 52 FHG). Beispiel: Sozialfonds für Verteidigung und Bevölkerungsschutz (vgl. Verordnung vom 5. Mai 1999 über den Sozialfonds für Verteidigung und Bevölkerungsschutz [SR 611.021]).

⁴⁸ So kann der Organisationserlass einer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft beispielsweise den Verwaltungsrat verpflichten, die strategischen Ziele des Bundesrates umzusetzen. Bei einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft können die strategischen Ziele des Bundesrates für den Verwaltungsrat nicht rechtlich verbindlich erklärt werden.

2.3.3.2 Spezialgesetzliche Aktiengesellschaft

Die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft⁴⁹ wird anders als eine gemäss Art. 620 ff. OR konzipierte privatrechtliche AG unmittelbar durch Gesetzesakt geschaffen. Neben das jeweilige Spezialgesetz, den sogenannten Organisationserlass, treten die Statuten (deren Funktion allerdings teilweise vom Organisationserlass übernommen wird) und – ergänzend – die aktienrechtlichen Vorschriften des Obligationenrechts⁵⁰. Die spezialgesetzliche AG weist eine dualistische Natur auf: Ihre Tätigkeit bzw. Leistungserbringung erfolgt im Rahmen des öffentlichen Rechts, und auch die Organisationsform wird öffentlich-rechtlich festgelegt, wobei aber eine privatrechtliche Rechtsform weitgehend übernommen bzw. an eine solche angelehnt wird. Sofern keine klaren Regelungen bestehen, richtet sich die Organisation der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft vermutungsweise in erster Linie nach der Regelung im Organisationserlass und erst in zweiter Linie nach den Bestimmungen des Aktienrechts. Dieses wird in solchen Fällen zu subsidiärem öffentlichem Recht⁵¹.

Aufgrund der dualistischen Natur ist die spezialgesetzliche AG weder ein staatlicher Betrieb noch ein rein privatwirtschaftliches Unternehmen. Da sie – wie die öffentlich-rechtliche Anstalt – an einen öffentlich-rechtlichen Organisationserlass gebunden ist, ist sie weniger flexibel und ausbaufähig als die privatrechtliche Aktiengesellschaft. Auch ist sie weniger weit von der Politik entfernt als jene: Die spezialgesetzliche Regelung impliziert ein Mindestmass an staatlicher Einflussnahme, die in der Regel einseitig-hoheitlich erfolgt, was einer körperschaftlichen Willensbildung – d. h. Willensbildung durch die Aktionäre – nicht entspricht. Bei der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft bestehen aufgrund ihrer dualistischen Natur zum Teil Probleme in der Rechtsanwendung, weil nicht klar geregelt ist, welches Recht wann zum Zug kommt⁵². Die dualistische Natur der spezialgesetzlichen AG wirft auch die Frage auf, ob die Gesellschaft tatsächlich als Körperschaft – d. h. als willensbildende Personenverbindung zu qualifizieren ist. In ihrem Modelltypus bleibt die spezialgesetzliche AG eine Organisation des öffentlichen Rechts. Jede spezialgesetzliche AG ist überdies für sich ein Sonderfall, da der Organisationserlass eine einzelfallbezogene Ausprägung aufweist und keinem einheitlichen öffentlich-rechtlichen Muster folgt.

Die Organisationsform der spezialgesetzlichen AG eröffnet dem Bund die Möglichkeit, staatliche Aufgaben unter finanzieller Beteiligung von Dritten (auch Privaten) zu erfüllen und diesen gleichzeitig die aktienrechtlich vorgesehenen Mitbestimmungsrechte einzuräumen. Die spezialgesetzliche AG ist jedoch nicht uneingeschränkt privatisierungsfähig, weil aufgrund ihres dualistischen Charakters eine Beteiligung des Staates impliziert ist.

⁴⁹ Im vorliegenden Zusammenhang geht es nur um die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft gestützt auf das Bundesrecht. Diese ist nicht zu verwechseln mit der spezialgesetzlichen «Aktiengesellschaft» des kantonalen öffentlichen Rechts gemäss Art. 763 OR, auf welche das Aktienrecht – als Privatrecht – nicht anwendbar ist.

⁵⁰ Vgl. VOGEL, 418 Ziff. 2, m. '.; HÄFELIN/MÜLLER, N 1488.

⁵¹ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER, N 304; VOGEL, 418 Ziff. 2.

⁵² So fehlt beispielsweise eine (explizite) Regelung, ob für die Beurteilung von Verantwortlichkeitsansprüchen Zivilgerichte oder Verwaltungsinstanzen zuständig, welche Rechtsgrundlagen zur Beurteilung der Verantwortlichkeit massgebend und welches die Folgen eines – theoretisch möglichen – Konkurses bzw. einer – ebenfalls möglichen – Überschuldung sind (wer erstattet wem Meldung und wer trifft welche Vorkehren?).

2.4 Heutige Situation

Unter den öffentlich-rechtlichen Organisationsformen kommt die selbständige Anstalt am häufigsten zur Anwendung. Beispiele dafür sind Alkoholverwaltung⁵³, IGE, Swissmedic, SIR, Post und SERV⁵⁴.

Bei den privatrechtlichen Rechtsformen ist die Aktiengesellschaft am verbreitetsten. Beispiele privatrechtlicher Aktiengesellschaften, die Bundesaufgaben wahrnehmen, sind Skyguide und RUAG⁵⁵.

Spezialgesetzliche Aktiengesellschaften sind Swisscom und SBB. Swisscom ist zudem börsenkotiert⁵⁶.

2.5 Leitsätze für das Steuerungsmodell

1. Leitsatz

Für verselbständigte Einheiten, die Bundesaufgaben erfüllen, ist grundsätzlich die öffentlich-rechtliche Organisationsform der selbständigen Anstalt vorzusehen. Die Rechtsform der privatrechtlichen Aktiengesellschaft ist nur vorzusehen für Einheiten:

- a) die mit der Mehrzahl ihrer Leistungen am (allenfalls regulierten) Markt auftreten;
- b) die die Voraussetzungen zur wirtschaftlichen Selbständigkeit erfüllen;
- c) die nicht hoheitlich handeln; und
- d) an denen sich Dritte beteiligen können sollen.

Andere privatrechtliche Rechtsformen bzw. öffentlich-rechtliche Organisationsformen in weitgehender Anlehnung an das Privatrecht sind nur in begründeten Ausnahmefällen zu wählen.

Zur verlangten Harmonisierung in der Steuerung verselbständigter Einheiten gehört u. a. eine Beschränkung der zulässigen Rechtsformen. Deshalb sollen für verselbständigte Einheiten des Bundes grundsätzlich nur noch die öffentlich-rechtliche Organisationsform der Anstalt oder die privatrechtliche Rechtsform der Aktiengesellschaft vorgesehen werden. Die Vielfalt der Bundesaufgaben bedingt jedoch, dass Ausnahmen vom Grundsatz möglich bleiben müssen: Andere öffentlich-rechtliche Organisations- und privatrechtliche Rechtsformen sind zulässig, soweit sich die Notwendigkeit dafür begründen lässt.

Zurückhaltung ist insbesondere bei der Wahl Organisationsformen zu üben, die sich weitgehend an privatrechtliche Rechtsformen anlehnen. Diese erlauben zwar auf den Einzelfall zugeschnittene Lösungen. Ihre dualistische Natur ist jedoch problematisch: Insbesondere kann unklar bleiben, welches Recht – privates oder öffentliches Recht – anwendbar ist. Wird eine solche Organisationsform gewählt, soll nur so weit von den privatrechtlichen Bestimmungen abgewichen werden, als dies unabdingbar ist.

Die Wahl einer öffentlich- bzw. privatrechtlichen Rechtsform ist davon abhängig zu machen, in welchem Bereich der Rechtsordnung – Privatrecht oder öffentliches Recht? – und in

⁵³ Die Alkoholverwaltung stellt einen Spezialfall dar: Sie besitzt trotz gesetzlich zuerkannter Rechtspersönlichkeit keine Organe und ist damit als juristische Person nicht handlungsfähig.

⁵⁴ Weitere Beispiele: SUVA, Publica.

⁵⁵ Vgl. Art. 1 Abs. 2 und Art. 3 Abs. 1 BGRB.

⁵⁶ Auch die Schweizerische Nationalbank (SNB) ist eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft, die börsenkotiert ist. Der Bund ist jedoch nicht Aktionär der SNB.

welchem Umfeld – Monopol oder Markt? – sich die zu verselbständigende Einheit bewegen wird und welche Form des Handelns – öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche?– zur Anwendung gelangen sollen. Wird dieser Grundsatz nicht beachtet und verfolgt der Staat seine ausschliesslich oder mehrheitlich öffentlichen Interessen in einem privatrechtlichen, auf Gewinn ausgerichteten Unternehmen, kommt es unweigerlich zu Interessenkollisionen⁵⁷.

Die Mehrzahl der Bundesaufgaben hat Monopolcharakter und wird vielfach über allgemeine Steuermittel (mit-)finanziert. Die solche Aufgaben erfüllenden, verselbständigten Einheiten handeln mehrheitlich auf der Basis des öffentlichen Rechts. Der Gewinnstrebigkeit sind bei Monopolaufgaben Grenzen gesetzt, bei gebührenfinanzierten Aufgaben ist sie sogar unzulässig. Deshalb liegt für solche Einheiten die öffentlich-rechtliche Organisationsform der Anstalt nahe. Wo hingegen verselbständigte Einheiten sich weitgehendst über Preise am (allenfalls regulierten) Markt finanzieren und damit die Voraussetzungen für die wirtschaftliche Selbständigkeit aufweisen, ist die Wahl einer privatrechtlichen Rechtsform sinnvoll. Eine Einheit, die überwiegend am Markt tätig ist, jedoch für die Erfüllung einzelner Aufgaben nach wie vor auf finanzielle Beiträge des Bund angewiesen ist, erfüllt die Voraussetzungen der privatrechtlichen Aktiengesellschaft nicht. Für sie ist die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft vorzusehen, wenn sie Drittinvestoren zugänglich gemacht werden soll. Soweit dies nicht der Fall ist, ist die Organisationsform der Anstalt zu wählen.

2.6 Aufgabentypenbezogene Konkretisierung

Für *Einheiten mit Dienstleistungen mit Monopolcharakter* und für *Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht* ist die Anstalt die zweckmässige Organisationsform. Mit ihr lassen sich dem Bund hinreichende Einfluss- und Informationsrechte sichern, was insbesondere bei den Einheiten mit Dienstleistungen mit Monopolcharakter von Bedeutung ist. Diese Dienstleistungen werden nicht durch den Markt gesteuert und bedürfen damit einer Steuerung durch den Bund als Eigentümer, welche die gesetzlichen Vorgaben konkretisiert. Auch der Umstand, dass viele dieser Dienstleistungen mit allgemeinen Steuermitteln unterstützt werden, bedingt, dass dem Bund weitgehende Einfluss- und Informationsrechte zustehen. Bei den Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht entspricht die Rechtsform der Anstalt dem öffentlich-rechtlichen Auftrag, den diese Einheiten wahrnehmen. Der hoheitliche Charakter ihrer Aufgaben legt zudem nahe, dass der Bund allein Eigner ist.

Insbesondere Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht verfügen vielfach nicht über eine organisatorische Grösse, die ihre rechtliche Verselbständigung und Überführung in eine Anstalt rechtfertigen würde. In einem solchen Fall wäre zu prüfen, ob mehrere solche Einheiten mit Synergiepotential in einer Anstalt zusammengefasst werden könnten⁵⁸. Denkbar ist auch, für solche Einheiten (weiterhin) die Organisationsform der Behördenkommission vorzusehen. Behördenkommissionen sind jedoch rechtlich nicht verselbständigt und deshalb auch nicht Organisationen oder Unternehmen im hier diskutierten Sinne⁵⁹. Die Besonderheit der Behördenkommissionen liegt darin, dass sie in der Erfüllung ihrer Aufgaben unabhängig sein können, in der Verwaltung ihrer Ressourcen jedoch der

⁵⁷ Vgl. FORSTMOSER, Wer «A» sagt, 219 ff., mit Beispielen von Interessenkonflikten.

⁵⁸ Geprüft werden könnte eine Zusammenführung beispielsweise bei ComCom und PostReg.

⁵⁹ Die Leitsätze des vorliegenden Berichts lassen sich jedoch sinngemäss auf Behördenkommissionen anwenden.

zentralen Bundesverwaltung gleichgestellt bleiben und damit beispielsweise entsprechenden Budgetrestriktionen unterstehen⁶⁰.

Einheiten mit Dienstleistungen am Markt bieten ihre Leistungen am (allenfalls regulierten) Markt an. Sie erfüllen das Kriterium der wirtschaftlichen Selbständigkeit auch dann, wenn sie vom Bund Abgeltungen für konkrete, bestellte Leistungen beziehen. Deshalb ist für sie die Rechtsform der privaten Aktiengesellschaft vorzusehen.

Die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft ist hingegen dort vorzusehen, wo eine Einheit mit Dienstleistungen am Markt wohl mit der Mehrzahl ihrer Leistungen die Voraussetzungen der wirtschaftlichen Selbständigkeit erfüllt, jedoch zur Erfüllung eines einzelnen *Aufgabenbereichs* auf eine finanzielle Unterstützung des Bundes angewiesen ist (Beispiel: SBB). Mit dieser Organisationsform lässt sich einerseits die Möglichkeit von Drittinvestoren eröffnen. Andererseits sollen die spezialgesetzlichen Abweichungen vom Aktienrecht dem Bund als Eigner den mit der finanziellen Unterstützung einhergehenden, erhöhten Bedarf nach Einfluss und Kontrolle sichern.

3 Organe

3.1 Einführung

Gemäss zivilrechtlicher Konzeption handelt eine juristische Person durch ihre Organe. Diesen kommt demnach eine doppelte Funktion zu: Nach innen besorgen sie die Leitung und die Geschäftsführung und nach aussen die Vertretung. Die Organe geben den Willen der juristischen Person originär zum Ausdruck. Sie sind Teil der Persönlichkeit der juristischen Person. Ihr Verhalten und ihr Wissen werden der juristischen Person grundsätzlich zugerechnet (vgl. Art. 54 f. ZGB)⁶¹.

Formelle Organe sind die im Gesetz, den Statuten und Reglementen explizit genannten Organe⁶². Daneben gibt es die faktischen oder materiellen Organe. Sie nehmen in der internen Organisation einer juristischen Person eine Stellung ein, die sie unabhängig von einer formellen Bestellung als Organ tatsächlich und in massgebender Weise an der Willensbildung der juristischen Person teilnehmen lässt⁶³. Zu nennen sind etwa Personen, die faktisch die Funktion eines Geschäftsführers ausüben, indem sie etwa diesem vorbehalten Entscheidungen treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend beeinflussen. Aber auch Personen, die kraft ihrer Stellung (z. B. der Staat als Mehrheitsgesellschafter) dem formell eingesetzten Geschäftsführer Weisungen betreffend die Geschäftsführung erteilen, können als faktische Organe qualifiziert werden^{64 65}.

⁶⁰ Vgl. Art. 8 Abs. 2 und Art. 24 Abs. 3 RVOV.

⁶¹ Vgl. etwa TUOR et al., 138.

⁶² Das OR schreibt für die privatrechtliche Aktiengesellschaft zwingend die Generalversammlung, den Verwaltungsrat und die externe Revisionsstelle als formelle Organe vor. Die Organisationserlasse der meisten Anstalten des Bundes sehen einen Verwaltungs- oder Institutsrat, eine externe Revisionsstelle und einen Direktor/eine Direktorin als formelle Organe vor.

⁶³ Vgl. etwa FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 19 N 18; TUOR et al., 138 f., m. w. H..

⁶⁴ So die Rechtsprechung: BGE 128 III 92, 117 II 432, 114 V 78, 114 V 213, 107 II 353 f.

⁶⁵ Ziff. 5.1 des Vernehmlassungsberichts zum Gesamtpaket Swisscom/Post von 2001 sah für den Bund zur Erhaltung seines Einflusses spezialgesetzliche Mitwirkungsrechte im Bereich der Beteiligungen und Kooperationen vor. Macht der Bund von solchen Sonderrechten Gebrauch und wirkt er auf die Entscheidungen der Unternehmungen ein, riskiert er, in einem Schadenfall aufgrund *faktischer Organstellung* zur Verantwortung gezogen zu werden. Als faktisches Organ kann der Bund auch qualifiziert werden, wenn er kraft seiner Stellung als Mehrheitsgesellschafter dem formell als Organ eingesetzten Geschäftsführer Weisungen betreffend die Geschäftsführung erteilt und so massgeblich

Der Bund kann indirekt Einfluss auf eine verselbständigte Einheit nehmen, indem er Grösse und Zusammensetzung der Organe vorgibt, die Mitglieder wählt respektive abberuft und die Kompetenzverteilung zwischen den Organen einerseits und gegenüber dem Bund andererseits festlegt.

OECD-Richtlinien

Der Staat soll die Verwaltungsräte verselbständigter Einheiten ihre Aufgaben erfüllen lassen und ihre Unabhängigkeit respektieren. Wenn der Staat kontrollierender Eigner ist, ist er in der speziellen Lage, den Verwaltungsrat ohne die Zustimmung anderer Aktionäre wählen zu können. Damit verbunden ist ein hoher Grad an Verantwortung für die Auswahl und Ernennung der Verwaltungsräte. Um mögliche Interessenkonflikte zu minimieren, soll die Eigner-Einheit es in diesem Verfahren vermeiden, eine übermässige Anzahl von Verwaltungsräten aus der staatlichen Verwaltung zu wählen. Dies ist vor allem wichtig für verselbständigte Einheiten in Teilbesitz des Staates und in kompetitiven Märkten (Kapitel II Bst. C).

Vselbständigte Einheiten, insbesondere die grossen, sollen jährlich einer unabhängigen externen Revision nach internationalen Standards unterzogen werden. Das Vorhandensein einer spezifischen staatlichen Kontrolle ersetzt eine unabhängige externe Revision nicht (Kapitel V Bst. C). Vselbständigte Einheiten sollen denselben Rechnungslegungs- und Offenlegungsstandards unterstellt sein wie kotierte Gesellschaften. Grosse oder kotierte verselbständigte Einheiten sollen finanzielle und nicht-finanzielle Informationen nach international anerkannten Standards offen legen (Kapitel V Bst. D).

Verwaltungsratsmitglieder sollen über die notwendige Autorität, Kompetenz und Sachlichkeit verfügen, um ihre Funktion der strategischen Führung und der Überwachung des Managements wahrzunehmen. Sie sollen integer handeln und für ihr Handeln verantwortlich sein (Kapitel VI Ingress). Verwaltungsratsmitgliedern soll ein klares Mandat erteilt werden; ihnen soll die höchste Verantwortung für das gesellschaftliche Handeln übertragen werden. Der Verwaltungsrat soll dem Eigner gegenüber umfassend verantwortlich sein, im besten Interesse der Gesellschaft handeln und alle Aktionäre gleich behandeln (Kapitel VI Bst. A). Der Verwaltungsrat verselbständigter Einheiten soll so zusammengesetzt sein, dass er in der Meinungsbildung objektiv und unabhängig ist. Das Präsidium soll vom CEO getrennt sein. Alle Verwaltungsräte sollen in einem transparenten Wahlverfahren gewählt werden und darauf verpflichtet sein, im besten Interesse der Gesellschaft zu handeln. Um die Objektivität von Verwaltungsräten verselbständigter Einheiten zu erhöhen, soll eine genügende Anzahl kompetenter, nicht am Management beteiligter Verwaltungsräte gewählt werden, die in der Meinungsbildung unabhängig sind. Sie sollen die für ihr Amt notwendige Kompetenz und Erfahrung aufweisen und vorzugsweise dem privaten Sektor entstammen. Alle Verwaltungsratsmitglieder sollen Interessenkonflikte dem Verwaltungsrat gegenüber offen legen. Dieser entscheidet darüber, wie mit dem Konflikt umgegangen wird (Kapitel VI Bst. C).

auf die Willensbildung der Gesellschaft Einfluss nimmt (zur Definition der faktischen Organe vgl. vorne Ziff. 3.1). Die Statuierung solcher spezialgesetzlichen Mitwirkungsrechte bzw. das Auftreten des Bundes als faktisches Organ – z. B. in Form von Weisungserteilungen als Mehrheitsaktionär – sind aufgrund des damit verbundenen Haftungsrisikos zu vermeiden.

Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance

Anzustreben ist eine ausgewogene Zusammensetzung des Verwaltungsrats (Rz. 12). Der Verwaltungsrat soll so klein sein, dass eine effiziente Willensbildung möglich ist, und so gross, dass seine Mitglieder Erfahrung und Wissen aus verschiedenen Bereichen ins Gremium einbringen und die Funktionen von Leitung und Kontrolle unter sich verteilen können. Dem Verwaltungsrat sollen Personen mit den erforderlichen Fähigkeiten angehören, damit eine eigenständige Willensbildung im kritischen Gedankenaustausch mit der Geschäftsleitung gewährleistet ist. Eine Mehrheit besteht in der Regel aus Mitgliedern, die im Unternehmen keine operativen Führungsaufgaben erfüllen.

Jedes Mitglied von Verwaltungsrat (und Geschäftsleitung) ordnet seine persönlichen und geschäftlichen Verhältnisse so, dass Interessenkonflikte mit der Gesellschaft möglichst vermieden werden. Tritt ein Interessenkonflikt auf, so benachrichtigt das betroffene Verwaltungsratsmitglied (oder der Geschäftsleitung) den Verwaltungsratspräsidenten. Der Präsident bzw. Vizepräsident beantragt einen der Intensität des Interessengegensatzes entsprechenden Entscheid des Verwaltungsrats; dieser beschliesst unter Ausstand des Betroffenen. Wer der Gesellschaft entgegengesetzte Interessen hat oder solche Interessen für Dritte vertreten muss, tritt bei der Willensbildung in den Ausstand. Eine Person, die in einem dauernden Interessenkonflikt steht, kann dem Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung nicht angehören (Rz. 16).

3.2 Heutige Situation⁶⁶

Die *Aktiengesellschaften* Swisscom, SBB, Skyguide und RUAG verfügen über die vom OR (für privatrechtliche Aktiengesellschaften) zwingend vorgeschriebenen Organe (Generalversammlung, Verwaltungsrat, externe Revisionsstelle) und über ein operativ verantwortliches Organ⁶⁷. Die Generalversammlung wählt den Verwaltungsrat und die externe Revisionsstelle, der Verwaltungsrat das geschäftsführende Organ. Die Mitglieder der Organe können jederzeit durch ihr Wahlorgan abberufen werden. Das Aktienrecht räumt sowohl der Generalversammlung⁶⁸ wie dem Verwaltungsrat⁶⁹ Kompetenzen ein, die nicht delegierbar sind. Der Verwaltungsrat und das geschäftsführende Organ sind bei Swisscom, SBB und Skyguide personell vollständig getrennt, obwohl das OR dies nicht zwingend vorschreibt.

⁶⁶ Ausgewiesen werden im Folgenden die Erscheinungsformen der Anstalten IGE, Swissmedic, SIR und Post und SERV sowie die Erscheinungsformen der Aktiengesellschaften Swisscom, SBB, RUAG und Skyguide.

⁶⁷ Bei Swisscom und Skyguide heisst das operativ verantwortliche Organ Geschäftsleitung, bei den SBB Generaldirektion und bei den RUAG Konzernleitung.

⁶⁸ Unübertragbare Kompetenzen der Generalversammlung sind nach Art. 698 Abs. 2 OR: 1. die Festsetzung und Änderung der Statuten; 2. die Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrats und der Revisionsstelle; 3. die Genehmigung des Jahresberichtes und der Konzernrechnung; 4. die Genehmigung der Jahresrechnung sowie die Beschlussfassung über die Verwendung des Bilanzgewinnes, insbesondere die Festsetzung der Dividende und der Tantieme; 5. die Entlastung der Mitglieder des Verwaltungsrates; 6. die Beschlussfassung über die Gegenstände, die der Generalversammlung durch das Gesetz oder die Statuten vorbehalten sind.

⁶⁹ Unübertragbare Aufgaben des Verwaltungsrats sind nach Art. 716a OR 1. die Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der nötigen Weisungen; 2. die Festlegung der Organisation; 3. die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung, sofern diese für die Führung der Gesellschaft notwendig ist; 4. die Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung und der Vertretung betrauten Personen; 5. die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen.

Bei den hier näher geprüften *Anstalten* übernimmt der Bundesrat als Eigner die Funktion der Generalversammlung, ohne allerdings den Status eines formellen Organs innezuhaben. Er wählt die Organe der Anstalten, d.h. Verwaltungs- oder Institutsrat, geschäftsführendes Organ und externe Revisionsstelle^{70 71}. Einzig bei der Post und bei der SERV wird das geschäftsführende Organ nicht durch den Bundesrat, sondern durch den Verwaltungsrat gewählt; zudem hat die externe Revisionsstelle der Post nicht den Status eines formellen Organs. Der Verwaltungs- oder Institutsrat ist je nach Anstalt unterschiedlich gross, was sich allerdings in den seltensten Fällen mit dem Umfang seiner Kompetenzen oder der Besonderheit und Grösse der Anstalt begründen lässt⁷². Je nach Anstalt fallen auch die Kompetenzen der Organe sehr unterschiedlich aus, so insbesondere diejenigen des Verwaltungs- oder Institutsrats⁷³ und die der externen Revisionsstelle⁷⁴. Eine Abberufung von Mitgliedern des Verwaltungsrats und der externen Revisionsstelle aus wichtigen Gründen ist bei der SERV vorgesehen⁷⁵. Bei der Post können aus wichtigen Gründen die Mitglieder des Verwaltungsrats abberufen werden. Der Direktor des IGE kann ohne Beschränkung auf wichtige Gründe, dafür unter Vorbehalt der arbeitsrechtlichen Vereinbarungen mit dem Institut abberufen werden. In allen übrigen Fällen ist die Möglichkeit der Abberufung von Anstaltsorganen während der Amtsdauer nicht vorgesehen.

Explizit äussert sich kein Organisationserlass einer Anstalt zur Treuepflicht ihrer Organe bzw. zum Verfahren bei Konflikten zwischen den Interessen der Anstalt und den privaten bzw. beruflichen Interessen einzelner Organmitglieder. Die Ausstandspflicht bei Anstalten richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz⁷⁶. Für die Mitglieder von Verwaltungsrat und

⁷⁰ Einen Direktor/eine Direktorin als operativ verantwortliches Organ haben IGE, Swissmedic, SIR, SERV; eine aus mehreren Personen bestehende Geschäftsleitung die Post.

⁷¹ Das SIR hat keine externe Revisionsstelle. Dies erübrigt sich, weil das SIR über keine eigene Rechnung verfügt. Das SIR verfügt verglichen mit den andern hier näher untersuchten Anstalten über die grösste Zahl von Organen. Gemäss Art. 5 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1978 über das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung (SR 425.1) sind dies der Institutsrat, der Ausschuss, der Direktor und die Direktion.

⁷² IGE: 9 Mitglieder; Swissmedic: 7 Mitglieder, SIR: 15 Mitglieder (Mindestgrösse), Landesmuseum: 5 bis 7 Mitglieder, SERV: 7 bis 9 Mitglieder, Post: aktuell 10 Mitglieder. Zum Vergleich: Swisscom: aktuell 10 Mitglieder, SBB: aktuell 9 Mitglieder; Skyguide: 7 Mitglieder, RUAG: 7 Mitglieder.

⁷³ Häufig scheint der Kompetenzkatalog des Verwaltungs- oder Institutsrat weniger dessen innerbetrieblichen Abgrenzung zum geschäftsführenden Organ zu dienen als vielmehr der kompetenzmässigen Abgrenzung der Anstalt gegenüber dem Bund.

⁷⁴ So legt Art. 6 IGEG fest, dass die externe Revisionsstelle die Rechnungsführung zu überprüfen habe. Nach Art. 74 HMG hat die Revisionsstelle zu prüfen: (a) die Rechnungsführung, (b) die Berichterstattung über die Einhaltung von Leistungsauftrag und Leistungsvereinbarung, (c) das richtige Funktionieren der Planungs-, Kontroll- und Berichtssysteme. Art. 11 Abs. 2 POG legt lediglich fest, dass «für die Prüfung von Jahres- und Konzernrechnung der Post (...) eine besonders befähigte externe Revisionsstelle» beauftragt würde. Art. 26 SERVG sieht vor, dass die externe Revisionsstelle die Rechnungsführung und die Jahresrechnung sowie die vom Verwaltungsrat vorgelegte Darstellung der Eigenwirtschaftlichkeit prüft.

⁷⁵ Die Abberufung von Verwaltungsrat und externer Revisionsstelle aus wichtigen Gründen folgt aus Art. 22 Abs. 3 SERVG. Der bundesrätliche Entwurf zum SERVG sah neben der Wahl auch die Abberufung des Direktors durch den Bundesrat vor (vgl. Entwurf Bundesgesetz über die Schweizerische Exportrisikoversicherung, BBl 2004 5855). Das Parlament entschied sich für eine Wahl des Direktors durch den Verwaltungsrat. Eine Abberufung des Direktors aus wichtigen Gründen ist nicht mehr explizit im Organisationserlass vorgesehen; sie ist aber im Rahmen der rechtlichen Regelung des Anstellungsverhältnisses möglich.

⁷⁶ Art. 10 i.V.m. Art. 1 Abs. 2 Bst. c VwVG sieht die Ausstandspflicht bei Anstalten vor für Personen, die eine Verfügung zu treffen oder diese vorzubereiten haben, wenn sie in der Sache ein persönliches Interesse haben, mit einer Partei in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grade verwandt oder verschwägert oder durch Ehe, Verlobung oder Kindesannahme verbunden sind, Vertreter einer Partei sind oder für eine Partei in der gleichen Sache tätig waren, oder aus anderen Gründen in der Sache befangen sein könnten. Diese Regelung gilt aufgrund der Rechtsprechung auch für ausserhalb der Verwaltung angesiedelte, beratende Fachgremien und -kommissionen bzw. deren Mitglieder,

Geschäftsleitung von Aktiengesellschaften schreibt Art. 717 OR die Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft vor. Zum Stimmrechtsausschluss braucht es den «intensiven Interessenkonflikt, (...), eine Situation, in der der (einzelne) Verwaltungsrat mit seiner Stimmabgabe der Gesellschaft in dem Umfange schadet, in dem er seinen eigenen Interessen (oder den sonst von ihm vertretenen Drittinteressen) nützt»⁷⁷. Die Ausstandspflicht eines Verwaltungsrats, der in einem konkreten Geschäft mit Interessenkonflikten behaftet ist, sieht das Aktienrecht heute nicht direkt vor⁷⁸.

Bei IGE und Swissmedic nimmt die Eidgenössische Finanzkontrolle neben ihrer Funktion als oberstes Finanzaufsichtsorgan des Bundes auch die Funktion der externen Revisionsstelle wahr.

3.3 Leitsätze für das Steuerungsmodell

2. Leitsatz

Verselbständigte Einheiten des Bundes verfügen über schlanke Strukturen und klare Kompetenzregelungen zwischen den Organen.

Schlank ist eine Organisationsstruktur, die nicht über *mehr oder grössere* Organe verfügt als notwendig. Die tatsächlich notwendige Organstruktur lässt sich nicht abstrakt bestimmen, sondern muss mit Rücksicht insbesondere auf die Grösse und Komplexität der verselbständigten Einheit und ihrer Aufgaben festgelegt werden. Deshalb beschränkt sich der Leitsatz darauf, *schlanke* Strukturen vorzuschreiben.

Eine grosse Zahl von Organen erschwert die innerbetriebliche Funktions- und Verantwortungszuteilung und beeinträchtigt die Entscheid- und Handlungsfähigkeit der Organisation oder des Unternehmens. Deshalb sollen verselbständigte Einheiten des Bundes nicht über mehr Organe verfügen, als notwendig. Das heisst, dass grundsätzlich von drei Organen bei Anstalten (Verwaltungs- oder Institutsrat, Geschäftsleitung, Externe Revisionsstelle) und vier Organen bei Aktiengesellschaften (Generalversammlung, Verwaltungsrat, Geschäftsleitung, Externe Revisionsstelle) auszugehen ist; nur in begründeten Ausnahmefällen sind weitere Organe vorzusehen.

Je grösser die Organe sind, desto leichter lassen sie sich zwar nach vielfältigen, u.a. in Artikel 9 der Kommissionenverordnung genannten Kriterien (Interessengruppen, Geschlecht, Sprachen, Regionen und Altersgruppen) zusammensetzen⁷⁹. Umgekehrt verlieren diese Organe mit zunehmender Grösse ihre Entscheid- und Handlungsfähigkeit. Ein Verwaltungsrat soll so klein sein, dass eine effiziente Willensbildung möglich ist, und so gross, dass seine Mitglieder Erfahrung und Wissen aus verschiedenen Bereichen ins Gremium einbringen und die Funktion von Leitung und Kontrolle unter sich verteilen können^{80 81}. Bei verselbständigten

welche nicht unmittelbar mit dem Erlass von Verfügungen betraut sind (Bsp. Eidgenössischen Arzneimittelkommission; BGE 119 V 456 E. 5).

⁷⁷ BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 635.

⁷⁸ Art. 717 Abs. 1 OR spricht von den «guten Treuen», mit denen die Interessen der Gesellschaft zu wahren seien (BÖCKLI, Aktienrecht, 1818 Fn. 325).

⁷⁹ Verordnung vom 3. Juni 1996 über ausserparlamentarische Kommissionen sowie Leitungsorgane und Vertretungen des Bundes (SR 172.31).

⁸⁰ Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, Kap.II Rz. 12 al. 1.

⁸¹ Der Verwaltungs- oder Institutsrat und die Geschäftsleitung von Anstalten und Aktiengesellschaften können für die Vorbereitung und Ausführung ihrer Beschlüsse Ausschüsse bilden, denen jedoch keine Entscheidungskompetenz zukommt.

Einheiten des Bundes ist grundsätzlich ein Verwaltungs- oder Institutsrat von sieben bis maximal neun Mitgliedern vorzusehen.

Jedes Organ soll über diejenigen Kompetenzen bzw. Rechte und Pflichten verfügen, die seiner innerbetrieblichen Funktion entsprechen⁸². Die Kompetenzen der Organe sind so festzulegen, dass im Sinne von *checks and balances* ein optimales Zusammenwirken zwischen ihnen gewährleistet ist und Doppelspurigkeiten vermieden werden können⁸³.

3. Leitsatz

Die Organe verselbständigter Einheiten sind grundsätzlich voneinander personell unabhängig.

