

# recht

1/20

[www.recht.recht.ch](http://www.recht.recht.ch)

**Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis**

## 38. Jahrgang

### Inhalt

---

- 1 *Samuel Zogg*  
**Zwangsvollstreckungsrechtliche Behandlung von Kryptowährungen**
- 24 *Felix Bommer*  
**Schwere psychische Störung und schwere systematische Folgen**
- 32 *Elmar Habermeyer, Steffen Lau, Henning Hachtel, Marc Graf*  
**Kritische Anmerkungen aus psychiatrisch-psychotherapeutischer Sicht zu den Bundesgerichtsurteilen 6B\_933/2018 vom 3. 10. 2019 und 6B\_828/2019 vom 5. 11. 2019**
- 37 *Andreas Abegg/Marco Frei*  
**Kriterien für die Wahl der Rechtsform öffentlicher Unternehmen**
- 

### Im Fokus

- 52 *Thomas Gächter*  
**Altersfürsorge statt Altersvorsorge?**



**Stämpfli Verlag**

## Impressum

**Kontakt Verlag:** Martin Imhof  
Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1  
Postfach, CH-3001 Bern  
Tel. 031 300 63 99, Fax 031 300 66 88  
E-Mail: [recht@staempfli.com](mailto:recht@staempfli.com)

**[www.recht.recht.ch](http://www.recht.recht.ch)**

Adressänderungen und Inserataufträge sind ausschliesslich an den Stämpfli Verlag AG, Postfach, 3001 Bern, zu richten. Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden. Die Zeitschrift erscheint viermal jährlich, im März, Juni, September und Dezember.

### Abonnementspreise 2020

AboPlus

(Zeitschrift + Onlinezugang)

Schweiz: Normalpreis CHF 238.–,  
für immatrikulierte Studenten CHF 182.–

Ausland: Europa CHF 250.–  
Welt CHF 266.–

Onlineabo: CHF 208.–

Einzelheft: CHF 56.– (exkl. Porto)

Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,5% MWSt.  
Schriftliche Kündigung bis 3 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.

### Abonnemente:

Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88,  
[zeitschriften@staempfli.com](mailto:zeitschriften@staempfli.com)

### Inserate:

Tel. 031 300 63 41, Fax: 031 300 63 90,  
[inserate@staempfli.com](mailto:inserate@staempfli.com)

© Stämpfli Verlag AG Bern 2020

Gesamtherstellung: Stämpfli AG, Bern

Printed in Switzerland

ISSN 0253-9810 (Print)

e-ISSN 2504-1487 (Online)

## Herausgeber und Redaktion

### Privatrecht

#### TANJA DOMEJ

Professorin für Zivilprozessrecht,  
Privatrecht und Rechtsvergleichung,  
Universität Zürich

#### SUSAN EMMENEGGER

Professorin für Privatrecht und  
Bankrecht, Universität Bern

#### WOLFGANG ERNST

Professor für Römisches Recht  
und Privatrecht, Universität Zürich

#### ROLAND FANKHAUSER

Professor für Zivilrecht und  
Zivilprozessrecht, Universität Basel

#### ALEXANDRA JUNGO

Professorin für Zivilrecht,  
Universität Freiburg

### Wirtschaftsrecht

#### PETER JUNG

Professor für Privatrecht,  
Universität Basel

#### PETER V. KUNZ

Professor für Wirtschaftsrecht  
und Rechtsvergleichung,  
Universität Bern

#### ROGER ZÄCH

Professor em. für Privat-,  
Wirtschafts- und Europarecht,  
Universität Zürich

### Strafrecht

#### FELIX BOMMER

Ordinarius für Strafrecht, Straf-  
prozessrecht und Internationales  
Strafrecht, Universität Zürich

#### SABINE GLESS

Ordinaria für Strafrecht und Straf-  
prozessrecht, Universität Basel

### Öffentliches Recht

#### MARTINA CARONI

Ordinaria für Öffentliches Recht,  
Völkerrecht und Rechtsverglei-  
chung im öffentlichen Recht,  
Universität Luzern

#### NICOLAS F. DIEBOLD

Ordinarius für Öffentliches Recht  
und Wirtschaftsrecht,  
Universität Luzern

#### BERNHARD RÜTSCHÉ

Ordinarius für Öffentliches Recht  
und Rechtsphilosophie,  
Universität Luzern

#### DANIELA THURNHERR

Professorin für Öffentliches Recht,  
insb. Verwaltungsrecht und  
öffentliches Prozessrecht,  
Universität Basel

Andreas Abegg\*/Marco Frei\*\*:

## Kriterien für die Wahl der Rechtsform öffentlicher Unternehmen

*Wenn der Staat ein Unternehmen gründet, stehen verschiedene Rechtsformen zur Wahl. Der Beitrag zeigt auf, wann – je nach wirtschaftlichen und politischen Rahmenbedingungen – Rechtsformen des öffentlichen Rechts und wann Rechtsformen des Privatrechts zu bevorzugen sind. Die einzelnen Rechtsformen weisen spezifische Charakteristika auf und können den staatlichen Bedürfnissen angepasst werden, wobei allerdings die jeweiligen Grenzen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts zu beachten sind.*

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Wirtschaftliche und politische Rahmenbedingungen öffentlicher Unternehmen
  1. Öffentliche Unternehmen zwischen Markt und Zentralverwaltung
  2. Ausnahmen von der Güterproduktion durch die Marktwirtschaft
  3. Auslagerung von der Zentralverwaltung
- III. Schranken und Ermessen in der Wahl der Rechtsform ausgelagerter Einheiten
- IV. Wahlkriterien
  1. Art der Aufgabenerfüllung
  2. Unternehmerische Handlungsfreiheit des Leitungsorgans
  3. Eigentümerstruktur des Rechtsträgers
  4. Kapitalisierung und Steuern
  5. Haftung
  6. Schuldbetreibung und Konkurs
  7. Arbeitsverhältnisse
  8. Aufsicht
- V. Fazit

### I. Einleitung

Umstrukturierungen öffentlicher Betriebe geben regelmässig Anlass zu Diskussionen: So sollte das Kantonsspital Winterthur (KSW) von einer selbstständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt in eine Aktiengesellschaft (AG) umgewandelt werden. Das Volk lehnte die Umwandlung mit Abstimmung vom 21. Mai 2017 jedoch ab.<sup>1</sup> Der Umwandlung des Spitals Affoltern von einem Zweckverband in eine AG hat der Souverän dagegen am 19. Mai 2019 –

im zweiten Anlauf – zugestimmt.<sup>2</sup> Ein politisches Dauerthema ist der Wechsel der Elektrizitätswerke der Stadt Zürich von einer unselbstständigen Anstalt in eine AG.<sup>3</sup>

Wie diese Beispiele zeigen, fällt die Rechtswahl des Staates bei Umstrukturierungen seiner Unternehmen häufig auf eine AG im Sinne der Art. 620 ff. OR. Dies, obwohl das öffentliche Recht und das Privatrecht eine breite Palette von Gesellschaftsformen zur Verfügung stellen:

- Das öffentliche Recht kennt im Gegensatz zum Privatrecht keinen Numerus clausus der Organisationsformen, d. h. die möglichen Gesellschaftsformen sind grundsätzlich nicht begrenzt.<sup>4</sup> Geläufig sind bei den öffentlich-rechtlichen Organisationsformen vor allem die unselbständige und die selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt (als gewidmetes

<sup>2</sup> Ein erster Versuch scheitert im Jahr 2013 an der Urne, und ein Stimmrechtsrekurs verunmöglichte die Abstimmung im Juni 2018. Eine weitere Abstimmung zu einer (teilweisen) Umwandlung in eine AG fand am 19. Mai 2019 statt. Drei Viertel der Bevölkerung sagten Ja zur Umwandlung: Siehe NZZ vom 19. 05. 2019, *Hudec Jan*, <https://www.nzz.ch/zuerich/die-emotionale-bindung-anspital-ist-staerker-als-das-portemonnaie-ld.1482986>, besucht am 14. 01. 2020.

<sup>3</sup> Siehe unter vielen NZZ vom 22. 11. 2017, *Müller André*, Das EWZ braucht stärkere Medizin, <https://www.nzz.ch/zuerich/derewz-rahmenkredit-ist-gut-die-verselbstaelndigung-besser-ld.1330707>, besucht am 14. 01. 2020. Zuletzt (2015/16) war allerdings die Ausgliederung der EWZ in eine selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt angedacht, da die Ausgliederung in eine AG im Jahr 2000 gescheitert ist: siehe NZZ vom 01. 09. 2015, *Troxler Irène*, Ein längst fälliger Schritt, <https://www.nzz.ch/zuerich/ewz-1.18605723>, besucht am 14. 01. 2020.

<sup>4</sup> Dieser «administrative zoo» von öffentlich-rechtlichen Rechtsformen wird zuweilen kritisiert, ist jedoch unter anderem das Resultat der kantonalen Organisationsautonomie (Art. 47 Abs. 2 Satz 2 BV): Bericht des Bundesrates zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben vom 13. 09. 2006 (Corporate-Governance-Bericht), BBl 2006, 8233 ff., 8250; *Tschannen Pierre/Locher Thomas*, Aufsicht über das Versicherungsgeschäft kantonalen Gebäudeversicherungen ausserhalb des Monopols, in: *Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht* (Hrsg.), *Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht*, Jahrbuch 2013, Bern 2014, 61 ff., 79.

\* Professor ZFH an der ZHAW School of Management and Law, Winterthur, sowie Titularprofessor an der Universität Luzern; Rechtsanwalt bei AA+K, Zürich.

\*\* Dr. iur., wissenschaftlicher Mitarbeiter an der ZHAW School of Management and Law, Winterthur.

<sup>1</sup> Siehe «Tagesanzeiger», *Siegrist Patrice*, Nach Zitterpartie: Zürcher sind gegen Spital-AG, 21. 05. 2017, <https://www.tagesanzeiger.ch/zuerich/region/Nach-Zitterpartie-Zuercher-sind-gegen-SpitalAG/story/11513549>, besucht am 14. 01. 2020.

Vermögen)<sup>5</sup> sowie die öffentlich-rechtliche Körperschaft mit den Unterformen des Zweckverbands, der spezialgesetzlichen AG und der öffentlich-rechtlichen Genossenschaft.<sup>6</sup>

- Bei den privatrechtlichen Organisationsformen existiert dagegen ein Numerus clausus. Zur Verfügung stehen die Stiftung nach Art. 80 ff. ZGB (als gewidmetes Vermögen), der Verein als Körperschaft des Zivilgesetzbuchs (Art. 60 ff. ZGB)<sup>7</sup> und die Körperschaften des Obligationenrechts, insbesondere die AG nach Art. 620 ff. OR sowie die gemischtwirtschaftliche AG nach Art. 762 OR, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach Art. 772 ff. OR,<sup>8</sup> die Genossenschaft nach Art. 828 ff. OR sowie die gemischtwirtschaftliche Genossenschaft nach Art. 926 OR.<sup>9</sup>

Bei der Gründung und der Umwandlung öffentlicher Unternehmen stehen dem Gemeinwesen somit diverse Rechtsformen zur Auswahl. Nachfolgend wird untersucht, welche wirtschaftlichen und politischen Rahmenbedingungen die Wahl der Rechtsform beeinflussen (II), welche rechtlichen Schranken dabei bestehen (III) und nach welchen Kriterien die Rechtsform auszuwählen ist (IV).

## II. Wirtschaftliche und politische Rahmenbedingungen öffentlicher Unternehmen

### 1. Öffentliche Unternehmen zwischen Markt und Zentralverwaltung

Welche Organisationsform für ein öffentliches Unternehmen passt, hängt vor allem davon ab, in welchem ökonomischen und politischen Umfeld das Unternehmen tätig sein soll. Die Produktion von Gütern erfolgt in unserer Gesellschaft grundsätzlich<sup>10</sup> im System des Marktes oder ausnahmsweise<sup>11</sup> durch den Staat. Im Bereich zwischen Markt und Staat befinden sich öffentliche Unternehmen, d. h. Unternehmen im Besitz des Staates und/oder Unternehmen mit staatlichem Auftrag.<sup>12</sup> Als Ausnahme von der Ausnahme ist die Bedarfsdeckung durch öffentliche Unternehmen in besonderem Masse begründungspflichtig<sup>13</sup> – gegenüber einer Bedarfsdeckung durch die Marktwirtschaft einerseits (nachfolgend 2) und gegenüber einer Bedarfsdeckung durch die Zentralverwaltung andererseits (nachfolgend 3).

### 2. Ausnahmen von der Güterproduktion durch die Marktwirtschaft

Aus ökonomischer Sicht ist die Marktwirtschaft vor allem in zwei Fällen nicht geeignet für eine

<sup>5</sup> Die öffentlich-rechtliche Stiftung erachten wir hinsichtlich des gewidmeten Vermögens als deckungsgleich mit der selbständigen Anstalt. Die öffentlich-rechtliche Stiftung wird grundsätzlich nicht für die unternehmerische Tätigkeit eingesetzt, sondern primär für soziale und kulturelle Zwecke. Sie wird daher hier nur am Rande erwähnt, m. w. H. *Schedler Kuno/Müller Roland/Sonderogger Roger W.*, Führung, Steuerung und Aufsicht von öffentlichen Unternehmen, Public Corporate Governance für die Praxis, 3. Aufl., Bern 2016, 85.

<sup>6</sup> Siehe die Zusammenstellung bei *Hauser Matthias*, Formen ausgelagerter Handlungseinheiten, in: *Schaffhauser René/Poledna Tomas* (Hrsg.), Auslagerung und Privatisierung von staatlichen und kommunalen Einheiten: Rechtsformen und ihre Folgen, St. Gallen 2002, 27 ff., 31.

<sup>7</sup> *Wyss Martin*, Der Staat als Vereinsmitglied? Die Bundesverwaltung als Genossenschafterin?, Zu ausgewählten Schnittstellen zwischen Staatsorganisationsrecht und Privatrecht, REPRAX 3/2011, 20 ff.

<sup>8</sup> Siehe *Favalli Daniele*, Einsatzmöglichkeiten der GmbH bei der Privatisierung öffentlicher Aufgaben, AJP 2000, 413 ff. *Gutzwiller Roman*, Die Einflussmöglichkeiten des Staates auf die Strategie einer Aktiengesellschaft mit staatlicher Beteiligung, Zürich 2017, Rn. 79, weist darauf hin, dass die GmbH kaum in Betracht gezogen wird, obwohl sie gegenüber der AG über weiterreichende Möglichkeiten für das Gemeinwesen verfügt, auf die Steuerung der Gesellschaft Einfluss zu nehmen.

<sup>9</sup> Von der Zusammenarbeit in einer juristischen Person abzugrenzen ist die vertragliche Zusammenarbeit, zum Beispiel in einer einfachen Gesellschaft: vgl. § 72 Zürcher Gemeindegesetz (GG) vom 20. April 2015 (131.1). Die einfache Gesellschaft ist eine Vertragsform des Obligationenrechts nach Art. 530 ff. OR.

<sup>10</sup> Art. 94 BV verstanden als wirtschaftspolitischer Grundsatzentscheid für die Güterproduktion in der Marktwirtschaft: vgl. dazu *Abegg Andreas/Frei Marco*, Eintritt des Staates in den Wettbewerb, Recht 2018, 142 ff., 142. Da sich der vorliegende Beitrag mit Umstrukturierungen befasst, ist eine Miteignerschaft des Staates oder mindestens ein Einfluss des Staates, der über den Einfluss mittels Rahmengesetzgebung hinausgeht, vorausgesetzt.

<sup>11</sup> Wenn legitimiert durch eine gesetzliche Grundlage und öffentliche Interessen (Art. 5 BV).

<sup>12</sup> Das öffentliche Unternehmen ist kein feststehender Begriff. Vgl. dazu: *Stöckli Andreas*, Behördenmitglieder in den obersten Führungs- und Aufsichtsgremien von öffentlichen Unternehmen: ein Beitrag zum Organisationsrecht öffentlicher Unternehmen, Diss. Fribourg, Bern 2012, 9 ff.

<sup>13</sup> Nach Art. 98 Abs. 1 und 2 der Zürcher Kantonsverfassung können Aufgaben durch Gesetz Dritten übertragen werden und nach Art. 178 Abs. 3 der Bundesverfassung können «Verwaltungsaufgaben durch Gesetz Organisationen und Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts übertragen werden, die ausserhalb der Bundesverwaltung stehen», wobei die Auslagerung stets im öffentlichen Interesse liegen muss (Art. 5 Abs. 2 BV). Vgl. *Thiébaud Alain*, Die Übertragung öffentlicher Aufgaben auf verwaltungsexterne Rechtsträger nach Massgabe der neuen Zürcher Kantonsverfassung, ZBl 109/2008, 509 ff. Zu den weiteren verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen *Biaggini Giovanni*, N 27 zu Art. 178 BV, in: *Biaggini Giovanni* (Hrsg.), BV Kommentar: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Auszüge aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), 2. Aufl. Zürich 2017; *Biaggini Giovanni*, Rechtsstaatliche Anforderungen an die Auslagerung und an den ausgelagerten Vollzug staatlicher Aufgaben sowie Rechtsschutz, in: *Schaffhauser René/Poledna Tomas* (Hrsg.), Auslagerung und Privatisierung von staatlichen und kommunalen Einheiten: Rechtsformen und ihre Folgen, St. Gallen 2002, 143 ff.

optimale Güterproduktion (resp. die Deckung eines konkreten Bedarfs).<sup>14</sup>

- Bei *Gemeingütern* (Allmende-Güter)<sup>15</sup> – wie typischerweise frei zugänglichen öffentlichen Strassen oder Fischgründen – besteht die Gefahr der Übernutzung im freien Markt, weil der einzelne Nutzer ohne rechtliche Einschränkungen nicht vom Verbrauch oder der Nutzung des Gutes ausgeschlossen werden kann, aber die individuelle Nutzung (wegen der Rivalität im Konsum) den Restwert des Gutes für alle anderen Nutzer reduziert.<sup>16</sup> Als Beispiel hierfür kann die Streckenkonzession beim Regionalverkehr mit Erschliessungsfunktion gelten. Eng verwandt mit dem Nutzungsproblem sind sogenannte *meritorische Güter* (wie Bildung, Gesundheit, Kultur usw.)<sup>17</sup> und *demeritorische Güter* (wie Alkohol, Tabak oder auch Glücksspiel)<sup>18</sup>. Begrenzt der Staat den Zugang zu demeritorischen Gütern, ohne ihn zu verbieten, so kann weiterhin ein rentables Wirtschaften unter Marktbedingungen (oder marktähnlichen Bedingungen) mit diesen Gütern möglich bleiben.<sup>19</sup> Aus diesem Grund finden sich in diesem Bereich viele privatrechtliche Rechtsformen und insbesondere Aktiengesellschaften.<sup>20</sup>

- *Öffentliche Güter* werden im freien Markt nicht oder nur ungenügend bereitgestellt, weil sie sich durch Nicht-Ausschliessbarkeit und Nicht-Rivalität im Konsum auszeichnen.<sup>21</sup> Ein wichtiges Beispiel ist die Herstellung von Sicherheit (Landesverteidigung, Polizei und Justiz).<sup>22</sup> Ein weiteres Beispiel für derartige Güter sind Sendekonzessionen mit Programmauftrag (regionales Radio- oder TV-Programm). Angebotsseitige Nicht-Rivalität entsteht vor allem, wenn bei der Produktion des Gutes hohe Netz- oder Infrastrukturkosten bestehen, z. B. bei der Eisenbahninfrastruktur.<sup>23</sup> In dieser Situation soll der Staat diejenigen Güter herstellen, welche die Wirtschaft hätte hervorbringen sollen.<sup>24</sup> Will der Staat in dieser Situation nach wirtschaftlichen Prinzipien produzieren, kann er regelmässig nicht an einen «Restwettbewerb» anschliessen, sondern er wird einen Monolisten einsetzen, allenfalls selbst eine marktähnliche Situation schaffen oder dem Unternehmen eine betriebswirtschaftliche Operationsweise<sup>25</sup> vorgeben. In diesem Bereich besteht eine grosse Varietät an Rechtsformen, wobei abseits von Marktstrukturen und in Monopolsituationen regelmässig

<sup>14</sup> Vgl. dazu m. w. H. *Abegg Andreas/Hefti Andreas/Seferovic Goran*, Faires Verfahren beim Zugang zu geschlossenen Märkten des Bundes, Studie im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft, 15. Februar 2019, verfügbar unter [https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen\\_Dienstleistungen/Publikationen\\_und\\_Formulare/Wettbewerb\\_Service\\_Public/staat-und-wettbewerb/faire-verfahren-beim-zugang-zu-geschlossenen-markten-des-bunde.html](https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Wettbewerb_Service_Public/staat-und-wettbewerb/faire-verfahren-beim-zugang-zu-geschlossenen-markten-des-bunde.html), letztmals besucht am 14.01.2020.

<sup>15</sup> Gemeingüter zeichnen sich durch die ökonomischen Eigenschaften der Nicht-Ausschliessbarkeit und Rivalität im Konsum aus. Statt vieler *Brümmerhoff Dieter*, Finanzwissenschaft, 10. Aufl., München 2011, 95.

<sup>16</sup> In diesem Zusammenhang spricht die Lehre auch von einer *negativen Externalität*. Siehe *Frey Bruno S./Kirchgässner Gebhard*, Demokratische Wirtschaftspolitik, 3. Aufl., München 2002, S. 230 ff.; *Brümmerhoff* (Fn. 15), 63 ff.

<sup>17</sup> Bei meritorischen Gütern ist der Ausschluss eines Nachfragers vom Konsum des Gutes de facto möglich. Technisch gesehen handelt es sich demnach um marktfähige Güter bzw. Privatgüter. Der Nachfrager soll jedoch nicht vom Konsum ausgeschlossen werden, d. h., der Ausschluss ist politisch nicht akzeptiert: *Frey René L./Frey Marti Claudia*, Privatisierung und Deregulierung, Zürich/Chur 2012, 25 f.

<sup>18</sup> Die Sorge ist, dass solche Güter durch Individuen in einem als ungesund erachteten Übermass konsumiert werden. Eine Limitierung des Angebotes, gesteuert durch das Gemeinwesen (und allenfalls umgesetzt durch öffentliche Unternehmen), soll in diesen Fällen zu einer Verkleinerung der negativen Effekte im Vergleich zum freien Markt führen. Ausserdem können Missbräuche verhindert oder zumindest erschwert werden.

<sup>19</sup> Dieses Wirtschaften kann mit einer finanziellen Abgeltung an den Staat belastet werden, etwa einer Konzessionsgebühr, z. B. bei der Spielbankenabgabe, siehe Art. 119 ff. Geldspielgesetz (BGS).

<sup>20</sup> Brennereien sind privatrechtlich organisiert. Gleiches gilt für Spielbanken. Der Staat ist an diesen Unternehmen nicht finanziell beteiligt. Sie nehmen auch keine Staatsaufgabe wahr. Insofern handelt es sich nicht um öffentliche Unternehmen. Die Interkantonale Landeslotterie ist dagegen eine Genossenschaft, wobei die Kantone der Deutschschweiz und der Kanton Tessin Genossenschafter sind.

<sup>21</sup> Vgl. unter vielen *Brümmerhoff* (Fn. 15), 79 ff.

<sup>22</sup> Im entsprechenden Umfeld profitieren alle Personen vom Effekt der hergestellten Sicherheit (Nicht-Ausschliessbarkeit), die profitierenden Personen rivalisieren sich aber dabei (im «Konsum» von Sicherheit) nicht.