Die personelle Unabhängigkeit ist eine wesentliche Voraussetzung dafür, dass jedes Organ die ihm zustehenden Kompetenzen in der hierzu nötigen Objektivität ausüben und der ihm obliegenden Verantwortung tatsächlich entsprechen kann. Andernfalls sind Interessenkonflikte namentlich bei Ausübung der Aufsichts- und Kontrollarbeit denkbar. In jedem Fall personell unabhängig von den übrigen Organen hat die externe Revisionsstelle zu sein. Die Einsitznahme eines einzelnen Mitglieds der Geschäftsleitung im Verwaltungs- oder Institutsrat sollte jedoch im Sinne einer Ausnahme dann zulässig sein, wenn dies aus betriebspezifischen Interessen geboten ist. Geboten kann die Einsitznahme eines Geschäftsleitungsmitglieds nur sein, wenn der Verwaltungs- oder Institutsrat zwingend über vertiefte Kenntnisse des geschäftlichen Alltags verfügen muss, um seinen Pflichten dauerhaft entsprechen zu können, oder bei umfassenden Restrukturierungen. In letzterem Fall ist die Einsitznahme des Geschäftsleitungsmitglieds nur vorübergehend geboten - das heisst bis zum Abschluss respektive bis zur Konsolidierung des Restrukturierungsprozesses.

4. Leitsatz

Bei Anstalten wählt der Bundesrat den Verwaltungs- oder Institutsrat sowie die externe Revisionsstelle. Die ein- oder mehrköpfige Geschäftsleitung von Anstalten wird durch den Verwaltungs- oder Institutsrat unter Vorbehalt der bundesrätlichen Genehmigung gewählt. Die Genehmigung des Bundesrates entfällt bei Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht.

Als Eigner der Anstalt soll der Bundesrat wie bis anhin deren Leitungsorgan und die externe Revisionsstelle wählen. Die Geschäftsleitung steht innerbetrieblich unter der Aufsicht des Verwaltungs- oder Institutsrats. Bei den meisten Anstalten steht heute jedoch nicht diesem, sondern dem Bundesrat das Recht zu, die Geschäftsleitung zu wählen. Diese Regelung steht in Widerspruch zum Kongruenzprinzip, wonach sich Aufgabe, Kompetenz und Verantwortung entsprechen sollen. Deshalb soll auch bei Anstalten – entsprechend dem Aktienrecht – der Verwaltungs- oder Institutsrat die Geschäftsleitung wählen, beaufsichtigen und allenfalls auch

Für die Bildung von Ausschüssen des Verwaltungsrats *mit* Entscheidungskompetenz sind bei Aktiengesellschaften die Voraussetzungen von Art. 716 Abs.1 OR zu beachten: Es braucht eine in den Statuten enthaltene Ermächtigung der Generalversammlung; die Delegation von Kompetenzen des Verwaltungsrats muss im Organisationsreglement umschrieben sein. Sinngemäss sind diese formellen Voraussetzungen auch bei Anstalten zu beachten. Zudem steht diesen Ausschüssen Entscheidungskompetenz nur in jenen Bereichen zu, die nicht dem Verwaltungsrat gemäss Art. 716a OR als Gesamtorgan unübertragbar zugewiesen sind (Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 29 N 29).

⁸² Daraus folgt beispielsweise, dass der Organisationserlass einer Anstalt dem Verwaltungs- oder Institutsrat nicht Aufgaben zugewiesen sollte, die aufgrund ihres operativen Charakters richtigerweise der Geschäftsleitung zustehen müssten.

⁸³ Der Grundsatz von *checks and balances* besagt, dass Führung und Kontrolle zueinander in einem Gleichgewicht stehen müssen.

abberufen können. Abweichend von der aktienrechtlichen Regelung soll er jedoch sein Wahl- und Abberufungsrecht unter Vorbehalt der bundesrätlichen Genehmigung ausüben. Dieser Grundsatz soll jedoch nur für jene Anstalten gelten, die Dienstleistungen mit Monopolcharakter erbringen. Anders verhält es sich bei den Anstalten, die Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht erfüllen: Wie bei den Aktiengesellschaften soll hier der Verwaltungs- oder Institutsrat abschliessend für die Wahl des geschäftsleitenden Organs zuständig sein. Damit wird die Unabhängigkeit dieser Anstalten bei der konkreten Aufgabenerfüllung unterstrichen.

5. Leitsatz

Der Bund erstellt ein Anforderungsprofil, das die für eine eigenständige sowie sach- und fachgerechte Willensbildung nötigen Voraussetzungen des Verwaltungs- oder Institutsrats definiert. Der Bundesrat übt sein Wahlrecht auf der Grundlage dieses Anforderungsprofils aus und sorgt für eine angemessene Vertretung der Interessen des Bundes im Verwaltungs- oder Institutsrat verselbständigter Einheiten.

Aktuell richtet sich die Bestellung von Mitgliedern eines Verwaltungs- oder Institutsrats bei Anstalten nach der Kommissionenverordnung, die insbesondere eine nach Interessengruppen, Geschlecht, Sprachen, und Regionen ausgewogene Zusammensetzung vorsieht⁸⁴. Aus Sicht einer guten Corporate Governance müssen jedoch andere Faktoren höher gewichtet werden: Einem Leitungsorgan sollen nur Personen angehören, die über die erforderlichen Fähigkeiten für eine eigenständige Willensbildung im kritischen Gedankenaustausch mit dem operativ verantwortlichen Organ verfügen⁸⁵. Zudem sollen im Verwaltungs- oder Institutsrat die Interessen des Bundes als Eigner angemessen vertreten sein.

Welche Fähigkeiten erforderlich sind, lässt sich nur unter Berücksichtigung des konkreten Aufgabenportefeuilles eines Verwaltungs- oder Institutsrats feststellen⁸⁶. Allgemein muss gelten, dass der Verwaltungsrat neben fach- bzw. branchenspezifischem auch über betriebswirtschaftliches Know how verfügen muss. Mit Rücksicht auf die Verantwortung für die Jahresrechnung müssen die Mitglieder von Verwaltungs- oder Institutsräten auch mit dem Finanz- und Rechnungswesen vertraut sein: Sie müssen eine Bilanz, eine Erfolgsrechnung und Erläuterungsberichte der Revisionsstelle verstehen und in der Lage sein, konkrete Schlüsse daraus zu ziehen⁸⁷. Der Bund soll deshalb sein Wahlrecht gestützt auf ein an den Verwaltungs- oder Institutsrat zu stellendes Anforderungsprofil ausüben.

Allein die fachlichen Fähigkeiten der Mitglieder bieten keine Gewähr, dass der Verwaltungs- oder Institutsrat die mit dem Eigentum bzw. mit der Haupt- oder Mehrheitsbeteiligung verfolgten Interessen des Bundes tatsächlich wahrnimmt. Die vom Bund gewählten Mitglieder sollten sich deshalb mit der Stossrichtung der strategischen Ziele des Bundesrates identifizieren können und bereit sein, ihr Engagement im Leitungsorgan auf deren Umsetzung auszurichten.

⁸⁴ Art. 18 Abs. 2 i. V. m. Art. 9 der Verordnung vom 3. Juni 1996 über ausserparlamentarische Kommissionen sowie Leitungsorgane und Vertretungen des Bundes (Kommissionenverordnung; SR 172.31). Art. 1 der Verordnung hält fest, dass die Kommissionenverordnung gilt, soweit andere Vorschriften des Bundesrechts keine besonderen Regelungen enthalten.

⁸⁵ Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, Kap.II Rz. 12 al. 2.

⁸⁶ So schliesst beispielsweise der Verwaltungsrat der SERV unter Vorbehalt der bundesrätlichen Zuständigkeit Versicherungen ab und legt die Risikopolitik fest (Art. 24 Abs. 3 Bst. f und i SERV). Diese beiden Kompetenzen bedingen ein sehr spezifisches Wissen.

⁸⁷ Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 39.

Andere Kriterien, wie dasjenige der Ausgewogenheit nach Art. 9 der Kommissionenverordnung, sind demgegenüber bei der Zusammensetzung eines Verwaltungs- oder Institutsrats sekundär.

6. Leitsatz

Die Mitglieder des Verwaltungs- oder Institutsrats sowie der Geschäftsleitung wahren die Interessen der verselbständigten Einheit. Bei Interessenkonflikten tritt ein Mitglied in den Ausstand. Dauerhafte Interessenkonflikte schliessen eine Mitgliedschaft im Verwaltungs- oder Institutsrat sowie in der Geschäftsleitung aus.

Von einem Verwaltungs- oder Institutsrat einer Anstalt muss erwartet werden können, dass er bzw. seine Mitglieder die Interessen der Anstalt wahren. Mit der expliziten Verpflichtung auf die Interessen der verselbständigten Einheit erfährt dieses Organ eine klare Abgrenzung von politischen Gremien, in denen Interessen der Bevölkerung, der Wirtschaft, einzelner Regionen usw. vertreten werden (sollen)⁸⁸. Bei den Aktiengesellschaften ergibt sich die Treuepflicht bereits aufgrund des Aktienrechts.

Die Gefahr von Interessenkonflikten im Verwaltungs- oder Institutsrat lässt sich vielfach nicht abstrakt im Vorfeld der Wahl erkennen bzw. beheben, sondern muss im geschäftlichen Alltag angegangen werden können⁸⁹. Deshalb sieht der Leitsatz die Ausstandspflicht des von Interessenkonflikten betroffenen Mitglieds im konkreten Einzelfall und den Austritt bzw. allenfalls den Ausschluss bei dauerhaften Interessenskonflikten vor. Diese Bestimmung entspricht in den Grundzügen dem Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance⁹⁰. Bei Anstalten und spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften lässt sich dieser Leitsatz mit Aufnahme im jeweiligen Organisationserlass implementieren⁹¹.

Bei privatrechtlichen Aktiengesellschaften sorgt der Bund als Eigner für die Aufnahme dieser oder sinngemässer Bestimmungen in den Statuten bzw. im Organisationsreglement.

7. Leitsatz

Mitglieder von Organen einer Anstalt können während der Amtsdauer aus wichtigen Gründen abberufen werden.

Allein mit der Bestellung von Organen ist deren optimales Funktionieren keineswegs gewährleistet. So können sich einzelne ihrer Mitglieder beispielsweise aufgrund veränderter Umstände im inner- oder ausserbetrieblichen Kontext als nicht mehr geeignet erweisen. Wie bereits bei den Aktiengesellschaften ist deshalb auch bei Anstalten die Möglichkeit der Abberufung von Organmitgliedern während der Amtsdauer vorzusehen. Das Abberufungsrecht ist das notwendige Korrelat zum Wahlrecht und ist deshalb auch bei den Anstalten im Organisationserlass konsequent vorzusehen. Der Bundesrat erhält damit gegenüber den von ihm gewählten Organmitgliedern ein griffiges, aber mit Blick auf das

⁸⁸ Diese Interessen sind vom Bundesrat als Eigentümer mittels der strategischen Ziele einzubringen.

⁸⁹ Das Fachwissen beschränkt sich in verschiedenen Bereichen auf einen kleinen verfügbaren Personenkreis, der zudem wegen des Milizcharakters von Verwaltungs- oder Institutsräten aktiv im Berufsleben steht. Konflikte zwischen mandatsbezogenen und beruflichen bzw. privaten Interessen sind demnach immanent.

⁹⁰ Siehe Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, 12, Ziff. 16.

⁹¹ Eine weitere Konkretisierung des Vorgehens bei auftretenden Interessenkonflikten hat im Organisationsreglement der Anstalt bzw. in den Statuten der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft zu erfolgen.

Aktienrecht bekanntes Instrument, seiner Verantwortung als Eigner besser entsprechen zu können.

8. Leitsatz

Stellung, Prüfständigkeit und Adressaten der Berichterstattung der externen Revisionsstelle von Anstalten bestimmen sich sinngemäss nach Aktienrecht.

Die Organisationserlasse der Anstalten regeln die externe Revisionsstelle rudimentär und teilweise suboptimal⁹². Auch mit den besten fachlichen Voraussetzungen kann die externe Revisionsstelle ihr Prüfmandat schwerlich professionell ausüben, wenn ihre Stellung und ihr Zuständigkeitsbereich dies nicht ermöglichen⁹³. Zudem verliert ihre Arbeit an Wirksamkeit, wenn sie nicht jenen Organen oder Behörden Bericht erstatten kann, die die Ergebnisse der Revision für ihre Entscheide zwingend benötigen.

Das Aktienrecht regelt die externe Revision umfassend, ausgerichtet auf neuste Erfordernisse⁹⁴. Diese Bestimmungen sind deshalb sinngemäss auf die Anstalten des Bundes anzuwenden. Die materielle Anpassung ans Privatrecht rechtfertigt denn auch die Verwendung des Begriffs der externen Revision in Zusammenhang mit den Anstalten. Zudem lassen sich mit dieser Neuerung u.a. Doppelspurigkeiten zu der im Rahmen der allgemeinen Finanzaufsicht prüfenden EFK vermeiden. Dies schliesst nicht aus, dass die Eidgenössische Finanzkontrolle auch weiterhin in begründeten Fällen mit dem Mandat der externen Revisionsstelle betraut werden kann.

3.4 Aufgabentypenbezogene Konkretisierung

Einheiten, die Dienstleistungen mit Monopolcharakter erfüllen, verfügen über schlanke Strukturen mit klaren Kompetenzregelungen. Die Organe sind grundsätzlich personell voneinander getrennt. Die Mitglieder des Verwaltungs- oder Institutsrats sowie die Revisionsstelle wählt der Bundesrat, die Geschäftsleitung wird unter Vorbehalt der bundesrätlichen Genehmigung durch den Verwaltungs- oder Institutsrat gewählt. Bei der Wahl der Mitglieder des Verwaltungs- oder Institutsrats sorgt der Bundesrat dafür, dass das Leitungsorgan über das nötige fachliche und betriebliche Wissen verfügt, und dass die Interessen des Bundes angemessen vertreten sind. Neu sollen die Mitglieder des Verwaltungs- oder Institutsrats sowie der Geschäftsleitung einer gesetzlichen Treuepflicht gegenüber der Anstalt unterstehen. Bei Interessenkonflikten haben sie in den Ausstand zu treten; dauerhafte

⁹² Gemäss aktienrechtlicher Konzeption soll die externe Revisionsstelle garantieren, dass das Einsichtsrecht der Aktionäre und Gläubiger in die Jahresrechnung nicht durch Präsentation unvollständiger oder falscher Zahlen entleert wird. Zudem soll durch die Revisionsstelle eine gewisse generelle Überwachung des Verwaltungsrats erreicht werden (so BSK-PEDROJA/WATTER, Art. 727 OR N 1).

⁹³ Einzelne Organisationserlasse sehen beispielsweise vor, dass die externe Revisionsstelle die Einhaltung des Leistungsauftrags und der Leistungsvereinbarung zu prüfen habe (so Art. 74 HMG). Damit überlappt die Zuständigkeit der externen Revisionsstelle diejenige des Fachdepartements einerseits und diejenige der EFK andererseits. Ein ausgedehnter Prüfauftrag gewährleistet möglicherweise eine umfassende Prüfung, die jedoch aufgrund der Dreifachzuständigkeit kaum als effizient bezeichnet werden kann. (Zu) kurz fällt demgegenüber der Prüfauftrag der externen Revisionsstelle des IGE aus. Sie hat gemäss Art. 6 IGEG lediglich die Rechnungsführung zu prüfen.

⁹⁴ Die Revision des Obligationenrechts vom 7. Oktober 2005 (vgl. BBl 2005 5963) sieht unter anderem eine Präzisierung der Aufgaben der externen Revisionsstelle und der fachlichen Anforderungen an Revisorinnen und Revisoren vor. Zudem wird die Unabhängigkeit der Revisorinnen und Revisoren geregelt und verschärft, um Interessenkollisionen weitmöglichst zu verhindern.

Interessenkonflikte stehen einer Organmitgliedschaft entgegen. Aus wichtigen Gründen können Organmitglieder während laufender Amtsdauer abberufen werden. Unter sinngemässer Anwendung des Aktienrechts sind sodann Prüfungszuständigkeit und Adressat der externen Revisionsstelle festzulegen.

Die *Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht* unterscheiden sich nur in zwei Punkten von den Einheiten, die Dienstleistungen mit Monopolcharakter erbringen: Zum einen ist der Verwaltungs- oder Institutsrat abschliessend für die Wahl der Geschäftsleitung zuständig. Eine bundesrätliche Genehmigung der Wahl ist hier nicht vorgesehen. Zum andern ist das Mandat der externen Revision *zwingend* durch die EFK auszuführen, wenn private Revisionsgesellschaften zum Kreis der durch diese Einheiten Beaufsichtigten gehören⁹⁵.

Auf die *Einheiten mit Dienstleistungen am Markt* sind – ergänzend zu den aktienrechtlichen Bestimmungen – alle nicht explizit auf Anstalten begrenzte Grundsätze anzuwenden: So sind schlanke Strukturen vorzusehen. Bei der Bestellung des Verwaltungsrats ist darauf hinzuwirken, dass das Organ über ein hinreichendes Know-how zur Ausübung seiner innerbetrieblichen Oberleitungsfunktion verfügt, und dass die Interessen des Bundes angemessen im Verwaltungsrat vertreten sind. In Ergänzung des Aktienrechts setzt sich der Bund für die Aufnahme von Bestimmungen in den Statuten ein, die das Verfahren bei Interessenkonflikten im Verwaltungsrat bzw. in der Geschäftsleitung regeln. Bei den spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft können entsprechende Bestimmungen im Organisationserlass vorgesehen werden.

4 Bundesvertreter

4.1 Einführung

Als Eigentümer bzw. Haupt- oder Mehrheitsaktionär ist der Bund bei der Wahl des Verwaltungs- oder Institutsrats immer in einer entscheidenden Position. Insofern kann die Mehrzahl der Mitglieder eines Verwaltungs- oder Institutsrats als Vertreter des Bundes bezeichnet werden. Bundesvertreter im engeren Sinn sind jene Mitglieder, die vertraglich oder gesetzlich *verpflichtet* sind, in diesem Organ die Interessen des Bundes zu vertreten. Mit den sogenannten *Bundesvertretern* steht dem Bund ein besonderes Instrument der Einflussnahme und Informationsbeschaffung offen: Der Bund kann einen Bundesvertreter rechtlich *verpflichten*, spezifische Interessen des Bundes zu vertreten. Zudem ist der Bundesvertreter dem Bundesrat gegenüber informationspflichtig. Bundesvertreter können Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der zentralen Bundesverwaltung oder Dritte sein.

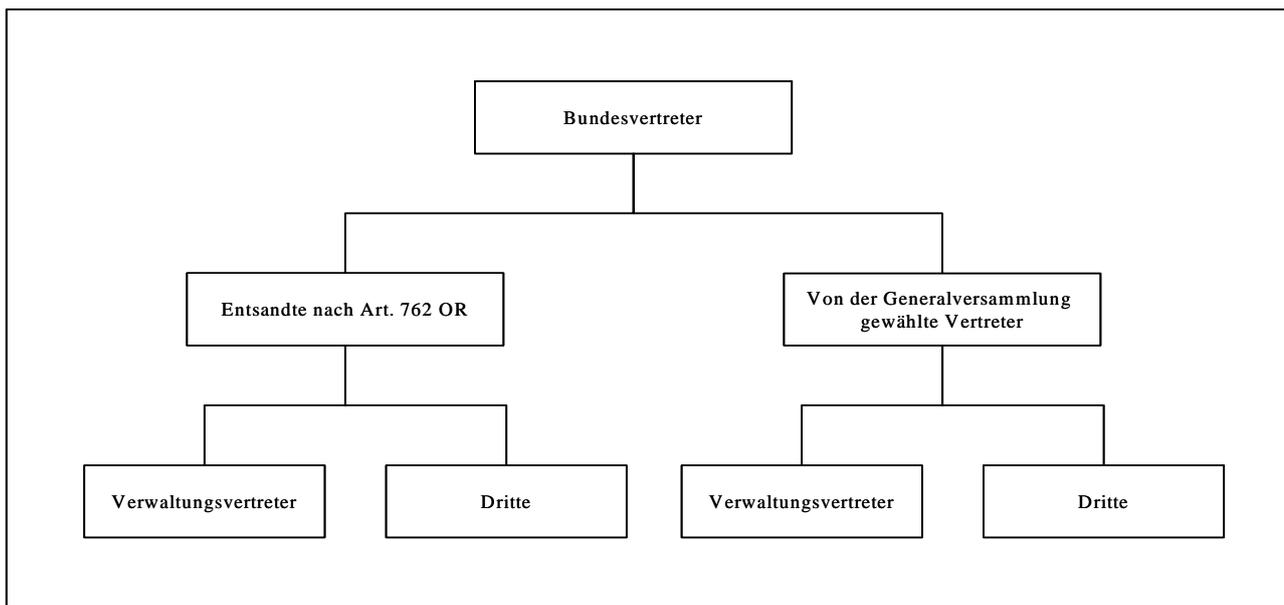
Grundsätzlich sind bei den Aktiengesellschaften zwei Arten von Bundesvertretern zu unterscheiden: die nach Art. 762 OR vom Bundesrat entsandten⁹⁶ und die von der Generalversammlung nach Art. 698 OR gewählten.

⁹⁵ Dies ist beispielsweise der Fall bei der künftig als Anstalt konzipierten Eidgenössischen Revisionsaufsichtsbehörde gemäss dem Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren (Revisionsaufsichtsgesetz, RAG; BBl 2005 7349).

⁹⁶ Die Statuten von Aktiengesellschaften, an denen Bund, Kantone, Bezirke oder Gemeinden ein öffentliches Interesse haben, können diesen, unabhängig davon, ob sie Aktionär sind oder nicht, ein statutarisches Recht auf Entsendung von Vertretern in den Verwaltungsrat (oder die Revisionsstelle) einräumen (Art. 762 Abs. 1 OR). Dieses Abordnungsrecht muss – wie jede Regelung bzw. Neuregelung in den Statuten – nach Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 OR durch die Generalversammlung genehmigt werden. Gegen den Willen der Generalversammlung kann demzufolge eine solches Entsenderecht

nicht festgeschrieben werden. Ein mit Art. 762 OR weitgehend identisches Abordnungsrecht besteht auch bei der Genossenschaft; vgl. Art. 926 OR.

Grafik 1: Bundesvertreter bei privatrechtlichen Aktiengesellschaften



Die Mitglieder des Verwaltungs- oder Institutsrats von Anstalten wählt der Bundesrat. Auch hier sind Bundesvertreter möglich: Der Bundesrat kann explizit Mitglieder des Verwaltungs- oder Institutsrats als Bundesvertreter wählen.

Bundesvertreter können gemäss Art. 19 der Kommissionenverordnung⁹⁷ über die Gesetzgebung⁹⁸, aufgrund eines speziellen Vertrags (Mandat) und / oder aufgrund einer Anweisung im konkreten Einzelfall instruiert sein, spezifische Interessen des Bundes zu vertreten. Indem der Bundesrat den Bundesvertretern bezüglich wichtiger Fragen Instruktionen erteilt, kann er seine Vorstellungen direkt in den Verwaltungs- oder Institutsrat einer verselbständigten Einheit einbringen.

Ein Bundesvertreter hat die gleichen Rechte und grundsätzlich auch die gleichen Pflichten wie die «normalen» Mitglieder des Verwaltungs- oder Institutsrats. Insbesondere ist auch er verpflichtet, die Interessen der verselbständigten Einheit zu wahren⁹⁹. Diese können jedoch in Widerspruch stehen zu den zu vertretenden Bundesinteressen. Diesfalls entsteht für die Bundesvertreter ein sogenannter «doppelter Pflichtnexus»¹⁰⁰. Solche Interessenkonflikte sind bei den der Gewinnstrebigkeit verpflichteten Aktiengesellschaften wahrscheinlicher als bei Anstalten, deren Zweck tendenziell eher auf die vom Bund zu verfolgenden öffentlichen Interessen ausgerichtet ist¹⁰¹.

Soweit die vom Bundesvertreter im Verwaltungs- oder Institutsrat eingebrachten Vorgaben des Bundes zu einem Haftungsfall führen, haftet nicht der Bundesvertreter (gegenüber der Organisation / des Unternehmens, bzw. bei Aktiengesellschaften zudem gegenüber den andern Aktionären und den Gläubigern), sondern der Bund. Dem Bund steht gegenüber seinem Vertreter nur insoweit ein Regressrecht zu, als dass der Schaden auf sein grobfahrlässiges oder vorsätzliches Abweichen oder Nichtbefolgen der Instruktionen zurückzuführen ist¹⁰².

⁹⁷ Verordnung vom 3. Juni 1996 über ausserparlamentarische Kommissionen sowie Leitungsorgane und Vertretungen des Bundes (SR 172.31).

⁹⁸ So statuiert Art. 20 BPG für Mitarbeitende die Pflicht, die berechtigten Interessen des Bundes zu wahren.

⁹⁹ Für die Aktiengesellschaften siehe Art. 717 Abs. 1 OR.

¹⁰⁰ FORSTMOSER/JAAG, Rz. 71.

¹⁰¹ Zum Ganzen JAAG, Staat, 395.

¹⁰² Für die AG vgl. Art. 762 Abs. 4 OR. Vgl. zum Ganzen BSK-WERNLI, Art. 762 OR N 1.

OECD-Richtlinien

Der Staat soll die Verwaltungsräte verselbständigter Einheiten ihre Aufgaben erfüllen lassen und ihre Unabhängigkeit respektieren. Wenn der Staat kontrollierender Eigner ist, ist er in der speziellen Lage, den Verwaltungsrat ohne die Zustimmung anderer Aktionäre wählen zu können. Damit verbunden ist ein hoher Grad an Verantwortung für die Nennung und Wahl der Verwaltungsräte. Um mögliche Interessenkonflikte zu minimieren, soll die Eigner-Einheit in diesem Verfahren es vermeiden, eine exzessive Anzahl von Verwaltungsräten aus der Verwaltung zu wählen. Dies ist vor allem wichtig für verselbständigte Einheiten in Teilbesitz des Staates und in kompetitiven Märkten. Gewisse Staaten haben entschieden, die Wahl von der Eigner-Einheit angehörenden Personen oder von anderen staatlichen Abgeordneten in den Verwaltungsrat zu vermeiden. Damit soll der Regierung die Möglichkeit genommen werden, direkt in die Geschäftstätigkeit der verselbständigten Einheit zu intervenieren, und gleichzeitig soll die staatliche Verantwortung für Entscheidungen der Verwaltungsräte beschränkt werden. Angestellte der Eigner-Einheit, andere Staatsangestellte oder Angestellte aus politischen Kreisen sollen in den Verwaltungsrat verselbständigter Einheiten nur gewählt werden, wenn sie das für alle anderen Verwaltungsräte ebenfalls erforderliche Mass an Kompetenz aufweisen und wenn durch sie nicht unangebrachter politischer Einfluss ausgeübt wird. Sie sollen dasselbe Mass an Pflichten und Verantwortung tragen wie die anderen Verwaltungsratsmitglieder und im Interesse der verselbständigten Einheit und von all deren Aktionären handeln. Disqualifikationsgründe und Situationen von Interessenkonflikten sollen sorgfältig evaluiert und Leitlinien betreffend Umgang mit und Vermeidung von Konfliktsituationen aufgestellt werden (Kapitel II Bst. C).

4.2 Heutige Situation

Bundesvertreter finden sich im Verwaltungsrat von Swisscom, Skyguide und RUAG sowie im Institutsrat von IGE und SIR.

4.3 Leitsatz für das Steuerungsmodell

9. Leitsatz

Der Bund soll mit instruierbaren Vertreterinnen und Vertretern nur noch in Verwaltungs- oder Institutsräten verselbständigter Einheiten Einsitz nehmen, wenn sich seine Interessen ohne diese Vertretung nicht im erforderlichen Mass wahrnehmen lassen oder wenn das Anforderungsprofil des Verwaltungs- oder Institutsrats dies nahelegt.

Der Bund verfügt gegenüber den verselbständigten Einheiten über verschiedene Steuerungsmöglichkeiten (z.B. Gesetzgebung, Wahl und Abberufung von Mitgliedern des Verwaltungs- oder Institutsrats, strategische Ziele), so dass sich eine Einflussnahme über diese besonderen Vertreter nur in Ausnahmefällen rechtfertigt.

Problematisch kann insbesondere die Wahl bzw. Entsendung von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Verwaltung als Bundesvertreter sein: Vielfach übt die Verwaltung gegenüber den verselbständigten Einheiten die Funktion der Fachaufsicht aus und ist Leistungsbestellerin. Indem nur noch ausnahmsweise Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Verwaltung als Bundesvertreter gewählt bzw. entsandt werden, reduziert sich die personelle Verflechtung zwischen verselbständigter Einheit und zentraler Bundesverwaltung auf ein Minimum.

Zwei Fälle können eine Einsitznahme von Bundesvertretern dennoch notwendig machen:

- a. Die spezifischen, mit der Eignerschaft an der verselbständigten Einheit verfolgten Interessen des Bundes lassen nicht mit andern Instrumenten (u.a. Gesetzgebung, strategische Ziele) verwirklichen.
- b. Das an den Verwaltungs- oder Institutsrat zu stellende Anforderungsprofil lässt sich nicht anders erfüllen: Zwingend notwendig kann beispielsweise die Wahl oder Entsendung einer Mitarbeiterin oder eines Mitarbeiter der Verwaltung als Bundesvertreter sein, wenn der Verwaltungsrat über Spezialwissen verfügen muss, das nur innerhalb der Verwaltung vorhanden ist.

4.4 Aufgabentypenbezogene Konkretisierung

Gegenüber den *Einheiten, die Dienstleistungen mit Monopolcharakter* erbringen, stehen dem Bund eine Vielzahl von Möglichkeiten (u.a. Gesetzgebung und rechtlich verbindliche, strategische Ziele¹⁰³) offen, seine Interessen wahrzunehmen. Bundesvertreter drängen sich somit höchstens auf, wenn sich das an den Verwaltungs- oder Institutsrat zu stellende Anforderungsprofil nicht anders verwirklichen lässt.

Bei den *Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht* könnte sich ein Bundesvertreter aufgrund des an den Verwaltungs- oder Institutsrat zu stellenden Anforderungsprofils aufdrängen. Auch die spezifischen Interessen des Bundes könnten einen Bundesvertreter notwendig machen. Die zu wahrende Unabhängigkeit dieser Einheiten legt jedoch einen Verzicht auf Bundesvertreter in ihren Verwaltungs- oder Institutsräten nahe.

Dem Verwaltungsrat von *Einheiten mit Dienstleistungen am Markt* in der Rechtsform einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft kann der Bund in seiner Rolle als Eigner keine *rechtlich verbindlichen Ziele* vorgeben. Bundesvertreter, die spezifische Bundesinteressen im Verwaltungsrat einbringen, sind somit hier denkbar. Bei den spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften erlangen die strategischen Ziele des Bundesrates gegenüber dem Verwaltungsrat rechtlich verbindliche Wirkung, sofern der Organisationserlass dies vorsieht. Hier drängt sich ein Bundesvertreter zur Wahrung von Bundesinteressen tendenziell eher nicht auf. Bundesvertreter aufgrund des an den Verwaltungsrat zu stellenden Anforderungsprofils sind sowohl bei den privatrechtlichen wie bei den spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften denkbar.

5 Haftungen

5.1 Einführung

Am 15. Januar 2003 hat der Bundesrat dem EFD den Auftrag erteilt, Vorschläge zur Vermeidung oder Verminderung von Risiken zu unterbreiten, die dem Bund aus seinen Eventualverpflichtungen entstehen. Es soll insbesondere geprüft werden, ob eine generelle oder unternehmensbezogene Aufhebung der Ausfallhaftung sowie anderer Haftungs- und Garantiebestimmungen des Bundes – namentlich auch der Organhaftung – vorgeschlagen wer-

¹⁰³ Siehe nachfolgend Kapitel 7.

den kann¹⁰⁴. Zu diesem Zweck hat der Bund eine Liste der Organisationen und Unternehmen erstellt, bei denen ihn unter gewissen Umständen eine Ausfallhaftung gemäss Art. 19 VG trifft bzw. in deren Organen er vertreten ist¹⁰⁵. Weitere Eventualverpflichtungen des Bundes gegenüber Dritten (z. B. Bürgschaften und Garantien) werden mit dem Neuen Rechnungsmodell des Bundes erfasst.

Sodann müssen die Departemente gemäss dem Bundesratsbeschluss vom 19. Januar 2005 zur Risikopolitik des Bundes anlässlich der periodischen Beurteilung der Einhaltung der Eignerstrategie darauf achten, dass die ihnen zugeordneten verselbständigten Einheiten des Bundes entsprechende Vorkehren des Risikomanagements umsetzen. Zu diesem Zweck werden das EFD und die zuständigen Fachdepartemente Rahmenbedingungen zur Vermeidung oder Verminderung von Risiken in Zusammenhang mit verselbständigten Einheiten des Bundes schaffen.

OECD-Richtlinien

Vselbständige Einheiten sollen materielle Informationen betreffend alle in den OECD Principles of Corporate Governance beschriebenen Punkte offen legen und zusätzliches Augenmerk auf Gebiete von gewichtigem Interesse für den Staat als Eigner und für die Öffentlichkeit richten. Beispiele solcher Informationen sind: 4. Vom Staat geleistete finanzielle Unterstützung, inklusive Garantien, und Zusicherungen betreffend verselbständigte Einheiten (Kapitel V Bst. E).

Verwaltungsratsmitglieder sollen über die notwendige Autorität, Kompetenzen und Sachlichkeit verfügen, um ihre Funktion der strategischen Führung und der Überwachung des Managements wahrzunehmen. Sie sollen integer handeln und für ihr Handeln verantwortlich sein (Kapitel VI Ingress). Verwaltungsratsmitgliedern soll ein klares Mandat erteilt werden; ihnen soll die höchste Verantwortung für das gesellschaftliche Handeln übertragen werden. Der Verwaltungsrat soll dem Eigner gegenüber umfassend verantwortlich sein, im besten Interesse der Gesellschaft handeln und alle Aktionäre gleich behandeln. Verwaltungsräte verselbständigter Einheiten sollen grundsätzlich dieselbe Verantwortung tragen und derselben Haftbarkeit unterstellt sein wie im Gesellschaftsrecht. In der Praxis kann es allerdings vorkommen, dass die Haftbarkeit der Verwaltungsräte, insbesondere der vom Staat ernannten, beschränkt ist (Kapitel VI Bst. A).

¹⁰⁴ Vgl. Antwort des BR auf die Motion von NR Gross Jost vom 23.03.2001 (01.3202) – Staatshaftung für privatisierte Betriebe des Bundes überdenken!; Antwort des BR auf die Motion SP Fraktion SR vom 12.12.2001 (01.3741) – Für ein griffiges Konzernhaftungs- und Vollstreckungsrecht; Die Rolle von Bundesrat und Bundesverwaltung im Zusammenhang mit der Swissair-Krise, Bericht vom 19. September 2002 der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates, Stellungnahme des Bundesrates vom 30. April 2003, BBl **2003** 4293, insb. 4306 f.; Antwort des BR auf die Interpellation von NR Stadler Hansruedi vom 19.03.2004 (04.3198) – Von der Risikoanalyse zu einer Risikopolitik des Bundes.

¹⁰⁵ Vgl. Risikopolitik, Grundlagen für das Risikomanagement beim Bund, Broschüre vom Dezember 2004..

5.2 Heutige Situation

5.2.1 Haftung gemäss Verantwortlichkeitsgesetz (u. a. Ausfallhaftung)

Fügt ein Organ oder ein Angestellter einer verselbständigten Einheit bei unmittelbarer Erfüllung einer übertragenen, öffentlich-rechtlichen Aufgabe des Bundes¹⁰⁶ Dritten widerrechtlich Schaden zu, so haftet die verselbständigte Einheit und nicht der Schädiger, selbst dann, wenn diesen ein Verschulden trifft. Dieser Kausalhaftung unterstehen die verselbständigten Einheiten des Bundes unabhängig davon, ob sie in eine privat- oder eine öffentlich-rechtliche Organisationsform gekleidet sind. Soweit die verselbständigte Einheit die geschuldete Entschädigung nicht zu leisten vermag¹⁰⁷, haftet der Bund dem Geschädigten für den ungedeckten Betrag (sogenannte Ausfallhaftung). Die verselbständigte Einheit des Bundes und der Bund können gemäss Art. 7 VG auf den Schädiger Rückgriff nehmen, sofern dieser vorsätzlich oder grobfahrlässig gehandelt hat.

Nicht die verselbständigte Einheit, sondern der Bund ist für den von einem Bundesvertreter widerrechtlich verursachten Schaden direkt und unabhängig von dessen allfälligem Verschulden belangbar, sofern eine der folgenden Voraussetzungen erfüllt ist:

- a) Der Bundesvertreter ist ein Mitarbeiter der Verwaltung und übt die Vertretungsfunktion im Rahmen seines Anstellungsverhältnisses aus¹⁰⁸, oder
- b) Der verwaltungsexterne, mandatierte Bundesvertreter hat den Schaden bei der ihm obliegenden Vertretung der Bundesinteressen im Verwaltungs- oder Institutsrat verursacht.^{109 110}

Dem Bund steht gegenüber dem Bundesvertreter ein Rückgriffsrecht nach Art. 7 VG offen.

Nach Privatrecht haften die verselbständigten Einheiten bzw. ihre Organe oder Angestellten, wenn die Anwendung des Verantwortlichkeitsgesetzes explizit ausgeschlossen ist oder wenn sie für Schaden einzustehen haben, den sie *nicht* bei der unmittelbaren Erfüllung einer öffentlichen Bundesaufgabe verursacht haben. Diesfalls entfällt die Anwendung des Verantwortlichkeitsgesetzes.

¹⁰⁶ Öffentlich-rechtliche Bundesaufgaben sind Tätigkeiten, deren Ausübung in Bundesgesetzen vorgeschrieben wird. Zu deren Übertragung braucht es eine klare formell-gesetzliche Grundlage, welche die delegierten öffentlich-rechtlichen Aufgaben explizit als solche definiert (Art. 178 Abs. 3 BV). Es reicht nicht, wenn lediglich eine gesetzliche Grundlage für die Finanzierung bzw. Subventionierung einer bestimmten Organisation vorhanden ist (BGE 107 Ib 6 f.). Weiter bedarf es zwingend der *organisatorischen* (eigene Rechtspersönlichkeit) und der *finanziellen Autonomie* (eigene Rechnung), damit eine Haftung nach Art. 19 VG überhaupt zur Anwendung kommen kann (BGE 116 Ib 193).

¹⁰⁷ Unter Einschluss allfälliger Versicherungsleistungen.

¹⁰⁸ Angestellter des Bundes in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit (Art. 3 Abs. 1 VG).

¹⁰⁹ Die Bestimmungen des VG kommen auch zur Anwendung für Personen, insoweit sie unmittelbar mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben des Bundes betraut sind (Art. 1 Abs. 1 Bst. f VG).

¹¹⁰ Ein Sonderfall stellt die Abordnung eines Bundesvertreters in den Verwaltungsrat einer gemischt-wirtschaftlichen AG dar: Gemäss Art. 762 Abs. 4 haftet der Bund für abgeordnete Mitglieder des Verwaltungsrates gegenüber der Gesellschaft, den Aktionären und den Gläubigern, unter Vorbehalt des Rückgriffs nach den Bestimmung des VG.

5.2.2 Haftung nach Fusionsgesetz

Die Haftung nach Fusionsgesetz bezieht sich nicht auf die verselbständigten Einheiten, sondern auf den Bund als Eigner dieser Einheiten¹¹¹.

Gemäss Art. 101 des Bundesgesetzes vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung¹¹² haftet der Bund für Schäden, welche im Zusammenhang mit Fusionen, Umwandlungen und Vermögensübertragungen von Instituten des öffentlichen Rechts aufgetreten und auf mangelhafte Vorkehrungen zum Schutz der Gläubiger zurückzuführen sind, nach den Regeln des VG¹¹³.

5.2.3 Unternehmensspezifische Regelungen der Haftung

Gewisse Organisationserlasse regeln die Haftung der Leitungsorgane gegenüber Dritten (Aussenverhältnis) und gegenüber dem Unternehmen selbst bzw. gegenüber dem Bund (Innenverhältnis). Nach den Organisationserlassen für die spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften SBB und Swisscom sowie für die Anstalt Post¹¹⁴ etwa kommen auf die Leitungsorgane die privatrechtlichen Haftungsregeln (Art. 754 ff. OR) zur Anwendung. Fehlt eine solche Regelung, muss bei einem Schadenseintritt die Anwendung des VG geprüft werden. Wie nachfolgend dargelegt, soll bei der FINMA neu eine Haftungsbeschränkung eingeführt werden¹¹⁵.

5.3 Probleme und Mängel der bestehenden Haftungsregelungen

5.3.1 Rückgriff auf Organe

Die Regelung von Art. 7 VG, wonach der Bund auf den Schädiger nur Rückgriff nehmen kann, sofern dieser den Schaden vorsätzlich oder grobfahrlässig verursacht hat, wurde nicht zuletzt vom Parlament schon mehrfach kritisiert.

Tatsache ist, dass sich verselbständigten Einheiten zunehmend am Markt, im Rahmen des Privatrechts betätigen und die Organe ein umfassendes Mass an unternehmerischer Verantwortung wahrnehmen. Angesichts dessen ist zu prüfen, inwieweit die Einschränkung der persönlichen Haftung der mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben des Bundes betrauten Personen durch öffentliches Recht noch vertretbar ist. Dies umso mehr, als die Qualität der Aufgabenerfüllung durch die Organe zunehmen dürfte, je schärfer die Haftung ausgestaltet ist¹¹⁶.

¹¹¹ Risiko- und Haftungsübernahmen ohne Rechtspflicht im Nachhinein wie beispielsweise die Entschädigungen an Hämophile und Bluttransfusionsempfänger (vgl. Bundesbeschluss vom 14. Dezember 1990 über Leistungen des Bundes an HIV-infizierte Hämophile und Bluttransfusionsempfänger und deren HIV-infizierte Ehegatten und Kinder; AS 1991 954) oder die Kredite zur Aufrechterhaltung des Betriebes der Swissair-Linien (vgl. Bundesbeschluss vom 17. November 2001 über die Finanzierung des Redimensionierungskonzeptes für die nationale Zivilluftfahrt; BBl 2002 410) werden an dieser Stelle nicht aufgeführt.

¹¹² Fusionsgesetz, FusG; SR 221.301

¹¹³ Vgl. dazu Botschaft Fusionsgesetz, BBl 2000 4484.

¹¹⁴ Art. 14 SBBG; Art. 18 Abs. 2 TUG; Art. 10a POG.

¹¹⁵ Dazu Kapitel 5.3.2 und Kapitel 5.4, Leitsatz 11.

¹¹⁶ Sogenanntes Moral-Hazard-Verhalten. Der Begriff Moral Hazard besagt, dass derjenige, der die Kostenfolgen seines Handelns nicht oder nicht vollständig selber tragen muss, grundsätzlich höhere

5.3.2

Haftung in Zusammenhang mit der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht

Der Bund beaufsichtigt verschiedene *private* Tätigkeiten (z.B. Betrieb von Kernkraftwerken, Herstellung, Vertrieb und Abgabe Medikamenten) im Rahmen seiner Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht. Die Hauptverantwortung für diese vom Bund beaufsichtigten, privaten Tätigkeiten liegt bei den beaufsichtigten Unternehmen. Die Beaufsichtigten stellen voll rechts- und handlungsfähige juristische Personen dar. Die Aufsichtsbehörde ist weder Organ noch gesetzliche Vertreterin der Beaufsichtigten noch kommt ihr vormundschaftliche Funktion zu¹¹⁷. Sie hat demzufolge auch nicht gleich wie die Beaufsichtigten zu haften.

Die mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht betraute, verselbständigte Einheit (nachfolgend Aufsichtsbehörde genannt) haftet, wenn sie bei Erfüllen dieser Aufgaben ihr Ermessen missbraucht oder überschreitet¹¹⁸. Auch haftet sie, wenn sie Aufsichtspflichten vernachlässigt: Eine Haftung aus Unterlassen setzt jedoch eine Garantienstellung der Einheit gegenüber dem Geschädigten voraus¹¹⁹. Sie kann durch rechtliche Vorschriften begründet werden, welche Art und Umfang der Handlungspflicht festlegen¹²⁰. Die Praxis geht heute davon aus, dass nicht jede, sondern nur eine wesentliche Verletzung einer Amtspflicht zur Verantwortlichkeit der Aufsichtsbehörde führt¹²¹.

Die Einheit mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht steht als Aufsichtsbehörde auf der obersten Stufe einer eigentlichen Kontrollpyramide. Aufgrund dieser Stellung wird sie vielfach erst dann zum Eingreifen veranlasst sein, wenn seitens der Beaufsichtigten beziehungsweise deren Organe bereits ein Mangel und somit eine Schadenursache gesetzt worden ist¹²². Wenn die Einheit mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht in diesem Stadium nicht für Abhilfe sorgt, kann sie und in der Folge auch der Bund für den dadurch entstandenen Schaden haftbar gemacht werden. Deshalb muss sie dafür besorgt sein, allfällige Risiken möglichst frühzeitig zu erkennen und zu verhindern. Bei bestehenden oder drohenden Gesetzeswidrigkeiten sowie bereits bei entsprechendem Verdacht haben die Einheiten, die solche Aufsichtsfunktionen ausüben, von Amtes wegen einzuschreiten und die nötigen Abklärungen und Massnahmen zu treffen¹²³.

Trotz der im Vergleich zum beaufsichtigten Unternehmen «grösseren Distanz», die eine Einheit mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht zu einer schadenstiftenden, beaufsichtigten Tätigkeit inne hat, richten sich Verantwortlichkeitsansprüche vermehrt gegen diese Einheit und in der Folge gegen den Bund. Hierfür ursächlich sind unter anderem die folgenden Gründe:

Risiken eingetragene als derjenige, der für sein Handeln selber vollumfänglich einstehen muss. Dazu statt vieler BOEMLE et al., 764.

¹¹⁷ VETTER-SCHREIBER, Staatliche Haftung Bund, 40.

¹¹⁸ BGE 116 Ib 196.

¹¹⁹ BGE 123 II 583, 118 Ib 473, je mit Hinweisen.

¹²⁰ BGE 123 II 577.

¹²¹ Vgl. Urteil der II. Öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 3. Juli 2003 (2C.1/2001) i.S. Basler Kantonalbank c. Kanton Wallis, veröffentlicht in: Pra 2004, Nr. 53, S. 271 ff., S. 287 E. 6.1.4.

¹²² Die Aufsicht des Bundes kann nur eine punktuelle und stichprobenweise sein, eine Ausweitung der Aufsicht und insbesondere eine mitschreitende Aufsicht ist schon aufgrund der dafür notwendigen Ressourcen nicht möglich.

¹²³ VETTER-SCHREIBER, Staatliche Haftung, passim.

- Die mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht betraute Einheit und der Bund erweisen sich in der Regel als solventer als die beaufsichtigten Unternehmen¹²⁴.
- Die im Rahmen des Verwaltungsverfahrens geltend zu machende Kausalhaftung ist aus der Sicht der Geschädigten – trotz der nachzuweisenden Widerrechtlichkeit – einfacher und günstiger als der im Vergleich dazu langwierige und kostenintensive Zivilprozess, bei welchem dem Geschädigten der Verschuldensnachweis gelingen muss.
- Ein Verstoß gegen die meist detailliert umschriebenen Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht lässt sich leichter nachweisen als eine durch das beaufsichtigte Unternehmen begangene Verletzung von vielfach nicht öffentlich zugänglichen und teilweise weniger detailliert festgelegten Pflichten.

Allfällige Regressansprüche gegen verantwortliche Beaufsichtigte können die verselbständigte Einheit und der Bund nur mit aufwändigen Zivilprozessen geltend machen, bei denen in aller Regel ein Verschulden nachgewiesen werden muss. Regressansprüche lassen sich zudem nur erfolgreich durchsetzen, wenn die Schadensverantwortlichen über die entsprechenden finanziellen Mittel verfügen. Ist dies nicht der Fall, tragen letztlich die mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht betraute Einheit bzw. der Bund neben dem Prozessrisiko und -aufwand auch den grossen Teil des Gesamtschadens.

Ein strenges Haftungsregime kann sich auf die Tätigkeit der Aufsichtsbehörde auswirken, indem sich diese gezwungen sieht, eine möglichst lückenlose Aufsicht auszuüben. Dies kann für die Beaufsichtigten eine Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit zur Folge haben und das Prinzip der Eigenverantwortung aushöhlen¹²⁵. Aufgrund der beachtlichen, mit den Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht verbundenen Haftungsrisiken¹²⁶ werden denn auch Versicherungsgesellschaften vermehrt den Abschluss entsprechender Haftpflichtversicherungen ablehnen, einschränken oder nur gegen sehr hohe Prämien übernehmen. Teure Prämien wiederum führen zu höheren Aufsichtsgebühren und -abgaben, die von den Beaufsichtigten zu entrichten sind.

5.4 Leitsätze für das Steuerungsmodell

10. Leitsatz

Verselbständigte Einheiten, die ihre Tätigkeiten im Wesentlichen am Markt und im Rahmen des Privatrechtes ausüben, bzw. ihre Organe, Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter haften ausschliesslich nach privatem Recht.

¹²⁴ Die ausgelagerten Aufsichtsbehörden werden allerdings nicht aufgrund eigener Mittel als solvent betrachtet, sondern im Hinblick auf die Ausfallhaftung des Bundes.

¹²⁵ Das Prinzip der Eigenverantwortung hat seinen Niederschlag in Art. 6 BV und 41 Abs. 1 BV gefunden.

¹²⁶ Beispielsweise fordern die Kantone Genf und Waadt vom Bund 3,5 Milliarden Franken bzw. 2 Milliarden Franken. Sie begründen diese Forderungen mit der mangelhaften Aufsicht der Eidgenössischen Bankenkommission über die Kantonalbanken der beiden Kantone. Im Falle des Flugunfalles von Überlingen wurden Forderungen in mehrstelliger Millionenhöhe gegenüber dem Bund und der Skyguide geltend gemacht. Zum Inhalt und Gegenstand des Haftungsrisikos: Vgl. SCHAERER, passim. Zum Haftungsrisiko im Bereich der Finanzmarktaufsicht: Vgl. Botschaft vom 1. Februar 2006 zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht, BBl 2006 2829, Ziff. 1.2.9.

Verselbständigte Einheiten des Bundes erfüllen öffentliche Aufgaben. Daher käme im Haftungsfall grundsätzlich das VG zur Anwendung. Üben diese Einheiten ihre Tätigkeiten aber im Wesentlichen am Markt und im Rahmen des Privatrechts aus, d. h. haben sie beispielsweise ihre Kundenbeziehungen rein privatrechtlich ausgestaltet, wird die Anwendbarkeit des VG stossend. In solchen Fällen sollen verselbständigte Einheiten daher ausschliesslich nach Privatrecht haften. Ebenso sollen ihre Organe sowie ihre Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter privatem Haftungsrecht unterstellt sein, damit Einheitlichkeit gewahrt ist. Zu diesem Zweck muss im Organisationserlass die Anwendbarkeit der privatrechtlichen Haftungsregeln statuiert werden¹²⁷. Eine Haftung des Bundes entfällt somit¹²⁸.

11. Leitsatz

Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht haften nur bei Verletzung wesentlicher Amtspflichten, und wenn der Schaden nicht auf Pflichtverletzungen von Beaufsichtigten zurückzuführen ist.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts liegt ein widerrechtliches Verhalten einer Verwaltungseinheit nur dann vor, wenn entweder ein absolut geschütztes Rechtsgut wie Leib und Leben oder - bei einer reinen Vermögensschädigung - eine einschlägige Schutznorm verletzt wird, welche dem Schutz des Geschädigten dient¹²⁹. Das widerrechtliche Verhalten kann in einem Tun oder Unterlassen bestehen. Bei Unterlassungen setzt die Widerrechtlichkeit - wie bei fehlerhaften Rechtsakten - die Verletzung einer wesentlichen Amtspflicht voraus. D.h. die Unterlassung eines Rechts- oder Realaktes¹³⁰ können nur dann als widerrechtlich im Sinne des Haftungsrechts qualifiziert werden, wenn eine Verletzung einer wesentlichen Amtspflicht bzw. eine unentschuld bare Fehlleistung vorliegt, die einer pflichtbewussten Person nicht unterlaufen wäre¹³¹.

Um das Gleichgewicht zwischen Verantwortung und Verantwortlichkeit zu wahren, und der Nähe zur schadensstiftenden Tätigkeit Rechnung zu tragen (Verursacherprinzip), müssen im Bereich der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht die Voraussetzungen für eine Haftbarmachung der mit Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht betrauten, verselbständigten Einheit bzw. des Bundes klar definiert werden und von der Haftung des Beaufsichtigten abgrenzen: Sind Schäden auf Pflichtverletzungen von Beaufsichtigten zurückzuführen, können die mit Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht betrauten, verselbständigten Einheit nicht haftbar gemacht werden. Damit soll insbesondere sichergestellt werden, dass die verselbständigte Einheit bzw. der Bund nicht primär für

¹²⁷ Ein solcher Ausschluss der Anwendbarkeit des VG statuiert Art. 18 Abs. 2 TUG (vgl. Botschaft POG, 1335 Ziff. 222.61).

¹²⁸ Der Bund kann allerdings dann zur Haftung gezogen werden, wenn er auf die Organe der Einheit in kritischem Mass Einfluss genommen hat oder Angestellte des Bundes zwar nicht als Organe, aber z. B. als Aufsichtspersonen den Schaden mitverursacht haben und der Bund infolgedessen als faktisches Organ zu qualifizieren ist. Zur faktischen Organstellung Kapitel 3.1.

¹²⁹ BGE 118 Ib 476 f.

¹³⁰ Als Realakt gelten alle Verwaltungsmassnahmen, die nicht - wie die Rechtsakte - auf einen Rechtserfolg gerichtet sind, sondern lediglich einen Taterfolg herbeiführen wollen. Sie begründen keine Rechte und Pflichten (Bsp. Unmittelbare Vollzugshandlungen ohne vorgängige Verfügung, Auskünfte und Zusicherungen, Warnungen und Empfehlungen, Kontroll- und Aufsichtstätigkeiten). Vgl. SCHWARZENBACH-HANHART, 12 f. SCHWARZENBACH-HANHART, 69, geht davon aus, dass auch das Unterlassen einer von Amtes wegen zu treffende Verfügung als Realakt zu betrachten ist.

¹³¹ BGE 123 II 577. E. 4d/dd; 120 Ib 248 E. 2b; 119 Ib 208 E. 5a und b; 118 Ib 163 E. 2, mit Hinweisen. Gemäss SCHWARZENBACH-HANHART, 61 f., liegt - mit Verweisung auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts - eine Widerrechtlichkeit erst dann vor, wenn eine für die Ausübung der amtlichen Funktion wesentliche Amtspflicht verletzt worden ist; wobei sich die Amtspflicht nach den im entsprechenden Verwaltungsbereich massgeblichen Verhaltensnormen definiert.

Schäden eintreten muss, für welche das beaufsichtigte Unternehmen und deren Organe eine direkte und primäre Verantwortung zu tragen haben¹³².

Im Interesse der Transparenz schlägt der Bundesrat bei der FINMA erstmals vor, diese Haftungsregelungen, wie sie im vorstehenden Leitsatz ausgeführt werden, ausdrücklich in einem Gesetz zu verankern¹³³. Er folgt damit der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der internationalen Entwicklung¹³⁴.

12. Leitsatz

Gegenüber verselbständigten Einheiten soll der Bund nur ausnahmsweise unternehmensspezifische Haftungen, Garantien, Bürgschaften und Eventualverpflichtungen eingehen. In diesen Fällen soll er enge risikopolitische Vorgaben machen und Haftungsrisiken systematisch erfassen, bewerten und ausweisen.

Gegenüber einzelnen Einheiten ist der Bund diverse spezifische Haftungen, Garantien, Bürgschaften und Eventualverpflichtungen eingegangen¹³⁵. Je umfangreicher solche Verpflichtungen des Bundes sind, desto höher ist auch die Gefahr von «Klumpenrisiken»¹³⁶. Deshalb müssen zusätzliche Verpflichtungen von verschärften risikopolitischen Vorgaben begleitet werden (z. B. regelmässige Überprüfung der strategischen Vorgaben, allfällige Versicherungspflicht, usw.).

Für die Einschätzung der Risikolage ist zudem das Zusammenspiel dieser Haftungen von Bedeutung. Sie sind deshalb systematisch zu erfassen und auszuwerten. Diese Forderung stellt die eignerpolitische Konkretisierung des Beschlusses des Bundesrates vom 19. Januar 2005 zur Risikopolitik des Bundes dar, wonach anlässlich der periodischen Beurteilung der Einhaltung von strategischen Zielen darauf zu achten ist, dass die ausgelagerten Einheiten entsprechende Vorkehren des Risikomanagements umgesetzt haben. Im Rahmen dieser Überprüfung sind in den strategischen Zielen nötigenfalls Vorgaben zur Vermeidung oder Verminderung bestehender Risiken zu machen. Reicht dies nicht aus, so sind entsprechende gesetzliche Grundlagen zu schaffen oder nicht genügende gesetzliche Grundlagen anzupassen.

¹³² Und damit letztendlich die Allgemeinheit der Steuer- bzw. Gebührenzahler. Nach SCHWARZENBACH-HANHART, 6, geht es nicht an, dass jeder Private für jeden anderen haften müsste, allerdings über den rechtlichen Umweg der Staatshaftung und das Steuerrecht.

¹³³ Vgl. dazu: Art. 19 Entwurf Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG, BBl 2006 2917) und Botschaft vom 1. Februar 2006 (BBl 2006 2829). Die FINMA soll nur haften, wenn sie wesentliche Amtspflichten verletzt hat und Schäden nicht auf eine Pflichtverletzung der Beaufsichtigten zurückzuführen sind. Mit dieser Haftungsbeschränkung wird sowohl die Haftung der verselbständigten Einheit und als Folge davon auch eine mögliche Ausfallhaftung des Bundes limitiert.

¹³⁴ WERLEN/WOOD, 616.

¹³⁵ Betreffend Liquiditätsgarantie vgl. Kapitel 9.

¹³⁶ Als Klumpenrisiken bezeichnet man im Bankwesen einzelne Ausfallrisiken, die die Risikotragfähigkeit erreichen oder übersteigen. Werden derartige Risiken eingegangen, beispielsweise durch Vergabe von Grosskrediten (als Einzelkredit oder im Rahmen einer gestaffelten Kreditvergabe) an einen einzelnen Kreditnehmer, besteht die Gefahr, dass beim Ausfall des Schuldners auch der Kreditgeber in Schwierigkeiten gerät. Klumpenrisiken können jedoch auch dadurch entstehen, dass Kredite vorwiegend an Schuldner einer bestimmten Branche oder Region vergeben werden. Gerät die Branche oder die Region durch die wirtschaftliche Gesamtlage in Schwierigkeiten, so ist der Kreditgeber besonders betroffen.

5.5

Aufgabenbezogene Konkretisierungen

Einheiten mit Dienstleistungen mit Monopolcharakter nehmen überwiegend öffentlich-rechtliche Aufgaben wahr und handeln nach öffentlichem Recht. Diese Einheiten, ihre Organe sowie ihre Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter haften nach Verantwortlichkeitsgesetz. Entsprechend richtet sich auch die Haftung des Bundes nach Verantwortlichkeitsgesetz. Gegenüber diesen Einheiten trägt der Bund eine Ausfallhaftung und Liquiditätsgarantie.

Da die Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht hoheitlich und damit öffentlich-rechtlich handeln, haften sie grundsätzlich nach Verantwortlichkeitsgesetz. In ihrem Organisationserlass ist jedoch eine Haftungsbeschränkung vorzusehen, welche eine Haftung nur zulässt bei der Verletzung wesentlicher Amtspflichten und nur für Schäden, die nicht auf Pflichtverletzungen von Beaufsichtigten zurückzuführen sind.

Einheiten mit Dienstleistungen am Markt erbringen im wesentlichen Leistungen am (allenfalls regulierten) Markt. Entsprechend sollen diese Einheiten bzw. deren Organe ausschliesslich nach privatem Recht haften. Für allenfalls daneben noch wahrgenommene öffentlich-rechtliche Aufgaben ist daher die Anwendung des Verantwortlichkeitsgesetzes im Organisationserlass explizit auszuschliessen bzw. die Anwendbarkeit der privatrechtlichen Haftungsregeln explizit zu statuieren.

Zudem wird das Eingehen einer Ausfallhaftung oder eine Liquiditätsgarantie hier ausgeschlossen. Die Frage, inwieweit der Bund allfällige weitere Garantien und Haftungen eingehen soll, lässt sich nicht aufgabentypenspezifisch festlegen, sondern muss auf die konkrete Aufgabe ausgerichtet erfolgen.

6 Besondere Kompetenzen

6.1 Einführung

Die verselbständigten Einheiten des Bundes sollen über jene Kompetenzen verfügen, die sie zur Zweckerfüllung benötigen. Darüber hinaus kann ihnen der Organisationserlass jedoch besondere, die Zielerreichung begünstigende Kompetenzen einräumen, soweit diese nicht dem Bund, seinen Behörden oder der Bundesverwaltung vorbehalten sind. Zu den besonderen Kompetenzen gehören die Rechtsetzungskompetenz, d.h. das Recht zum Erlass von generell-abstrakten Normen administrativer Natur, das Eingehen von Kooperationen¹³⁷ und Beteiligungen¹³⁸ sowie das Erbringen von kommerziellen Nebenleistungen¹³⁹.

¹³⁷ Eine verselbständigte Einheit geht eine Kooperation ein, wenn sie für Teile der ihr zur Erfüllung übertragenen Aufgaben Dritte bezieht.

¹³⁸ Eine verselbständigte Einheit geht eine Beteiligung ein, wenn sie beispielsweise Aktien an Aktiengesellschaften und Kommanditaktiengesellschaften, Stammeinlagen von Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Anteilscheine an Genossenschaften und Partizipationsscheine gemäss Art. 656a OR erwirbt. Keine Beteiligung geht demgegenüber eine verselbständigte Einheit ein, die als Mitglied einer internationalen Organisation regelmässig Mitgliederbeiträge entrichtet.

¹³⁹ Kommerzielle Nebenleistungen verselbständigter Einheiten sind Leistungen, die nicht unbedingt zur Erfüllung einer übertragenen Aufgabe notwendig sind und gegenüber Privaten am Markt zur Erzielung eines wirtschaftlichen Gewinns angeboten werden (bezüglich kommerziellen Nebentätigkeiten von Verwaltungseinheiten und öffentlich-rechtlichen Unternehmungen vgl. Gesetzgebungslaufplan, Anhang 6).

Mit einer Ausnahme verfügt keine der hier näher untersuchten Anstalten und Aktiengesellschaften über die notwendige gesetzliche Grundlage, die zum Erlass generell-abstrakter Normen berechtigt^{140 141}.

In eigener Kompetenz die *Gebührenordnung* erlassen kann Swissmedic. Demgegenüber sind die Gebührenordnung des IGE und der Prämientarif der SERV von der bundesrätlichen Genehmigung abhängig. Die Flugsicherungsgebühren von Skyguide sind dem UVEK zur Genehmigung zu unterbreiten^{142 143}.

Die *personalrechtlichen Vorschriften* des IGE und von Swissmedic erlässt der Bundesrat¹⁴⁴. Die Organisationserlasse von SIR und Post verweisen lediglich auf die Geltung der bundespersonalrechtlichen Bestimmungen. Bei der SERV erlässt der Verwaltungsrat unter Vorbehalt der bundesrätlichen Genehmigung das Personalreglement¹⁴⁵. Skyguide und RUAG sind im Rahmen von Art. 6a BPG über die Entlohnung und weitere Vertragsbedingungen des obersten Kaders und der Mitglieder leitender Organe von Unternehmen und Anstalten des Bundes grundsätzlich frei in der Ausgestaltung ihrer Anstellungsverhältnissen¹⁴⁶. Für die Swisscom als börsenkotierte Aktiengesellschaft gilt Art. 6a BPG nur beschränkt. Vergleichbare privatrechtliche Transparenzvorschriften sollen jedoch über die per 1. Januar 2007 in Kraft tretende Revision des Aktienrechts vom 7. Oktober 2005¹⁴⁷ auch für Swisscom demnächst Geltung erlangen¹⁴⁸. Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der SBB unterstehen der Bundespersonalgesetzgebung. Der Organisationserlass sieht vor, dass der Bundesrat die SBB ermächtigen kann, die Anstellungsverhältnisse im Rahmen von Gesamtarbeitsverträgen abweichend oder ergänzend zu regeln¹⁴⁹.

Alle hier näher untersuchten Anstalten mit Ausnahme des IGE und von Swissmedic werden vom jeweiligen Organisationserlass explizit ermächtigt, die übertragenen Aufgaben in *Kooperation* mit andern Organisationen und Unternehmen zu erfüllen oder *Beteiligungen* einzugehen. Die Aktiengesellschaften Swisscom, SBB, Skyguide und RUAG sind - unter Vorbehalt der strategischen Ziele - grundsätzlich frei im Eingehen von Kooperationen und Beteiligungen.

¹⁴⁰ Aus Art. 82 Abs. 2 HMG folgt, dass der Bundesrat Swissmedic den Erlass von Bestimmungen fachtechnischen Inhalts und untergeordneter Bedeutung übertragen kann.

¹⁴¹ Weitreichende Rechtsetzungskompetenzen finden sich demgegenüber im ETH-Bereich. Ein Beispiel von vielen: Zulassungsverordnung ETHZ vom 10. September 2002, SR 414.131.52, erlassen von der Schulleitung der ETH-Zürich.

¹⁴² Vgl. Art. 12 VFSD.

¹⁴³ Post und Swisscom erheben regulierte Preise. Gemäss Art. 14 PG sind die Preise der Post für reservierte Dienste dem UVEK zur Genehmigung zu unterbreiten. Bezüglich den Preisen in im Fernmeldebereich legt der Bundesrat Preisobergrenzen vor (vgl. Art. 17 Abs. 2 FMG).

¹⁴⁴ Vgl. Art. 8 Abs. 1 IGEG und Art. 75 HMG.

¹⁴⁵ Vgl. Art. 24 Abs. 3 SERVG. Gemäss Art. 27 Abs. 1 SERVG wird das Personal der SERV nach OR angestellt. Nach Art. 27 Abs. 2 SERVG hat die SERV bei ihrer Personalpolitik Art. 4 und 5 BPG zu beachten. Gemäss Art. 27 Abs. 3 SERVG sind zudem Art. 6a Abs. 1 bis 5 BPG bezüglich Lohn der Direktorin bzw. des Direktors und der Angehörigen des geschäftsleitenden Kaders sowie weiterer vergleichbar entlohnter Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter zu berücksichtigen.

¹⁴⁶ Gemäss Art. 8 der VFSD hat Skyguide dafür besorgt zu sein, dass der Flugbetrieb nicht durch Streik, Boykott oder andere Kampfmassnahmen beeinträchtigt wird. Sie schliesst mit ihrem Personal nach Möglichkeit Gesamtarbeitsverträge ab.

¹⁴⁷ BBl **2005** 5963.

¹⁴⁸ Vgl. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Transparenz betreffend Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung), BBl **2004** 4471. Im übrigen verpflichtet Art. 16 Abs. 2 TUG die Swisscom jedoch zur Verhandlung mit den Personalverbänden über Gesamtarbeitsverträge.

¹⁴⁹ Vgl. Art. 15 Abs. 2 SBBG.

Sodann werden sämtliche Anstalten im Organisationserlass direkt oder indirekt dazu ermächtigt, *kommerzielle Nebenleistungen* zu erbringen¹⁵⁰. Die Aktiengesellschaften erbringen mehrheitlich kommerzielle Leistungen. Das Feld der zulässigen kommerziellen Haupt- und Nebenleistungen wird grundsätzlich durch ihren gesetzlichen Zweck bestimmt: Swisscom als spezialgesetzliche Aktiengesellschaft kann alle Rechtsgeschäfte tätigen, die der Gesellschaftszweck mit sich bringt; die SBB können alle Rechtsgeschäfte tätigen, die mit dem Zweck direkt oder indirekt in Zusammenhang stehen. Bei den privatrechtlichen Aktiengesellschaften bestimmen sich die zulässigen Rechtsgeschäfte nach Aktienrecht, wobei auch dort der statutarische Zweck massgeblich ist¹⁵¹.

6.3 Leitsätze für das Steuerungsmodell

13. Leitsatz

Verselbständigte Einheiten erhalten nur in Ausnahmefällen und aufgrund einer gesetzlichen Delegationsnorm die Befugnis zum Erlass generell-abstrakter Normen mit Aussenwirkung. Diese Rechtsetzungskompetenz ist beschränkt auf den Erlass von Bestimmungen fachtechnischen Inhalts von untergeordneter Bedeutung.

Die Rechtsetzungskompetenz ist eine Aufgabe, die dem Staat bzw. dem Gesetzgeber vorbehalten ist und deshalb grundsätzlich nicht ausgelagert werden soll¹⁵². Den verselbständigten Einheiten soll jedoch ausnahmsweise und - wie bis anhin - in einem eingeschränkten Rahmen die Kompetenz zum Erlass generell-abstrakter Bestimmungen mit Aussenwirkung zugestanden werden: Soweit eine gesetzliche Delegationsnorm dies vorsieht, sollen verselbständigte Einheiten *Bestimmungen fachtechnischen Inhalts von untergeordneter Bedeutung* erlassen können. Wo es um Dienstleistungen am Markt geht, muss aus Gründen der Wettbewerbsneutralität vollständig auf die Delegation von Rechtsetzungskompetenzen an verselbständigte Einheiten verzichtet werden.