<sup>23</sup> Solche Technologien weisen zunehmende Skalenerträge bei der Produktion auf. Falls die Gesamtkosten eines Angebots niedriger sind, wenn nur eine einzelne Unternehmung das Gut anbietet anstatt dass sich mehrere konkurrierende Anbieter das Angebot teilen, dann ist es gegebenenfalls ökonomisch effizient, den Markt als Monopol auszugestalten; die Lehre spricht in diesem Fall von einem natürlichen Monopol. Als Beispiele für natürliche Monopole werden netzwerkintensive Industrien wie Stromleitungen, Schienen, Strassen oder Flughäfen genannt. Dabei ist zwischen dem Angebot der Netzwerkinfrastruktur und der (anschliessenden) Nutzung des Netzwerks zu unterscheiden; das natürliche Monopol bezieht sich insbesondere auf Ersteres. In vielen Fällen ist es ökonomisch effizient, wenn verschiedene Anbieter eine vorhandene Netzwerkstruktur kompetitiv gegen Gebühr nutzen können. Ein bekanntes Beispiel dafür ist die Nutzung von Stromleitungen durch mehrere Stromproduzenten. Diese produzieren den Strom, aber nicht zwingend die Leitungen. Die Trennung zwischen dem Netzwerkangebot durch eine einzelne Unternehmung und der Nutzungsmöglichkeit durch eine Vielzahl anderer Unternehmungen wird als Entflechtung (unbundling) bezeichnet. Siehe *Frey/Kirchgässner* (Fn. 16), 85 ff.; *Brümmerhoff* (Fn. 15), 60 ff.

<sup>24</sup> *Blankart Charles B.*, Öffentliche Finanzen in der Demokratie: eine Einführung in die Finanzwissenschaft, 9. Aufl., München 2017, 48 f.; weiterführend *Connolly Sara/Munro Alistair*, economics of the public sector, London 1999, 62 ff.; *Stiglitz Joseph E.*, Economics of the public sector, New York/London 2015, 101 ff.; siehe auch den Bericht vom 13.9.2006 zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben (Corporate-Governance-Bericht), BBl 2006 8233 ff., 8255 f.

<sup>25</sup> Das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat (ENSI) sorgt im Bereich der Kernanlagen für Sicherheit. Es ist eine öffentlich-rechtliche Anstalt des Bundes mit eigener Rechtspersönlichkeit und wird nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen geführt: Art. 1 Bundesgesetz über das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat (ENSIG) vom 22. Juni 2007.

öffentlich-rechtliche Gesellschaftsformen anzutreffen sind.<sup>26</sup>

### 3. Auslagerung von der Zentralverwaltung

Eignen sich die marktwirtschaftlichen Prozesse nicht für eine konkrete Bedarfsdeckung, so stellt sich in einem zweiten Schritt die Frage, ob der Staat eine Aufgabe mit seiner Zentralverwaltung selbst erledigen oder diese einer selbständigen Organisation übertragen soll.<sup>27</sup>

Bei dieser Frage sind erstens die ökonomischen Theorien der Property Rights und des Prinzipal-Agent-Problems zu berücksichtigen:

- Je direkter die Verfügungsrechte über die Produktionsmittel auf einzelne Organisationen zu-rechenbar verteilt werden, desto effizienter werden sie – nach der Theorie der Property Rights – eingesetzt.<sup>28</sup> In der zentralstaatlichen Produktion bestehen dagegen (nach der Theorie) verminderte Anreize, da keine direkte Eigen-

tumszuordnung besteht.<sup>29</sup> Entsprechend genannt werden in der Rechtswissenschaft als Vorteile einer Auslagerung aus der Zentralverwaltung etwa die Trennung zwischen politischer und betrieblicher Einflussnahme, Flexibilität und unternehmerischer Handlungsfreiraum samt entsprechender Eigenverantwortung, besonderes Know-how, bessere Kundenorientierung, Bildung von Tochtergesellschaften<sup>30</sup> sowie eigene Rechnungsführung und eigene Finanzierungsmöglichkeiten.<sup>31</sup>

- Zudem kann – je nach Ausgestaltung der Ausgliederung – negativ ins Gewicht fallen, dass die Informationsasymmetrien und Interessenkonflikte zwischen Politik (Prinzipal) und dem ausgegliederten Aufgabenträger (Agent) zunehmen (Prinzipal-Agent-Problem).<sup>32</sup> Ein hoher Koordinationsbedarf innerhalb oder mit der Verwaltung spricht gegen eine Auslagerung. Falls eine solche Koordination weniger wichtig ist, kann die Auslagerung effizienzfördernd wirken.<sup>33</sup> Dies wird zuweilen unter den Titeln der politischen Einflussmöglichkeiten, der demokratischen Mitwirkung, der Kohärenz der Verwaltungsorganisation und der betrieblichen Steuer-

<sup>26</sup> Die SBB sind eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft (Art. 2 Abs. 1 SBBG). Gleiches gilt für die Nationalbank (Art. 1 NBG). Die SRG ist dagegen privatrechtlich als Verein organisiert. Auch Stromversorgungsunternehmen weisen zunehmend eine privatrechtliche Organisation auf, was im Hinblick auf die Strommarkliberalisierung Sinn macht.

<sup>27</sup> Beispielsweise stand beim Bundesamt für Meteorologie die Umwandlung von einer unselbständigen in eine selbständige Anstalt zur Diskussion: Botschaft zur Totalrevision des Meteorologiegesetzes vom 2.3.2012, BBl 2012 3563. Auch das EWZ der Stadt Zürich sollte die Zentralverwaltung ursprünglich verlassen, siehe oben Fn. 3.

<sup>28</sup> Stössel Frank Volker, Outsourcing in der öffentlichen Verwaltung – Ein Instrument zur effizienteren Versorgung mit öffentlichen Gütern?, Frankfurt am Main 1998, 80. Wenn die Aufgabenerfüllung nicht nur ausgelagert, sondern privatisiert wird im Sinne eines staatlichen Aufgabenverzichts, können die Eigentumsrechte sogar übertragen und damit effizienter alloziert werden: vgl. Robinson Colin: Privatization: analysing the benefits, in: Parker David/Saal David (Hrsg.), International Handbook on Privatization, Cheltenham 2003, 41 ff., 46 f. Private Unternehmen sind häufig profitabler als Öffentliche: Christoffersen Henrik/Paldam Martin/Würtz Allan H., Public versus private production and economies of scale, Public Choice 2007 (130), 311 ff.; Roland Gérard, Private and Public Ownership in Economic Theory, in: Roland Gérard (Hrsg.), Privatization, Success and Failures, New York 2008, 9 ff., 18 ff.; O’Looney John A., Outsourcing state and local government services: decision-making strategies and management methods, Westport 1998, 24 ff.; Parker David, The official history of privatization, Vol. 1, The formative years, 1970–1987, London 2009, 16 f. Zahlreiche empirische Studien finden sich bei Parker David (Hrsg.), Privatisation and Corporate Performance, Cheltenham 2000, 193 ff. Allerdings drohen auch Qualitätsverluste, z. B. weil der neue private Eigentümer weniger in Infrastrukturen wie Schienennetze investiert als der Staat: Willner Johan, Privatization, a sceptical analysis, in: Parker David/Saal David (Hrsg.), International Handbook on Privatization, Cheltenham 2003, 60 ff., 71; Topsch Katrin, Die Privatisierung staatlicher Unternehmen in Grossbritannien, Köln/Berlin/Bonn/München 2002, 50. Infrastrukturnetze bleiben nach Meinung von Crouch besser in der Hand staatlicher Monopolunternehmen ohne private Beteiligung: Crouch Colin, Marketization, in: Flinders Matthew/Gamble Andrew/Hay Colin/Kenny Michael (Hrsg.), The Oxford Handbook of British Politics, Oxford 2006, 879 ff., 882 f.; Sampford Charles, Cautionary reflections on the privatisation push, in: Hossain Moazzem/Malbon Justin (Hrsg.), Who Benefits from Privatisation?, London 1998, 249 ff., 257 f.

<sup>29</sup> Oliver Eaton Williamson, Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus: Unternehmen, Märkte, Kooperationen, Tübingen 1990, 331 ff. Angesprochen ist vor allem die Güterproduktion durch eine unselbständige Anstalt. Die unselbständige Anstalt ist der Zentralverwaltung zuzuordnen. Sie verfügt über eine eigene Rechnung, besitzt jedoch kein eigenes Vermögen, da sie nicht rechtsfähig ist. Entsprechend stehen die Produktionsmittel nicht im Eigentum der unselbständigen Anstalt.

<sup>30</sup> Beispielsweise verfügt die Post über Tochtergesellschaften in Belgien, Deutschland, Frankreich, Grossbritannien, Italien, Liechtenstein, Slowakei, den USA und Vietnam. Diese Gesellschaften sind meist gänzlich von der Post beherrscht. Die Post wiederum gehört dem Bund. Vorausgesetzt, dass die Tochtergesellschaften dem Bund zuzurechnen sind, weil dieser dieselben indirekt über die Konzernmutter beherrscht, erstreckt sich die Bundesverwaltung heute über diverse Kontinente. Funktional handelt es sich bei den Tochtergesellschaften trotz staatlicher Beherrschung um private Akteure auf liberalisierten Märkten; siehe Die Post, Konzerngesellschaften, <https://www.post.ch/de/ueber-uns/unternehmen/organisation/konzerngesellschaften>, besucht am 14.01.2020.

<sup>31</sup> Lienhard Andreas, Organisation und Steuerung der ausgelagerten Aufgabenerfüllung, AJP 2002, 1163 ff., 1166.

<sup>32</sup> Ein Prinzipal-Agent-Problem besteht freilich auch zwischen Politik und Zentralverwaltung. Grundlegend zu den Informationsasymmetrien im Unternehmenskontext Jost Peter J., Einführung in die Prinzipal-Agenten-Theorie, in: Jost Peter J. (Hrsg.), Die Prinzipal-Agenten-Theorie in der Betriebswirtschaftslehre, Stuttgart 2001, 9 ff., 23 ff.; Chang Claude V., Privatisation and Development: Theory, Policy and Evidence, Aldershot 2006, 83. Ein Prinzipal-Agent-Problem kann auch je nach Organisation in der Zentralverwaltung bestehen: vgl. zu diesem Thema Stössel (Fn. 28), 82.

<sup>33</sup> Bericht vom 13.9.2006 zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben (Corporate-Governance-Bericht), BBl 2006 8233 ff., 8257 f.; Aebersold Andreas/Jenni René/Oberli Moritz/Trinkler Gabriel, Auslagerung von öffentlichen Aufgaben, Expert Focus 5/2019, 382 ff., 385; Gerhard Baumgartner, Ausgliederung und öffentlicher Dienst, Wien 2006, 238; Lienhard Andreas/Steiner Reto/Ladner Andreas/Wichtermann Jürg/Balsiger Betts Andreas/Buchser Michael, Auslagerung der Aufgabenerfüllung im Kanton Luzern: Interdisziplinäre Grundlagenstudie, Bern 2003, 14 ff.

rung<sup>34</sup> thematisiert.<sup>35</sup> Anschauungsmaterial hierzu lieferte der Kanton Zürich, als er den Gewinn der EKZ für sich beanspruchte. Die EKZ, eine selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts, wollten aber den Gewinn den Kunden zur Verfügung stellen.<sup>36</sup> Interessenkonflikte wie dieser müssen durch Kontrollen, Verhandlungen oder Gerichtsverfahren überwunden werden. Das führt – in der Sprache der Ökonomen – zu einer Steigerung der Transaktionskosten (Transaktionskostentheorie).<sup>37</sup> Ebenfalls negativ kann der verminderte Rechtsschutz resp. die Verminderung der rechtsstaatlichen Garantien sowie eine reduzierte Versorgungssicherheit ins Gewicht fallen.<sup>38</sup> Mitunter führte die Abwägung der Vor- und der Nachteile zum Verzicht auf eine Auslagerung im Fall des Bundesamtes für Meteorologie, das nach den Vorstellungen des Bundesrates in die Form einer selbständigen Anstalt hätte überführt werden sollen,<sup>39</sup> was in den Räten allerdings keine Mehrheit fand.<sup>40</sup> Die Nachteile der Aufgabenauslagerung sind die

Vorteile des unselbständigen Staatsbetriebes, allen voran der unselbständigen Anstalt.<sup>41</sup>