Die *Gebührenordnung* ist weder fachtechnischen Inhalts noch von untergeordneter Bedeutung. Ihre Konzeption bedingt jedoch Nähe zur operativen Ebene der Aufgabenerfüllung, über die nur die verselbständigte Einheit selber verfügt. Deshalb soll sie ihre Gebührenordnung selber erlassen können, jedoch unter Vorbehalt der bundesrätlichen Genehmigung. Die Gebühr ist «der Preis» für eine Leistung, die sich aus der Erfüllung der vom Bund übertragenen, öffentlichen Aufgabe ergibt. Weil eine marktliche Steuerung bei der Festsetzung dieses «Preises» fehlt, ist beim Erlass der Gebührenordnung eine politische Mitwirkung und

¹⁵⁰ Das IGEG ermächtigt zu kommerziellen Nebenleistungen, indem es in Art. 14 für Dienstleistungen Marktpreise vorschreibt. Swissmedic wird durch Art. 77 Abs. 3 Bst. d HMG zum Erbringen von Dienstleistungen für Behörden und Private ermächtigt. Das SIR hat gemäss Art. 11 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1978 über das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung (SR 425.1) für Gutachten und Auskünfte an Private volle Kostendeckung zu verlangen.

¹⁵¹ Vgl. Art. 718a Abs. 1 OR. Danach sind Rechtshandlungen zulässig, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann.

¹⁵² Bereits die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an den Bundesrat wird als «eine Durchbrechung des Grundsatzes der Gewaltenteilung und eine Einschränkung der demokratischen Rechte» beurteilt. Aus diesem Grund sei früher von einem Teil der Lehre (...) die Gesetzesdelegation an die Exekutive als Änderung der verfassungsmässigen Kompetenzordnung aufgefasst und für unzulässig erklärt worden. Dazu HÄFELIN/MÜLLER, N 406: «Lehre und Praxis anerkennen heute die *grundsätzliche Zulässigkeit der Gesetzesdelegation an die Exekutive*, legen aber Wert darauf, *Grenzen zu ziehen, welche eine Aushöhlung der gewaltenteilenden und demokratischen Verfassungsordnung verhindern soll*».

Steuerung richtig und wichtig¹⁵³. Diese wird mit der bundesrätlichen Genehmigung gewährleistet.

Auch die *personalrechtlichen Bestimmungen* von Anstalten sollen durch den Bundesrat genehmigt werden. Denn Personalkosten sind insbesondere im Dienstleistungssektor der bedeutendste ausgabenseitige Posten. Anstalten finanzieren sich weitgehend über Gebühren und z. T. über Abgeltungen des Bundes. Überhöhte Personalkosten sollen nicht zu entsprechend hohen Gebühren oder Abgeltungen führen.

14. Leitsatz

Anstalten gehen nur ausnahmsweise, in Abstimmung mit ihrer Zweckbestimmung und mit den mittelfristigen Zielen des Bundesrates, Kooperationen und Beteiligungen ein. Verselbständigte Einheiten in der Rechtsform einer privaten Aktiengesellschaft können Kooperationen und Beteiligungen nach Aktienrecht und damit im Rahmen ihrer Zweckumschreibung eingehen. Beteiligungen müssen langfristig zur Sicherung oder Steigerung des Unternehmenswertes beitragen,führungsmässig gut betreut werden können. Dem Risikoaspekt ist genügend Rechnung zu tragen.

Anstalten nehmen vielfach hoheitliche Aufgaben wahr und solche, die mit allgemeinen Steuermitteln finanziert werden. Die Übertragung hoheitlicher und / oder subventionierter Aufgaben von einer verselbständigten Einheit auf einen Dritten, d.h. auf eine kooperierende oder auf eine Tochtergesellschaft, kann politisch sensibel sein und insbesondere für den Bund die Steuerung und Kontrolle erschweren. Beteiligungen können zudem ein schwer einschätzbare finanzielles und politisches Risiko für die verselbständigte Einheit und den Bund als Eigner darstellen. Deshalb sollen Anstalten nur ausnahmsweise Kooperationen und Beteiligungen eingehen, unter Berücksichtigung von Zweckbestimmung und mittelfristigen Zielvorgaben des Bundesrates. Die erweiterten Möglichkeiten der privaten Aktiengesellschaften zum Eingehen von Kooperationen und Beteiligungen ergeben sich insbesondere aus dem Umstand, dass diese Einheiten keine hoheitlichen und nur selten über allgemeine Steuergelder finanzierte Aufgaben wahrnehmen. Sie erbringen ihre Leistungen in einem (allenfalls regulierten) Markt, was eine erhöhte Flexibilität auch in Bezug auf die Unternehmensstruktur und -entwicklung erfordert. Beteiligungen sollen jedoch nur eingegangen werden, wenn sie langfristig zur Sicherung oder Steigerung des Unternehmenswertes beitragen,führungsmässig gut betreut werden können und dem Risikoaspekt genügend Rechnung tragen.

15. Leitsatz

Anstalten dürfen bei entsprechender gesetzlicher Grundlage kommerzielle Nebenleistungen erbringen, soweit diese in engem Bezug zur Hauptaufgabe stehen, deren Erfüllung nicht beeinträchtigen, nicht wettbewerbsverzerrend wirken und insgesamt mindestens die Kosten decken.

¹⁵³ Im Rahmen der Jahrespressekonferenz 2006 äussert der Preisüberwacher die Vermutung, «dass sich manche Gebühren in einer Spirale von Prüfaufwand und Kosten nach oben entwickeln». Er zeigt auf, dass die Gebühren der IKS bzw. der daraus hervorgegangenen Swissmedic von 1998 bis 2004 total um das 2,4-fache auf 44 Mio. Fr. erhöht worden sind. Der Preisüberwacher hält jedoch fest, dass neben den IKS-Aufgaben auch bestimmte Prüfaufgaben vom BAG an die neu gegründete Swissmedic übertragen worden sind, die der Bund jährlich abgilt (im Jahr 2004 mit 18 Mio. Franken). Siehe <http://www.preisueberwacher.ch>.

Kommerzielle Leistungen auf dem freien Markt anzubieten ist grundsätzlich Sache der Privatwirtschaft. Der Staat und seine Anstalten können nur bei hierzu ermächtigender gesetzlicher Grundlage und entsprechendem öffentlichem Interesse kommerziell tätig sein¹⁵⁴. Ein öffentliches Interesse liegt grundsätzlich vor, wenn die kommerzielle Nebentätigkeit zu einer Steigerung der Effizienz (bessere Auslastung der für die Erfüllung der Hauptaufgaben notwendigen Ressourcen)¹⁵⁵ oder zu einer besser auf die Bedürfnisse der Bevölkerung ausgerichteten Erfüllung der Hauptaufgaben führt¹⁵⁶. Damit ist denn auch der verlangte enge Bezug zur Hauptaufgabe erfüllt.

Für die Hauptaufgaben reservierte Mittel dürfen nicht zur Finanzierung kommerzieller Nebenleistungen gebraucht werden. Deshalb müssen die gesamten Einnahmen aus kommerziellen Nebenleistungen deren direkten Kosten decken und einen angemessenen Anteil an die Gemeinkosten leisten^{157 158}.

Kommerzielle Nebentätigkeiten sollen sich nicht wettbewerbsverzerrend auswirken und dürfen die Hauptaufgaben nicht nur finanziell sondern auch materiell nicht beeinträchtigen. Diesen Aspekten schenkt der Bundesrat im Rahmen seiner Kontrolle über die verselbständigten Einheiten entsprechend Beachtung.

6.4 Aufgabenbezogene Konkretisierungen

Einheiten, die Dienstleistungen mit Monopolcharakter erbringen, können Bestimmungen fachtechnischen Inhalts von untergeordneter Bedeutung erlassen, soweit eine Delegationsnorm sie dazu ermächtigt. Eine darüber hinausgehende Rechtsetzungskompetenz bleibt weiterhin dem Bund und damit den politischen Behörden vorbehalten. Dies gilt auch für die *Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht*: Sie geniessen zwar eine bedeutende Unabhängigkeit von den politischen Behörden, was sich jedoch nur auf die Aufgabenerfüllung im konkreten Einzelfall bezieht. Darüber hinaus - beispielsweise bei der gesetzlichen Bestimmung ihres Auftrags - geniessen sie keine Unabhängigkeit und stehen unter der bundesrätlichen Kontrolle bzw. unter der parlamentarischen Oberaufsicht.

¹⁵⁴ Die verselbständigten Einheiten des Bundes gelten auch dann nicht als «Private», wenn sie zwar eine privatrechtliche Rechtsform haben, jedoch durch den Bund weiterhin vollkommen beherrscht sind. Dies folgt aus Gesetzgebungsleitfaden, Anhang 6, 446.

¹⁵⁵ In der Botschaft Landesmuseum, 574 f., wird hierzu ausgeführt: «... verfügt das Museum jedoch über ein beträchtliches Geschäftspotential z. B. in Form von Rechten an seinen Sammlungsgegenständen und deren Abbildungen, den Möglichkeiten der Vergabe von Lizenzen an Shop oder Verpflegungseinrichtungen oder seinem wertvollen und vielfältigen technologischen oder Prozess-Know-how. (...). Es wird ein Wirtschaftspotential in der Verwaltung genutzt, welches ansonsten brach liegen würde. Man spricht auch von <Randnutzung von Verwaltungsvermögen>».

¹⁵⁶ Dazu RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 18 N 83: «Ob das primär finanzielle Interesse an einer optimalen Ausnutzung der staatlichen Infrastruktur eine Entfaltung kommerzieller Nebentätigkeiten alleine zu rechtfertigen vermag, ist fraglich. Gewöhnlich wird man verlangen müssen, dass die kommerzielle Nebentätigkeit einen Beitrag zur Erfüllung der eigentlichen (Verwaltungs-)Hauptaufgabe erbringt (...) – was beispielsweise bejaht werden darf, wenn ein staatliches Museum Reproduktionen seiner Kunstwerke vermarktet (...)».

¹⁵⁷ Gemäss Art. 41 FHG dürfen Verwaltungseinheiten Dritten kommerzielle (gewerbliche) Leistungen nur erbringen, soweit ein Gesetz sie hierzu ermächtigt. Botschaft Finanzhaushalt, 81, hält fest, dass die Pflicht zur Erhebung kostendeckender Preise eine entsprechende Kostenträgerrechnung voraussetzt.

¹⁵⁸ Zur Pflicht, eine Spartenrechnung zu führen, siehe Kapitel 9.3, Leitsatz 28.

Um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden verzichtet der Bund auf die Delegation von Rechtsetzungskompetenzen im Bereich von Aufgaben, die am Markt und damit in Konkurrenz mit andern Marktteilnehmern zu erfüllen sind. *Einheiten mit Dienstleistungen am Markt* verfügen somit grundsätzlich über keine Rechtsetzungskompetenzen.

Sowohl die *Einheiten, die Dienstleistungen mit Monopolcharakter erbringen*, wie *Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht* erfüllen mehrheitlich öffentliche Aufgaben, die über allgemeine Steuermittel bzw. über Gebühren und damit nicht über Angebot und Nachfrage bestimmte Preise finanziert werden. Zudem fehlen vielfach Substitutionsgüter, so dass den Leistungsbezü gern keine Wahlfreiheit offen steht. Aus diesen Gründen haben diese verselbständigten Einheiten ihre Gebührenordnung dem Bundesrat zur Genehmigung zu unterbreiten. Gleiches gilt für das Personalreglement: wo Aufgaben primär über Gebühren und allgemeine Steuermittel finanziert werden, ist bei der rechtlichen Grundlage des ausgabenseitigen Hauptpostens der Vorbehalt einer bundesrätlichen Genehmigung angezeigt.

Einheiten, die Dienstleistungen mit Monopolcharakter erbringen, sollen inskünftig Kooperationen und Beteiligungen nur ausnahmsweise, in Abstimmung mit ihrer Zweckbestimmung und den strategischen Zielen des Bundesrates eingehen können. Kommerzielle Nebenleistungen können sie erbringen, soweit sie in engem Bezug zu den Hauptaufgaben stehen und diese weder finanziell noch materiell beeinträchtigen. Auch sollen sie nicht wettbewerbsverzerrend wirken. Kommerzielle Nebenleistungen sind nur zulässig, wenn dies im Organisationserlass vorgesehen ist. Für *Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht* sollen mit Rücksicht auf die Sensibilität ihrer Aufgabe sowohl Kooperationen wie Beteiligungen ausgeschlossen sein. Zur Wahrung ihrer Unabhängigkeit ist diesen Einheiten zudem die Erbringung kommerzieller Nebenleistungen untersagt.

Einheiten mit Dienstleistungen am Markt erbringen ihre Leistungen mehrheitlich am (allenfalls regulierten) Markt und verlangen dafür Preise. Gebühren spielen – wenn überhaupt – gesamtbetrieblich eine untergeordnete Rolle. Weil sich ihre Höhe nicht aufgrund marktlicher Verhältnisse bestimmt, soll auch hier der Bundesrat die Gebührenordnung genehmigen. Dieser Genehmigungsvorbehalt ist im materiellen Gesetz vorzusehen, das die gebührenpflichtige Leistung regelt. Personalrechtliche Bestimmungen sollen die Einheiten mit Aufgaben am Markt in eigener Kompetenz erlassen können, sind doch ihre Leistungen kaum gebührenfinanziert und selten subventioniert. Im Übrigen wäre der Vorbehalt der bundesrätlichen Genehmigung personalrechtlicher Bestimmungen nur bei den spezialgesetzlichen, nicht jedoch bei den privatrechtlichen Aktiengesellschaften rechtlich zulässig. Die Einheiten mit Aufgaben am Markt müssen im Rahmen ihrer Zweckbestimmung Kooperationen und Beteiligungen eingehen können. Beteiligungen sind jedoch nur einzugehen, wenn sie zudem langfristig zur Sicherung oder Steigerung des Unternehmenswertes beitragen, führungsmässig gut betreut werden können und dem Risikoaspekt genügend Rechnung tragen.

Bei den spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften sind bundesseitige Vorgaben zur Ausgestaltung des Personalrechts (z.B. Pflicht zum Abschluss von Gesamtarbeitsverträgen u.ä.) und Einschränkungen bezüglich Kooperationen und Beteiligungen im Organisationserlasses bzw. im Rahmen der strategischen Ziele denkbar.

7 Strategische Ziele

7.1 Einführung

Im Organisationserlass legt der Bund die Organisationsstruktur einer verselbständigten Einheit und deren kompetenz- und verantwortungsmässige Abgrenzung vom Bund fest. Auch die Rechte und Pflichten der Eigentümer bzw. der Aktionäre im Allgemeinen und des Bundes im Speziellen werden darin gesetzlich festgelegt. Bei der privatrechtlichen Aktiengesellschaft werden entsprechende Inhalte durch das Aktienrecht bestimmt respektive richten sich nach ihren Statuten.

Der Bund verfügt als Eigner grundsätzlich über die gleichen Rechte und Pflichten wie andere Eigentümer bzw. Aktionäre. Eine Ausnahme bilden die im Gesetz verankerten strategischen Ziele des Bundesrates, mit denen er in seiner Rolle als Eigner ergänzend zur (Fach-) Gesetzgebung Einfluss auf die verselbständigte Einheit ausübt. Diese Einflussmöglichkeit ist wichtig, weil die Gesetzgebung in ihrer relativ statischen Funktion nur in beschränktem Umfang dem stetigen Wandel des Umfelds Rechnung tragen kann, in dem verselbständigte Einheiten tätig sind. Die strategischen Ziele ermöglichen dem Bundesrat, gezielt auf unternehmensbezogene (z.B. Gewinn- und Umsatzentwicklung) und / oder aufgabenbezogene Aspekte (z.B. Entwicklung neuer Aufgabenschwerpunkte) der verselbständigten Einheit Einfluss zu nehmen. Die strategischen Ziele sind ein wesentliches Instrument, mit dem der Bund sein Eigentum bzw. seine Beteiligung an der verselbständigten Einheit auf die damit zu verfolgenden öffentlichen Interessen ausrichten kann.

OECD-Richtlinien

Der Staat soll als informierter und aktiver Eigner handeln und eine klare, konsistente Eignerstrategie formulieren, die sicherstellt, dass die Leitung der verselbständigten Einheiten in transparenter, verantwortlicher Weise mit dem nötigen Mass an Professionalität und Effizienz wahrgenommen wird (Kapitel II Ingress). Die Regierung soll eine Eignerstrategie formulieren, welche die Gesamtziele des staatlichen Eigentums, die Rolle der Regierung in der Corporate Governance der verselbständigten Einheiten und die Umsetzung der Eignerstrategie durch den Staat definiert (Kapitel II Bst. A.).

7.2 Autonomie der verselbständigten Einheit

Eine Einheit lässt sich nach ihrer Ausgliederung und Verselbständigung nicht mehr gleich steuern wie eine Einheit der zentralen Bundesverwaltung: Sie ist nicht mehr in die Hierarchie der Verwaltung eingebunden¹⁵⁹ und verkörpert nun eine rechtlich selbständige Organisation bzw. ein rechtlich selbständiges Unternehmen mit eigenen Kompetenzen und Verantwortungen¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Siehe TSCHANNEN/ZIMMERLI/KIENER, 37.

¹⁶⁰ Nach der Auslagerung entfällt beispielsweise das sogenannte Evokationsrecht, wonach die übergeordnete Stelle die Möglichkeit hat, einzelne Geschäfte einer Verwaltungseinheit zum Entscheid an sich ziehen nach (Art. 47 Absatz 4 RVOG - vgl. Botschaft zum Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 20. Oktober 1993, BBI 1993 III 1098, Art. 51 Abs. 4).

Der *Grad* der Autonomie bestimmt sich nach dem Organisationsrecht sowie nach den jeweiligen materiellen Gesetzen¹⁶¹ ¹⁶². Autonom ist eine verselbständigte Einheit, wenn ihr innerhalb der staatlichen Regelungen ein verhältnismässig grosses Mass an Selbständigkeit, d.h. Entscheidungsfreiheit, zukommt¹⁶³. Innerhalb ihres autonomen Bereichs stehen ihr die gleichen Schutzrechte vor Eingriffen des Staates bzw. des Bundes als Hoheitsträger zu wie Privaten. Oder anders ausgedrückt: Innerhalb des autonomen Bereichs einer verselbständigten Einheit kann der Bund seinen Einfluss *in seiner hoheitlichen Funktion als Staat* nur noch ausüben, wo eine gesetzliche Grundlage dies vorsieht. Wo diese fehlt, entfällt namentlich sein Weisungsrecht. Er kann seine Interessen nur noch auf vertraglicher Basis und / oder *in seiner Funktion als Eigner* wahrnehmen. Wo demgegenüber der verselbständigten Einheit keine Autonomie zukommt, steht dem Bund weiterhin das Recht zu, in seiner Funktion als Staat Weisungen zu erteilen, die die verselbständigte Einheit zu befolgen hat.

7.3 Einfluss des Bundes als Eigner

Die Kompetenzen des Bundes *als Eigner* bestimmen sich nach dem jeweiligen Organisationsrecht:

- Bei den Anstalten und bei den spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften kann das öffentlich-rechtliche Organisationsrecht dem Bund als Eigner spezifische Einfluss- und Informationsrechte einräumen, die den übrigen Eigentümern und Aktionären weder im Grundsatz noch hinsichtlich Ausmass zustehen. Soweit der Organisationserlass dies vorsieht, eröffnen die strategischen Ziele dem Bundesrat die Möglichkeit, dem Verwaltungs- oder Institutsrat verbindliche Ziele vorzugeben, über deren Erreichung dieser in regelmässig Rechenschaft abzulegen hat.
- Bei den privatrechtlichen Aktiengesellschaften stehen dem Bund grundsätzlich nur jene Kompetenzen zu, die das Aktienrecht für Aktionäre vorsieht. Mit Ausnahme von Art. 762 OR (Vertreter des Bundes, der Kantone, Bezirke oder Gemeinden) verfügt der Bund somit grundsätzlich über die gleichen Einfluss- und Informationsrechte wie die übrigen Aktionäre¹⁶⁴. Seine Rechte als Eigner nimmt der Bund im Rahmen der Generalversammlung wahr, das heisst zusammen mit den andern Aktionären.

¹⁶¹ Nach dem Organisationsrecht definiert sich die betriebliche Autonomie einer verselbständigten Einheit, nach den materiellen Gesetzen die aufgabenseitige.

¹⁶² Verselbständigte Einheiten mit privatrechtlicher Rechtsform verfügen über eine umfassende betriebliche Autonomie; die aufgabenmässige Autonomie bestimmt sich nach den jeweiligen materiellen Gesetzen. Die Anstalten weisen zum Teil unterschiedliche Grade an betrieblicher Autonomie auf: So sehen verschiedene Organisationserlasse von Anstalten vor, dass diese beispielsweise nicht frei sind in der Aufnahme und Anlage von Kapital (z. B. IGE, Swissmedic, SERV) oder in der Ausgestaltung des Personalrechts (IGE, Swissmedic). Bezüglich ihrer Aufgaben bestimmt sich die Autonomie der Anstalten – wie bei den Aktiengesellschaften – nach den jeweiligen materiellen Gesetzen. Die Autonomie der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften bestimmt sich ebenfalls nach dem Organisationserlass und ist z. T. eingeschränkt (siehe z. B. Art. 15 SBBG).

¹⁶³ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER, N 1326.

¹⁶⁴ Die strategischen Ziele, die dem Bundesrat einen besonderen Einfluss ermöglichen würden, sieht das Aktienrecht nicht vor.

Exkurs: Strategische Ziele bei privatrechtlichen Aktiengesellschaften

Mit der Aktienrechtsreform der 90er Jahre hat sich die Stellung der Generalversammlung insoweit verändert, als dem Verwaltungsrat «unentziehbare» Kompetenzen eingeräumt worden sind: Zwar bleibt die Generalversammlung oberstes Organ, aber nur deshalb, weil sie die Exekutive wählt, von ihr jährlich im Rahmen des Geschäftsberichts Rechenschaft erhält und die Verfügungsgewalt über Statuten, Kapitalstruktur und Gewinnverwendung in ihren Händen hält. Ausserhalb dieser ihr durch Art. 698 OR zugewiesenen obersten Kompetenzen dagegen ist sie, mit wenigen verbleibenden Freiräumen und Vorbehalten, schlechthin unzuständig¹⁶⁵. Die in den strategischen Zielen enthaltenen Vorgaben des Bundesrats entfalten damit im Bereich der unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrats nach Art. 716a OR keine rechtlich verbindliche Wirkung¹⁶⁶.

Die strategischen Ziele für privatrechtliche Aktiengesellschaften dienen einerseits dem Bundesrat als Grundlage für die Ausübung seiner Rechte als Eigner sowie für die Instruktion seiner Bundesvertreter im Verwaltungsrat. Sie zeigen andererseits dem Verwaltungsrat unmissverständlich auf, welche Absichten der Haupt- bzw. Mehrheitsaktionär mit seiner Beteiligung verfolgt, und an welchen Ergebnissen dieser den Verwaltungsrat messen wird. Die strategischen Ziele dienen sodann dazu, gegenüber Drittinvestoren Transparenz über die mittelfristigen Ziele des Bundes als Haupt- oder Mehrheitsaktionär zu schaffen.

7.3.1 Inhalt der strategischen Ziele

Die strategischen Ziele weisen sowohl unternehmens- wie aufgabenbezogene Inhalte auf.

7.3.1.1 Unternehmensbezogene Inhalte

Als Eigner strebt der Bund den Erhalt bzw. die Steigerung des Wertes der verselbständigten Einheiten an. Deshalb legt der Bundesrat im Rahmen der strategischen Ziele fest, welche Ziele die verselbständigte Einheit u.a. in der Geschäftspolitik, in finanzieller Hinsicht, in der Risikopolitik und in der Beteiligungs- bzw. Kooperationspolitik zu erreichen hat.

Die *Legitimation* des Bundes zur unternehmensbezogenen Einflussnahme auf die verselbständigte Einheit ergibt sich aus seiner Stellung als ihr Eigner, die *Pflicht* dazu aus den allgemeinen Grundsätzen der Haushaltsführung: Der Bund soll sein Eigentum bzw. seine Beteiligungen ausgerichtet auf die übergeordneten, damit zu verfolgenden öffentlichen Interessen ausüben.

¹⁶⁵ BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 286.

¹⁶⁶ Unter anderem stellt die Oberleitung der Gesellschaft eine unentziehbare und unübertragbare Aufgabe des Verwaltungsrats dar (Art. 716a Abs. 1 Bst.a OR). Unter Oberleitung wird verstanden (1) die Festlegung der Ziele und der Unternehmenspolitik; (2) die Wahl der Mittel und Ressourcen, um Ziele zu erreichen; (3) die dauernde Bemühung um das Gleichgewicht zwischen Zielen und Mitteln im Auf und Ab des Geschäftsgangs; (4) die grundsätzliche Weisung an die Geschäftsführung, wie sie die Ziele anzustreben und wie sie mit diesen Mitteln umzugehen hat; (5) die Bereitschaft zum Eingreifen, wenn die Dinge aus dem Ruder zu laufen beginnen (siehe BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 306).

Bundesaufgaben sollen auch nach ihrer Auslagerung ausgerichtet auf das sie legitimierende Gemeinwohl hin erfüllt werden. Mit seiner Stellung als Eigner sichert sich der Bund einen entsprechenden, die materiellen Gesetze und Ausführungserlasse konkretisierenden bzw. ergänzenden Einfluss auf die Aufgabenerfüllung. Inwieweit solche aufgabenseitigen Vorgaben nötig bzw. sinnvoll sind, hängt insbesondere von den folgenden Aspekten ab:

- *Detaillierungsgrad des materiellen Gesetzes*¹⁶⁷: Einzelne Aufgaben werden umfassend durch die materiellen Gesetze geregelt. Namentlich bei hoheitlichen Aufgaben wie beispielsweise bei der Aufsicht über den Finanzplatz Schweiz ist dies der Fall. Die hohe Regelungsdichte bezweckt, bei der Aufgabenerfüllung die Prinzipien der Rechtssicherheit und -gleichheit zu gewährleisten. Raum für eine diese gesetzlichen Regelungen ergänzende Steuerung der Aufgabenerfüllung besteht damit nur beschränkt. Demgegenüber gibt es materielle Gesetze, die Aufgaben nur in den Grundzügen regeln und damit den mit der Erfüllung betrauten Einheiten einen erheblichen Entscheidungsspielraum einräumen. Hier besteht Raum für die materielle Gesetzgebung konkretisierende Vorgaben (vgl. beispielsweise die Gesetzgebung im Bereich Wissenschaft und Forschung).
- *Unabhängigkeit in der Aufgabenerfüllung*: Bezüglich einzelner hoheitlicher Aufgaben legt das materielle Gesetz fest, dass sie in einer mit der Justiz vergleichbaren Unabhängigkeit zu erfüllen sind (z. B. Bankenaufsicht). Damit schreibt der Gesetzgeber Zurückhaltung bei der die materiellen Gesetze ergänzenden Steuerung solcher Aufgaben vor. Die zulässige Einflussnahme findet jedenfalls dort ihre Grenze, wo es um die Behandlung und Entscheidung konkreter Einzelfälle geht.
- *Externe Standards*: Ebenfalls beschränkter Raum für aufgabenseitige Vorgaben besteht bei Aufgaben, die massgeblich durch internationale Regelungen oder technische Standards bestimmt sind, wie dies beispielsweise im Bereich der Flugsicherung der Fall ist.
- *Markt*: Bei Aufgaben, die weitgehend mit kommerziellen Leistungen am Markt erfüllt und dementsprechend über Preise finanziert werden, besteht mit Rücksicht auf die marktliche Steuerung grundsätzlich nur ein geringer Bedarf nach aufgabenseitigen Vorgaben des Bundes (z.B. Post oder Swisscom)¹⁶⁸. Denkbar ist jedoch, dass der Bund als sogenannter Regulator¹⁶⁹ Vorgaben macht. Diese sind jedoch nicht Teil der Eigenerpolitik, obwohl auch verselbständigte Einheiten davon betroffen sein können.

¹⁶⁷ Hierbei zu berücksichtigen sind auch Auflagen und Vorgaben im Rahmen von den auf den materiellen Gesetzen basierenden Konzessionen und Beleihungen.

¹⁶⁸ Die aufgabenseitigen Vorgaben des Bundes als *Regulator* sind gegenüber allen Teilnehmern des entsprechenden Marktsegments verbindlich und können qualitativer, quantitativer oder preislicher Art sein.

¹⁶⁹ Unter <http://www.postreg.admin.ch/postreg/behoerde/00535/index.html?lang=de> umschreibt das UVEK Regulation am Beispiel der Postregulationsbehörde wie folgt: «Mit der schrittweisen Einführung von Wettbewerb wurde der Staat – nebst seiner Rolle als Eigner der Post – auch im Postmarkt zum Regulator. Zu diesem Zweck wurde durch den Bundesrat die fachlich unabhängige Postregulationsbehörde PostReg eingesetzt. Die Regulierung soll die Funktionsfähigkeit des sich öffnenden Marktes gewährleisten. Weil es sich beim Postmarkt um einen wichtigen Bereich der Grundversorgung handelt, ist eine transparente, unparteiische und starke Regulation eine zwingende Voraussetzung für die Sicherung der Grundversorgung und das Gelingen weiterer Öffnungsschritte».

- *Finanzierung über allgemeine Steuermittel*¹⁷⁰: Je mehr der Bund die Aufgabenerfüllung aus allgemeinen Steuermitteln unterstützt, desto mehr hat er mit aufgabenseitigen Vorgaben die Schwerpunkte der Mittelverwendung festzulegen (z. B. ETH-Bereich).

Zusammenfassend besteht insbesondere dort Bedarf nach aufgabenseitigen, die materiellen Gesetze und Ausführungserlasse ergänzenden Vorgaben, wo der verselbständigten Einheit tatsächlich bezüglich wesentlicher Modalitäten der Aufgabenerfüllung ein bedeutender Entscheidungsspielraum zusteht, und wo die Erfüllung dieser Aufgabe massgeblich mit allgemeinen Steuermitteln finanziert wird. Aufgabenseitige Vorgaben drängen sich auch dort auf, wo dem Bund aus der Aufgabenerfüllung ein erhebliches Risiko erwachsen kann.

Unternehmensbezogene und aufgabenseitige Vorgaben des Bund sollen übergeordneter Natur sein. Detaillierte Vorgaben würden die betriebliche Autonomie der verselbständigten Einheit verletzen und wären geeignet die vom Gesetzgeber gewollte Aufteilung der Verantwortung zwischen Einheit und Bund verwischen.

7.4 Heutige Situation

Alle verselbständigten Einheiten basieren auf organisationsrechtlichen Bestimmungen und werden – mit zwei Ausnahmen¹⁷¹ - in ihrer Aufgabenerfüllung durch Vorgaben in materiellen Gesetzen geleitet.

Als ihr Eigner gibt der Bund den verselbständigten Einheiten weitere unternehmensbezogene und aufgabenseitige Vorgaben¹⁷²: Einzelne verselbständigte Einheiten steuert er mit dem Instrument der strategischen Ziele, andere mit den in Zusammenhang mit FLAG entwickelten Instrumenten des Leistungsauftrags bzw. der Leistungsvereinbarung. Zwei Einheiten steuert er weder mit unternehmensbezogenen noch mit aufgabenseitigen Vorgaben.

Einzig die strategischen Ziele von Post, Swisscom und SBB sind heute verfahrensmässig und inhaltlich in den Grundzügen standardisiert. Sie äussern sich vor allem zur Geschäftspolitik im Allgemeinen, zu den Finanzen, zur Personalpolitik und zu Kooperationen und Beteiligungen. Die Zielerreichung wird sowohl bei Post, Swisscom und SBB u. a. mit einem zwischen Bundesrat und verselbständigter Einheit vereinbarten Kennzahlensystem gemessen.

Im Einzelnen werden die Anstalten derzeit wie folgt gesteuert: Das IGE erhält vom Bund als Eigner weder unternehmensbezogene noch aufgabenseitige Vorgaben; das SIR steuert er nur über das Budget¹⁷³. Swissmedic steuert der Bund als Eigner über einen vierjährigen, vom

¹⁷⁰ Das SuG unterscheidet zwischen Finanzhilfen und Abgeltungen. In Zusammenhang mit verselbständigten Einheiten von Bedeutung sind insbesondere die Abgeltungen. Sie werden in Art. 3 Abs. 2 SuG umschrieben als Leistungen an Empfänger ausserhalb der Bundesverwaltung zur Milderung oder zum Ausgleich von finanziellen Lasten, die sich ergeben aus der Erfüllung einer bundesrechtlich vorgeschriebenen Aufgabe oder aus Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe, die dem Empfänger vom Bund übertragen worden ist.

¹⁷¹ Die Aufgaben des SIR und der RUAG werden nicht in materiellen Gesetzen konkretisiert.

¹⁷² So können beispielsweise aufgabenseitige Vorgaben – z.B. die Entwicklung neuer Technologien oder die Erschliessung neuer Märkte – betrieblich wesentliche Aspekte der verselbständigten Einheit beeinflussen wie beispielsweise deren Unternehmenswert. Umgekehrt können sich unternehmensbezogene Vorgaben auf aufgabenseitige relevante Aspekte auswirken: So kann beispielsweise die Beteiligung an einer andern Unternehmung zu einer qualitativen Verbesserung des Leistungsangebots der verselbständigten Einheit und damit ihrer Aufgabenerfüllung führen.

¹⁷³ Das SIR wird finanziell wie ein Bundesamt geführt, hat es doch keine eigene Rechnung. Es figuriert wie eine Verwaltungseinheit im Voranschlag respektive in der Staatsrechnung des Bundes. Das

Bundesrat erteilten Leistungsauftrag, der mit einjährigen, zwischen Departement und Anstalt ausgehandelten Leistungsvereinbarungen konkretisiert wird. Gegenstand beider Instrumente ist primär die Aufgabenseite, die im Übrigen bereits durch die Gesetzgebung eingehend geregelt ist. Auf die Entwicklung von Swissmedic als Organisation nimmt der Bund kaum mit gezielten Vorgaben Einfluss. Das SERVG umschreibt die Leistungen der SERV und enthält klare Grundsätze zur Geschäftspolitik. Unter Berücksichtigung dieser gesetzlichen Vorgaben hat der Bundesrat die strategischen Ziele festzulegen. Auch die Post steuert der Bundesrat mit strategischen Zielen. Er konzentriert sich darin vor allem auf unternehmensbezogene Vorgaben.

Insbesondere die Anstalten IGE und Swissmedic sind gesetzlich verpflichtet, weitere Leistungen im Auftrag des Bundes zu erbringen, die nicht als Teil der ausgelagerten, ihnen zur Erfüllung übertragenen Aufgabe betrachtet werden können und damit auch nicht im Autonomiebereich dieser Anstalten liegen¹⁷⁴. Nicht als Eigner, sondern als Leistungsbesteller kann der Bund diese Leistungen mit detaillierten Vorgaben steuern¹⁷⁵. Im Fall von Swissmedic führte der Umstand, dass weder im Organisationserlass noch im Leistungsauftrag klar zwischen diesen beiden Arten von Leistungen – d. h. den sich aus den ausgelagerten, in die Verantwortung der verselbständigten Einheit übertragenen Aufgaben bzw. den Leistungsbestellungen im Verantwortungsbereich des Bundes – unterschieden wird, dazu, dass letztlich alle Leistungen in einem die zuerkannte Autonomie tangierenden oder verletzenden Detaillierungsgrad gesteuert werden.

Zu den Aktiengesellschaften: Swisscom, Skyguide und RUAG steuert der Bundesrat mit dem Instrument der strategischen Ziele hauptsächlich aus einer unternehmensbezogenen Optik¹⁷⁶. Aufgabenseitige Vorgaben nehmen demgegenüber einen eher geringen Raum ein: Die Aufgabenerfüllung von Swisscom und RUAG erfolgt hauptsächlich am Markt und soll entsprechend durch ihn gesteuert werden. Demgegenüber nimmt Skyguide hoheitliche Aufgaben wahr. Hier fehlt somit eine marktliche Steuerung; die Aufgabenerfüllung von Skyguide wird aber ergänzend zur Gesetzgebung massgebend durch internationale Regelungen und technische Standards bestimmt. Die strategischen Ziele des Bundesrates sind gegenüber dem Verwaltungsrat dieser Einheiten zwar nicht rechtlich, wohl aber faktisch bindend: Der Verwaltungsrat wird es sich grundsätzlich nicht leisten, die Absichten des Haupt- oder Mehrheitsaktionärs zu missachten; andernfalls riskiert er seine Abberufung oder

Parlament verabschiedet somit das Budget des SIR und genehmigt dessen Rechnung. Im Gegensatz zu den andern verselbständigten Einheiten werden die Aufgaben des SIR auch nicht über materielle Gesetze gesteuert.

¹⁷⁴ Beispiele: Mitwirkung bei der Gesetzgebung; Vertretung der Schweiz im Ausland.

¹⁷⁵ Die Erwähnung dieser Leistungsbestellungen im Organisationserlass verpflichtet die verselbständigten Einheiten zum Vertragsabschluss: Sie können die Bestellung des Bundes nicht ablehnen, auch wenn sie – wie im Fall des IGE – für die Erfüllung ihrer Leistungspflicht keine Abgeltung mehr erhalten.

¹⁷⁶ Den Anstalten kann der Bund verbindlich strategische Ziele vorgeben, nicht so den Aktiengesellschaften. Mit den strategischen Zielen bezüglich Aktiengesellschaften legt der Bundesrat im Sinne einer Selbstbindung fest, welche Ziele er als (Haupt-)Aktionär hat. In der Botschaft POG, 1335, wird hinsichtlich der Swisscom Folgendes ausgeführt: «Die mit der kapital- und stimmenmässigen Mehrheit verbundene grosse Einflussmöglichkeit des Bundes kann zu einer Verunsicherung von Investoren führen. (...) berücksichtigt dies und bestimmt, dass sich der Bundesrat festlegen soll, wie er kraft seines Status als Mehrheitsaktionär die Interessen des Bundes gegenüber der Telekommunikationsunternehmung wahrnehmen will. Als Mittel stehen ihm hierzu die Möglichkeiten zur Verfügung, welche einem Hauptaktionär im Aktienrecht zukommen, also vor allem der Einfluss auf die Besetzung des Verwaltungsrats und die stimmenmässige Beherrschung der Generalversammlung. Indem er seine entsprechenden Absichten im Vierjahresrhythmus verbindlich festlegt, wird die nötige Transparenz für Drittinvestoren geschaffen.»

Abwahl. Den Bundesrat binden die strategischen Ziele bei der Ausübung seiner Aktionärsrechte sowie bei der Instruktion allfälliger Bundesvertreter¹⁷⁷.

Die SBB werden mit einer Leistungsvereinbarung gesteuert, die das Parlament genehmigt, wenn es den darauf abgestimmten Zahlungsrahmen beschliesst. Gegenstand der Leistungsvereinbarung ist schwergewichtig der Infrastrukturbereich der SBB, der in namhaftem Umfang durch den Bund unterstützt wird und kaum eine marktliche Steuerung erfährt. Von der Leistungsvereinbarung nach FLAG unterscheidet sich die Leistungsvereinbarung der SBB insbesondere durch ihre strategische Ausrichtung und die vierjährige Geltungsdauer. In Ergänzung und Konkretisierung der Leistungsvereinbarung erlässt der Bundesrat sodann strategische Ziele, die sich jedoch nicht nur auf den Infrastrukturbereich, sondern auf die SBB als Ganzes beziehen und mit denjenigen für Swisscom und Post verglichen werden können. Die strategischen Ziele des Bundesrates entfalten auch gegenüber dem Verwaltungsrat der SBB nur eine faktische, nicht jedoch eine rechtlich verbindliche Wirkung, da eine entsprechende Grundlage im Organisationserlass fehlt.

7.5 Leitsätze für das Steuerungsmodell

16. Leitsatz

Der Bund steuert die verselbständigten Einheiten als Eigner auf strategischer Ebene mit übergeordneten und mittelfristigen Zielvorgaben. Mit dem inhaltlich in den Grundzügen standardisierten Instrument der strategischen Ziele nimmt er aus einer Gesamtsicht Einfluss auf ihre Entwicklung als Organisation bzw. Unternehmen («unternehmensbezogene Vorgaben») und auf ihre Aufgaben («aufgabenseitige Vorgaben»). Insbesondere die Intensität der aufgabenseitigen Steuerung ist abhängig davon, ob die Erfüllung der übertragenen Aufgabe:

- nur in den Grundzügen durch die Gesetzgebung und kaum durch den Markt bestimmt wird;
- in erheblichem Umfang mit allgemeinen Steuermitteln finanziert wird;
- mit bedeutenden Risiken für den Bund verbunden sein kann.

Neu sollen *alle* verselbständigten Einheiten des Bundes mit dem Instrument der strategischen Ziele gesteuert werden. Dabei soll an deren heutigen Grundkonzeption wie an deren vierjährigen Dauer festgehalten werden. Auch sollen die einzelnen Ziele weiterhin messbar sein, und ihre Erreichung aufgrund vorgängig definierter Kriterien während und am Schluss der Leistungsperiode gemessen werden.

Inhaltlich können die strategischen Ziele eine unterschiedliche Gewichtung erfahren, je nach dem, ob sie Anwendung finden auf eine verselbständigte Einheit, die ihre Aufgaben im Monopol (z.B. IGE) bzw. in einer monopolähnlichen Situation (z.B. ETH) oder am Markt (Swisscom) erbringt: In den ersten beiden Fällen sollen die strategischen Ziele - neben unternehmensbezogenen - schwergewichtig aufgabenseitige Vorgaben enthalten. Soweit eine Einheit überwiegend am Markt tätig ist, sollen die strategischen Ziele demgegenüber vor allem unternehmensbezogene Inhalte aufweisen.

¹⁷⁷ Die strategischen Ziele lassen sich dem Verwaltungsrat von Seiten des Bundesrates in seiner Funktion als Haupt- oder Mehrheitsaktionär rechtlich nicht verbindlich vorgeben wegen der privatrechtlichen Rechtsform und damit wegen der Geltung des Aktienrechts (siehe vorne, Kapitel 7.1)

Bei verschiedenen seiner verselbständiger Einheiten bestellt der Bund Leistungen, die er mit allgemeinen Steuermitteln¹⁷⁸ abgilt. Solche mit allgemeinen Steuermitteln finanzierte Leistungsbestellungen können sich auf ganze, der verselbständigten Einheit übertragene Aufgabenbereiche beziehen (z.B. Leistungsbestellung bei der ETH) oder auf einzelne konkrete Leistungen (z.B. Mitwirkung bei der Vorbereitung der Gesetzgebung). Grundsätzlich sollen inskünftig auch diese Leistungsbestellungen über die strategischen Ziele gesteuert werden; allenfalls sind auch nur die wichtigsten Grundsätze künftiger Leistungsbestellungen in den strategischen Zielen festzuhalten.

Indem die Leistungsbestellungen in die strategischen Ziele aufgenommen werden, wird Transparenz über die wesentlichsten finanziellen und materiellen Abhängigkeiten zwischen Bund und verselbständiger Einheit geschaffen. Sie ermöglicht dem Bundesrat die Steuerung und Kontrolle der verselbständigten Einheiten aus einer gesamtheitlichen Sicht.

Nicht Gegenstand der strategischen Ziele sollen Leistungsbestellungen sein, die in einem Wettbewerbsumfeld getätigt werden. Hier hat der Bund getrennt von eignerpolitischen Interessen zu entscheiden, zu steuern und kontrollieren. Andernfalls käme es zu unerwünschten Wettbewerbsverzerrungen. Nicht im Rahmen der strategischen Ziele entschieden, gesteuert und kontrolliert werden soll demnach beispielsweise die Leistungsbestellung im Bereich des Regionalen Personenverkehrs, wo sich neben den SBB auch andere Bahnen bewerben können und zudem die Bestellung in Zusammenarbeit mit den Kantonen erfolgt. In allen übrigen Fällen hingegen sollen künftig Leistungsbestellungen im Rahmen der strategischen Ziele erfolgen.

Grundsätzlich sollen die strategischen Ziele folgende unternehmensbezogenen Inhalte aufweisen:

- *Grundzüge der Geschäftspolitik:* Zentral ist hier die Frage, mit welchem Grundverständnis die verselbständigte Einheit gegen aussen auftritt, d. h. insbesondere gegenüber ihrer Kundschaft, aber auch gegenüber allfälligen Konkurrenten und gegenüber der Öffentlichkeit.
- *Positionierung am Markt beziehungsweise im Aufgabenbereich:* Möglich sind hier Vorgaben bezüglich einer anzustrebenden Marktposition. Bei nicht am Markt tätigen Einheiten sind Vorgaben denkbar zur Reputation oder zur Stellung im Vergleich mit Anbietern vergleichbarer Leistungen.
- *Entwicklungsschwerpunkte:* Sie können innerbetrieblicher Natur sein (z. B. Ressourcen, Innovationen in einzelnen Aufgabenbereichen u. ä.), oder können sich auf das betriebliche Umfeld der verselbständigten Einheit beziehen (z. B. Gewinnung neuer Kundenkreise, Erschliessung neuer Märkte).
- *Finanzen:* Dazu können je nach Art und Grösse der verselbständigten Einheit Umsatz, Cash flow, Gewinn/Kostendeckung, Verhältnis Gemein-/Einzelkosten, Aspekte der Kapitalbeschaffung usw. gehören. Zudem soll die Höhe der allenfalls für der Erfüllung einer bestimmten Aufgabe notwendigen Abgeltung festgesetzt werden.
- *Risikopolitik:* Ein funktionierendes Risikomanagement des Unternehmens ist für den Bund von grosser Bedeutung. Denn er ist von den aus realisierten Risiken

¹⁷⁸ Das SuG unterscheidet zwischen Finanzhilfen und Abgeltungen. In Zusammenhang mit verselbständigten Einheiten von Bedeutung sind insbesondere die Abgeltungen. Sie werden in Art. 3 Abs. 2 SuG umschrieben als Leistungen an Empfänger ausserhalb der Bundesverwaltung zur Milderung oder zum Ausgleich von finanziellen Lasten, die sich ergeben aus der Erfüllung einer bundesrechtlich vorgeschriebenen Aufgabe oder aus Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe, die dem Empfänger vom Bund übertragen worden ist.

erwachsenen Schäden und allenfalls im Rahmen seiner Ausfallhaftung oder als Eigner betroffen¹⁷⁹.

- *Beteiligungs- und Kooperationspolitik*: Hier wird festgelegt, welche marktlichen oder unternehmensspezifischen Schwerpunkte mit der Beteiligungs- und Kooperationspolitik erzielt werden sollen.

Zu den eher aufgabenseitigen Inhalten der strategischen Ziele sollen insbesondere gehören:

- *Schwerpunkte der Aufgabenerfüllung*: Darunter können beispielsweise Prioritätensetzungen zwischen verschiedenen, gesetzlich vorgesehenen oder sich durch die Marktentwicklung abzeichnenden Leistungen fallen.
- *Qualitative und / oder quantitative Aspekte der Aufgabenerfüllung von strategischer Bedeutung*: Strategische Bedeutung kommt solchen Aspekten aus einer unternehmensbezogenen Optik insbesondere dann zu, wenn sie für Erfolg oder Misserfolg einer verselbständigten Einheit oder für die Verwirklichung der mit der Aufgabe verfolgten öffentlichen Interessen entscheidend sind. Beispiele: Pünktlichkeit, Verlässlichkeit und Sicherheit des öffentlichen Verkehrs; Versorgungssicherheit mit Gütern am Markt, Qualität der Bildungsangebote und Forschungsleistungen.

Grundsätzlich soll der Bund ergänzend zur Gesetzgebung seine verselbständigten Einheiten als Eigner so viel wie notwendig, aber so wenig wie möglich steuern. Die gegenüber den FLAG-Verwaltungseinheiten deutlich erweiterte Autonomie der verselbständigten Einheiten soll nicht über zu detaillierte unternehmensbezogene oder aufgabenseitige Vorgaben durch die Hintertür wieder rückgängig gemacht werden¹⁸⁰.

17. Leitsatz

Die Verabschiedung der strategischen Ziele liegt grundsätzlich in der Zuständigkeit des Bundesrats. Einzig bei Einheiten, die schwergewichtig Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht wahrnehmen, werden die strategischen Ziele vom Verwaltungs- oder Institutsrat erlassen. Wo verselbständigte Einheiten in namhaftem Umfang von der finanziellen Unterstützung durch den Bund abhängig sind, kann das Parlament in den entsprechenden Finanzierungsbeschlüssen die Verwendung dieser Mittel regeln. Dies ist vom Bundesrat beim Erlass der strategischen Ziele zu berücksichtigen.

Der Bundesrat nimmt die Funktion des Eigners wahr. Er soll deshalb auch die strategischen Ziele der verselbständigten Einheiten verabschieden. An dieser bundesrätlichen Zuständigkeit soll grundsätzlich auch dann festgehalten werden, wenn die verselbständigte Einheit massgeblich auf die finanzielle Unterstützung durch den Bund angewiesen ist.

Einzig bei den Einheiten, die Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht wahrnehmen, sollen die strategischen Ziele vom Verwaltungs- oder Institutsrat verabschiedet werden. Mit dieser Sonderregelung soll die besondere Unabhängigkeit unterstrichen werden, die diese Einheiten - ähnlich wie die Justiz - geniessen. Auch die strategischen Ziele verselbständigter Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht sollen sich zu unternehmensbezogenen bzw. aufgabenseitigen Aspekten äussern und messbar sein.

¹⁷⁹ Zur Ausfallhaftung siehe Kapitel 5.2.1.

¹⁸⁰ In LIENHARD/RITZ, 39 f., wird ausgeführt, dass sich «Swissmedic im Bereich der Leistungssteuerung / Leistungsziele und finanziellen Vorgaben bzgl. Detaillierungsgrades» kaum von FLAG-Einheiten unterscheidet. «Die gegenwärtige Ausgestaltung und Nutzung der Instrumente führt in der Tendenz zu einer Übersteuerung der Swissmedic».

Bereits heute verabschiedet der Bundesrat die strategischen Ziele von den am Markt tätigen Unternehmen ohne Einbezug des Parlaments. Demgegenüber wirkt dieses mit bei der Verabschiedung des Leistungsauftrags für den ETH-Bereich. Die parlamentarische Genehmigung lässt sich mit den namhaften Abteilungen begründen, auf die der ETH-Bereich angewiesen ist. Künftig sollen alle Einheiten mit strategischen Zielen des Bundesrates geführt werden¹⁸¹. Wo verselbständigte Einheiten wie beispielsweise die ETH's auf namhafte Abteilungen angewiesen sind, kann das Parlament seinen Einfluss gestützt auf den neuen, im Rahmen der letzten FHG-Revision geänderten Artikel 25 Absatz 3 ParlG wahrnehmen und Schwerpunkte der Kreditverwendung festlegen¹⁸². Im Interesse einer stufengerechten Kompetenz- und Verantwortungsregelung zwischen Legislative und Exekutive soll hingegen grundsätzlich keine direkte Einflussnahme des Parlaments auf die strategischen Ziele mehr vorgesehen werden.

7.6 Aufgabentypenbezogene Konkretisierung

Sämtliche verselbständigten Einheiten werden im mittelfristigen Zeithorizont mit dem Instrument der strategischen Ziele und damit mit unternehmensbezogenen und aufgabenseitigen Vorgaben gesteuert. Die strategischen Ziele berücksichtigen allfällige Auflagen, die das Parlament bei Verabschiedung von entsprechende Mittel bewilligenden Zahlungsrahmen beschlossen hat.

Einheiten, die Dienstleistungen mit Monopolcharakter erbringen, sind mehrheitlich nicht am Markt tätig und werden über allgemeine Steuermittel oder Gebühren finanziert. Bei der unternehmensbezogenen Steuerung stehen Vorgaben zur allgemeinen Geschäftspolitik, Entwicklungsschwerpunkte und - je nach Risikopotential - Vorgaben zur Risikopolitik im Vordergrund. Über die Intensität der aufgabenseitigen Steuerung lässt sich keine aufgabentypenspezifische Aussage machen:

- Einzelne Einheiten mit Dienstleistungen mit Monopolcharakter werden durch eine umfangreiche materielle Gesetzgebung gesteuert (IGE), andere erfahren kaum eine solche Steuerung (ETH; SIR);
- Einzelne Einheiten sind auf eine finanzielle Unterstützung durch den Bund angewiesen (ETH's), andere finanzieren sich ausschliesslich über Gebühren (IGE);
- Einzelne Einheiten erbringen tatsächlich Dienstleistungen im Monopol (IGE). Andere erbringen Dienstleistungen, die sich durch Substitutionsgüter ersetzen lassen, und stehen damit in einer gewissen Konkurrenz zu andern Anbietern (ETH's).

Die Intensität der aufgabenseitigen Steuerung lässt sich somit nur einzelbetrieblich festlegen. Die aufgabenseitige Steuerung der ETH wird eher intensiv ausfallen müssen (offene Gesetzgebung, fehlende Marktsteuerung, namhafte finanzielle Beiträge durch den Bund, gewisses Risikopotential für den Bund). Tendenziell weniger intensiv ist demgegenüber die

¹⁸¹ Nur bei den Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht ist nicht der Bundesrat, sondern der Verwaltungs- oder Institutsrat für die Verabschiedung der strategischen Ziele zuständig.

¹⁸² Nach Art. 25 Abs. 3 ParlG legt die Bundesversammlung in Kreditbeschlüssen den Zweck und die Höhe der Kredite fest. Ausserdem kann sie darin die Rahmenbedingungen der Kreditverwendung, den zeitlichen Ablauf der Projektverwirklichung und die Berichterstattung durch den Bundesrat näher regeln. Diese Bestimmung ist im Rahmen der Revision des Finanzhaushaltsgesetzes vom 7. Oktober 2005 beschlossen worden und seit dem 1. Mai 2006 in Kraft.

aufgabenseitige Steuerung des IGE auszugestalten (umfangreiche Facherlasse; fehlende finanzielle Abhängigkeit vom Bund, eher geringes Risikopotential für den Bund). Im Rahmen der strategischen Ziele von Einheiten, die Dienstleistungen mit Monopolcharakter erfüllen, kann der Bundesrat auch Leistungsbestellungen direkt oder in den Grundzügen steuern, da aufgrund des fehlenden Marktes für diese Bestellungen aus der Kombination der Eigner- und Bestellerrolle keine Wettbewerbsverzerrungen (Bevorzugung der verselbständigten Einheit durch den Bundesrat) zu befürchten sind. Das Parlament kann im Rahmen der Finanzierungsbeschlüsse festlegen, wie die in Form von Abgeltungen an diese Einheiten ausgerichteten Mittel zu verwenden sind. Der Bundesrat hat diese Vorgaben bei Verabschiedung der strategischen Ziele zu berücksichtigen.

Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht erfüllen ihre Aufgaben in einer mit der Justiz vergleichbaren Unabhängigkeit. Deshalb soll der Bundesrat weder für sie strategische Ziele erlassen noch solche, die vom Verwaltungs- oder Institutsrat verabschiedet worden sind, genehmigen. Allerdings sollen auch diese Einheiten ihre mittelfristige aufgabenseitige und unternehmensbezogene Entwicklung mit strategischen Zielen planen. Deshalb soll der Verwaltungs- oder Institutsrat von Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht zum Erlass strategischer Ziele verpflichtet sein. Der Stand ihrer Umsetzung soll dem Bundesrat mitunter als Grundlage für seine Kontrolltätigkeit dienen. *Einheiten mit Dienstleistungen am Markt* werden ebenfalls mit dem Instrument der strategischen Ziele gesteuert. Ihre Steuerung konzentriert sich weniger auf aufgabenseitige als vielmehr auf unternehmensbezogene Vorgaben, wird doch ihre Aufgabenerfüllung weitgehend durch den Markt bestimmt. Gegenüber dem Verwaltungsrat einer verselbständigten Einheit in der Rechtsform der privatrechtlichen Aktiengesellschaft sind die strategischen Ziele wohl nicht rechtlich, aber faktisch verbindlich: Der Verwaltungsrat kann es sich grundsätzlich nicht leisten, die Absichten des Haupt- oder Mehrheitsaktionärs zu missachten; andernfalls riskiert er die Abberufung oder Abwahl. Bei spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften kommt den strategischen Zielen eine rechtliche Verbindlichkeit zu, soweit dies im Organisationserlass vorgesehen ist. Da diese Einheiten am Markt tätig sind, sind allfällige Leistungsbestellungen mit Rücksicht auf allfällige Wettbewerbsverzerrungen nicht im Rahmen der strategischen Ziele, sondern mit einem separaten Instrument zu steuern.

8 Kontrolle des Bundesrates und Oberaufsicht des Parlaments

8.1 Einführung

Die Bundesverfassung unterscheidet zwischen der Aufsicht des Bundesrates und der Oberaufsicht des Parlaments.

Die *Aufsicht des Bundesrates* ist Bestandteil seiner Führungsaufgaben: Mit der Aufsichtstätigkeit stellt der Bundesrat zusammen mit den Departementen und der Bundeskanzlei die Erfüllung der verfassungsmässigen und gesetzlichen Aufgaben sicher¹⁸³. Gegenüber der zentralen Bundesverwaltung nimmt der Bundesrat die sogenannte Dienstaufsicht wahr, die die Befugnis einschliesst, «in die Erledigung konkreter Einzelgeschäfte einzugreifen»¹⁸⁴. Ihm steht hierzu das Recht zur Erteilung von Weisungen und von verbindlichen Anordnungen zu. Gegenüber den verselbständigten Einheiten nimmt der Bundesrat demgegenüber die sogenannte Verbandsaufsicht wahr: Insbesondere ist ihm das Recht verwehrt, Weisungen in

¹⁸³ Vgl. Art. 24 Abs. 1 RVOV.

¹⁸⁴ Siehe TSCHANNEN/ZIMMERLI/KIENER, 28.

jenen Materien zu erlassen, die in den Autonomiebereich der verselbständigten Einheit fallen¹⁸⁵.

Diese Aufsicht unterscheidet sich somit in verschiedenster Hinsicht von derjenigen Aufsicht, die dem Bundesrat gegenüber den Einheiten der zentralen Bundesverwaltung zukommt¹⁸⁶: In der Tendenz lässt sich die bundesrätliche Aufsicht über die verselbständigten Einheiten am ehesten mit einer Rechenschaftsabnahme vergleichen und unterscheidet sich von der Aufsicht gegenüber der zentralen Bundesverwaltung insbesondere hinsichtlich Gegenstand, Reichweite / Intensität, Adressat und Mittel¹⁸⁷. Die Verwendung des Begriffs der Aufsicht für zwei inhaltlich derart unterschiedliche Funktionen ist problematisch: Aufsichtsfunktion kommt dem Bund in seiner Rolle als Staat - z.B. bei der Fachaufsicht¹⁸⁸ - zu, nicht aber in seiner Rolle als Eigner verselbständigter Einheiten. Diesem Unterschied ist begrifflich Nachdruck zu verleihen. Die Aufsichtstätigkeit, die der Bundesrat *in seiner Funktion als Eigner* gegenüber den verselbständigten Einheiten wahrnimmt, wird deshalb nachfolgend mit dem Begriff «Kontrolle» umschrieben. Damit entspricht der Bundesrat der im oben zitierten Bericht bereits gewählten Begrifflichkeit¹⁸⁹.

In einem früheren Bericht an das Parlament wurde dazu ausgeführt: «Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass mit der rechtlichen Verselbständigung von Betrieben die direkte Aufsicht des Bundes umgestaltet wird. An die Stelle der direkten Aufsicht treten vermehrt die Kontrolle durch die Konkurrenz, die strategischen Ziele des Bundesrates sowie die erhöhte Verantwortung der Verwaltungsräte. Die Überwachungskompetenz des Bundesrates (...) über die traditionellen Instrumente der Geschäfts- und Finanzkontrolle treten damit zwangsläufig etwas in den Hintergrund. (...) Allfällige Aufsichtsdefizite sind durch andere Instrumente zu schliessen, etwa ein transparentes Rechnungslegungssystem (...) und über den Anschluss an ein institutionalisiertes Controlling und Reporting des Unternehmens. (...). Das Scheitern der Neuausrichtung (...) der Bundesbetriebe wäre vorprogrammiert, wenn die Kompetenz- und Verantwortungsdelegation über die Hintertür von Aufsichtsmaßnahmen wieder zurückgenommen würde»¹⁹⁰.

Im Unterschied zur Kontrolle des Bundesrates ist die *Oberaufsicht des Parlaments* wesensmässig geprägt von einer gewissen Distanz zu den Entscheidungs- und Kontrollfunktionen des Bundesrates und auf das Grundsätzliche ausgerichtet¹⁹¹. Im Bereich der parlamentarischen Finanzaufsicht tritt die verfassungsmässige Unterscheidung zwischen Oberaufsicht und Aufsicht hingegen in den Hintergrund. Dem Parlament stehen aufgrund seiner Budgethoheit und der Kompetenz zur Genehmigung der Staatsrechnung umfangreiche

¹⁸⁵ So wird die *Reichweite* der Verbandsaufsicht definiert. *Adressat* der Verbandsaufsicht sind allein die Organe der verselbständigte Einheit, nicht jedoch einzelne Personen innerhalb derselben. Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/KIENER, 28.

¹⁸⁶ Dazu u. a. BRUHIN, 43 ff.

¹⁸⁷ Auch wenn der Bund beispielsweise seine Rechte an der Generalversammlung wahrnimmt, kann er als Haupt- oder Mehrheitsaktionär nur in beschränktem Umfang den Verwaltungsrat beaufsichtigen: Wohl bezeichnet beispielsweise Art. 698 OR die Generalversammlung als das «oberste Organ» der Aktiengesellschaft. Dies wird untermauert durch ihre Kompetenz zum Entscheid u. a. über die Statuten, die Kapitalstruktur, die Zusammensetzung und Abberufung der Organe. Die Stellung als oberstes Organ gibt der Generalversammlung jedoch nicht das Recht, in die aus den unentziehbaren Kompetenzen fliessenden Kernzuständigkeiten des Verwaltungsrats einzugreifen. Insofern kommt der Generalversammlung und damit auch dem Bund als Haupt- oder Mehrheitsaktionär nur punktuell die Funktion der «Aufsicht» über den Verwaltungsrat zu.

¹⁸⁸ Zum Begriff der Fachaufsicht siehe Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates, Kapitel 6.

¹⁸⁹ Siehe Kapitel 8.1 (Zitat aus dem Bericht Bundesrat 1997).

¹⁹⁰ Siehe Bericht Bundesrat 1997, 24.

¹⁹¹ Vgl. Bericht Bundesrat 1997, 7.

Prüf- und Einflussbefugnisse zu. Die Eidgenössische Finanzkontrolle unterstützt das Parlament dabei¹⁹².

In ihrem Bericht vom 1. März 2001¹⁹³ fasst die Staatspolitische Kommission des Nationalrates die Aufgabenteilung zwischen Bundesrat und Parlament wie folgt zusammen: «Das so genannte <Vier-Kreise-Modell> schlüsselt die Träger von Bundesaufgaben nach ihrem Autonomiegrad auf. Der innerste Kreis (Zentralverwaltung) und der zweite Kreis (FLAG-Ämter = <Führen mit Leistungsauftrag und Globalbudget>) unterstehen der umfassenden Aufsicht des Bundesrates und damit auch einer uneingeschränkten Oberaufsicht des Parlamentes. Im dritten Kreis (Betriebe und Anstalten, die zu 100 Prozent in Bundesbesitz sind, aber in der Regel eine eigene Rechtspersönlichkeit besitzen) und im vierten Kreis (gemischtwirtschaftliche Unternehmen, an deren Aktienkapital der Bund beteiligt ist) beschränkt sich die Aufgabe des Bundesrates vor allem darauf, die Eignerinteressen des Bundes wahrzunehmen; dementsprechend ist es Aufgabe der parlamentarischen Oberaufsicht, die Art und Weise der Wahrnehmung dieser Eignerinteressen zu überwachen.»

OECD-Richtlinien

Der Staat als aktiver Eigner soll seine Eigentumsrechte gemäss der rechtlichen Struktur jedes Unternehmens ausüben. Seine wichtigsten Aufgaben sind: ... 3. Errichtung von Berichtssystemen zur regelmässigen Überwachung und Beurteilung der Unternehmensleistung; 4. ständiger Dialog mit der externen Revisionsstelle und speziellen staatlichen Kontrollorganen, sofern das Rechtssystem und das Ausmass des staatlichen Eigentums dies zulassen (Kapitel II Bst. F).

8.2 Kontrolle des Bundesrates

8.2.1 Art und Zweck der Kontrolle

Bei seiner Kontrolle als Eigner legt der Bundesrat das Gewicht in der Tendenz auf eine Überprüfung ex post; die laufende Beaufsichtigung der betrieblichen Abläufe ist mit der Ausgliederung der Einheit aus der zentralen Bundesverwaltung an den Verwaltungs- oder Institutsrat delegiert worden.

Die Kontrolle des Bundesrates als Eigner ist das Korrelat zu seiner Steuerungsfunktion und dient damit grundsätzlich auch den gleichen Zwecken. Die bundesrätliche Kontrolle bezweckt damit einerseits den Erhalt bzw. die Steigerung des Wertes der verselbständigten Einheiten und ihrer Leistungsfähigkeit (unternehmensbezogene Kontrolle) und andererseits die Sicherstellung einer auf das Gemeinwohl ausgerichteten Aufgabenerfüllung (aufgabenseitige Kontrolle)¹⁹⁴.

8.2.2 Grundlagen der Kontrolle

Damit der Bundesrat seiner Kontrollfunktion nachkommen kann, muss er rechtzeitig über die zweckdienlichen Informationen verfügen. Grundsätzlich müssen diese Informationen in jenem Zeitpunkt vorliegen, in dem der Bundesrat eine Überprüfung ex post vornehmen will.

¹⁹² Vgl. Bericht Bundesrat 1997, 10.

¹⁹³ Vgl. BBl 2001 3538.

¹⁹⁴ Siehe Kapitel 7.3.1.

Für die *unternehmensbezogene Kontrolle als Eigner* stehen dem Bundesrat zur Verfügung:

- die Berichterstattung des Verwaltungs- oder Institutsrats hauptsächlich über die Erreichung der unternehmensbezogenen Vorgaben,
- der Geschäftsbericht
- und der Bericht der externen Revisionsstelle¹⁹⁵.

Für die Wahrnehmung der *aufgabenseitigen Kontrolle als Eigner* stehen dem Bundesrat insbesondere die folgenden Grundlagen zur Verfügung:

- die Berichterstattung des Verwaltungs- oder Institutsrats hauptsächlich über die Erreichung der aufgabenseitigen Ziele,
- die Berichterstattung der EFK als oberstes Organ der Finanzaufsicht des Bundes.

Auch kann der Bundesrat auf Informationen abstellen, die aus den Fachaufsichtsberichten der Fachämter stammen.

8.2.3 Massnahmen bei Fehlentwicklungen

Der Bundesrat muss über geeignete Instrumente verfügen, um Fehlentwicklungen bei den verselbständigten Einheiten adäquat begegnen zu können. Hierzu in Frage kommen insbesondere:

- Ergänzung / Änderung der unternehmensbezogenen bzw. aufgabenseitigen Zielvorgaben;
- Verweigerung der Genehmigung des Geschäftsberichts;
- Verweigerung der Entlastung des Verwaltungs- oder Institutsrats und der externen Revisionsstelle;
- Abberufung / Ersatz des Verwaltungs- oder Institutsrats respektive der externen Revisionsstelle¹⁹⁶;
- Verantwortlichkeitsansprüche gegen einzelne Organe der verselbständigten Einheit¹⁹⁷;
- Antrag an die Bundesversammlung zwecks Änderung des Organisationserlasses (z. B. auf Einschränkung der Autonomie der verselbständigten Einheit).

¹⁹⁵ Das OR unterscheidet den Bericht der Revisionsstelle «über das Ergebnis ihrer Prüfung» gemäss Art. 729 OR und den Erläuterungsbericht mit Erklärungen über «die Durchführung und das Ergebnis der Prüfung» gemäss Art. 729a OR. Der Bericht der Revisionsstelle ist der Generalversammlung zu unterbreiten. Es ist davon auszugehen, dass der Bundesrat lediglich den Bericht über die Ergebnisse der Prüfung zur Kenntnis erhält, nicht jedoch den Erläuterungsbericht. Gemäss geltendem OR hat die Revisionsstelle einen Erläuterungsbericht zuhanden des Verwaltungsrats bei Aktiengesellschaften zu verfassen, die durch besonders befähigte Revisoren geprüft werden müssen. Mit der auf den 1. Januar 2007 in Kraft tretenden Revision des Obligationenrechts vom 7. Oktober 2005 (vgl. BBl **2005** 5963) hat die externe Revisionsstelle einen Erläuterungsbericht zu verfassen u.a. bei Gesellschaften, die zwei der nachstehenden Grössen in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren überschreiten: a) Bilanzsumme von 6 Millionen Franken, b) Umsatzerlös von 12 Millionen Franken, c) 50 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt.

¹⁹⁶ Zur Möglichkeit der Abberufung von Organen vgl. Kapitel 3.3, Leitsatz 7.

¹⁹⁷ Die Verantwortlichkeitsansprüche richten sich entweder nach Verantwortlichkeitsgesetz oder nach Privatrecht. Siehe dazu weiter unten, am Schluss des Kapitels.

Neben diesen eignerspezifischen Massnahmen sehen auch die materiellen Gesetze und das Subventionsgesetz Massnahmen vor, auf die hier jedoch nicht weiter eingegangen werden soll¹⁹⁸. Diese Massnahmen stehen dem Bund nicht in seiner Funktion als Eigner, sondern in seiner hoheitlichen Funktion zu.

8.2.4 Heutige Situation

Grundsätzlich sind alle Anstalten verpflichtet, einen Geschäftsbericht zu verfassen, dessen Inhalt und Adressaten jedoch nur ausnahmsweise gesetzlich bestimmt sind und somit grundsätzlich im Belieben der verselbständigten Einheiten stehen¹⁹⁹. Bei der Berichterstattung der externen Revisionsstelle fehlen z.T. gesetzliche Vorgaben, worüber sie sich zu äussern hat; zudem ist das Verfahren sehr unterschiedlich, ob und wie der Bundesrat in den Besitz dieses Prüfberichts gelangt. Die im Finanzkontrollgesetz geregelte Berichterstattung der EFK sieht vor, dass grundsätzlich die Finanzdelegation den Prüfbericht bekommt und der von der Prüfung betroffene Departementsvorsteher eine Zusammenfassung davon erhält²⁰⁰.