Neben den wirtschaftlichen Aspekten hat der Entscheid über die Aufgabenauslagerung zudem politische Dimensionen:

- Wenn der Staat das Rechtsverhältnis zu Privaten im Rahmen der Aufgabenerfüllung hoheitlich bzw. durch Zwang regeln kann, empfiehlt sich eine Auslagerung in der Regel nicht. Schwere Grundrechtseingriffe bedürfen einer guten demokratischen Legitimation. Zudem müssen der Rechtsschutz und weitere rechtsstaatliche Garantien stets gewährleistet sein.<sup>42</sup>
- Im Falle einer Auslagerung schwinden die direkten, unmittelbaren Einflussmöglichkeiten des Gemeinwesens.<sup>43</sup> Wenn die Leistungserstellung (vor allem bei Gemeingütern wie dem regionalen Personentransport<sup>44</sup>) primär durch Angebot und Nachfrage bestimmt werden kann, besteht regelmässig ein geringerer politischer Steuerungsbedarf. Auf Grundversorgungsmärkten (Spitalversorgung, Bildungswesen etc.) ist dagegen der politische Steuerungsbedarf höher, um die Versorgungssicherheit zu gewährleisten. Bei Dienstleistungen mit Monopolcharakter (z. B. der Abwasserreinigung) wird das Leistungsangebot schliesslich primär durch die Politik bestimmt.<sup>45</sup>

<sup>34</sup> Im Falle der Auslagerung droht die Ausdehnung der Geschäftstätigkeit des Staatsbetriebes. Damit verbunden ist die Konkurrenzierung privater Anbieter: *Biaggini Giovanni*, N 20 zu Art. 178 BV, in: *Biaggini Giovanni* (Hrsg.), BV Kommentar: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Auszüge aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), 2. Aufl. Zürich 2017. Dezentralisierung führt zu mehr Staat: *Jaag Tobias*, Mehr oder weniger Staat?, ZBI 116/2015 S. 627 ff., 630.

<sup>35</sup> Allgemein dazu *Tschannen Pierre*, Zentral, dezentral, ausserhalb – oder: Wie zeichne ich das Organigramm der Bundesverwaltung? in: *Markus Rüssli/Julia Hänni/Reto Häggi Furrer* (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich 2012, 517 ff., 528.

<sup>36</sup> Dazu *Abegg Andreas/Frei Marco*, Können sich öffentliche Unternehmen auf die Wirtschaftsfreiheit berufen?, recht 2017, 290.

<sup>37</sup> *Proeller Isabella*, Auslagerung in der hoheitlichen Verwaltung: interdisziplinäre Entwicklung einer Entscheidungsheuristik, St. Galler Diss., Bern 2002, 69. Nach langwierigen Auseinandersetzungen hat der Gesetzgeber den Anspruch des Kantons auf einen angemessenen Anteil des Bilanzgewinns mittlerweile in § 3a EKZ-Gesetz verankert.

<sup>38</sup> Vor- und Nachteile nach *Lienhard* (Fn. 31), 1166; siehe auch *Freudiger Patrick*, Anstalt oder Aktiengesellschaft?, zur Bedeutung der Rechtsform bei Ausgliederungen, Diss. Bern 2016, 49 ff.; siehe auch *Poledna Tomas*, Öffentliche Aufgaben und Kriterien für die Wahl der Organisationsform, in: *Schaffhauser René/Poledna Tomas* (Hrsg.), Auslagerung und Privatisierung von staatlichen und kommunalen Einheiten: Rechtsformen und ihre Folgen, St. Gallen 2002, 9 ff., 15 ff.; *Baumgartner Gerhard*, Ausgliederung und öffentlicher Dienst, Wien 2006, 235 ff. Zu bedenken ist dabei, dass stets eine Inhouse-Vergabe vorliegt, wenn die Zentralverwaltung Leistungen bei einer Stelle beschafft, die mit ihr zwar nicht organisatorisch, wohl aber rechtlich identisch ist. Das Vergaberecht kommt dann nicht zur Anwendung: *Stöckli* (Fn. 12), 108 f. Künftig sollen auch Vergaben an externe (rechtsfähige) Staatsbetriebe vereinzelt vom Vergaberecht ausgenommen sein; *Beyeler Martin*, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts: Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht, Zürich 2012, Rz. 1145 und 1151; *Beyeler Martin*, Staatsbetriebe: Einkauf und Absatz unter dem künftigen Vergaberecht, Jusletter vom 22. Dezember 2014, Rz. 70 ff.

<sup>39</sup> Botschaft zur Totalrevision des Meteorologiegesetzes vom 02. März 2012, BBI 2012 3563.

<sup>40</sup> Nichteintreten; vgl. AB 2012 N 714, AB 2012 892.

<sup>41</sup> Zu erwähnen ist des Weiteren, dass unselbständige Anstalten früher gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (127 II 32 E. 3) nicht vom Kartellrecht erfasst waren. Nur rechtsfähige Einheiten wurden als «Unternehmen» im Sinne des Kartellgesetzes betrachtet. Das hat sich geändert. Gemäss dem neuen Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG gelten als Unternehmen «sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform»: *Krauskopf Patrick L./Henckel Sophie*, Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG: Gedanken zum neuen Unternehmensbegriff, sic! 2006, 740 ff.

<sup>42</sup> Bericht vom 13. 9. 2006 zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben (Corporate-Governance-Bericht), BBI 2006 8233 ff., 8253; *Aebersold/Jenni/Oberli/Trinkler* (Fn. 33), 384 f.; *Ehrensberger Marc/Bolz Urs/Stoll Aline*, Wirtschaftlichkeit von Aufgabenauslagerungen im öffentlichen Sektor mit besonderer Berücksichtigung der Armeelogistik, Zürich 2008, 23; *Lienhard/Steiner/Ladner/Wichtermann/Balsiger Betts/Buchser* (Fn. 33), 46. Dem ist beizufügen, dass sich der Bund und die Kantone nicht an die Empfehlung halten, dass hoheitliche Aufgaben nicht ausgelagert werden sollten. Sogar Polizeiaufgaben werden privatisiert, wie etwa diejenigen der Bahnpolizei: *Zünd Andreas/Errass Christoph*, Privatisierung von Polizeiaufgaben, Sicherheit & Recht 3/2012 S. 162 ff., 180 ff.

<sup>43</sup> Bericht vom 13. 9. 2006 zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben (Corporate-Governance-Bericht), BBI 2006 8233 ff., 8255; eingehend zur Kontrollproblematik *Schuppert Gunnar Folke*, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verselbständigte Verwaltungseinheiten, Göttingen 1981, 331 ff.

<sup>44</sup> Nach Art. 32 PBG werden die Linien grundsätzlich ausgeschrieben und damit im Wettbewerb vergeben.

<sup>45</sup> *Aebersold/Jenni/Oberli/Trinkler* (Fn. 33), 385.

### III. Schranken und Ermessen in der Wahl der Rechtsform ausgelagerter Einheiten

Die Bundesverfassung macht keine Vorgaben dazu, welche Rechtsform für ausgelagerte Organisationen zu wählen ist.<sup>46</sup> Grundsätzlich muss die gewählte Rechtsform vom öffentlichen Interesse gedeckt sowie verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 BV). Ein Teil der Lehre leitet von diesem Grundsatz ab, dass die Wahl einer privatrechtlichen Rechtsform nur dann zulässig sei, wenn die Inanspruchnahme der privatrechtlichen Organisationsform erforderlich sei. Daraus ergäbe sich ein Vorrang der öffentlich-rechtlichen Organisationsformen.<sup>47</sup> Soweit das Staatsunternehmen im Monopol arbeitet, mag man dem durchaus zustimmen. Handkehrum sollten aber öffentliche Unternehmen, die im Wettbewerb stehen oder nach wettbewerblichen Grundsätzen (vor allem im Bereich der Gemeingüter) geführt werden, privatrechtlich organisiert werden, damit für alle Wettbewerbsteilnehmer die gleichen Bedingungen gelten. Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität des Staatshandelns (Art. 94 BV) legt dies nahe,<sup>48</sup> weil öffentlich-rechtliche Institute gegenüber privatrechtlichen Gesellschaften Regulierungsvorteile aufweisen. Beispielsweise müssen bei der Gründung spezialgesetzlicher Aktiengesellschaften die zwingenden Bestimmungen des OR nicht beachtet werden (Regulierungsvorteil),<sup>49</sup> Anstalten sind von der direkten Bundessteuer befreit,<sup>50</sup> und öffentlich-rechtliche Organisationen allgemein können günstiger Fremdkapital beschaffen.<sup>51</sup> Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität des Staatshandelns (Art. 94 BV) gebietet, dass Institute des öffentlichen Rechts, allen voran die Anstalt, aufgrund ihrer rechtsformspezifischen Vorteile nicht auf Wett-

bewerbsmärkten eingesetzt werden, sondern lediglich im Monopol. So lautet auch die Empfehlung des Bundesrates.<sup>52</sup> Die Praxis toleriert bisher jedoch Anstalten auf offenen Märkten. So hat das Bundesgericht keine Verletzung der BV im Umstand erblickt, dass die Glarner Sachversicherung ihren Wettbewerbsbereich lediglich kalkulatorisch vom Monopolbereich trennt. Die Beschwerdeführer hätten sich die Auslagerung des Wettbewerbsbereichs in eine privatrechtliche Tochtergesellschaft gewünscht.<sup>53</sup>

Darüber hinaus besteht ein Ermessen des jeweiligen Gemeinwesens in der Wahl der Rechtsform und deren Ausgestaltung.<sup>54</sup> Dieses Ermessen wird zuweilen durch höherrangiges Recht beschränkt. Art. 48 Abs. 1 KV GL und § 83 KV TG verlangen zum Beispiel, dass die Gebäudeversicherung als Anstalt zu führen ist. Es finden sich auch Bestimmungen, die dem Gesetzgeber einen begrenzten Spielraum einräumen. So bestimmt § 32 Abs. 2 KV BS: «Die Versorgung mit Wasser kann nicht an Unternehmen übertragen werden, an denen Private gewinnbeteiligt sind.»<sup>55</sup> Ferner sind bundesrechtliche Vorgaben zu beachten: Art. 3a des Bankengesetzes bestimmt, dass Kantonalbanken ausschliesslich als spezialgesetzliche AG nach Art. 763 OR, als privatrechtliche AG oder als selbständige Anstalt betrieben werden dürfen.<sup>56</sup> Auch registrierte Vorsorgeeinrichtungen sind in der Wahl ihrer Rechtsform nicht frei: Gemäss Art. 48 Abs. 2 BVG müssen sie die Rechtsform einer Stiftung haben oder eine Einrichtung des öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlich-

<sup>46</sup> Mit «ausserstehenden Organisationen» sind solche gemeint, die über Rechtspersönlichkeit verfügen und eine Verwaltungsaufgabe erfüllen. Andere Kriterien wie «Autonomie in der Aufgabenerfüllung» oder «Marktnähe» sind nicht massgeblich; *Tschannen* (Fn. 35), 528 f.

<sup>47</sup> *Stöckli* (Fn. 12), 90 f.; *Poledna Tomas*, Privatisierung von Abwasseranlagen – rechtliche Probleme und Lösungsansätze, URP 1999, 570 ff., 574; *Lienhard Andreas*, Deregulierung staatlicher Marktregulierungen im schweizerischen Bundesverwaltungsrecht, in: *Cottier Thomas/Oesch Matthias* (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. XI: Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 2. Aufl., Basel 2007, 336 ff., Rz. 93.

<sup>48</sup> Zum Grundsatz der Wettbewerbsneutralität des Staatshandelns siehe *Abegg/Frei* (Fn. 10), 151 f.

<sup>49</sup> *Schott Markus*, Der «Wettbewerb der Systeme», in: *Eva Maria Belser/Bernhard Waldmann* (Hrsg.), Mehr oder weniger Staat?: Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag, 2015, 387 ff., 390.

<sup>50</sup> Art. 56 lit. a-c DBG; dazu unten IV.4.