Auch bezüglich der Massnahmen bei Fehlentwicklungen zeigt sich ein uneinheitliches Bild. Zudem ist fraglich, ob der Bundesrat in jedem Fall über eine hinreichende Grundlage zur allfälligen Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen gegen die Organe der Anstalten verfügt.

¹⁹⁸ Siehe z. B. Art. 60 FMG oder Art. 28 ff. SuG.

¹⁹⁹ Ausnahmen: Art. 9 Bst. f POG definiert u.a. den Mindestinhalt des Geschäftsberichts der Post. Die Adressaten des Geschäftsberichts nennen das POG für die Post und Art. 24 Abs. 3 Bst. e SERVG für die SERV (inkl. Hinweis auf Publikation).

²⁰⁰ Vgl. Art. 14 Abs. 1 FKG. Der Bundesrat erhält von den Prüfergebnissen allenfalls erst im Rahmen der Berichterstattung nach Art. 14 Abs. 3 FKG Kenntnis. Darin berichtet die EFK im Sinne eines Tätigkeitsberichts über den Umfang und die Schwerpunkte ihrer Revisionstätigkeit, über wichtige Feststellungen und Beurteilungen sowie über Revisionspendenzen und deren Gründe. Der Bericht wird veröffentlicht.

Zur Ausübung seiner Kontrollfunktion *als Eigner* einer verselbständigten Einheit braucht der Bundesrat grundsätzlich nicht diesen Tätigkeitsbericht, sondern jene Berichte, in denen die EFK die Ergebnisse der einzelnen Prüfungen darlegt und allenfalls Empfehlungen abgibt. Die entsprechende gesetzliche Garantie zum Erhalt dieser Prüfberichte fehlt und kann nicht durch eine freiwillige Zustellung durch die EFK wettgemacht werden.

Tabellarische Darstellung der bundesrätlichen Kontrolle über Anstalten

	Grundlagen des Bundesrates (soweit rechtlich sichergestellt)				Massnahmen des Bundesrates				
	Berichterstattung über die Erreichung der gesetzten Ziele ²⁰¹	Geschäftsbericht ²⁰²	Bericht der externen Revisionsstelle ²⁰³	Bericht der EFK als Organe der Finanzaufsicht ²⁰⁴	Ergänzung / Änderung der Zielvorgaben ²⁰⁵	Verweigerung der Geschäftsberichts-genehmigung ²⁰⁶	Verweigerung der Entlastung ²⁰⁷	Abberufung des Verwaltungs- oder Institutsrats bzw. der externen Revisionsstelle ²⁰⁸	Verantwortlichkeits-ansprüche gegen Organe ²⁰⁹
IGE ²¹⁰									x
Swissmedic					(x)				x
SIR		x				x			x
SERV	x	x	x		x	x		x	x
Post	x	x	x		x	x		(x)	x

Dank der (im Minimum subsidiären) Geltung des Aktienrechts verfügt der Bundesrat für die Wahrnehmung seiner Kontrollfunktion über die als spezialgesetzliche respektive privatrechtliche Aktiengesellschaft konzipierten verselbständigten Einheiten über eine relativ solide Grundlage: Die Mindestinhalte von Geschäftsbericht und der Berichterstattung der externen Revisionsstelle sind gesetzlich bestimmt²¹¹. Der Bundesrat erhält als «Aktionär» den der

- ²⁰¹ Eine Berichterstattung über unternehmensbezogene bzw. aufgabenseitige Zielvorgaben setzt solche voraus. Wo sie fehlen, fehlt auch eine entsprechende Berichterstattung. Bei Swissmedic existieren solche bundesrätliche Vorgaben. Adressat der Berichterstattung ist jedoch das EDI.
- ²⁰² Eine rechtliche Garantie, dass der Bundesrat den Geschäftsbericht von Anstalten tatsächlich erhält, besteht nur, wo der Organisationserlass dessen Genehmigung durch den Bundesrat vorsieht. Einzig Art. 9 Abs. 1 Bst. g der Verordnung vom 19. Dezember 1979 über das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung (SR 425.11), Art. 9 Bst. f POG und Art. 24 Abs. 3 Bst. e SERVG schreiben dies vor.
- ²⁰³ Der Bundesrat erhält den Bericht der externen Revisionsstelle entweder gleichzeitig wie der Verwaltungs- oder Institutsrat (bei Swissmedic und SERV) oder als zwingenden Bestandteil des Geschäftsberichts (Post). Auch im Finanzbericht des IGE ist der Bericht der externen Revisionsstelle wiederzugeben, wobei das IGE gesetzlich weder verpflichtet ist, den Bericht der externen Revisionsstelle im Finanzbericht wiederzugeben, noch diesen dem Bundesrat zuzustellen. Das SIR verfügt mangels eigener Rechnung über keine externe Revisionsstelle und damit auch über keinen entsprechenden Bericht.
- ²⁰⁴ Die EFK prüft die Anstalten nicht jedes Jahr und nicht immer nach den gleichen Schwerpunkten. Zeitpunkt und Schwerpunkt der Prüfung bestimmen sich nach einem spezifischen Prüfplan der EFK.
- ²⁰⁵ Vgl. Fn 201. Bzgl. Swissmedic kann der Bundesrat den jeweils für vier Jahre geltenden Leistungsauftrag abändern und damit eine Änderung der einjährigen Leistungsvereinbarung veranlassen, deren Abschluss im Zuständigkeitsbereich des EDI liegt.
- ²⁰⁶ Der Bundesrat kann eine Genehmigung des Geschäftsberichts nur dort verweigern, wo ihm dieser zur Genehmigung unterbreitet wird.
- ²⁰⁷ Die Entlastung kann nur verweigert werden, wo eine solche vorgesehen ist.
- ²⁰⁸ Die Abberufung des Verwaltungs- oder Institutsrats von Anstalten kann nur dort erfolgen, wo dies im Organisationserlass vorgesehen ist. Das SERVG sieht sowohl die Abberufung des Verwaltungsrats wie der Revisionsstelle vor, sofern wichtige Gründe vorliegen. Das POG ermöglicht nur die Abberufung des Verwaltungsrats aus wichtigen Gründen. Die Revisionsstelle der Post ist kein formelles Organ; ihre «Abberufung» richtet sich nach Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR).
- ²⁰⁹ Die direkten Ansprüche des Bundes gegenüber den Organen können sich aus Art. 19 Abs. 1 Bst. b VG oder aus Privatrecht ergeben.
- ²¹⁰ Die gesetzlich vorgesehene Berichterstattung des Instituts gegenüber dem Bundesrat beschränkt sich auf einen Rechenschaftsbericht, den der Direktor zuhanden des Bundesrats verfasst. Vgl. Art. 5 Abs. 2 IGEG.
- ²¹¹ Vgl. Art. 662 ff. OR und Art. 729 f. OR.

Generalversammlung zuzustellenden Geschäftsbericht und den Prüfbericht der externen Revisionsstelle. Nach einer speziell für Aktiengesellschaften statuierten Sondernorm im Finanzkontrollgesetz erhält der Bundesrat – im Rahmen der Generalversammlung - zudem den Bericht, den die Eidgenössische Finanzkontrolle als Finanzaufsichtsorgan des Bundes verfasst hat²¹². Ebenso erfolgt eine Berichterstattung des Verwaltungsrats über die Erreichung der strategischen Ziele²¹³. Ein Sonderfall unter den Aktiengesellschaften stellt die SBB dar, die als Bezügerin der Abgeltung für den Infrastrukturbereich dem Bundesrat (zuhanden des Parlaments) Bericht über die Erfüllung der Leistungsvereinbarung zu erstatten hat. Bei der RUAG erlässt wohl der Bundesrat die strategischen Ziele. Jedoch nicht er, sondern die Departementsvorsteher von VBS und EFD sind Adressaten der Berichterstattung über die Zielerreichung.

Sowohl bei Aktiengesellschaften wie auch bei Anstalten können sich die dem Bundesrat zustehenden Verantwortlichkeitsansprüche gegen die Organe aus öffentlichem oder aus privatem Recht ergeben, je nachdem ob diese im Rahmen einer öffentlichen oder privaten Aufgabe den Schaden durch schuldhafte Verletzung ihrer Pflicht verursacht haben. Unabhängig vom Charakter der Aufgabe ausschliesslich nach Privatrecht (und damit bereits bei einfacher Fahrlässigkeit) belangbar sind die Organe von verselbständigten Einheiten nur dort, wo der Organisationserlass die Geltung des Verantwortlichkeitsgesetzes explizit ausschliesst. Dies ist der Fall bei der Post, bei der SERV und bei Swisscom, nicht jedoch bei SBB, RUAG und Skyguide.

8.2.5 Leitsätze für das Steuerungsmodell

Optimierungsbedarf zeigt sich bei den Anstalten, nicht jedoch bei den Aktiengesellschaften, bei denen das Aktienrecht und die Sondernorm von Art. 8 Abs. 1 bis FKG dem Bundesrat hinreichende Grundlagen und Massnahmen zur Wahrnehmung seiner Kontrollfunktion bereitstellen.

18. Leitsatz

Bei Anstalten werden dem Bundesrat zur Wahrnehmung seiner Kontrollfunktion nach Ablauf des Geschäftsjahres die folgenden Unterlagen unterbreitet:

- die Berichterstattung des Verwaltungs- oder Institutsrats über die Erreichung der strategischen Ziele,
- der Geschäftsbericht des Verwaltungs- oder Institutsrats,
- der Prüfbericht der externen Revisionsstelle (sofern nicht bereits Teil des Geschäftsberichts),
- der Bericht der Eidgenössischen Finanzkontrolle über eine allenfalls durchgeführte finanzaufsichtsspezifische Prüfung der Anstalt.

Der Bundesrat kann vorsehen, dass diese Kontrollfunktion ganz oder teilweise durch die zuständigen Departemente wahrgenommen wird.

²¹² Vgl. Art. 8 Abs. 1^{bis} i. V. m. Art. 8 Abs. 1 Bst. e FKG. Danach stellt die EFK ihren Bericht dem Verwaltungsrat und der Generalversammlung der Aktiengesellschaft zu. Bundesrat und Finanzdelegation werden lediglich über die Prüfung orientiert.

²¹³ Die Berichterstattung des Verwaltungsrates über die Erreichung der strategischen Ziele ist allerdings gesetzlich nicht vorgeschrieben. Bezüglich Skyguide hält Art. 6 Abs. 2 VFSD fest, dass UVEK und VBS die Erreichung der strategischen Ziele prüfen.

Mit diesem Leitsatz soll erreicht werden, dass der Bundesrat bezüglich der Anstalten über die wesentlichsten Informationen verfügt, die ihm die Wahrnehmung seiner gesetzlichen Kontrollfunktion und den Beschluss über die Entlastung erlauben. Neu soll die EFK den Bundesrat nicht lediglich im Rahmen des letztlich für die Öffentlichkeit bestimmten Tätigkeitsberichts über die wesentlichsten Ergebnisse ihrer Prüfungen der Anstalten informieren²¹⁴. Sofern die EFK als Finanzaufsichtsorgan des Bundes Prüfungen in einer Anstalt vornimmt, soll sie den Bundesrat in einem spezifischen Bericht über alle wesentlichen Inhalte und die Ergebnisse ihrer Prüfung informieren. Die Berichterstattung der EFK ist aufgrund ihrer umfassenden Prüfzuständigkeit eine wichtige Grundlage, damit der Bundesrat seiner aufgabenseitigen Kontrollfunktion entsprechen kann²¹⁵.

Grundsätzlich soll der Bundesrat die Kontrollfunktion selber wahrnehmen. Bezüglich verselbständigten Einheiten allerdings, die von untergeordneter politisch-strategischer Bedeutung und nicht abhängig von namhaften Abteilungen sind (z.B. IGE) muss die Kontrolle soll der Bundesrat die Kontrollfunktion ganz oder teilweise an die zuständigen Departemente delegieren können.

19. Leitsatz

Bei Anstalten bestimmt sich der Mindestinhalt des Geschäftsberichts in Anlehnung an das Aktienrecht.

Die Grösse und wirtschaftliche Bedeutung der Anstalten rechtfertigen, dass ihre Berichterstattung gegenüber der Öffentlichkeit eine minimale Standardisierung erfährt. Um eine hinreichende Kontrolle sicherstellen zu können, drängen sich zudem Vorschriften auf, zu welchen Aspekten sich der Geschäftsbericht einer Anstalt im Minimum zu äussern hat. Die aktienrechtlichen Bestimmungen über den Mindestinhalt von Geschäftsberichten sind anerkannt und haben sich bewährt²¹⁶.

20. Leitsatz

Bei Anstalten ist der Geschäftsbericht vor seiner Publikation dem Bundesrat (bzw. den zuständigen Departementen) zur Genehmigung zu unterbreiten.

Der Bundesrat nimmt als Eigner gegenüber den Anstalten eine mit der aktienrechtlichen Generalversammlung vergleichbare Funktion ein. Gemäss Aktienrecht erfolgt die Publikation des Geschäftsberichts erst *nach* Genehmigung durch die Generalversammlung²¹⁷. In Analogie dazu sollen künftig auch Geschäftsberichte von Anstalten erst nach ihrer Genehmigung durch den Bundesrat publiziert werden.

²¹⁴ Vgl. Art. 14 Abs. 3 FKG, wonach die EFK der Finanzdelegation und dem Bundesrat jährlich einen Bericht erstattet, in dem sie über den Umfang und die Schwerpunkte ihrer Revisionstätigkeit, über wichtige Feststellungen und Beurteilungen sowie über Revisionspendenzen und deren Gründe informiert. Der Bericht wird veröffentlicht.

²¹⁵ Gemäss Art. 5 FKG übt die EFK die Finanzaufsicht nach den Kriterien der Ordnungsmässigkeit, der Rechtmässigkeit und der Wirtschaftlichkeit aus. Sie führt Wirtschaftlichkeitsprüfungen durch, in denen sie abklärt, ob (a) die Mittel sparsam eingesetzt werden; (b) Kosten und Nutzen in einem günstigen Verhältnis stehen; und (c) finanzielle Aufwendungen die erwartete Wirkung haben.

²¹⁶ Vgl. Art. 662 ff. OR.

²¹⁷ Vgl. Art. 697h OR.

21. Leitsatz

Bei Anstalten befindet der Bundesrat (bzw. die zuständigen Departemente) jährlich über die Entlastung des Verwaltungs- oder Institutsrats.

Mit der Entlastung (auch Décharge genannt) soll ein weiteres aktienrechtliches Instrument sinngemäss auf Anstalten angewendet werden: Indem der Bundesrat die Entlastung erteilt, bestätigt er bezüglich der ihm bekannt gegebenen Tatsachen die Korrektheit der Geschäftsführung des Verwaltungs- oder Institutsrats²¹⁸. Die Décharge-Erteilung tangiert die Möglichkeit des Bundes nicht, gegenüber dem Verwaltungs- oder Institutsrat Ansprüche auf Ersatz des in seinem eigenen Vermögen entstandenen Schadens (d. h. des unmittelbaren Schadens) zu erheben.

22. Leitsatz

Bei Anstalten bestimmt sich die Berichterstattung der externen Revisionsstelle in Anlehnung an das Aktienrecht.

Heute fehlen weitgehend Bestimmungen, worüber sich die Berichterstattung der externen Revisionsstelle von Anstalten zu äussern hat. Deshalb soll auch hier die sinngemässe Anwendung der aktienrechtlichen Bestimmungen vorgesehen werden. Damit wird sichergestellt, dass das öffentliche Recht unter der Berichterstattung der externen Revisionsstelle das Gleiche versteht wie das Privatrecht. Die sinngemässe Anwendung der aktienrechtlichen Bestimmungen führt dazu, dass die externe Revisionsstelle zu einer erweiterten Berichterstattung verpflichtet ist, wenn die Anstalt eine gewisse Grösse erreicht²¹⁹.

8.2.6 Aufgabentypenbezogene Konkretisierung

Bezüglich der *Einheiten mit Dienstleistungen mit Monopolcharakter* und der *Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht* verfügt der Bundesrat jährlich nach Ablauf eines Geschäftsjahres über die folgenden Grundlagen:

Grundlagen des Bundesrates	Berichterstattung des Verwaltungs- oder Institutsrats über die Erreichung der strategischen Ziele	Geschäftsbericht	Bericht der externen Revisionsstelle	Bericht der EFK als Organ der Finanzaufsicht über durchgeführte Prüfungen
Einheit mit Dienstleistungen mit Monopolcharakter	x	x	x	x
Einheit mit Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht	x	x	x	x

²¹⁸ Vgl. Art. 758 Abs. 1 OR. Die Entlastung wirkt nur insoweit, als der fragliche Sachverhalt den Aktionären bekannt gegeben worden ist oder ohnehin bekannt ist (vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 12 N 22). Nicht zuletzt deshalb ist es wichtig, dass der Bundesrat sich eingehend mit den Inhalten namentlich des Geschäftsberichts von Anstalten auseinandersetzen kann, gelten doch die darin publizierten Angaben als bekannt.

²¹⁹ Vgl. Fn 195.

Zusätzlich soll der Bundesrat die Möglichkeit haben, bei den Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht in Anlehnung an Art. 7 NBG institutionalisierte Gespräche mit dem Verwaltungs- oder Institutsrat zu führen. Diese Besonderheit begründet sich mit der weitgehenden Unabhängigkeit dieser Einheiten einerseits und mit der zum Teil erheblichen Bedeutung der ihnen zur Erfüllung übertragenen Aufgaben für den Bund andererseits.

Als Massnahmen bei (tatsächlichen oder sich abzeichnenden) Fehlentwicklungen stehen dem Bundesrat die folgenden Möglichkeiten offen:

Massnahmen des Bundesrates bei Fehlentwicklungen	Ergänzung / Abänderung der strategische Ziele	Verweigerung der Geschäftsberichts-genehmigung	Verweigerung der Entlastung	Abberufung des Verwaltungs- oder Institutsrats bzw. der externen Revisionsstelle	Verantwortlichkeitsansprüche gegen die Organe ²²⁰
Einheit mit Dienstleistungen mit Monopolcharakter	x	x	x	x	x
Einheit mit Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht		x	x	x	x

Wie bereits ausgeführt, sollen die Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht ihre strategischen Ziele selber verabschieden können und dem Bundesrat lediglich zur Genehmigung unterbreiten. Deshalb kann der Bundesrat im Rahmen seiner Kontrollfunktion die strategischen Ziele nicht selbständig abändern oder ergänzen.

Bei den *Einheiten mit Dienstleistungen am Markt* nimmt der Bundesrat seine Kontrollfunktion als Eigner auf der Grundlage der folgenden Berichte wahr:

Grundlagen des Bundesrates	Berichterstattung über die Erreichung der strategischen Ziele	Geschäftsbericht	Bericht der externen Revisionsstelle	Bericht der EFK als Organ der Finanzaufsicht über durchgeführte Prüfungen
Einheit mit Dienstleistungen am Markt	(x)	x	x	x

Der Verwaltungsrat von Swisscom, SBB, Skyguide und RUAG erstattet dem Bundesrat jährlich Bericht über die Erreichung der strategischen Ziele. Damit lässt der Verwaltungsrat dem Bundesrat spezifische Informationen zukommen, die allfälligen andern Aktionären oder (bei einer Börsenkotierung) andern Anlegern nicht zugänglich sind²²¹. BÖCKLI/BÜHLER umschreiben die damit einhergehende Problemstellung wie folgt: «*Aktienrechtlich* ist die Grenze dort zu ziehen, wo eine sensitive Information den Empfänger gegenüber den andern Aktionären *substantiell* bevorzugt. Es ist schon mit dem Aktienrecht für sich allein letztlich unvereinbar, grösseren Aktionären einen echten *privilegierten Informationsstatus* (...)»

²²⁰ Die direkten Ansprüche des Bundes gegenüber den Anstaltsorganen können sich aus Art. 19 Abs. 1 Bst. b VG oder aus dem Privatrecht ergeben.

²²¹ Derzeit Alleinaktionär ist der Bund bei SBB und RUAG.

einzuräumen, unter dem sie strategische Informationen erhalten und dauerhafte Informationsvorteile geniessen. (...) *Kapitalmarktrechtlich* ist ein solches Verhaltensmuster erst recht nicht zulässig. (...). Eine seltene Ausnahme kann vorliegen, wenn es um die Schlussphase der Vorbereitung einer grossen Transaktion geht, die ohne Einbezug des Hauptaktionärs praktisch gar nicht über die Bühne gehen kann. In diesem Fall wird der Hauptaktionär vertraglich in eine «echte» Insiderstellung eingebunden(...)»²²². Allgemein lässt sich daraus schliessen, dass der Verwaltungsrat bei der Berichterstattung an den Bundesrat die aktien- und bei einer Börsenkotierung der Aktiengesellschaft die kapitalmarktrechtlichen (Schutz-)Bestimmungen berücksichtigen muss.

Als Massnahmen bei Fehlentwicklungen stehen dem Bundesrat die gemäss Aktienrecht vorgesehenen Möglichkeiten offen: Er kann sich im Rahmen der Generalversammlung gegen die Genehmigung des Geschäftsberichts, gegen die Entlastung des Verwaltungsrats oder für dessen Abberufung respektive für die Abberufung der externen Revisionsstelle einsetzen²²³. Unabhängig von der Generalversammlung stehen ihm die Verantwortlichkeitsansprüche gegen die Organe offen, soweit sie nicht durch seine Zustimmung zum Entlastungsbeschluss ausgeschlossen sind.

8.3 Parlamentarische Obergaufsicht über die verselbständigten Einheiten

8.3.1 Einführung

Das Parlament nimmt die Obergaufsicht über den Bundesrat, die Bundesverwaltung, die eidgenössischen Gerichte sowie andere Träger von Aufgaben des Bundes wahr²²⁴. Als *Obergaufsicht* ist die Aufsicht des Parlaments im Unterschied zum Bundesrat, welchem gegenüber der Bundesverwaltung ein umfassendes Aufsichts- und Weisungsrecht zusteht²²⁵, beschränkt²²⁶. Das Parlament übt eine politische Kontrolle aus, hat aber nicht die Kompetenz, die Verwaltung selbst zu führen. Es kann nicht an Stelle der beaufsichtigten Organe handeln und hat nicht die Befugnis, Einzelakte des Bundesrates oder der Verwaltungsbehörden aufzuheben oder zu ändern oder verbindliche Weisungen zu erteilen²²⁷. Die Obergaufsicht erfolgt in der Regel nachträglich, das heisst in einem Zeitpunkt, in welchem der exekutive Endentscheid vorliegt. Die vorgelagerten Stadien der Weichenstellung sollen der parlamentarischen Obergaufsicht entzogen sein. Allerdings ist eine *begleitende* Ausübung der Obergaufsicht bei längerfristigen Reformprozessen oder Projekten zuzulassen, deren Ende oft nicht abzusehen ist²²⁸.

Parlamentarische Obergaufsicht ist ein öffentlicher Vorgang. Dieser macht die rechtliche und politische Verantwortlichkeit für die Handlungen der Exekutive sichtbar und nimmt sie ab. Sie erbringt den Nachweis, dass die Exekutive ihrer Aufgabe genügt, leistungsfähig ist und

²²² Siehe BÖCKLI/BÜHLER, 111. In der Botschaft zum Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG), BBl 1993 I 1382, wird zum gegenüber dem Aktienrecht verschärften Gleichbehandlungsprinzip ausgeführt: «Der Schutz erstreckt sich nicht nur auf den, der bereits eine Anlage erworben hat, sondern auch auf die Interessen der potentiellen Anleger.»

²²³ U. a. steht dem Aktionär auch das Recht auf Einleitung einer Sonderprüfung zu. Vgl. Art. 697a OR.

²²⁴ Art. 169 Abs. 1 BV, Art. 26 Abs. 1 ParlG.

²²⁵ Gemäss Art. 187 Abs. 1 Bst. a BV.

²²⁶ ZIMMERLI/LIENHARD, 180 f.

²²⁷ Dazu Botschaft Bundesverfassung, 396, Kommentar zu Art. 159 Abs. 1 und 2.

²²⁸ MASTRONARDI, St. Galler Kommentar zu Art. 169 BV, Rz. 12, 14.

Zustimmung verdient²²⁹. Die Oberaufsicht ist damit ein Element der Staatsleitung und nicht eine Durchbrechung der Gewaltenteilung, sondern Teil von deren Ausgestaltung^{230 231}.

8.3.2 Organe der Oberaufsicht

Die ständigen *Geschäftsprüfungskommissionen* (GPK) sind das wichtigste Organ der Oberaufsicht jeden Rates. Sie sind einerseits vorberatende Kommissionen zum Geschäftsbericht und andererseits selbständig handelnde Instanzen der laufenden Kontrolle. Diese übt die GPK mit Dienststellenbesuchen und Inspektionen aus. Aufgrund einer Prioritätenplanung werden ausgewählte Verwaltungsbereiche oder -probleme nach dem Stichprobenprinzip vertieft untersucht. Die Ergebnisse werden im Bundesblatt publiziert. Fragen im Zusammenhang mit der Gewaltenteilung und den Informationsrechten stellen sich vor allem in diesem Bereich²³².

Die GPK legen den Schwerpunkt ihrer Tätigkeit auf die Kriterien der Rechtmässigkeit, Zweckmässigkeit und Wirksamkeit²³³. Sie befassen sich ebenfalls mit der Leistungsfähigkeit und der Angemessenheit der Tätigkeiten der Regierung und der Verwaltung²³⁴.

Die *Finanzkommissionen* der beiden Räte üben, vorbehaltlich anderer gesetzlicher Regelung, die (nachträgliche) Oberaufsicht über den gesamten Finanzhaushalt aus. Der *Finanzdelegation* (FinDel) obliegt die nähere (mitschreitende) Prüfung und Überwachung des gesamten Finanzhaushalts. Die Eidgenössische Finanzkontrolle als oberstes Finanzaufsichtsorgan des Bundes unterstützt die FinDel dabei. Die FinDel erstattet den Finanzkommissionen Bericht und stellt Antrag^{235 236 237}.

Der FinDel steht ein uneingeschränktes Auskunfts- und Akteneinsichtsrecht zu. Ihren Informationsbegehren kann der Bundesrat keine Geheimhaltungspflichten entgegenhalten²³⁸. Die FinDel ist Organ der Finanzaufsicht und stellt als solches einen Aspekt der Oberaufsicht dar. Aber sie wird unter den Finanzkompetenzen der Bundesversammlung angesiedelt, weil das Parlament in diesem Bereich eigene Entscheidungsbefugnisse hat²³⁹.

²²⁹ EICHENBERGER, 419, 421.

²³⁰ MASTRONARDI, St. Galler Kommentar zu Art. 169 BV, Rz. 4. Vgl. auch Bericht PUK - 2 Oberaufsicht des Parlamentes, Ziff. 2.2.

²³¹ Aufgrund diverser parlamentarischer Vorstösse (u. a. 96.3557 - Postulat FK-NR: Gewährleistung der Oberaufsicht) und des Schreibens der Präsidentenkonferenz von Geschäftsprüfungs- und Finanzkommissionen sowie Finanzdelegation an den Bundesrat vom 14. Februar 1997 hat der Bundesrat den Aufsichtskommissionen beider Räte am 25. Juni 1997 einen Bericht über die Aufsicht bei ausgelagerten Verwaltungsbereichen und rechtlich verselbständigten Betrieben vorgelegt (nicht publiziert) und darin ebenfalls zur Oberaufsicht des Parlamentes über die rechtlich verselbständigten Unternehmen des Bundes Stellung genommen.

²³² MASTRONARDI, St. Galler Kommentar zu Art. 169 BV, Rz. 25, 27.

²³³ Art. 52 ParlG.

²³⁴ So Jahresbericht 2004 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 21. Januar 2005, BBl **2005** 1900 Ziff. II 1.

²³⁵ Art. 8, 14 FKG; Art. 50 f. ParlG; MASTRONARDI, St. Galler Kommentar zu Art. 183 BV, Rz. 21.

²³⁶ Schlagkräftigstes Instrument der Oberaufsicht für besondere Vorfälle sind die Parlamentarischen Untersuchungskommissionen (PUK), die bedarfsweise in beiden Räten eingesetzt werden können. Ihr Auftrag wird durch Beschluss der Räte umschrieben und ist begrenzt auf die Klärung eines bestimmten Vorfalls. Die PUK haben keine Entscheidungsbefugnisse (MASTRONARDI, St. Galler Kommentar zu Art. 169 BV, Rz. 29).

²³⁷ Mit Einfügung von Art. 8 Abs. 1 Bst. e FKG ist die Finanzaufsicht der EFK auf private Dritte ausgedehnt worden, an denen der Bund mehrheitlich beteiligt ist und welche insbesondere nicht zur dezentralen Verwaltung gehören bzw. auch sonst nicht unter Art. 8 Abs. 1 Bst. a - d fallen.

²³⁸ Art. 169 Abs. 2 BV; MASTRONARDI, St. Galler Kommentar zu Art. 169 Rz. 52.

²³⁹ Vgl. Art. 167 BV. MASTRONARDI, St. Galler Kommentar zu Art. 169 Rz. 31.

8.3.3 Umfang und Gegenstand der Oberaufsicht

Direktes Objekt der parlamentarischen Oberaufsicht in Bezug auf die Verwaltung ist der Bundesrat. Die Oberaufsicht erfasst dessen ganzen Zuständigkeitsbereich. Neben der zentralen Bundesverwaltung gehören dazu namentlich die hier interessierenden «anderen Träger von Aufgaben des Bundes», d. h. seine verselbständigten Einheiten. Verwaltungseinheiten, die der Aufsicht und Weisungsbefugnis des Bundesrates nicht unterstellt sind, unterstehen hingegen nicht der Oberaufsicht der Bundesversammlung. Auch wo das Gesetz einer Organisationseinheit Autonomie gewährt, besteht keine Oberaufsicht. Damit besteht zwischen der Aufsicht des Bundesrates und der Oberaufsicht des Parlaments Kongruenz²⁴⁰.

Gegenüber den verselbständigten Einheiten des Bundes besteht die Aufgabe des Bundesrates vor allem darin, die Eignerinteressen des Bundes wahrzunehmen. Dementsprechend ist es Aufgabe der parlamentarischen Oberaufsicht, die Art und Weise der Wahrnehmung dieser Eignerinteressen zu überwachen²⁴¹. Die Überwachung umfasst die Prüfung, ob der Bundesrat die Interessen als Eigner und Auftraggeber wahrgenommen hat und innerhalb der ausgelagerten Einheiten ein funktionierendes Aufsichts-, Controlling- und Reportingkonzept besteht. Die Oberaufsicht bezieht sich dabei nicht nur auf «die dem Bundesrat auf diesem Gebiet übertragenen Aufgaben im engeren Sinn (z. B. Wahlen, Festlegung und Kontrolle der strategischen Ziele), sondern auch auf die Aufsichtsfunktion, die der Bund auszuüben hat. Mit anderen Worten: Die Oberaufsicht beschäftigt sich nicht mehr in erster Linie mit den operativen Tätigkeiten der dezentralen Einheiten (direkte Oberaufsicht), sondern konzentriert sich auf die Art und Weise, wie der Bundesrat sowie die Vertreterinnen und Vertreter des Bundes diese Einheiten verwalten und überwachen (indirekte Oberaufsicht). Der Bundesrat muss ausserdem auch Rechenschaft über alle Ereignisse geben, die das ordentliche Funktionieren dieser Einheiten beeinträchtigen könnten.»²⁴²

8.3.4 Instrumente der Oberaufsicht

8.3.4.1 Allgemeine Instrumente

Die parlamentarische Oberaufsicht über die Wahrnehmung der Eignerrolle durch den Bundesrat wird im Rahmen der Prüfung der bundesrätlichen Geschäftsführung ausgeübt. Bei

²⁴⁰ MASTRONARDI, St. Galler Kommentar zu Art. 169 BV, Rz. 19, 21 f. Vgl. auch Parlamentarische Initiative Parlamentsgesetz (ParlG), Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 1. März 2001, BBl **2001** 3538, Kommentar zu Art. 27; Botschaft Bundesverfassung, 396, Kommentar zu Art. 159, 3. Absatz; auch ZIMMERLI/LIENHARD, 193 Ziff. 4a, 195 f. betreffend Finanzaufsicht. Von der Finanzaufsicht explizit ausgenommen sind die SUVA und die SNB (Art. 19 FKG).

²⁴¹ Vgl. Parlamentarische Initiative Parlamentsgesetz (PG), Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 1. März 2001, BBl **2001** 3538, Kommentar zu Art. 27; detailliertere Aussagen und eine Darstellung zur Finanzaufsicht über die Verwaltungseinheiten und verselbständigten Betriebe enthält der Bericht der Finanzdelegation an die Finanzkommissionen des Nationalrates und des Ständerates vom 27. Februar 1998 betreffend die Oberaufsicht über die Bundesfinanzen im Jahre 1997, Teil I, BBl **1998** 3106, Ziff. 23, und 3109 ff., Tabelle 2: Staatliche Finanzaufsicht nach Rechtsänderung.

²⁴² «Probleme von Swissmedic anlässlich der Inbetriebnahme und Beurteilung der heutigen Lage», Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates vom 25. August 2004, BBl **2005** 284, Ziff. 2.2. Auch Parlamentarische Initiative Parlamentsgesetz, Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 1. März 2001, BBl **2001** 3538, Kommentar zu Art. 27; Bericht Bundesrat 1997, 17 Ziff. 6.2.1.

der Ausübung dieser Oberaufsicht verfügen die Aufsichtskommissionen über die allgemeinen Auskunfts- und Akteneinsichtsrechte²⁴³:

- Informationsrechte: Diese erlauben ihnen, mit allen Behörden, Amtsstellen und übrigen Trägern von Aufgaben des Bundes jederzeit direkt zu verkehren und von ihnen zweckdienliche Auskünfte und Unterlagen einzufordern. Sie können Personen dieser Institutionen anhören, Auskünfte einholen und Unterlagen verlangen.
- Durchführung von Inspektionen, Evaluationen, Nachkontrollen und Dienststellenbesuchen sowie weiterer Untersuchungen, Prüfung der Geschäftsberichte der Bundesbehörden.
- Zusammenfassung ihrer Untersuchungsergebnisse in Berichtsform, Empfehlungen an die verantwortliche Behörde.
- Im Zusammenhang mit den durchgeführten Kontrollen Einreichung parlamentarischer Vorstösse. Die verantwortliche Behörde muss zu den Ergebnissen der durchgeführten Kontrollen Stellung nehmen. Einforderung weiterer wichtiger Planungen und Berichte; Beschlussfassung dazu.

Werden Mängel in der Geschäfts- oder Finanzhaushaltführung festgestellt, so stehen den Aufsichtskommissionen folgende Steuerungsinstrumente zur Verfügung²⁴⁴:

- Abgabe von Empfehlungen betreffend das künftige Verhalten der Betroffenen.
- Sofern nicht ausreichend: durch parlamentarische Vorstösse Veranlassung des Bundesrates, einen rechtsetzenden Erlass oder einen Beschluss auszuarbeiten, eine Massnahme zu ergreifen oder einen Bericht vorzulegen.

Das Parlament kann auch im Rahmen seiner weiteren Oberaufsichtstätigkeit steuernd eingreifen, so etwa durch:

- Genehmigung von Voranschlag, Nachträgen und Staatsrechnung (Art. 167 BV; Art. 142 ParlG), wo finanzielle Beiträge gesprochen werden.
- Genehmigung des jährlichen Geschäftsberichtes (Art. 145 ParlG).
- Kenntnisnahme des Finanzplanes, Einreichung von Motionen zum Finanzplan (Art. 143 ParlG).
- Beschlussfassung über die Legislaturplanung (Art. 146 f. ParlG).
- Konsultation vor dem Erlass von rechtsetzenden oder wichtigen Verordnungen des Bundesrates (Art. 22 Abs. 3 und Art. 151 Abs. 1 ParlG) bzw. der Genehmigung von Bundesratsverordnungen (Art. 95 Bst. h ParlG).

²⁴³ Vgl. Art. 123, 148 Abs. 4, 150 ff. ParlG; ZIMMERLI, 9 f.

²⁴⁴ Vgl. Darstellung in Bericht GPK-S Swissmedic, 322 Ziff. 6.2.

Da Gegenstand der parlamentarischen Oberaufsicht über Organisationen und Unternehmen des Bundes die *bundesrätliche* Wahrnehmung der Eignerinteressen ist, entfallen grundsätzlich *direkte* Besuchs- und Inspektionsrechte der parlamentarischen Organe bei den ausgelagerten Einheiten. Entsprechende Anliegen und Informationsbegehren, Feststellungen oder Empfehlungen sind an den Bundesrat zu richten. Wenn der Bund hingegen Finanzhilfen und Abteilungen wie beispielsweise bei der Post und den SBB leistet oder der Bund Mehrheitsaktionär des Unternehmens ist, nimmt die EFK direkte Prüfungen vor; entsprechend unmittelbar sind in diesen Fällen die Aufsichtskompetenzen des Parlamentes²⁴⁵.

8.3.4.2 Spezifische Instrumente

Über allgemein anwendbare Steuerungsinstrumente für die verselbständigten Einheiten des Bundes, die generell in einem Gesetz genannt würden, verfügt das Parlament nicht. Es übt seinen Einfluss – neben den in Kapitel 8.3.4.1 genannten allgemeinen Instrumenten – vielmehr durch die Ausgestaltung des Organisationserlasses sowie des Leistungserlasses²⁴⁶ aus, indem es den Aufsichts- und Tätigkeitsbereich des Bundesrates und damit auch Inhalt und Umfang der Oberaufsicht definiert. Im Organisationserlass kann es spezifische Instrumente wie eine spezielle Berichterstattung an das Parlament²⁴⁷, die obligatorische Konsultation der parlamentarischen Kommissionen vor der Erteilung eines eventuellen Leistungsauftrags oder gar, für Einheiten mit sehr hoher politischer und finanzieller Bedeutung, die Genehmigung des Leistungsauftrags bzw. der Leistungsvereinbarung durch die Bundesversammlung vorsehen²⁴⁸.

Allerdings soll das Parlament im Organisationserlass einer auszulagernden Einheit nicht vorab die eigenen Steuerungs- und Aufsichtsinstrumente, sondern in erster Linie diejenigen des Bundesrates klar definieren – immer unter Beachtung des in sachlicher, rechtlicher und politischer Hinsicht gerechtfertigten Autonomiegrades der betreffenden Einheit. Die Steuerungs- und Kontrollkompetenzen des Bundesrates kommen dem Parlament nämlich via Oberaufsicht über den Bundesrat selber zugute. Die heutige gängige Praxis insbesondere in Bezug auf die SBB, die Swisscom und die Post zeigt, dass eine klare Regelung der Steuerung und Kontrolle durch den Bundesrat auch die Berichterstattung an und die Oberaufsicht durch das Parlament ordnet. So behandelt das Parlament die Steuerung und Kontrolle des Bundesrates betreffend SBB, Post und Swisscom gestützt auf den Bericht des Bundesrates über die Erreichung der strategischen Ziele dieser Unternehmen im Rahmen der umfassenden

²⁴⁵ Vgl. Bericht Bundesrat 1997, 21 Ziff. 71. So kann die EFK nach Art. 8 Abs. 1 Bst. e und Abs. 1bis FKG bei Unternehmungen, an deren Aktienkapital der Bund zu mehr als 50 Prozent beteiligt ist, Prüfungen in Absprache mit dem Verwaltungsrat durchführen (vgl. als Anwendungsbeispiel die Prüfung des Verkaufs von Debitel durch Swisscom, Bericht vom 16. Februar 2005 der Finanzdelegation an die Finanzkommissionen des Ständerates und des Nationalrates betreffend die Oberaufsicht über die Bundesfinanzen im Jahre 2004, BBl **2005** 3023, Ziff. 3.4).

²⁴⁶ Bsp. POG und PG bzw. TUG und FMG.

²⁴⁷ So in Art. 7 Abs. 2 NBG: Die Nationalbank legt der Bundesversammlung jährlich in einem Bericht Rechenschaft über die Erfüllung ihrer Aufgaben ab. Den zuständigen Kommissionen der Bundesversammlung erläutert sie regelmässig die Wirtschaftslage sowie ihre Geld- und Währungspolitik.

²⁴⁸ Z. B. Art. 33 Abs. 1 ETH-Gesetz oder Art. 8 Abs. 2 SBBG (vgl. dazu die Leistungsvereinbarung zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Aktiengesellschaft Schweizerische Bundesbahnen SBB für die Jahre 2003–2006, BBl **2002** 3358). Dazu ebenfalls «Probleme von Swissmedic anlässlich der Inbetriebnahme und Beurteilung der heutigen Lage», Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates vom 25. August 2004, BBl **2005** 284, Ziff. 6.2; KNAPP, Rz. 113.

Beurteilung und Genehmigung der Geschäftsführung des Bundesrates²⁴⁹. Das Parlament nimmt hier sogar Einfluss auf die Ausgestaltung der Controlling- und Reportingkonzepte, gestützt auf welche die Zielerreichung der Unternehmen durch den Bundesrat überwacht und beurteilt wird²⁵⁰. Wo, wie bei den genannten Unternehmen, die Steuerungs- und Kontrollinstrumente des Bundesrates in der Gesetzgebung entsprechend ausgestaltet sind, kann sich ein auf beiden Stufen (Bundesrat und Parlament) funktionierendes Steuerungs- und Kontrollkonzept etablieren, welches auch den Ansprüchen einer (indirekten) Oberaufsicht zu genügen vermag.

8.3.5 Ausgestaltung der Oberaufsicht

Die Ausgestaltung der Oberaufsicht ist Sache des Parlaments. Aus Gründen der Gewaltenteilung wird hier auf die Formulierung von Leitsätzen verzichtet. Da das Parlament aber die Oberaufsicht über die Wahrnehmung der Eignerrolle des Bundesrats ausübt und demzufolge die Oberaufsicht direkt durch die Kontrollkompetenzen des Bundesrates vorgegeben ist, müssen die Zuständigkeitsbereiche von Parlament und Bundesrat sowie die Rolle des Bundesrats klar umschrieben und voneinander abgegrenzt sein. In dieser Hinsicht hat das Parlament folgende Einflussmöglichkeiten:

- Das Parlament kann im Organisationserlass zur Klärung der Steuerungs- und Kontrollfunktionen von Bundesrat und Parlament die in Kapitel 8.3.4.2 aufgeführten wesentlichen Elemente der Ausgestaltung auszulagernder Einheiten regeln.
- Weiter kann das Parlament im Organisationserlass die Steuerungs- und Kontrollinstrumente von Bundesrat und Parlament definieren und voneinander abgrenzen.

Mit den Auslagerungen aus der zentralen Bundesverwaltung und der Schaffung von rechtlich selbständigen Organisationen und Unternehmen haben sich die Aufsichts- und Steuerungsfunktionen verändert. Die operative Leitung obliegt ausschliesslich den ausgelagerten Einheiten; die oberste Verantwortung dafür tragen die Verwaltungs- oder Institutsräte²⁵¹. Steuerungsinstrumente des Bundesrates sind heute die strategischen Ziele bzw. die gesetzlichen Leistungsaufträge. Damit übt der Bundesrat eine indirekte Steuerung und Kontrolle über die ausgelagerten Einheiten aus. Die parlamentarische Oberaufsicht muss deshalb auch strategischer und grundsätzlicher Natur bleiben. Sie soll nicht in eine aktive Steuerung münden, sondern sich auf die Frage konzentrieren, ob der Bundesrat die Eignerinteressen des Bundes wirksam wahrnimmt. Um das System der strategischen Steuerung nicht zu durchbrechen, sollte auf direkte Steuerungsinstrumente des Parlaments verzichtet werden, sofern solche nicht aufgrund der sehr grossen politischen und finanziellen Bedeutung einer ausgelagerten Einheit als absolut zwingend erscheinen.

²⁴⁹ Parlamentarische Initiative Geschäftsführung des Bundesrates betreffend die SBB, Swisscom und Post, Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates vom 30. August 2001 (01.440), BBl **2002** 3913.

²⁵⁰ Bericht der Finanzdelegation an die Finanzkommissionen des Ständerates und des Nationalrates betreffend die Oberaufsicht über die Bundesfinanzen im Jahre 1999 vom 29. Februar 2000, BBl **2000** 3473.

²⁵¹ Vgl. VPB 54 (1990) 235 N 36; Bericht des Bundesrates vom 25. Juni 1997 über die Aufsicht bei ausgelagerten Verwaltungsbereichen und rechtlich verselbständigten Betrieben (nicht publiziert), 24 Ziff. 7.3.

8.3.5.1

Aufgabentypenbezogene Konkretisierung

Die Wahl der Rechtsform hat Auswirkungen auf die Oberaufsicht. Dies gilt insbesondere bei der Wahl einer privatrechtlichen Rechtsform, mit welcher eine «Entpolitisierung» angestrebt wird. Die Bestimmungen des Bundesprivatrechts gelten für den Bund als (Mit-)Eigentümer in gleicher Weise wie für einen privaten Eigentümer. Dies setzt insbesondere der Kontrollfunktion des Bundesrates und in der Folge der Oberaufsicht durch das Parlament klare Grenzen²⁵². Die Oberaufsicht über Unternehmen in privatrechtlichen Rechtsformen muss sich demzufolge noch stärker als bei öffentlich-rechtlichen Rechtsformen auf die Wahrnehmung der gesellschaftsrechtlich vorgesehenen Informations- und Mitwirkungsrechte durch den Bundesrat konzentrieren. Die Oberaufsicht über Unternehmen in privatrechtlicher Rechtsform beschränkt sich demzufolge grundsätzlich auf das Verhältnis Bundesrat – Unternehmen und schliesst grundsätzlich – bereits aufgrund der Rechtsform – eine direkte Oberaufsicht über das Unternehmen aus²⁵³. Setzt sich der Bundesrat in seiner Funktion als Eigner – im Sinne einer Selbstverpflichtung – Steuerungsvorgaben (strategische Ziele) bezüglich eines Unternehmens in privatrechtlicher Rechtsform, so unterliegen diese Vorgaben bzw. die Kontrolle über deren Einhaltung der Oberaufsicht durch das Parlament²⁵⁴.

Werden *Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht* ausgelagert, so muss sichergestellt werden, dass die Weisungsungebundenheit nicht durch Einbrüche in die Autonomie dieser Einheiten – insbesondere im Bereich der internen Organisation, in personalrechtlicher und finanzieller Hinsicht – unterlaufen und damit indirekt auf die Tätigkeit dieser Organisationen Einfluss genommen wird. Die bundesrätliche Kontrolle und die parlamentarische Oberaufsicht über Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht müssen so ausgestaltet sein, dass die verliehene Autonomie und die rechtliche und politische Verantwortung der (Ober-)Aufsichtsinstanz kohärent sind²⁵⁵ ²⁵⁶. Dabei ist auch zu beachten, dass die Tätigkeit der Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht und insbesondere ihre Entscheide im Rahmen der Verwaltungsjustiz einer gerichtlichen Überprüfung unterstehen. Im Rahmen ihrer unabhängigen verwaltungsjustiziellen Funktion sind sie bezüglich der Oberaufsicht den Gerichten gleichzustellen²⁵⁷.

²⁵² Eingehender dazu vorne, Kapitel 8.2.6 (Ausführungen zu den Einheiten mit Dienstleistungen am Markt und Fn 222).

²⁵³ Allerdings ist in diesem Zusammenhang Art. 8 Abs. 1 Bst. e und Abs. 1^{bis} FKG zu beachten, wonach die EFK bei Unternehmungen, an deren Aktienkapital der Bund als zu mehr als 50 Prozent beteiligt ist, Prüfungen in Absprache mit dem Verwaltungsrat durchführen kann. Zur Einschränkung der Oberaufsicht bei Unternehmungen in privatrechtlichen Rechtsformen ZIMMERLI/LIENHARD, 201 Ziff. 5.

²⁵⁴ Vgl. Art. 3 Abs. 2 BGRB.

²⁵⁵ Vgl. dazu Commission des Communautés européennes, 10: «...il ne semble pas approprié que le Parlement européen désigne des membres dans le conseil d'administration, vu la nature des tâches des agences de régulation et compte tenu du fait que le Parlement doit être libre d'exercer un contrôle politique externe sur l'action de celles-ci, sans qu'il se sente conditionné par le fait de participer à leur administration».

²⁵⁶ Vgl. Commission des Communautés européennes, 14: «Il s'agit plutôt de prévoir un ensemble de relations cohérentes, qui concilient l'autonomie des agences avec la responsabilité ultime que la Commission porte dans le système communautaire».

²⁵⁷ Zum Umfang der Oberaufsicht vgl. Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 1. März 2001, Parlamentarische Initiative Parlamentsgesetz, BBl 2001 3540, Kommentar zu Art. 27: «In Bezug auf die Oberaufsicht über die Rechtsprechungsorgane (sowohl der eidgenössischen Gerichte und Rekurskommissionen als auch des Bundesrates und der Bundesverwaltung, soweit diese Rechtspflegefunktionen wahrnehmen) hat dieser Grundsatz elementare Bedeutung. Es gilt, den grundrechtlichen Anspruch auf Unabhängigkeit der Justiz zu schützen.» Ebenfalls Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4279, Kommentar zu Art. 3: «Die Kontrolltätigkeit beschränkt sich darauf, zu überprüfen, ob das Bundesgericht korrekt

9 Finanzen und Steuern

9.1 Einführung

Das Kapital, mit dem der Eigentümer eine Organisation oder ein Unternehmen ausstattet, wird je nach ihrer Organisationsform unterschiedlich bezeichnet und unterliegt unterschiedlichen rechtlichen Bestimmungen²⁵⁸. Die *Kapitalausstattung* dient insbesondere als Haftungssubstrat, zur Sicherung des Liquiditäts- und zur Deckung ihres Investitionsbedarfs. Da der Bund seinen verselbständigten Einheiten gegenüber zum Teil weitreichende Garantien einräumt, relativiert sich deren Bedarf nach einer Kapitalausstattung²⁵⁹.

Rechnungslegungsstandards sind Regeln und Kriterien, welchen das Rechnungswesen und insbesondere die Rechnungslegung zu entsprechen haben. Bezweckt werden transparente und vergleichbare Informationen in der Finanzberichterstattung.

Im Rahmen der *Liquiditätsgarantie* sorgt der Bund für die ständige Zahlungsbereitschaft seiner Betriebe und Anstalten. Die Garantie ist *mittelbar*, weil sich Dritte bei Liquiditätsengpässen der Unternehmen zwar nicht direkt am Bund schadlos halten können, aber immerhin mit Sicherheit davon ausgehen können, dass der Bund grundsätzlich unbegrenzt eigene Tresoreriemittel aufwendet, um solche Engpässe gar nicht erst entstehen zu lassen²⁶⁰.

Die verselbständigten Einheiten finanzieren sich und ihre Aufgaben über *Preise, Gebühren* oder über *Abgeltungen* des Bundes. Einzelne Organisationserlasse weisen in dieser generellen

funktioniert und ob es die Mittel, über die es verfügt, ordnungsgemäss verwaltet. Die Unabhängigkeit der rechtsprechenden Gewalt schliesst dagegen eine materielle Kontrolle der Entscheidungen aus.»

258 Das Aktienkapital ist eine in den Statuten festgelegte und im Handelsregister publizierte Grösse und beträgt mindestens 100 000 Franken. Das Erfordernis eines Mindestkapitals lässt sich damit begründen, dass für die Verbindlichkeiten der AG ausschliesslich das Gesellschaftskapital haftet. Zweck dieser Vorschrift ist insbesondere der Schutz der Gläubigerinteressen. Zusammen mit den Bestimmungen über die Aufbringung und Erhaltung des Aktienkapitals soll gewährleistet werden, dass Dritten ein Haftungssubstrat in bestimmter Mindesthöhe zur Verfügung steht. Unter Dotationskapital ist das Grundkapital zu verstehen, das ein Gemeinwesen einem ihm gehörenden Unternehmen zur Verfügung stellt, welches nicht die Rechtsform der AG hat. Das einbezahlte Dotationskapital wird zu den eigenen Mitteln gerechnet. Bei Stiftungen wird die Kapitalausstattung Stiftungsvermögen genannt. Das Stiftungsvermögen ist gleichbedeutend mit den Mitteln, mit deren Einsatz die Stiftungsorgane den Stiftungszweck zu verfolgen haben. Gründet das Gemeinwesen eine rein privatrechtliche AG, ist es an die Mindestkapitalvorschriften des Aktienrechts gebunden. Hingegen verpflichtet das öffentliche Recht das Gemeinwesen nicht, die ihm gehörenden Unternehmen mit Dotationskapital bzw. Stiftungsvermögen auszustatten.

259 Art. 60 Abs. 1 FHG und spezialgesetzliche Regelungen räumen den diesen Gesetzen unterstehenden Institutionen und Einheiten sowie den SBB eine Liquiditätsgarantie ein, die ihnen kurzfristige Liquiditätsengpässe überbrücken hilft. Zudem haftet der Bund gemäss Art. 19 VG für den haftungsrechtlichen Ausfallschaden, den seine verselbständigten Einheiten bei Erfüllung öffentlicher Aufgaben Dritten gegenüber verursacht haben.

260 Neben der Liquiditätsgarantie sind folgende unternehmensspezifische Garantien zu nennen: Garantie des Bundes für die Verbindlichkeiten der SBB gegenüber Eurofima (Art. 5 des Abkommens vom 20. Oktober 1955 über die Gründung der «Eurofima», europäische Gesellschaft für die Finanzierung von Eisenbahnmaterial; SR 0.742.105); Garantie des Bundes für die fehlenden Schwankungsreserven der Pensionskasse PUBLICA (Art. 29 Abs. 3 PKB-Gesetz); Staatsgarantie für die Post (mit der Revision des POG wurden die gesetzlichen Grundlagen für die Loslösung der Post aus der Bundes-tresorerie geschaffen und wurde die Liquiditätsgarantie für die Post aufgehoben, die implizite Staatsgarantie als inhaltlich umfassendere Garantie aber beibehalten; bereits in der Botschaft zur POG-Revision findet sich aber der Hinweis, dass die Aufhebung der Staatsgarantie mittelfristig aus ordnungspolitischen Gründen und aufgrund der internationalen Rechtsentwicklung notwendig werden dürfte [vgl. BBl 2002 5077]).

Form darauf hin. Wo eine verselbständigte Einheit mehrere Aufgaben wahrnimmt, fehlt jedoch eine aufgabenspezifische Konkretisierung dieser Finanzierungsarten.

Die Regeln der *Gewinnentnahme* zeigen auf, unter welchen Voraussetzungen sich der Eigentümer bzw. der Aktionär am Gewinn einer verselbständigten Einheit beteiligen kann²⁶¹. Das Aktienrecht räumt dem Aktionär einen «Anspruch auf einen verhältnismässigen Anteil am Bilanzgewinn»²⁶² ein, sieht aber gleichzeitig in mehreren Bestimmungen den Schutz der Aktiengesellschaft vor ungerechtfertigter Eigenkapitalentnahmen durch die Aktionäre vor²⁶³. Entsprechend eingehende Bestimmungen fehlen für Anstalten. Auch fehlt den in den Organisationserlassen von Anstalten vorhandenen Bestimmungen zur Gewinnverwendung zum Teil jegliche Flexibilität²⁶⁴.

Allein aufgrund ihrer Organisationsform sind die Anstalten gemäss Steuergesetzgebung und unter Vorbehalt anderslautender Bestimmungen im Organisationserlass von der Entrichtung der *direkten Steuern* befreit²⁶⁵. Mit der generellen Ausnahme der Anstalten von der Pflicht zur Entrichtung der direkten Steuern wollte man eine Selbstbesteuerung der öffentlichen Hand und allfällige daraus folgende Gebührenerhöhungen vermeiden. Bezüglich der Mehrwert-, Stempel- und Verrechnungssteuer sind die Anstalten nur dann gegenüber Privaten privilegiert, wenn der Organisationserlass dies vorsieht. Die Aktiengesellschaften unterliegen in allen Steuergebieten den gleichen Regeln wie Private, soweit nicht der Organisationserlass ein Privileg statuiert.

IWF, OECD, EU

Die beiden genannten Organisationen sowie die EU verlangen insbesondere im Finanzdienstleistungssektor (Bsp. Kantonalbanken, deutsche und österreichische Landesbanken) die Aufgabe der wettbewerbsverzerrenden Staatsgarantien (vgl. OECD-Wirtschaftsberichte 1995, Artikel-IV-Konsultationen 1996 und 1997, Financial Sector Assessment Program des IWF von 2001).

9.2 Heutige Situation

Grundsätzlich verfügen alle rechtlich verselbständigten Einheiten des Bundes über eine *eigene Rechnung* – mit Ausnahme des SIR, das in Voranschlag und Staatsrechnung des Bundes wie eine normale Einheit der Zentralverwaltung aufgeführt wird.

Bisher fehlen generelle Kriterien zur Bemessung der *Kapitalausstattung* von verselbständigten Einheiten. So verfügt beispielsweise das IGE über kein Dotationskapital, während Swissmedic über ein solches von 14.5 Millionen verfügt; das höchste Dotationskapital weist die Post mit 1.3 Milliarden aus. Das höchste Aktienkapital weisen die SBB mit 9 Milliarden²⁶⁶ aus, das tiefste die Swisscom mit 66 Millionen²⁶⁷.

²⁶¹ So dürfen bei einer Aktiengesellschaft beispielsweise Dividenden nur aus dem ausgewiesenen Bilanzgewinn und aus hierfür gebildeten Reserven ausgerichtet werden. Verwendet werden darf nur jener Teil, der nach der obligatorischen Zuweisung an die allgemeinen gesetzlichen Reserven noch übrig bleibt.

²⁶² Siehe Art. 660 Abs. 1 OR.

²⁶³ Siehe Art. 671 ff. OR. Vgl. auch BÖCKLI, Aktienrecht, N 515 ff.

²⁶⁴ Vgl. z. B. Art. 12 Abs. 2 POG.

²⁶⁵ Siehe Art. 56 Bst. a DBG, Art. 23 Abs. 1 Bst. a StHG und Art. 62d RVOG.

²⁶⁶ Der Bund hat die SBB mit Eigenkapital von 11 Milliarden Franken. ausgestattet. Davon sind 9 Milliarden zu Aktienkapital und 2 Milliarden zu Reserven erklärt worden.

²⁶⁷ Geschäftsbericht 2004 der Swisscom, 111.

Es werden verschiedenste Rechnungslegungsstandards angewendet; neben den gesetzlichen (FHG, OR) sind insbesondere IFRS, Swiss GAAP FER, IPSAS von Bedeutung²⁶⁸.

Durch ihren Anschluss an die Bundestresorerie in den Genuss der *Liquiditätsgarantie* gelangen die Anstalten des Bundes²⁶⁹ sowie derzeit noch die SBB als Aktiengesellschaft²⁷⁰.

Zur Zeit bestimmt der Gesetzgeber nur ausnahmsweise, wie die Aufgaben nach ihrer Auslagerung zu finanzieren sind²⁷¹. Insbesondere geht vielfach nicht klar aus dem Organisationserlass hervor, ob die einzelnen Aufgaben eigenwirtschaftlich und damit ausschliesslich über Gebühren und / oder Preise finanziert zu erfüllen sind. Meistens wird lediglich festgehalten, dass sich die verselbständigte Einheit als Ganzes über Gebühren, Preise und Abgeltungen des Bundes finanziert.

Die *Gewinnermittlung und -verwendung* bestimmen sich bei den privatrechtlichen wie bei den spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften²⁷² nach Aktienrecht. Bei den Anstalten fehlen mehrheitlich Bestimmungen über die Gewinnermittlung oder fallen mit solchen der Gewinnverwendung zusammen²⁷³. Die Bestimmungen über die Gewinnverwendung charakterisieren sich teilweise durch eine gewisse Starrheit, zum Teil fehlen sie²⁷⁴.

IGE und Swissmedic sind als Anstalten von den direkten *Steuern* befreit, vorbehalten sind Mehrwert- und Verrechnungssteuer sowie Stempelabgabe. Gemäss SERVG gilt dies auch für die SERV, wobei sie zusätzlich noch von der Stempelabgabe befreit ist. Das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung ist einzig mehrwertsteuerpflichtig. Die Post ist von den direkten Steuern insoweit ausgenommen, als nicht ihre Wettbewerbsdienste betroffen sind. Die SBB sind von jeder Besteuerung durch die Kantone und die Gemeinden befreit²⁷⁵. Hinsichtlich der Bundessteuern sind sie jedoch den Privaten gleichgestellt. Skyguide ist vollständig steuerbefreit²⁷⁶. Swisscom und RUAG werden wie private Unternehmen besteuert.

²⁶⁸ IFRS finden (allenfalls mit aufgabenbedingten Abweichungen) Anwendung bei IGE, Post, Swisscom RUAG, Swiss GAAP FER bei den SBB und Skyguide. Nach FHG erfolgt die Rechnungslegung des SIR (Rechnung ist Teil der Staatsrechnung), bei Swissmedic richtet sich die Rechnungslegung nach OR. Gemäss Art. 29 Abs. 5 SERVG kann der Bundesrat für die SERV Vorschriften zur Rechnungslegung erlassen.

Mit NRM wird der Bund seine Rechnungslegung an IPSAS anlehnen. IPSAS steht für International Public Sector Accounting Standards. Diese Standards sind als Empfehlungen zum Rechnungswesen und zur Rechnungslegung explizit für den öffentlichen Sektor entwickelt worden. Sie sind mit den in der Privatwirtschaft angewandten Standards IFRS/IAS weitgehend kompatibel.

²⁶⁹ Seit dem 1. Januar 2004 sorgt die Post selber für ihre ständige Zahlungsbereitschaft. Vgl. Art. 11b POG und Botschaft vom 22. Mai 2002 über die Änderung des Postorganisationsgesetzes, BBl **2002** 5011.

²⁷⁰ Im Rahmen der Bahnreform 2 war die Aufhebung des Anschlusses der SBB an die zentrale Bundestresorerie vorgesehen (Botschaft vom 23. Februar 2005 zur Bahnreform 2, BBl **2005** 2526, Ziff. 2.7.7).

²⁷¹ Art. 12 IGEG lautet: «Die Betriebsmittel des Instituts setzen sich zusammen aus den Gebühren für seine hoheitliche Tätigkeit, den Entgelten für Dienstleistungen sowie den Abgeltungen für gemeinwirtschaftliche Leistungen.»

²⁷² Allerdings sieht Art. 17 Abs. 2 SBBG vor, dass der Bundesrat die Gewinnverwendung regelt.

²⁷³ Das IGE hat aus dem Gewinn Reserven zu bilden, die eine angemessene Höhe nicht überschreiten dürfen.

²⁷⁴ Das SERVG sieht keine Bestimmungen über eine Gewinnverwendung vor.

²⁷⁵ Die Steuerbefreiung erstreckt sich auch auf Hilfs- und Nebenbetriebe wie Kraftwerke, Werkstätte und Lagerhäuser, ausgenommen sind die nichtbetriebsnotwendigen Liegenschaften.

²⁷⁶ Vgl. Art. 40 Abs. 3 LFG.

23. Leitsatz

Die verselbständigten Einheiten führen eine eigene Rechnung.

Die eigene Rechnung ist das Abbild der zuerkannten Rechtspersönlichkeit in finanzieller Hinsicht und zeigt transparent und abgegrenzt vom Bundeshaushalt die finanzielle Situation der verselbständigten Einheit auf. Die eigene Rechnung erleichtert nicht zuletzt das Generieren von mäzenatischen Zuwendungen und Sponsoring-Beiträgen.

24. Leitsatz

Die Kapitalausstattung verselbständigter Einheiten erfolgt unter Berücksichtigung der Bundesgarantien (z.B. Liquiditätsgarantie) und richtet sich nach dem tatsächlichen Bedarf (u.a. Haftungssubstrat) und der Branchenüblichkeit. Die Kapitalausstattung ist unverzinslich.

Mit wie viel Kapital eine auszugliedernde Einheit auszustatten ist, lässt sich nur in beschränktem Umfang generell festlegen. In jedem Fall sind die vom Bund gegenüber der verselbständigten Einheit eingegangenen Garantien wie beispielsweise die Liquiditätsgarantie zu berücksichtigen. Die Höhe der Kapitalausstattung soll sich einerseits nach dem Kriterium des tatsächlichen Bedarfs richten. Dieser ergibt sich aus dem Zweck, dem das Kapital zu dienen hat. Denkbar ist, dass die Kapitalausstattung als Haftungssubstrat dient. Das Kriterium der Branchenüblichkeit setzt die Existenz einer repräsentativen Zahl von aufgabenmässig vergleichbaren Organisationen und Unternehmen voraus, zu denen die verselbständigte Einheit in einem mindestens wettbewerbsähnlichen Verhältnis steht. Mit dem Kriterium der Branchenüblichkeit soll ermöglicht werden, dass eine verselbständigte Einheit nicht von Beginn ihrer Existenz weg die schlechteren Voraussetzungen als ihre «Konkurrenten» hat.

Die Statuierung dieser beiden Kriterien führt insofern zu einer Optimierung der heutigen Situation, als sie eine Begründungspflicht auslöst: Inskünftig muss bei einer Auslagerung dargelegt werden, inwieweit die Kapitalausstattung dem tatsächlichen Bedarf danach sowie der Branchenüblichkeit entspricht.

Eigenkapital ist nicht verzinslich. Deshalb soll die Kapitalausstattung verselbständigter Einheiten des Bundes nicht verzinslich sein. Zudem soll sich der Bund inskünftig auch bei Anstalten an einem allfälligen Gewinn beteiligen können (siehe Leitsatz 27)²⁷⁷.

25. Leitsatz

Für verselbständigte Einheiten, die rechnungsmässig mit der Staatsrechnung des Bundes zusammengeführt werden (Vollkonsolidierung), erlässt der Bundesrat Vorschriften zur Rechnungslegung.

Dieser Leitsatz lehnt sich an die neue, im revidierten Finanzhaushaltsgesetz vorgesehene Regelung zur Vollkonsolidierung an²⁷⁸: Die eine eigene Rechnung führenden Einheiten der dezentralen Verwaltung werden für die Beratung der Staatsrechnung nach den Grundsätzen der Vollkonsolidierung rechnungsmässig zusammengefasst. Der Bundesrat kann aber

²⁷⁷ Da die Post zur Gewinnablieferung verpflichtet ist, ist auf eine Verzinsung des Dotationskapitals verzichtet worden. Vgl. Botschaft POG, 1322.

²⁷⁸ Siehe Art. 55 Abs. 1 Bst c FHG.

einerseits Einheiten der dezentralen Verwaltung von der Vollkonsolidierung ausnehmen, und andererseits weitere, nicht zur dezentralen Verwaltung gehörende verselbständigte Einheiten in die Vollkonsolidierung einbeziehen²⁷⁹. Damit eine Konsolidierung möglich ist, muss der Bundesrat für diese Einheiten Vorschriften zur Rechnungslegung erlassen können. Aktiengesellschaften haben bei der Rechnungslegung mindestens die Vorschriften des Aktienrechts zu wahren.

26. Leitsatz

Die Finanzierung von Anstalten über Preise, Gebühren und Abgeltungen wird im Organisationserlass aufgabenspezifisch festgelegt.

Zur Zeit bestimmt der Gesetzgeber nur ausnahmsweise, wie die Aufgaben nach ihrer Auslagerung zu finanzieren sind. Insbesondere geht vielfach nicht klar aus dem Organisationserlass hervor, ob die einzelnen Aufgaben ausschliesslich preis- und / oder gebührenfinanziert zu erfüllen sind oder zusätzlich mit allgemeinen Steuermitteln in Form von Abgeltungen des Bundes finanziert werden. Die fehlende Abgrenzung zwischen unterschiedlichen Aufgaben und ihrer Finanzierung begünstigt problematische Mischrechnungen, bei welchen Abgeltungen zur Finanzierung von preisfinanzierten Aufgabenbereichen dienen oder Gebühren zur Finanzierung für vom Bund bestellte Leistungen erhoben werden. Dies kann zu Wettbewerbsverzerrungen führen, verfälscht die Kostenwahrheit und beeinträchtigt die Transparenz über die wesentlichsten Mittelflüsse zwischen Bund und verselbständigter Einheit. Deshalb ist im Organisationserlass festzulegen, auf welche Art die einzelnen, einer verselbständigten Einheit zur Erfüllung übertragenen Aufgaben zu finanzieren sind. Der Leitsatz richtet sich nicht an privatrechtliche Aktiengesellschaften, weil diese sich grundsätzlich über Preise finanzieren. Soweit jedoch – insbesondere wegen notwendiger Abgeltungen des Bundes – die Organisationsform der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft gewählt wird, ist der Leitsatz auch für diese zu beachten.

27. Leitsatz

Bei Anstalten entscheidet der Bundesrat jährlich im Rahmen der Rechnungsgenehmigung über die Verwendung eines allfälligen Gewinns.

Für Aktiengesellschaften schreibt das Gesellschaftsrecht vor, dass Dividenden erst nach erfolgter Äufnung der gesetzlichen und statutarischen Reserven festgesetzt werden dürfen²⁸⁰. Über die Gewinnverwendung entscheidet die Generalversammlung auf Antrag des Verwaltungsrats.

Im Organisationserlass von Anstalten sind die betrieblich zwingend notwendigen Reserven vorzusehen. Diese sind im Rahmen der *Gewinnermittlung* und damit wie bei den Aktiengesellschaften *vor* dem Entscheid über die Gewinnverwendung zu bilden. Der Bundesrat kann aber beschliessen, dass auch Teile des Gewinns den Reserven zuzuweisen sind. Seine neue Zuständigkeit ermöglicht ihm, gezielt die Interessen des Bundes mit den Bedürfnissen der Einheit in Einklang zu bringen. Damit erhält der Bundesrat eine mit der aktienrechtlichen Generalversammlung vergleichbare Kompetenz zum Beschluss über die Gewinnverwendung.