<sup>51</sup> Dazu unten IV.4 sowie Bericht des SECO vom 8. Dezember 2017 «Staat und Wettbewerb: Auswirkungen staatlich beherrschter Unternehmen auf die Wettbewerbsmärkte», 24 ff., online abrufbar unter <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/50761.pdf>, besucht am 14.01.2020.

<sup>52</sup> Bericht vom 13.9.2006 zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben (Corporate-Governance-Bericht), BBl 2006, 8233 ff., 8235: «Für Einheiten, die Dienstleistungen mit Monopolcharakter erbringen oder Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht erfüllen, ist grundsätzlich die öffentlich-rechtliche Organisationsform der Anstalt, für die Einheiten mit Dienstleistungen am Markt die Rechtsform der privatrechtlichen Aktiengesellschaft vorzusehen.»

<sup>53</sup> BGE 138 I 378 E. 9.2. Auch Teile der Lehre halten die organisatorische Trennung für notwendig: *Trüb Hans Rudolf*, Gustavo und andere Wege zum Wettbewerb, Die kantonalen Gebäudeversicherungen zwischen Staat und Markt, in: *Trüb Hans Rudolf/Hänni Julia/Häggi Furrer Reto* (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich 2012, 355 ff., 364 ff.; *Kraemer Raphael/Stöckli Andreas*, Grenzenlose Staatswirtschaft?, Urteilsbesprechung 2C\_485/2010, recht 2013, 28 ff., 39; *Abegg/Frei* (Fn. 10), 152; anderer Ansicht *Quinto Cornel*, Direkte Demokratie und Staatswirtschaft, recht 2013, 195 ff., 202 f.

<sup>54</sup> *Vogel Stefan*, Einheit der Verwaltung – Verwaltungseinheiten, Grundprobleme der Verwaltungsorganisation, Rechtliche Rahmenbedingungen, Konzepte, Strukturen und Formen für die Organisation von Aufgabenträgern der öffentlichen Verwaltung, Habil. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2008, 78.

<sup>55</sup> Im Kanton Zürich hat das Stimmvolk die Teilprivatisierung der Wasserversorgung im Februar 2019 abgelehnt (vgl. <https://www.limmattalerzeitung.ch/limmattal/zuerich/zuercher-wollen-kein-privatisiertes-wasser-das-wassergesetz-ist-versenkt-134070400>, zuletzt besucht am 14.01.2020).

<sup>56</sup> Weiterführend *Stöckli* (Fn. 12), 88 ff.



keit sein.<sup>57</sup> Letztlich ist Art. 61 Abs. 1 AHVG zu erwähnen: «Jeder Kanton errichtet durch besonderen Erlass eine kantonale Ausgleichskasse als selbständige öffentliche Anstalt.»<sup>58</sup>

## IV. Wahlkriterien

### 1. Art der Aufgabenerfüllung

Soll die Aufgabe an eine selbständige privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Trägerschaft ausgelagert werden, so stellt sich zunächst die Frage nach der unternehmerischen Freiheit bzw. dem unternehmerischen Handlungsspielraum dieses Trägers im Verhältnis zum *service public*. Dabei ist zu unterscheiden zwischen dem Handlungsspielraum bezüglich Qualität und Umfang der angebotenen Leistung. Was die Qualität der angebotenen Leistung anbelangt, gibt es dann keinen oder wenig Handlungsspielraum, wenn gesetzliche (Mindest-) Standards eingehalten werden müssen (vor allem bei öffentlichen Gütern, z. B. der Abwasserreinigung). Ein unternehmerischer Anreiz, die Qualität laufend zu hinterfragen und zu verbessern, besteht kaum. Existiert dagegen – bei Gemeingütern z. B. im regionalen Personentransport oder jüngst vermehrt im Gesundheitswesen – ein Wettbewerb der Angebote, so muss das Unternehmen rasch auf veränderte Verhältnisse reagieren können. Hinsichtlich des Umfangs der angebotenen Leistungen kann ein Bedürfnis bestehen, die Leistungen aus betriebswirtschaftlichen Gründen über die eigentliche Kernaufgabe hinaus auszudehnen.<sup>59</sup>

Bei den Rechtsformen bestehen in puncto unternehmerischer Freiheit Unterschiede:

- Die öffentlich-rechtlichen Organisationen sind primär zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben bestimmt. Das Geschäftsfeld wird im Zweckartikel des Gründungserlasses definiert. Die Ausdehnung der Tätigkeit auf andere öffentliche Aufgaben ist möglich, wenn das Gesetz entsprechend geändert wird. Der Ausdehnung auf gewerbliche Dienstleistungen sind dagegen insbesondere bei der Anstalt und dem Zweckver-

band Grenzen gesetzt: Die gewerblichen Tätigkeiten bedürfen nicht nur einer gesetzlichen Grundlage, sie müssen auch dem öffentlichen Zweck dienen, den die Anstalt bzw. der Zweckverband verfolgt, diesem also untergeordnet sein.<sup>60</sup> Demgegenüber kann eine spezialgesetzliche AG jede Tätigkeit innerhalb des gesetzlichen Zwecks verfolgen.

- Eine privatrechtliche AG kann im Rahmen der Rechtsordnung jeden wirtschaftlichen oder nicht wirtschaftlichen (gemeinnützigen) Zweck verfolgen.<sup>61</sup> Das Geschäftsfeld ist im Zweckartikel der Statuten festgelegt. Bei der Ausdehnung des Geschäftsfeldes ist eine Statutenänderung erforderlich. Diese erfordert eine Zweidrittelmehrheit (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 1 OR).<sup>62</sup> Im Gegensatz zu den öffentlichen Rechtsformen bedarf es zur Ausdehnung der Geschäftstätigkeit grundsätzlich keiner Gesetzesänderung. Wenn der Zweck der Gesellschaft vom Gemeinwesen ausnahmsweise in einem Ausgliederungserlass umschrieben wird, bedarf es für die Zweckänderung in den Statuten jedoch einer vorgängigen Gesetzesänderung.<sup>63</sup>

Zu beachten ist, dass eine allfällige Steuerbefreiung der AG von deren gemeinnützigem Zweck abhängt. Bei einer Ausrichtung auf (neue) Geschäftsfelder im Wettbewerb mit privaten Anbietern ist daher auch das Thema Steuerbefreiung miteinzubeziehen.<sup>64</sup> Zudem ist die Erschliessung neuer Geschäftsfelder häufig mit hohen Investitionen verbunden. Bei Zweckverbänden sind entsprechend schwerfällige Entscheidungsprozesse einzuhalten.<sup>65</sup> Im Gegensatz zum Zweckverband verfügt etwa die Anstalt nicht über ein Legislativ-

<sup>60</sup> Zum Ganzen vgl. *Sägesser Thomas*, N 112 zu Art. 2 RVOG, in: Stämpfli Handkommentar, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz RVOG vom 21. März 1997, Bern 2007; *Uhlmann Felix*, Gewinnorientiertes Staatshandeln, Möglichkeiten und Zulässigkeit gewinnorientierter staatlicher Eigenbetätigung aus wirtschaftsverfassungsrechtlicher Sicht, Diss. Basel 1997, 139.

<sup>61</sup> *Baudenbacher Carl*, N 2 zu Art. 620 OR, in: *Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang* (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, 5. Aufl., Basel 2016.

<sup>62</sup> *Dubs Dieter/Truffer Roland*, N 6 zu Art. 704 OR, in: *Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang* (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, 5. Aufl., Basel 2016.

<sup>63</sup> Vgl. z. B. § 6 des Gesetzes über den Flughafen Zürich (Flughafengesetz).

<sup>64</sup> Art. 56 lit. g des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer (DBG) und Art. 23 Abs. 1 lit. f des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG); BGE 131 II 1 E. 3; weiterführend *Flückiger Mathias*, Die Steuerbefreiung privatisierter Energiewerke wegen Verfolgung öffentlicher Zwecke bzw. gemeinnütziger Zwecke, ASA 77 (2008), 449 ff.; *Dürr Samuel*, Privatisierungen aus steuerrechtlicher Sicht, Der Schweizer Treuhänder 2000, 237 ff.; zum Thema Steuern weiterführend unten, IV 4.

<sup>65</sup> So sind nach Art. 93 Abs. 1 KV-ZH Zweckverbände demokratisch zu organisieren.

<sup>57</sup> Früher war auch die Rechtsform der Genossenschaft zulässig; siehe *Gächter Thomas*, Übertragung von Pensionskassenaufgaben an Dienstleistungsunternehmen (Outsourcing), AJP 2003, 33 ff., 36.

<sup>58</sup> Art. 377 ff. StGB erwähnen auch nur die Anstalt. Es ist jedoch davon auszugehen, dass andere Organisationsformen damit nicht ausgeschlossen werden sollen; *Vogel Stefan*, Interkantonalen Verwaltungsorganisationen, ZBl 110/2009, 556 ff., 563.

<sup>59</sup> So der Kanton Glarus im Fall seiner Gebäudeversicherung Glarnersach: BGE 138 I 378. Zu begründen wäre im Fall der Gebäudeversicherung indes, ob überhaupt (noch) ein öffentliches Gut vorliegt, das die Abweichung von der Güterproduktion auf dem Markt rechtfertigt; dazu oben II.2.

organ und kennt entsprechend auch keine demokratischen Entscheidungsprozesse.<sup>66</sup>

Zusammengefasst: Besteht der Wunsch, dass die künftige Organisation auch Tätigkeiten ausserhalb des *service public* erschliessen kann und diesbezüglich über grössere unternehmerische Freiheit (namentlich auch hinsichtlich nötiger Investitionen) verfügen soll, so wird regelmässig die AG oder die spezialgesetzliche AG<sup>67</sup> als Rechtsform gewählt. Zusätzliche Aufgaben im Wettbewerb können auch im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Anstalt und des Zweckverbandes erbracht werden, wobei diese zusätzlichen Aufgaben mit dem *service public* im Zusammenhang stehen und von untergeordneter Bedeutung bleiben müssen.

## 2. Unternehmerische Handlungsfreiheit des Leitungsorgans

Je mehr unternehmerischer Handlungsspielraum und Entscheidungsfreiheit dem Leitungsorgan der Trägerschaft zukommt und je mehr sich die Unternehmung an Angebot und Nachfrage ausrichtet, desto kleiner ist der unmittelbare Einfluss der Eigentümer (Gemeinden, Kanton) sowie (direkt oder indirekt) der betroffenen Bevölkerung – und umgekehrt.

Der Zweckverband ist stark demokratisch ausgerichtet<sup>68</sup> und hat sich entsprechend am kantonalen Organisationsrecht zu orientieren. Hinzu kommt das Initiativ- und des Referendumsrecht der Stimmberechtigten.<sup>69</sup> Insgesamt führt dies zu einer komplexen internen Organisationsstruktur, verschiedenen Hierarchiestufen und im Einzelfall zu entsprechend langwierigen Entscheidungsprozessen.<sup>70</sup> Für ein relativ einfaches und überschaubares Gewerbe eignet sich der Zweckverband daher eher weniger. Dies vor allem, wenn das Ziel darin besteht, dem Leitungsorgan einen möglichst grossen Handlungsspielraum zu geben und den ganzen Betrieb zu entpolitisieren.

Gliedert die öffentliche Hand eine Aufgabe in eine Anstalt aus, wird die Aufgabenerfüllung den demokratischen Mitwirkungsprozessen weitgehend entzogen.<sup>71</sup> Eine Anstalt ist nicht körperchaftlich aufgebaut, sondern verfügt, z. B. nach Zürcher Recht, nur über ein Führungs- sowie ein Kontrollorgan (Prüfstelle).<sup>72</sup> Der Gesetzgeber hat mit dem Gründungsgesetz der Anstalt deren Zweck und Organisation festgelegt; die betrieblichen Entscheide werden hiernach vom Führungsorgan gefasst. Dieses kann flexibel handeln, die Entscheidungswege sind kurz, und die Entscheidungsfindung – nach Erlass des Gründungsgesetzes – wird entpolitisiert.<sup>73</sup> Im Gründungsgesetz können sich die Träger allerdings die Entscheidungskompetenz für gewisse Geschäfte vorbehalten (z. B. Kauf/Verkauf von Liegenschaften; Investitionen ab einem bestimmten Betrag) und so eine massgeschneiderte Balance zwischen den Kompetenzen des Leitungsorgans und den Einflussmöglichkeiten der Träger ausarbeiten. Ausserdem üben die Träger die Aufsicht über die von ihnen getragenen Anstalten aus, wobei auch hier wiederum im Gründungsgesetz oder im Anstaltsvertrag festgelegt werden kann, wie weit die Einwirkungsmöglichkeiten gehen sollen, damit die Aufsicht gewährleistet ist. Insgesamt kann im Gründungsgesetz eine individuelle, den konkreten Bedürfnissen angepasste Lösung ausgearbeitet werden.

Bei der privatrechtlichen AG sind die Einflussmöglichkeiten durch die gesetzlichen Bestimmungen des Aktienrechts beschränkt. Das Gesetz trennt die Rechte und Pflichten der Aktionäre (Generalversammlung) einerseits und des Verwaltungsrats (VR) andererseits klar (vgl. Art. 660 ff. und 707 ff. OR). Die Generalversammlung ist zwar das oberste Organ der AG, da sie u. a. den VR wählt, die Kompetenz zur Statutenänderung hat und den Jahresbericht genehmigen muss (vgl. Art. 698 OR). Die Oberleitung der Gesellschaft hat allerdings der VR inne (Art. 716a OR).<sup>74</sup> Dieser verfügt über einen entsprechend grossen Handlungsspielraum. Die Entscheidungswege sind kurz,<sup>75</sup> die Aufgabenerfüllung entpolitisiert.<sup>76</sup> Im Gegensatz

<sup>66</sup> Rüssli Markus, Das neue Zürcher Gemeindegesetz – ausgewählte Themen, ZBl 120/2019, 171 ff., 178.

<sup>67</sup> Während die obligationenrechtlichen AG über Statuten verfügt, wird eine spezialgesetzliche AG – wie es der Name sagt – durch ein Gesetz gegründet und organisiert. Wesentliche Änderungen in der Organisationsstruktur bedürfen damit der Gesetzesänderung, was die spezialgesetzliche AG entsprechend weniger flexibel macht.

<sup>68</sup> Zu den möglichen Abstimmungen vgl. die Darstellung auf der Internetseite des Zürcher Gemeindeamtes, [https://gaz.zh.ch/internet/justiz\\_innere/gaz/de/gemeindeorganisation/zusammenarbeit/zweckverbaende.html#title-content-internet-justiz\\_innere-gaz-de-gemeindeorganisation-zusammenarbeit-zweckverbaende-jcr-content-contentPar-textimage\\_7](https://gaz.zh.ch/internet/justiz_innere/gaz/de/gemeindeorganisation/zusammenarbeit/zweckverbaende.html#title-content-internet-justiz_innere-gaz-de-gemeindeorganisation-zusammenarbeit-zweckverbaende-jcr-content-contentPar-textimage_7), zuletzt besucht am 14.01.2020.

<sup>69</sup> Für Zürich vgl. Art. 93 Abs. 2 KV. Vgl. Jaag Tobias/Rüssli Markus, Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, 4. Aufl., Zürich 2012, N 2311.

<sup>70</sup> Siehe zum Ganzen Vogel (Fn. 54), 315 ff.

<sup>71</sup> Vgl. Tschannen Pierre/Zimmerli Ulrich/Müller Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, N 14 ff. zu § 7.

<sup>72</sup> Art. 99 KV/ZH; § 66 Abs. 2 Zürcher Gemeindegesetz (GG) vom 20. April 2015 (131.1); siehe auch Vogel (Fn. 54), 283.

<sup>73</sup> Vgl. Säggerer (Fn. 60), N 86 zu Art. 2 RVOG.

<sup>74</sup> Vgl. Hauser (Fn. 6), 53; Watter Rolf/Roth Pellanda Katja, N 4 zu Art. 716a OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, 5. Aufl., Basel 2016.

<sup>75</sup> Zuzufügen ist: «Die Aufbau- und Ablauforganisation verselbstständiger öffentlich-rechtlicher Unternehmen können flexibel ausgestaltet werden und lehnen sich heute weitgehend an die privatrechtlichen Vorbilder an.» Stöckli (Fn. 12), 98 f.

<sup>76</sup> Koch Fabian, Fünf Thesen zur Ausgestaltung der Public Corporate Governance von Kantonalbanken zur Risikoverminderung der Kantone, SZW 2014, 402 ff., 406.

zur Anstalt sind jedoch keine massgeschneiderten Modelle und insbesondere keine Erweiterung der Einflussmöglichkeiten für Kantone und Gemeinden möglich.<sup>77</sup> Der Einfluss auf die gesellschaftsrechtlichen Strukturen von privaten Gesellschaften ist durch Art. 6 ZGB begrenzt; Kantonen und Gemeinden steht es nicht zu, das Bundeszivilrecht abzuändern, wozu auch das Gesellschaftsrecht gehört. Kantone und Gemeinden als Eigentümerinnen einer Gesellschaft oder von Gesellschaftsanteilen können jedoch gesetzlich festlegen, wie sie als Aktionäre mit der Gesellschaft umgehen wollen. Sie können z. B. festlegen, welche Eigentümerstrategie mit der Beteiligung verfolgt wird und wer dafür zuständig ist, oder wer die Gesellschafterrechte ausübt und darüber informiert.<sup>78</sup> Die konkrete Umsetzung muss jedoch immer unter Einhaltung des privaten Gesellschaftsrechts erfolgen.<sup>79</sup> Demgegenüber steht es dem Bund frei, das Gesellschaftsrecht durch Bundesgesetze zu modifizieren.<sup>80</sup>

Art. 762 OR eröffnet allerdings die Möglichkeit, bei einem öffentlichen Interesse an der Gesellschaft Bund, Kanton, Bezirk oder Gemeinde in den Statuten der Gesellschaft das Recht einzuräumen, Vertreter in den Verwaltungsrat oder in die Revisionsstelle abzuordnen (Abs. 1 und 2).<sup>81</sup> Die von einer Körperschaft des öffentlichen Rechts abgeordneten Mitglieder des Verwaltungsrates und der Revisionsstelle haben die gleichen Rechte und Pflichten wie die von der Generalversammlung Gewählten (Abs. 3). Für die abgeordneten Mitglieder haftet allerdings die Körperschaft der Gesellschaft,

den Aktionären und den Gläubigern gegenüber, unter Vorbehalt des Rückgriffs nach dem Recht des Bundes und der Kantone (Abs. 4).<sup>82</sup>

Die spezialgesetzliche AG vereint die Vorteile der obligationenrechtlichen AG und der Anstalt, weil einerseits das OR bestehende Regeln bietet und Handlungsabläufe entpolitisiert werden können, andererseits aber mit spezialgesetzlicher Grundlage von den Regelungen des OR abgewichen werden kann. Durch die sektorielle Anpassung der privatrechtlichen Normen soll regelmässig das Gleichgewicht der Organe zugunsten der Exekutive verschoben werden.<sup>83</sup>

### 3. Eigentümerstruktur des Rechtsträgers

#### 3.1. Beteiligung eines oder mehrerer Gemeinwesen

Eine weitere Frage, die eng mit der Frage der Aufgabenerfüllung und dem *service public* zusammenhängt, ist diejenige nach der Eigentümerstruktur. Zu entscheiden ist jeweils, ob die Organisation ausschliesslich in der Hand eines Gemeinwesens stehen soll, oder ob (künftig) auch andere Gemeinwesen als Teilhaber zugelassen werden können und sollen. Zudem ist von Bedeutung, inwieweit Beibzw. Austritte von den bestehenden Trägern bzw. neuen Trägern möglich sind.

Bei einer AG erfolgt der Ein- und der Austritt neuer bzw. bestehender Aktionäre durch den Kauf bzw. Verkauf von Aktien.<sup>84</sup> Ein Träger kann also nur austreten, wenn für seine Aktien ein Käufer zur Verfügung steht. Ein neuer Aktionär kauft entweder Aktien von einem bestehenden Aktionär, oder es werden durch Kapitalerhöhung neue Aktien geschaffen (Art. 650 ff. OR). Bei der Übertragung von Aktien sind allfällige Vinkulierungsbestimmungen in den Statuten oder Regelungen in einem Aktionärsbindungsvertrag zu beachten, welche die freie Übertragbarkeit der Aktien erschweren oder ganz unterbinden können (vgl. Art. 685a ff. OR). Die AG eignet sich somit für die Kooperation verschiedener Gemeinwesen oder für eine Kooperation mit

<sup>77</sup> Diese können sich einzig im Rahmen eines Aktionärsbindungsvertrags über gewisse Punkte abstimmen; vgl. Hauser (Fn. 6), 54 f.; Waldburger Martin, N 16 f. zu Art. 620 OR, in: Roberto Vito/Trüb Hans Rudolf (Hrsg.), Personengesellschaften und Aktiengesellschaft – Vergütungsverordnung Art. 530–771 OR – VegüV, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016.

<sup>78</sup> Zu den Gestaltungsmöglichkeiten staatlicher Eigentümerstrategien Schedler/Müller/Sonderregger (Fn. 5), 113 ff.

<sup>79</sup> Kantone müssen eine spezialgesetzliche AG gründen, wenn sie von den zwingenden Bestimmungen des OR abweichen wollen. Zum Ganzen Schaub Lukas, Die Vereinbarkeit von Art. 763 OR mit der kantonalen Organisationsautonomie: eine kritische Betrachtung, in: Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Jahrbuch 2016/2017, Bern 2017, 143 ff., 163 ff.

<sup>80</sup> Zum Beispiel bei der Skyguide hat er von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht: Gemäss Art. 40c LFG legt der Bundesrat die strategischen Ziele für die Skyguide verbindlich fest. Damit wird Art. 716a Abs. 1 OR modifiziert, der dem Verwaltungsrat die unübertragbare und unentziehbare Aufgabe der Oberleitung der Gesellschaft zuweist. Gleichzeitig wird die Stellung des Bundes als Aktionär jedoch geschwächt, weil die Skyguide Tochtergesellschaften gegründet hat: Gutachten zur Zulässigkeit der geplanten Tochtergesellschaft von Skyguide (Skyguide National, SkN; Projekt KNU) Gutachten vom 30. September 2008, 37 f., online abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/publiservice/publikationen/gutachten/vpb-2009-4-d.pdf>, besucht am 14.01.2020.

<sup>81</sup> Die Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV) vom 20. November 2013 behält das Recht öffentlich-rechtlicher Körperschaften ausdrücklich vor, Vertreter in den Verwaltungsrat abzuordnen oder abzuberufen (Art. 1 Abs. 2).

<sup>82</sup> Zu den Haftungsrisiken des Staates und seiner Vertreter im Verwaltungsrecht Stöckli Andreas, Interessenkonflikte und Haftungsrisiken in der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft, recht 2015, 111 ff., 118 ff.; zu den möglichen Interessenkonflikten von Behördenvertretern im Verwaltungsrat und deren Auswirkungen auf die Haftung siehe auch Buob Franziska, Interessenkonflikte und Haftungsrisiken des Staates als Aktionär, AJP 2009, 142 ff., 144 ff.; Dieselbe, Aktiengesellschaften mit staatlicher Beteiligung, Einflussmöglichkeiten und vermögensrechtliche Haftungsrisiken des Staates als Aktionär, Diss. Zürich, Zürich/St. Gallen 2008, N 871 ff.

<sup>83</sup> Vogel Stefan, Die spezialgesetzliche AG, ZBl 104/2003, 418 ff., 423.

<sup>84</sup> Waldburger (Fn. 77), N 11 zu 620 OR.

Privaten.<sup>85</sup> Dasselbe gilt für die spezialgesetzliche AG, wie das Beispiel der SNB veranschaulicht.<sup>86</sup>

Ein späterer Beitritt von Trägern zu einem Zweckverband ist grundsätzlich möglich, bedingt jedoch eine Statutenänderung und erfordert i. d. R. die Zustimmung aller bisherigen Träger.<sup>87</sup> Der Austritt aus einem Zweckverband muss gemäss Rechtsprechung möglich sein; in den Statuten ein Austrittsverbot zu formulieren, wäre nicht zulässig.<sup>88</sup> Geregelt werden sollten in den Statuten die finanziellen Folgen eines Austritts.