²⁷⁹ Siehe Art. 55 Abs. 2 FHG.

²⁸⁰ Vgl. Art. 674 Abs. 1 OR.

28. Leitsatz

Die Steuerpflicht der Anstalten richtet sich nach der Tätigkeit und nicht nach der Organisationsform. Bei einer teilweisen Steuerpflicht sind sie zur Führung einer Spartenrechnung zu verpflichten.

Heute erbringen Anstalten nicht nur öffentliche, mit Abgeltungen oder über Gebühren finanzierte, sondern zunehmend auch kommerzielle und damit preisfinanzierte Leistungen. Die Steuerbefreiung der Anstalten führt bezüglich dieser Leistungen zu unerwünschten Wettbewerbsverzerrungen. Dieser Misstand lässt sich beheben, indem in den Organisationserlassen der Anstalten die Steuerpflicht für kommerzielle Leistungen statuiert wird²⁸¹ ²⁸². Damit lässt sich eine allfällige von den Anstalten ausgehende wettbewerbsverzerrende Wirkung jedoch nicht vollständig ausschliessen: Die teilweise steuerpflichtigen Anstalten sind gleichzeitig zur Führung einer Spartenrechnung zu verpflichten, die eine Quersubventionierung verunmöglicht²⁸³.

9.4 Aufgabenbezogene Konkretisierungen

Den *Einheiten, die Dienstleistungen mit Monopolcharakter erbringen oder Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht erfüllen*, garantiert der Bund die Liquidität, was bei der Kapitalausstattung zu berücksichtigen ist. Das Kriterium der Branchenüblichkeit ist sodann bei diesen mehrheitlich Monopolaufgaben erfüllenden Einheiten tendenziell sekundär. Weitere aufgabenspezifische Aussagen zur Kapitalausstattung sind nicht möglich; die Höhe der Kapitalausstattung muss für jede Einheit einzeln festgelegt werden.

Alle Einheiten, die Dienstleistungen mit Monopolcharakter erbringen oder Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht erfüllen, führen eine eigene Rechnung. Sie sind Teil der dezentralen Verwaltung und werden als solche im Rahmen der Staatsrechnung nach dem Grundsatz der Vollkonsolidierung rechnungsmässig zusammengefasst. Der Bundesrat legt die Grundsätze der Rechnungslegung fest. Er kann jedoch auch einzelne Einheiten von der Vollkonsolidierung ausnehmen. Einheiten mit Dienstleistungen mit Monopolcharakter sind für ihre kommerziellen (Neben-)Tätigkeiten steuerpflichtig und deshalb zur Führung einer Spartenrechnung verpflichtet. Anders dagegen die Einheiten mit Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht: Sie dürfen keine kommerziellen (Neben-)Tätigkeiten ausüben und sind demnach weder steuerpflichtig noch zur Führung einer Spartenrechnung verpflichtet. Der Bundesrat befindet jährlich über die Verwendung eines allfälligen Gewinns²⁸⁴. Er trägt dabei situationsbezogen den Interessen des Bundes und den Bedürfnissen der verselbständigten Einheit Rechnung.

Bezüglich der Kapitalausstattung der *Einheiten mit Dienstleistungen am Markt*, welche die Rechtsform der privatrechtlichen Aktiengesellschaft aufweisen sollen, ist die Vorschrift von Art. 621 OR zu beachten, die eine Mindesthöhe von 100 000 Franken vorschreibt. Darüber

²⁸¹ Analog Art. 13 POG, wonach die Post als Anstalt für die Gewinne aus den Wettbewerbsdiensten steuerpflichtig ist.

²⁸² Eine Alternative dazu wäre eine Änderung der Steuergesetzgebung und des RVOG, was sich jedoch auch auf die kantonalen und kommunalen Anstalten auswirken müsste.

²⁸³ Vgl. Art. 29 Abs. 1 SERV, wonach die SERV explizit zur Führung einer Spartenrechnung verpflichtet wird.

²⁸⁴ Im Organisationserlass sind die betrieblich zwingend notwendigen Reserven vorzusehen. Sie werden im Rahmen der *Gewinnermittlung* gebildet. Bei seiner Entscheid über die *Gewinnverwendung* kann der Bundesrat die Bildung weiterer Reserven beschliessen.

hinaus bestimmt sich die maximale Höhe der Kapitalausstattung insbesondere nach dem benötigten Haftungssubstrat, dem Liquiditätsbedarf und der Branchenüblichkeit. Bei der Rechnungslegung sind mindestens die aktienrechtlichen Vorschriften zu beachten. Da diese Einheiten überwiegend kommerziell tätig sind, sind sie steuerpflichtig. Die Gewinnverteilung bestimmt sich nach Aktienrecht. Bei den spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften ist im Organisationserlass festzulegen, wie die einzelnen Aufgaben zu finanzieren sind.

II. Teil: Was ist Corporate Governance?

1 Einführung

Die Corporate-Governance-Diskussion hat ihre Wurzeln in den Vereinigten Staaten. In der Schweiz tauchte der Begriff in den Neunzigerjahren des letzten Jahrhunderts auf und rückte in den letzten paar Jahren aufgrund der von den Medien aufgegriffenen Unternehmensskandale des In- und Auslands ins öffentliche Bewusstsein. Angeprangert wurden das Nebeneinander verschiedener Bilanzierungssysteme, das Unsicherheiten in der Unternehmensbewertung verursachte, der Mangel an zuverlässiger Information und eine nicht überzeugende Unternehmensführungskultur²⁸⁵.

Die Diskussion um Corporate Governance kann auf die sogenannte Prinzipal-Agent-Problematik zurückgeführt werden. Diese klassische Konstellation ist bei allen Mandatsverhältnissen zu beobachten. Der rational handelnde Agent (Beauftragter) verfolgt zuerst seine eigenen Interessen. Die Interessen des Prinzipals (Auftraggeber) wahrt er so weit, als die Rahmenbedingungen dies attraktiv oder ratsam erscheinen lassen²⁸⁶. Im Bereich von Grossunternehmen wird damit das zunehmende Auseinanderklaffen von Eigentum und Management angesprochen: Die Interessen der Kapitalgeber (Aktionäre oder Prinzipale) decken sich nicht mit denen der Unternehmensleitung (Verwaltungsrat oder Agenten). Vielmehr können die Agenten sich zu Lasten der Prinzipale unternehmerische Wertschöpfung aneignen²⁸⁷. Corporate Governance nimmt sich der Prinzipal-Agent-Problematik an.

2 Corporate Governance im privaten Sektor

2.1 Begriff

Die Definitionen von Corporate Governance sind relativ unscharf und weichen voneinander ab²⁸⁸. Für gewisse Autoren umfasst der Begriff die Gesamtheit der Grundsätze und Regeln, welche die Funktionstüchtigkeit der Unternehmen im Hinblick auf die Optimierung der Aktionärsinteressen (Shareholder Value) gewährleisten sollen²⁸⁹. Corporate Governance kann nach anderen Autoren in einem umfassenderen Sinn auch alle Interessengruppen im Unternehmen und damit über die Aktionäre oder Shareholder hinaus alle sogenannten Stakeholder (Arbeitnehmer, Kapitalmarktteilnehmer, Gläubiger, Kunden, Behörden, Öffentlichkeit usw.) einbeziehen²⁹⁰. Häufig wird Corporate Governance aber in einem engeren Sinne verstanden. Danach beinhaltet sie Fragen der Organisation der obersten Führungsorgane von Unternehmen und deren Kontrolle, d. h. in erster Linie Fragen zweckmässiger *checks and balances* und

²⁸⁵ Vgl. etwa ZOBL, 8; GIGER, 6.

²⁸⁶ VON DER CRONE, 241 f.

²⁸⁷ FREY, Corporate Governance, 2 f.

²⁸⁸ Ein Überblick über die verschiedenen Definitionen findet sich bei FORSTMOSER, Corporate Governance, 19 Fn. 7.

²⁸⁹ Die Themenpalette des Berichts der Expertengruppe «Corporate Governance», auf welchen sich der Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance und auch die SWX-Richtlinie betreffend Information zur Corporate Governance abstützen, orientiert sich an diesem Begriffsverständnis; vgl. HOFSTETTER, 6; BÖCKLI, 3.

²⁹⁰ GIGER, 9.

angemessener Transparenz^{291 292}. Entlang diesen Leitideen sind die Grundsätze zu Corporate Governance ausgestaltet.

2.2 Prinzipal-Agent-Beziehungen in Publikumsgesellschaften

Bei Publikumsgesellschaften²⁹³ besteht eine mehrgliedrige Prinzipal-Agent-Kette: Die Aktionäre als Unternehmens-Eigner (Prinzipale) beauftragen den Verwaltungsrat (Agent), ihre Interessen wahrzunehmen und eine erfolgreiche Geschäftstätigkeit sicherzustellen. Der Verwaltungsrat wird seinerseits zum Prinzipal, wenn er das Management (Agent 2) mit der Geschäftsführung beauftragt. Erteilt das Management einzelnen Abteilungen Aufträge, wird es seinerseits zum Prinzipal und die Abteilungen zu Agenten. Je besser die Prinzipale informiert sind, desto kleiner ist der Spielraum der Agenten zur Verfolgung eigener Interessen. Dabei ergeben sich automatische Informationen wie Umsatz- und Gewinnzahlen, wenn private Güter auf den Märkten abgesetzt werden. Wie stark der von solchen Geschäftsindikatoren ausgehende Effizienz- und Innovationsdruck ist, hängt wiederum vom Grad des Wettbewerbs auf diesen Märkten und von deren Wachstum ab²⁹⁴.

3 Corporate Governance im öffentlichen Sektor

3.1 Begriff

Corporate Governance im öffentlichen Sektor ist ein komplexeres Unterfangen als im privaten Sektor. Neben der Ebene des Unternehmens und seiner Organe, die klassischerweise durch Corporate-Governance-Grundsätze organisiert werden soll, ist zusätzlich die politische Ebene zu berücksichtigen. Auch wenn Staatsbetriebe verselbständigt werden, damit sie flexibler und näher am Markt agieren können, erfüllen sie einen öffentlichen Auftrag bzw. öffentliche Interessen. Über ihr Bestehen entscheidet damit nie der Markt allein, sondern immer auch die Politik, die gegebenenfalls via Budget die notwendigen Mittel spricht bzw. die Erfüllung des Auftrags überwacht. Am Markt tätige Staatsbetriebe agieren damit zwischen zwei Polen – sie

²⁹¹ HOFSTETTER, 6.

²⁹² MALIK, 26, 34 ff., demgegenüber setzt an einem anderen Punkt an. Er findet die Frage «In wessen Interesse soll ein Unternehmen geführt werden?», von welcher es einen einfachen und logisch plausibel erscheinenden Weg zum Shareholder gibt, falsch gestellt. Statt dessen schlägt er vor, keine der Interessengruppen – weder Shareholder noch Stakeholder – ins Zentrum zu setzen, sondern das Unternehmen selbst. Aus dieser Sicht ist das Unternehmen eine eigenständige institutionelle Einheit und nicht Gegenstand eines Bündels von Interessengruppen. Der Autor propagiert, davon auszugehen, dass ein Unternehmen nicht dazu da ist, Interessengruppen zu befriedigen, sondern eine produktive Leistung für den Markt zu erbringen. Damit rückt er die Frage in den Mittelpunkt, wann ein Unternehmen prosperiert und wie es zu führen ist, damit es prosperiert. Dieser Ansatz sollte nach Ansicht des Autors bei Unternehmen des öffentlichen Sektors im Vordergrund stehen.

²⁹³ Die stark von der Prinzipal-Agent-Problematik geprägte internationale Corporate-Governance-Diskussion orientiert sich primär an Publikumsgesellschaften mit breit gestreutem Aktionariat. Eine solche Struktur führt naturgemäss zu einer schwächeren Aktionärsstellung und damit zu einer erheblich erschwerten Kontrolle durch die Aktionäre. In der Schweiz ist allerdings die Mehrheit der börsenkotierten Gesellschaften von Gross- bzw. Mehrheitsaktionären dominiert. Mehrheitsaktionäre üben typischerweise eine direkte strategische und häufig auch operative Kontrolle über die von ihnen beherrschte Gesellschaft aus. Dadurch wird der latente Interessenkonflikt zwischen Aktionären und Management entschärft. Gesellschaften mit Mehrheitsaktionären sind daher näher am Idealmodell der Corporate Governance. Gleichzeitig besteht aber die Gefahr des Machtmissbrauchs gegenüber Minderheitsaktionären (HOFSTETTER, 8; GIGER, 28 f.).

²⁹⁴ FREY, Corporate Governance, 5 ff.

sollen einerseits möglichst flexibel bzw. marktfähig sein, ohne andererseits die politischen Vorgaben zu missachten. Die Notwendigkeit der Herstellung einer entsprechenden Balance zwischen den Polen macht ihre Steuerung deutlich vielschichtiger als bei rein am Markt operierenden Unternehmen. Damit ist gleichzeitig die Doppelrolle des Staates aufgezeigt: Er ist Eigentümer und Leistungs-Auftraggeber und kann in diesen Funktionen je andere Interessen haben. Während er als Eigentümer an Effizienz und Rendite interessiert ist, muss er als Auftraggeber die Erfüllung des öffentlichen Auftrags sicherstellen²⁹⁵.

Aus dieser Konstellation ergeben sich verschiedene Spannungsfelder. Gute Corporate Governance bzw. Steuerung eines Staatsbetriebes geht auf sie ein und formuliert zu deren möglicher Auflösung eine klare Eigentümerstrategie («Strategische Ziele»). Weiter legt sie klare Verantwortlichkeiten, Kompetenzen und Strukturen für die verschiedenen Organe des Unternehmens fest, um auf der einen Seite eine nachhaltige Rollenteilung zwischen Eigentümer, Politik und Management und auf der anderen Seite eine zuverlässige Entscheidungsfindung und Kontrolle innerhalb des Unternehmens sicherzustellen²⁹⁶.

3.2 Prinzipal-Agent-Beziehungen bei Staatsbetrieben

Im öffentlichen Sektor sind die Prinzipal-Agent-Beziehungen noch vielfältiger: Die Bürger wählen Politiker ins Parlament und beauftragen dieses, öffentliche Güter und Dienstleistungen zu erbringen. Das Parlament beauftragt die Regierung und diese wiederum die staatliche Verwaltung. Ausserhalb dieses Systems beauftragen Bürger als Konsumenten und Arbeitnehmer der öffentlichen Unternehmen Verbände mit der Vertretung ihrer Interessen gegenüber dem Parlament, der Regierung und der staatlichen Verwaltung. Auch im öffentlichen Sektor hängt die Möglichkeit der Prinzipale, ihre Agenten zu steuern, vom Grad der Information ab. Zusätzlich werden die Prinzipal-Agent-Probleme verschärft, wenn zwischen Managern des Unternehmens und Politikern eine Verfilzung besteht. Beide Agentengruppen verfügen dann über zusätzliche Möglichkeiten, die jeweiligen Prinzipale zu übervorteilen²⁹⁷.

4 Quellen für die Corporate Governance von Bundesbetrieben

Das in diesem Bericht erläuterte Steuerungsmodell kann als Teil des Corporate-Governance-Kodexes des Bundes für seine verselbständigten Einheiten bezeichnet werden. Bei seiner Ausarbeitung lag es nahe, nach Möglichkeit Anleihen bei bereits bestehenden Regelungen und Kodexen zu machen. Im Folgenden werden die wichtigsten Quellen vorgestellt. Die Elemente des Steuerungsmodells enthalten Hinweise auf die herangezogenen Regelungen und Empfehlungen der Kodexe.

²⁹⁵ Dazu SCHEDLER, 26.

²⁹⁶ Vgl. SCHEDLER, 27.

²⁹⁷ FREY, Corporate Governance, 15 f.

4.1 OECD-Richtlinien für die Corporate Governance von Staatsbetrieben

Am eingehendsten greifen die OECD-Richtlinien für die Corporate Governance von Staatsbetrieben²⁹⁸ die Problematik auf. Sie sind vom OECD-Rat im April 2005 verabschiedet worden und ergänzen die OECD-Grundsätze der Corporate Governance²⁹⁹ für den privaten Sektor, auf die sie aufbauen und mit denen sie kompatibel sind³⁰⁰. Die Richtlinien sind nicht bindend. Nachdem indessen die ebenfalls nicht bindenden OECD-Grundsätze seit ihrem Erlass eine hohe Beachtung gefunden haben und weltweit angewendet werden³⁰¹, ist zu erwarten, dass dieselbe Wirkung auch von den OECD-Richtlinien ausgehen wird. Es empfiehlt sich daher, die Richtlinien in der Schweiz umzusetzen.

Die Richtlinien sind in sechs Kapitel gegliedert. Themen sind der rechtliche und regulatorische Rahmen für Staatsbetriebe, der Staat als Eigner, die Gleichbehandlung der Aktionäre, die Beziehungen zu den Stakeholdern, Transparenz und Offenlegung sowie die Verantwortlichkeiten der Verwaltungsräte von Staatsbetrieben.

4.2 Privatrechtliche Regelungen und Kodexe

Mit der Verselbständigung von Staatsbetrieben soll mehr Flexibilität und Marktnähe erreicht werden. Auf diese Bedürfnisse ist der bewährte Rahmen des Privatrechts zugeschnitten. Daher drängt es sich auf, die privatrechtlichen Regelungen und Kodexe zu berücksichtigen und wo immer möglich die dort getroffenen Lösungen zu übernehmen³⁰².

4.2.1 Obligationenrecht

Bereits im Jahr 1992 sind mit dem geltenden Obligationenrecht einige der späteren typischen Corporate-Governance-Postulate in Kraft getreten. So trägt der Verwaltungsrat bei Aktiengesellschaften die oberste strategische Verantwortung (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1); er ist verpflichtet, die Organisation und die Finanzplanung festzulegen (Art. 716b Abs. 2); er hat Zugang zu allen Informationen (Art. 715a); er überwacht das Management und trägt die Verantwortung für das interne Kontrollsystem und die Compliance (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5);

²⁹⁸ Originaltitel englisch: OECD Guidelines on the Corporate Governance of State-Owned Enterprises.

²⁹⁹ Originaltitel englisch: OECD Principles of Corporate Governance. Die Grundsätze sind 1999 erlassen und vor dem Hintergrund der verschiedenen Unternehmensskandale in den vergangenen Jahren 2004 revidiert worden.

³⁰⁰ Die Richtlinie und weitere Informationen dazu finden sich unter http://www.oecd.org/document/33/0,2340,en_2649_37439_34046561_1_1_1_37439,00.html.

³⁰¹ Dazu OECD Principles of Corporate Governance, Ausgabe 2004, Klappentext.

³⁰² Die OECD-Richtlinien für die Corporate Governance von Staatsbetrieben postulieren die Vereinheitlichung der Rechtsform von Staatsbetrieben und führen dazu aus, dass sich die Regierungen so weit als möglich an das Gesellschaftsrecht anlehnen und die Schaffung spezieller Rechtsformen vermeiden sollen, sofern dies für den Zweck der Gesellschaft nicht absolut notwendig ist (Kapitel I Bst. B). Auch die Botschaft vom 13. Juni 2000 zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (4481 zu Art. 99) hält fest, dass für Institute des öffentlichen Rechts der Numerus clausus für die Wahl einer Rechtsform des Privatrechts grundsätzlich ebenfalls gilt und zur Wahrung der Transparenz und der Rechtssicherheit die angestrebte Rechtsform grundsätzlich den Vorgaben des Obligationenrechts entsprechen muss.

schliesslich sorgt er für die Berichterstattung der Ausschüsse an den Verwaltungsrat (Art. 716a Abs. 2 Satz 2, Art 716b Abs. 2)³⁰³.

4.2.2 Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance / SWX-Richtlinie betreffend Information zur Corporate Governance

Im Jahr 2000 verlangte die EBK, Saläre und weitere Entschädigungen von Verwaltungsrat und Spitzenkräften börsenkotierter Gesellschaften seien jährlich im Geschäftsbericht offen zu legen. Im gleichen Jahr liessen Novartis AG und UBS AG ihre Aktien an der New Yorker Börse kotieren und mussten zu diesem Anlass über die Schweizer Corporate Governance Auskunft geben. Diese beiden Begebenheiten gaben Anstoss zur Ausarbeitung des Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance und der SWX-Richtlinie betreffend Information zur Corporate Governance³⁰⁴. Beide Texte wurden zusammen veröffentlicht³⁰⁵ und 2002 in Kraft gesetzt.

Der Swiss Code of Best Practice und die SWX-Richtlinie sind zusammen zu lesen: Die in den beiden Texten enthaltenen Elemente, Leitlinien und Strukturempfehlungen einerseits sowie Transparenz andererseits bilden eine unauflösliche Gesamtheit. Während der Swiss Code blosse Empfehlungen enthält, ist die SWX-Richtlinie bezüglich Informationen über Entschädigungen und Beteiligungen von Mitgliedern des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung und Darlehen an dieselben zwingend und in Hinsicht auf die restlichen Informationen halbverbindlich^{306 307}.

4.3 Parlamentsgesetz

Zur Corporate Governance von Bundesbetrieben gehört aufgrund der ihr eigenen politischen Komponente³⁰⁸ auch die Regelung des Verhältnisses zwischen Parlament und Bundesrat bzw. Bundesverwaltung. Die Grundregelung dazu enthält Art. 26 ParlG, wonach die Bundesversammlung die Oberaufsicht über die Geschäftsführung des Bundesrates und der Bundesverwaltung, der eidgenössischen Gerichte und anderer Träger von Aufgaben des Bundes ausübt³⁰⁹.

³⁰³ Zur Entwicklung der Corporate Governance in der Schweiz BÖCKLI, 1 ff.
Das Aktienrecht befindet sich in Revision. Der ausgearbeitete Gesetzesentwurf soll die Schweizer Corporate Governance verbessern. Die eingesetzte Arbeitsgruppe «Corporate Governance» empfiehlt einerseits für alle Aktiengesellschaften Verbesserungen der Aktionärsrechte, eine Klarstellung der Rahmenbedingungen für den Verwaltungsrat und eine Verbesserung der Transparenz; andererseits empfiehlt sie nur für kotierte und wirtschaftlich bedeutende nicht kotierte Aktiengesellschaften gezielte Bestimmungen zur Umsetzung wesentlicher Anliegen der Corporate Governance (BÖCKLI et al., 13).

³⁰⁴ Der Swiss Code of Best Practice wurde von einem Arbeitsausschuss unter dem Vorsitz von PETER BÖCKLI, die SWX-Richtlinie von HANS CASPAR VON DER CRONE zusammen mit Vertretern der SWX Swiss Exchange ausgearbeitet.

³⁰⁵ Abrufbar unter www.economiesuisse.ch.

³⁰⁶ D. h. nach Ziff. 7 der SWX-Richtlinie gilt hinsichtlich nicht zwingender Informationen der Grundsatz «comply or explain»: Sieht der Emittent von der Offenlegung bestimmter Informationen ab, so ist dies im Geschäftsbericht zu begründen.

³⁰⁷ Zu diesem zweiten Schub der Entwicklung von Corporate-Governance-Richtlinien in der Schweiz BÖCKLI, 2 ff.

³⁰⁸ Vgl. vorne Ziff. 3.1.

³⁰⁹ Eingehend zur Oberaufsicht Kapitel 8.3.

Literaturverzeichnis

BIAGGINI GIOVANNI, Rechtsstaatliche Anforderungen an die Auslagerung und an den ausgelagerten Vollzug staatlicher Aufgaben sowie Rechtsschutz, in: René Schaffhauser/Tomas Poledna (Hrsg.), Auslagerung und Privatisierung von staatlichen und kommunalen Einheiten: Rechtsformen und ihre Folgen, Universität St. Gallen, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Band 9, 2002, 143 ff.

BÖCKLI PETER, Harte Stellen im Soft Law, ST 11/2002 1 ff. (zit. Soft Law)

BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 3. Auflage, Zürich 2004 (zit. Aktienrecht)

BÖCKLI PETER/BÜHLER CHRISTOPH B., Vorabinformationen an Grossaktionäre: Möglichkeiten und Grenzen nach Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, SZW 2005 101 ff.

BÖCKLI PETER/HUGUENIN CLAIRE/DESSEMONTET FRANÇOIS, Expertenbericht der Arbeitsgruppe "Corporate Governance" zur Teilrevision des Aktienrechts, Zürich 2004 (zit. Böckli et al.)

BOEMLE MAX/GSELL MAX/JETZER JEAN-PIERRE/NYFFELER PAUL/THALMANN CHRISTIAN, Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz, Zürich 2002 (zit. Boemle et al.)

BRUHIN LUKAS; Regulation und Eigentum – Überlegungen zur Steuerung öffentlicher Unternehmen; Semesterarbeit am Institut de hautes études en administration publique, Lausanne 2001

BSK-BEARBEITER: siehe HONSELL ...

Commission des Communautés européennes (11.12.2002), Communication de la Commission, "L'encadrement des agences européennes de régulation" (abrufbar unter http://www.europa.eu.int/comm/governance/docs/comm_agence_fr.pdf; zit. Commission des Communautés européennes)

EHRENZELLER BERNHARD/MASTRONARDI PHILIPPE/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A., Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich 2002 (zit. Bearbeiter, St. Galler Kommentar zu Art. ... BV N ...)

EICHENBERGER KURT, Die Problematik der parlamentarischen Kontrolle im Verwaltungsstaat, in: Der Staat der Gegenwart, Ausgewählte Schriften von Kurt Eichenberger, Basel/Frankfurt a. M. 1980, 419 ff.

FORSTMOSER PETER, Corporate Governance in der Schweiz – besser als ihr Ruf, in: Forstmoser et al., 15 ff. (zit. Corporate Governance)

FORSTMOSER PETER, Wer "A" sagt muss auch "B" sagen, Gedanken zur Privatisierungsdebatte, SJZ 98 (2002) 193 ff., 219 ff. (zit. Wer "A" sagt)

FORSTMOSER PETER/JAAG TOBIAS, Der Staat als Aktionär. Haftungsrechtliche Risiken der Vertretung des Staates im Verwaltungsrat von Aktiengesellschaften, Zürich 2000 (zit.: Staat)

FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996

FORSTMOSER PETER/VON DER CRONE HANS CASPAR/WEBER ROLF H./ZOBL DIETER (Hrsg.), Corporate Governance – Symposium zum 80. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Zürich 2002 (zit. Forstmoser et al.)

FREY RENÉ L., Service public: Garantierte Grundversorgung oder Kampf um Renten?, Überarbeitete Fassung eines Gutachtens für den Rat für Raumordnung und das Staatssekretariat für Wirtschaft seco, Basel 2001 (zit. Service public)

- FREY RENÉ L., Von der Corporate Governance zur Public Governance, Vortrag an der Universität Salzburg, Mai 2002 (zit. Corporate Governance)
- Gesetzgebungsleitfaden – Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes, Bundesamt für Justiz, 2. Auflage, Bern 2002 (abrufbar unter <http://www.ofj.admin.ch/d/index.html>)
- GIGER GION, Corporate Governance als neues Element im schweizerischen Aktienrecht, Zürich 2003
- GROSS JOST, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Bern 2001
- GYGI FRITZ, Verwaltungsrecht, Bern 1986
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Zürich usw. 2002
- HAFNER FELIX, Staatsaufgaben und öffentliche Interessen – ein (un)geklärtes Verhältnis?, BJM 2004 281 ff.
- HOFSTETTER KARL, Corporate Governance in der Schweiz, Bericht im Zusammenhang mit den Arbeiten der Expertengruppe "Corporate Governance", Zürich 2002
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS, Zivilgesetzbuch I (Art. 1 - 456 ZGB), 2. Auflage, Basel 2002 (zit. BSK-Bearbeiter, Art. ... ZGB N ...)
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS, Zivilgesetzbuch II (Art. 457 - 977 ZGB, Art. 1 - 61 SchlT ZGB), 2. Auflage, Basel 2003 (zit. BSK-Bearbeiter, Art. ... ZGB N ...)
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM/WATTER ROLF, Obligationenrecht II (Art. 530 - 1186 OR), 2. Auflage, Basel 2002 (zit. BSK-Bearbeiter, Art. ... OR N ...)
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG, Obligationenrecht I (Art. 1 - 529 OR), 3. Auflage, Basel 2003 (zit. BSK-Bearbeiter, Art. ... OR N ...)
- JAAG TOBIAS, Der Staat als Aktionär, in: Jean Nicolas Druey/Peter Forstmoser (Hrsg): Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht – Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, 379 ff. (zit. Staat)
- JAAG TOBIAS, Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Formen, Voraussetzungen und Rahmenbedingungen, in: Tobias Jaag (Hrsg.), Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Zürich 2000; 23 ff. (zit. Dezentralisierung)
- KNAPP BLAISE, L'exécution de tâches publiques fédérales par des tiers, Stand Februar 1996, in: Heinrich Koller/Georg Müller/René Rhinow/Ulrich Zimmerli, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Basel/Frankfurt a. M. 1996 (zit. Koller et al.)
- KRÄHENMANN BEAT, Privatwirtschaftliche Tätigkeit des Gemeinwesens, Basel/Frankfurt a. M. 1987
- LIENHARD ANDREAS/RITZ ADRIAN, Swissmedic (Schweizerisches Heilmittelinstitut), Grundlagen für die Steuerung mit Leistungsauftrag und Leistungsvereinbarung, Studie im Auftrag des Eidgenössischen Departements des Innern (EDI), des Bundesamts für Gesundheit (BAG) und der Swissmedic, Bern 2004
- LIENHARD ANDREAS/STEINER RETO/LADNER ANDREAS/WICHTERMANN JÜRIG/BALSIGER BETTS ANDREAS/BUCHSER MICHAEL, Auslagerung der Aufgabenerfüllung im Kanton Luzern, Universität Bern, KPM-Schriftenreihe Nr. 1, Bern 2003 (zit. Lienhard et al.)
- MADER LUZIUS, Regulierung, Deregulierung, Selbstregulierung: Anmerkungen aus legislativer Sicht, ZSR 2004/II 3 ff.

- MALIK FREDMUND, Die Neue Corporate Governance, Frankfurt a. M., 3. Auflage 2002
- NOBEL PETER, Einflussmöglichkeiten des Gemeinwesens auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verwaltungsexterne Rechtsträger, in: Tobias Jaag (Hrsg.), Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Zürich 2000, 135 ff.
- OECD, Public Sector Modernisation: Changing Organisational Structures, Policy Brief, September 2004; zit.: OECD, Public Sector Modernisation
- Ökonomenteam EFV, Ökonomische Überlegungen zur Privatisierung, Eidgenössische Finanzverwaltung, Dezember 2000 (zit. Ökonomenteam EFV), 2000
- PriceWaterhouseCoopers, Der dritte Kreis im Bundesorganisationsrecht, Gutachten im Auftrag der Projektleitung FLAG, August 2001
- Revisionshandbuch der Schweizerischen Treuhänderkammer, Ausgabe 2001 (zit. Revisionshandbuch)
- RHINOW RENÉ/SCHMID GERHARD/BIAGGINI GIOVANNI, Wirtschaftsrecht, Basel 1998
- SCHAERER BARBARA, Haftung des Bundes für Dritte als «wachsendes Risiko», ST 2002 1095 ff.
- SCHEDLER KUNO, Corporate Governance bei Staatsbetrieben – Das Balancieren zwischen Politik und Management, NZZ Fokus Nr. 19, 2004
- SCHWARZENBACH-HANHART HANS RUDOLF, Staatshaftung bei verfügbungsfreiem Verwaltungshandeln, Bern 2006
- SIMONEK MADELEINE, Steuerbefreiung und Privatisierung, ein Diskussionsbeitrag zur Steuerbefreiung wegen Verfolgung öffentlicher Zwecke, ST 3/2000, 230 ff.
- St. Galler Kommentar: siehe EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER
- TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/KIENER REGINA, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2000
- TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auflage, Bern 2002 (zit. Tuor et al.)
- VETTER-SCHREIBER ISABELLE, Staatliche Haftung bei mangelhafter BVG-Aufsichtstätigkeit unter besonderer Berücksichtigung der Vorschriften des Bundes sowie des Kantons Zürich, Diss. Zürich 1996 (zit. Staatliche Haftung Bund)
- VETTER-SCHREIBER ISABELLE, Staatliche Haftung bei mangelhafter BVG-Aufsichtstätigkeit, SZS 1997, 134 ff. (zit. Staatliche Haftung)
- VOGEL STEFAN, Die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft, ZBl 2003 418 ff.
- VON DER CRONE HANS CASPAR, Verantwortlichkeit, Anreize und Reputation in der Corporate Governance der Publikumsgesellschaft, ZSR 2000/II 237 ff.
- WERLEN THOMAS/WOOD PHILIP R., Liability of Stock Exchange Authorities and Regulators, ZSR, 2005/II 615 ff. ZIMMERLI ULRICH, Parlamentsrecht SS 2005, Unterlage 2 für Lehrveranstaltung vom 12. April 2005
- ZIMMERLI ULRICH/LIENHARD ANDREAS, „Privatisierung“ und parlamentarische Oberaufsicht, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Rechtliche Probleme der Privatisierung, Berner Tage für die juristische Praxis (BTJP) 1997, Bern 1998, 167 ff.
- ZOBL DIETER, Was ist Corporate Governance?, in: Forstmoser et al., 103 ff.

Materialienverzeichnis

Bericht Bundesrat 1997: Bericht des Bundesrates vom 25. Juni 1997 über die Aufsicht bei ausgelagerten Verwaltungsbereichen und rechtlich verselbständigten Betrieben (nicht publiziert)

Bericht GPK-S Swissmedic: Probleme von Swissmedic anlässlich der Inbetriebnahme und Beurteilung der heutigen Lage – Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates vom 25. August 2004, BBl 2005 273 ff.

Botschaft Bahnreform: Botschaft vom 13. November 1996 zur Bahnreform, BBl 1997 I 909 ff.

Botschaft Bundesverfassung: Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1 ff.

Botschaft Finanzhaushalt: Botschaft vom 24. November 2004 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über den eidgenössischen Finanzhaushalt, BBl 2005 5ff.

Botschaft Exportrisikoversicherung: Botschaft vom 24. September 2004 zum Bundesgesetz über die Schweizerische Exportrisikoversicherung, BBl 2004 5795 ff.

Botschaft Fusionsgesetz: Botschaft vom 13. Juni 2000 zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung, BBl 2000 4337 ff.

Botschaft IGE: Botschaft zum Bundesgesetz über Statut und Aufgaben des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum (IGE) vom 30. Mai 1994, BBl 1994 III 964 ff.

Botschaft Landesmuseum: Botschaft zum Bundesgesetz über die Stiftung Schweizerisches Landesmuseum vom 29. November 2002, BBl 2003 535 ff.

Botschaft POG: Botschaft vom 10. Juni 1996 zu einem Postorganisationsgesetz und zu einem Telekommunikationsunternehmensgesetz, BBl 1996 III 1306 ff.