Will sich ein weiterer Träger an einer bestehenden Anstalt beteiligen, bedingt dies regelmässig eine Gesetzes- oder Vertragsänderung, die i. d. R. die Zustimmung sämtlicher bisheriger Träger erfordert.<sup>89</sup> Im Anstaltsgesetz oder Anstaltsvertrag sind sodann die Kündigungsmöglichkeiten zu regeln (Kündigungsfristen und -termine) sowie die finanziellen Folgen des Austritts. Regelmässig wird dabei jeweils vorgesehen, dass die kündigenden Träger keinerlei Ansprüche auf das Vermögen der Anstalt haben.<sup>90</sup>

### 3.2. Beteiligung Privater

Soll die Möglichkeit gegeben sein, Private als Eigentümer zuzulassen, so kommt die (privatrechtliche oder spezialgesetzliche) AG als Rechtsform infrage.<sup>91</sup> Private können bei einer AG, die öffentliche Aufgaben erfüllt, grundsätzlich Aktionäre werden, es sei denn, Vinkulierungsbestimmungen in den Statuten, die Bestimmungen eines Spezialgesetzes<sup>92</sup> oder die Bestimmungen eines Aktionärsbindungsvertrags schliessen dies aus. Bei einer allfälligen Öffnung gegenüber Privaten können die Gemeinden eine Vorrangstellung bei der Einflussnahme auf die Geschäftstätigkeit erhalten, wenn

sie in der Generalversammlung über eine Mehrheit verfügen.<sup>93</sup>

Im Grundsatz hierzu steht die Anstalt nur staatlichen Trägern zur Verfügung. Wenn die Rechtsform eines Unternehmens anstaltsähnliche Züge aufweisen und auch privaten Teilhabern offenstehen soll, greift der Staat regelmässig auf die spezialgesetzliche AG zurück.<sup>94</sup> Es ist jedoch anzumerken, dass einige Kantonalbanken ein Partizipationskapital vorsehen.<sup>95</sup> Ausgeschlossen ist die Beteiligung Privater am Eigenkapital von Anstalten demnach nicht. Bei den Partizipationsscheinen handelt es sich aber regelmässig um Beteiligungsrechte zweiter Klasse, da sie lediglich Informations- und Vermögensrechte, jedoch keine Mitwirkungsrechte vermitteln. «Echte» Beteiligungsrechte für Private stünden zur monokratischen Struktur der Anstalt im Widerspruch. Da es im öffentlichen Recht jedoch keinen Numerus clausus der Organisationsformen gibt, sind echte Beteiligungsrechte jedenfalls nicht zwingend ausgeschlossen. Sie müssten einfach gesetzlich vorgesehen werden.<sup>96</sup> Der Zweckverband steht hingegen nur öffentlichen Körperschaften zur Verfügung.<sup>97</sup> Folglich müsste diese Rechtsform für den Fall, dass sich auch ein Privater aktiv als Teilhaber beteiligen soll, zu gegebenem Zeitpunkt in eine AG oder allenfalls in eine Anstalt umgewandelt werden. Hingegen bleibt es auch Zweckverbänden im gesetzlichen Rahmen unbenommen, Private als reine Kreditgeber zu beteiligen und mit Zinsen (statt Dividenden) zu entlohnen.

## 4. Kapitalisierung und Steuern

Die Anstalt und die AG sind nicht nur rechts-, sondern auch vermögensfähig und entsprechend in der Lage, Eigenkapital zu bilden und Fremdkapital aufzunehmen. Erfahrungen in der Praxis zei-

<sup>85</sup> Hauser (Fn. 6), 56.

<sup>86</sup> Vogel Stefan, Interkantonale Verwaltungsorganisationen, ZBl 110/2009, 556 ff., 567.

<sup>87</sup> Vgl. Art. 3 der Musterstatuten Zweckverband ohne DV des Gemeindeamts des Kantons Zürich, abrufbar unter <<http://www.gaz.zh.ch>>, besucht am: 14. 01. 2020; siehe auch BGE 113 Ia 200, E. 3c f.

<sup>88</sup> BGE 113 Ia 341 ff.; Jaag/Rüssli (Fn. 69), N 2310.

<sup>89</sup> Vgl. den Leitfaden «Anstalten» des Kantons Zürich, Direktion der Justiz und des Innern, Gemeindeamt, Amtsleitung vom Dezember 2013, 24 ff., abrufbar unter: <<http://docplayer.org/17900688-Anstalten-leitfaden-kanton-zuerich-direktion-der-justiz-und-des-innern-gemeindeamt-amtsleitung-wilhelmstrasse-10-postfach-8090-zuerich-www-gaz-zh.html>>, besucht am 14. 01. 2020.

<sup>90</sup> Zur gemeinsamen Anstalt Freudiger (Fn. 38), 232 f.

<sup>91</sup> Der Börsengang ist sowohl bei der privatrechtlichen AG mit staatlicher Beteiligung (z. B. Flughafen Zürich AG) als auch bei der spezialgesetzlichen AG (z. B. Swisscom) möglich. Zu den Konsequenzen der Beteiligung privater Kapitalgeber im Telekommunikationssektor vgl. From Johan/Kolberg Lars C., Ownership Matters, in: Eliassen Kjell A./From Johan (Hrsg.), The Privatisation of European Telecommunications, Aldershot 2007, 35 ff., 48.

<sup>92</sup> In dem Sinne, als das Trärgemeinwesen in der Handhabung seiner Aktionärsrechte durch ein Gesetz eingeschränkt wird.

<sup>93</sup> Vgl. Jaag Tobias, Der Staat als Aktionär, in: Hans-Caspar von der Crone/Rolf H. Weber/Roger Zäch/Dieter Zobl (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, 379 ff., 395.

<sup>94</sup> Bei der SBB ist die Wahl des Bundes hauptsächlich auf die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft gefallen, weil bei dieser Rechtsform auch Private beteiligt werden können: Botschaft vom 13. 11. 1996 zur Bahnreform, BBl 1997, 909 ff., 944. Die Aktien der SBB befinden sich heute jedoch immer noch zu 100% in der Hand des Bundes, vgl. <https://www.uvek.admin.ch/uvek/de/home/uvek/bundesnahe-betriebe/sbb.html>, besucht am 14. 01. 2020.

<sup>95</sup> Vgl. z. B. § 4 des Gesetzes über die Thurgauer Kantonalbank und Art. 9 des Gesetzes über die Graubündner Kantonalbank. Eine Kotierung der Partizipationsscheine an der Börse ist denkbar: Freudiger (Fn. 38), 229; siehe auch Lutz Benno, Die Finanzierung von Unternehmen des öffentlichen Rechts mittels Partizipations-scheinen, in: Dubs Rolf/Hangartner Yvo/Nydegger Alfred (Hrsg.), Der Kanton St. Gallen und seine Hochschule, St. Gallen 1989, 361 ff.

<sup>96</sup> Freudiger (Fn. 38), 235.

<sup>97</sup> Jaag/Rüssli (Fn. 69), N 2308; vgl. Hauser (Fn. 6), 39.

gen, dass öffentlich-rechtliche Organisationen in der Regel bessere Kreditbedingungen erhalten als Privatrechtliche. Dies wiederum hängt u. a. mit der subsidiären gesetzlichen Haftung der Gemeinden zusammen.<sup>98</sup> Handkehrum trifft die Anstalt regelmässig eine Pflicht zur Verzinsung des vom Trärgemeinwesen eingebrachten Dotationskapitals.<sup>99</sup> Der AG ist die Verzinsung des Aktienkapitals dagegen nicht gestattet (Art. 675 Abs. 1 OR).

Art. 56 lit. a–c DBG befreien Anstalten von der direkten Bundessteuer. Das Anknüpfungskriterium der Steuerbefreiung ist die Rechtsform. Die Befreiung gilt auch bei Tätigkeiten in Konkurrenz zu Privaten.<sup>100</sup> Art. 62d RVOG befreit Anstalten des Bundes zudem von der Besteuerung durch Kantone und Gemeinden.<sup>101</sup> Art. 23 Abs. 1 lit. a–c StHG sehen die Möglichkeit einer umfassenden Befreiung kantonaler und kommunaler Anstalten von Gewinn-, Kapital- und Grundstückgewinnsteuern vor. Ob eine entsprechende Steuerbefreiung besteht, ergibt sich aus den Normen auf Bundes- und Kantonsebene.<sup>102</sup>

Privatrechtliche Aktiengesellschaften können sich gelegentlich auf spezialgesetzliche Steuerbefreiungstatbestände berufen.<sup>103</sup> Ansonsten knüpft die Steuerbefreiung an die zu erfüllende Aufgabe an, wozu spezielle Tatbestände bestehen.<sup>104</sup> Greift

keiner derselben, kommt eine Befreiung von der direkten Bundessteuer und der kantonalen und kommunalen Gewinn- und Kapitalsteuer nur in Frage, wenn die AG gemeinnützige Zwecke verfolgt (Art. 56 lit. g DBG, Art. 23 Abs. 1 lit. f StHG).<sup>105</sup> Rechtsformbezogene Steuerbefreiungstatbestände existieren für die AG, im Gegensatz zur Anstalt, nicht. Die Rechtsformwahl ist im Bereich der direkten Steuern von erheblicher Bedeutung.<sup>106</sup>

## 5. Haftung

### 5.1. Haftung der Organisation und des Trägers

Soweit eine Organisation über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt, handelt sie in eigenem Namen und auf eigene Rechnung und begründet entsprechend eigene Rechte und Pflichten. Als primäres Haftungssubstrat dient das eigene Vermögen. Die primäre Haftung öffentlich-rechtlicher Organisationen, sowohl für Schäden im Rahmen gewerblicher Verrichtungen als auch für Schäden im Rahmen der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, weist über alle Rechtsformen hinweg keine wesentlichen Unterschiede auf.<sup>107</sup> Insbesondere sind auch Staatshaftungsansprüche direkt bei der betreffenden Organisation und nicht etwa beim Trärgemeinwesen geltend zu machen.<sup>108</sup>

Im Bereich der sekundären Haftung des Gemeinwesens gibt es rechtsformspezifische Unterschiede. Für Institute des öffentlichen Rechts trifft das Trärgemeinwesen meist eine gesetzliche

<sup>98</sup> *Stöckli* (Fn. 12), 99 f.; siehe ferner *Gulde Alexander*, Bonitätsbeurteilung öffentlicher Unternehmen: eine Diskussion unter Berücksichtigung der institutionell-rechtlichen und ökonomischen Rahmenbedingungen der Schweiz, Diss. St. Gallen 2009.

<sup>99</sup> Siehe z. B. § 5 Abs. 2 des Gesetzes über die Schwyzer Kantonalbank vom 17. Februar 2010 (321.100).

<sup>100</sup> *Freudiger* (Fn. 38), 239. Gemäss einer Studie von KPMG könnte der Bund 102 Mio. Franken zusätzliche Steuern im Jahr einnehmen, wenn alle Kantonalbanken Steuern bezahlen würden: KPMG Holding AG, Wenn alle Kantonalbanken Steuern bezahlen würden, Zürich 2007, 28. Siehe auch Interpellation 09.3854, Ist die Steuerbefreiung von Kantonalbanken rechtlich haltbar?, abrufbar unter <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20093854>, besucht am 14.01.2020.

<sup>101</sup> Für Körperschaften des Bundes gilt die Steuerbefreiung nicht. Es muss nach den spezialgesetzlichen Normen geprüft werden, ob die Körperschaft einer Steuerpflicht unterliegt, *Sägesser* (Fn. 60), N 4 zu Art. 62d RVOG. Von der Steuerpflicht generell befreit ist z. B. die Nationalbank (Art. 8 Abs. 1 und 2 NBG). Üblicherweise sind die spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften des Bundes den privaten Betrieben jedoch gleichgestellt (vgl. Art. 15 TUG, Art. 10 POG). Speziellere Normen wie diejenigen zur steuerlichen Befreiung der FINMA (Art. 20 FINMAG) gehen dem RVOG vor: So ist gemäss Abs. 1 die FINMA von jeder Besteuerung durch den Bund, die Kantone und die Gemeinden befreit. Vorbehalten bleibt gemäss Abs. 2 das Bundesrecht über: a. die Mehrwertsteuer; b. die Verrechnungssteuer; c. die Stempelabgaben.

<sup>102</sup> Der Kanton Bern erklärt Anstalten des Bundes, des Kantons, der Gemeinden von der Pflicht zur Bezahlung von Gewinn- und Kapitalsteuern befreit (Art. 83 Abs. 1 lit. a und b und c StG/BE).

<sup>103</sup> Für die Skyguide ergibt sich aus Art. 40e LFG eine Befreiung von jeder Besteuerung durch Bund, Kantone und Gemeinden (vorbehältlich der Mehrwert- und Verrechnungssteuer).

<sup>104</sup> Art. 56 lit. d DBG; Art. 23 Abs. 1 lit. j StHG (vom Bund konzessionierte Verkehrs- und Infrastrukturunternehmen, die für diese Tätigkeit Abgeltungen erhalten oder aufgrund ihrer Konzession einen ganzjährigen Betrieb von nationaler Bedeutung aufrechterhalten müssen); Art. 56 lit. e DBG; Art. 23 Abs. 1 lit. d

StHG (Einrichtungen der beruflichen Vorsorge von Unternehmen mit Wohnsitz, Sitz oder Betriebsstätte in der Schweiz und von ihnen nahestehenden Unternehmen, sofern die Mittel der Einrichtung dauernd und ausschliesslich der Personalvorsorge dienen); Art. 56 lit. f DBG; Art. 23 Abs. 1 lit. e StHG (inländische Sozialversicherungs- und Ausgleichskassen, insbesondere Arbeitslosen-, Krankenversicherungs-, Alters-, Invaliden- und Hinterlassenenversicherungskassen, mit Ausnahme der konzessionierten Versicherungsgesellschaften).

<sup>105</sup> BGE 131 II 1 E. 3; weiterführend *Flückiger Mathias*, Die Steuerbefreiung privatisierter Energiewerke wegen Verfolgung öffentlicher Zwecke bzw. gemeinnütziger Zwecke, ASA 77 (2008), 449 ff.; *Dürr Samuel*, Privatisierungen aus steuerrechtlicher Sicht, Der Schweizer Treuhänder 2000, 237 ff.; *Simonek Madeleine*, Steuerbefreiung und Privatisierung. Ein Diskussionsbeitrag zur Steuerbefreiung wegen Verfolgung öffentlicher Zwecke, Der Schweizerische Treuhänder 2000, 230 ff.; *Kuster Reto*, Steuerbefreiung von Institutionen mit öffentlichen Zwecken, Diss. Zürich 1998.

<sup>106</sup> *Freudiger* (Fn. 38), 250 f.; *Jaag* (Fn. 93), 391 f.; *Schürmann Leo*, Das Recht der gemischtwirtschaftlichen und öffentlichen Unternehmungen mit privatrechtlicher Organisation, ZSR 72/1953, 65a ff., 180a.

<sup>107</sup> *Schmid Gerhard/Takei Noaki D.*, Haftung von externen Träger öffentlicher Aufgaben, in: *Schaffhauser René/Bertschinger Urs/Poledna Tomas* (Hrsg.), Haftung im Umfeld des wirtschaftenden Staates, Referate der Tagung vom 17. Januar 2003 in Zürich, St. Gallen 2003, 97 ff., 108.

<sup>108</sup> *Freudiger* (Fn. 38), 395; *Jaag* (Fn. 93), 394 f.

Ausfallhaftung.<sup>109</sup> Für die privatrechtliche AG statuiert das OR dagegen keine Ausfallhaftung. Die Träger der Organisation haben allerdings, entweder im Rahmen ihrer Mitwirkungsrechte als Aktionär oder aufgrund der Vertretung im Verwaltungsrat, eine politische Mitverantwortung, falls die Organisation in finanzielle Schieflage gerät und ihre Verbindlichkeiten nicht mehr begleichen kann. Faktisch besteht selbst bei der AG regelmässig eine Art Garantenstellung von öffentlichen Trägern aufgrund ihrer Verantwortung für die öffentliche Aufgabenerfüllung.<sup>110</sup>

## 5.2. Persönliche Verantwortung der mit der Betriebsführung betrauten Personen

Je nach Rechtsform ist die persönliche Verantwortlichkeit unterschiedlich ausgestaltet. Bei der AG richtet sich die Verantwortlichkeit von Mitgliedern des Verwaltungsrates und allen mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen nach Art. 754 ff. OR. Die betreffenden Personen sind der Gesellschaft, Aktionären und Gläubigern gegenüber für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen.<sup>111</sup> Leicht fahrlässiges Handeln genügt bereits für eine Haftung.<sup>112</sup>

Bei der gemischtwirtschaftlichen AG ist zu beachten, dass für die von einer Körperschaft des öffentlichen Rechts abgeordneten Verwaltungsratsmitglieder die Körperschaft der Gesellschaft, den Aktionären und den Gläubigern gegenüber haftet, unter Vorbehalt des Rückgriffs nach dem Recht des Bundes und der Kantone (Art. 762 Abs. 4 OR). Daraus folgt die unmittelbare Haftung des Gemeinwesens für seine Vertreter. Umfang und Voraussetzungen der Haftung richten sich auch für das Gemeinwesen nach den allgemeinen aktienrecht-

lichen Bestimmungen der Art. 754 ff. OR.<sup>113</sup> Der Rückgriff bestimmt sich nach dem auf das Rechtsverhältnis zwischen der Körperschaft und dem Vertreter anwendbaren Recht (Verantwortlichkeitsgesetz, Haftungsgesetz, Beamtengesetz, Personalgesetz, Angestelltenreglement, Arbeitsvertrag oder Auftrag).<sup>114</sup>

Bei den beiden öffentlich-rechtlichen Rechtsformen Anstalt und Zweckverband richtet sich die Verantwortlichkeit nach dem kantonalen Haftungsgesetz.<sup>115</sup> Dabei haften die Verantwortlichen nur für vorsätzliche oder *grob*fahrlässige Verletzung von Pflichten. Die Verantwortlichkeitsbestimmungen nach öffentlichem Recht sind entsprechend etwas milder.

## 6. Schuldbetreibung und Konkurs

Das Verwaltungsvermögen von Gemeinden und anderen Körperschaften des kantonalen öffentlichen Rechts unterliegt einem gesetzlichen Pfändungsverbot (Art. 9 des Bundesgesetzes über die Schuldbetreibung gegen Gemeinden und andere Körperschaften des kantonalen öffentlichen Rechts vom 4. Dezember 1947 [SR 282.11]). Das Pfändungsverbot für Verwaltungsvermögen gilt gemäss Bundesgericht allgemein, d. h. nicht nur für das Verwaltungsvermögen der Körperschaften des kantonalen öffentlichen Rechts.<sup>116</sup> Das Vermögen von privatrechtlichen Aktiengesellschaften wird vom Bundesgericht<sup>117</sup> und von einem Teil der Lehre<sup>118</sup> nicht als Verwaltungsvermögen qualifiziert, selbst wenn die Gesellschaft öffentliche Aufgaben erfüllt, weshalb nach dieser Meinung das Pfändungsverbot von vornherein nicht greift. Anderer Ansicht zufolge stellt auch das Vermögen einer Privatperson Verwaltungsvermögen dar, sofern es der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient.<sup>119</sup> Es ist un-

<sup>109</sup> Für die Anstalt ist eine subsidiäre Ausfallhaftung beispielsweise explizit in § 2 Abs. 2 Haftungsgesetz ZH vorgesehen. Für spezialgesetzliche Aktiengesellschaften der Kantone ergibt sich das Erfordernis der Ausfallhaftung des Kantons aus Art. 763 Abs. 1 OR. Die zwingend erforderliche Staatsgarantie, die auf Bundesebene nicht vorausgesetzt ist, soll der Grund für die geringe Verbreitung spezialgesetzlicher Aktiengesellschaften in den Kantonen sein: *Bühler Christoph B.*, Spezialgesetzliche Aktiengesellschaften, Regelungsanliegen und Instrumente, GesKR 2018, 355 ff., 358.

<sup>110</sup> *Schedler/Müller/Sonderegger* (Fn. 5), 89 f.; *Stöckli* (Fn. 12), 100 f. 10 Fallstudien zur Sanierung öffentlicher Unternehmen finden sich bei *Gulde* (Fn. 98), 145 ff.

<sup>111</sup> Zu den möglichen Interessenkonflikten von Behördenvertretern im Verwaltungsrat und deren Auswirkungen auf die Haftung siehe *Buob*, Interessenkonflikte (Fn. 82), 144 ff.; *Buob*, Aktiengesellschaften (Fn. 82), 111 ff.

<sup>112</sup> BGE 139 II 24, E. 3.5. Die Staatsvertreter im Verwaltungsrat können gegen Verantwortlichkeitsansprüche auch versichert werden: *Studer Helmut/Wanner Sabine*, Organhaftpflichtversicherung, in: *Schaffhauser René/Bertschinger Urs/Polledna Tomas* (Hrsg.), Haftung im Umfeld des wirtschaftenden Staates, Referate der Tagung vom 17. Januar 2003 in Zürich, St. Gallen 2003, 135 ff.

<sup>113</sup> BGE 116 II 158 E. 3a.

<sup>114</sup> Untersteht das Verhältnis dem öffentlichen Recht, ist der Rückgriff in der Regel nur bei vorsätzlichem und grobfahrlässigem Verhalten möglich: *Wernli Martin/Rizzi Marco A.*, N 20 zu Art. 762 OR, in: *Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang* (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, 5. Aufl., Basel 2016; *Schürmann Leo*, Rechtsfragen zur Haftung von Mitgliedern des Regierungsrates als Verwaltungsräte in öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, insbesondere nach zugehörigem Recht, ZBl 91/1990, 337 ff., 346. Sofern das abgeordnete Verwaltungsratsmitglied Weisungen der Körperschaft befolgt hat, ist ein Rückgriff mangels Pflichtwidrigkeit ausgeschlossen: *Stämpfli Michael*, Die gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft, Ihre Willensbildung und Organisation, Diss. Bern 1991., 136 f.

<sup>115</sup> Vgl. z. B. § 14 ff. Haftungsgesetz-ZH.

<sup>116</sup> BGE 103 II 227 E. 4; BGE 120 II 321 E. 2b.

<sup>117</sup> BGE 107 II 44 E. 1 c.

<sup>118</sup> *Jaag* (Fn. 93), 392 f.

<sup>119</sup> *Adler Denis Oliver/Tönz Stefan*, Die Verwendung von Verwaltungsvermögen im Rahmen einer Privatisierung – unter besonderer Berücksichtigung der Wasserversorgungsanlagen im Kanton Zürich, ZBl 118/2017, 355 ff., 366; *Schürmann* (Fn. 106), 177a.

wahrscheinlich, dass sich ein privatrechtlich organisierter Betrieb im Ernstfall erfolgreich auf das Pfändungsverbot berufen kann. Das Verwaltungsvermögen öffentlich-rechtlicher Institute ist dagegen grundsätzlich vor der Pfändung geschützt.<sup>120</sup>

Juristische Personen des Privatrechts sind konkursfähig (Art. 39 Abs. 1 SchKG).<sup>121</sup> Institute des öffentlichen Rechts hingegen nicht.<sup>122</sup> Anstalten oder spezialgesetzliche Aktiengesellschaften könnten allenfalls mittels Gesuch den Konkurs beantragen (Art. 191 SchKG).<sup>123</sup> Bis dato wurden öffentliche Unternehmen im Falle einer finanziellen Schieflage immer vom Trärgemeinwesen total saniert.<sup>124</sup> Deshalb ist die Diskussion um den Konkurs öffentlicher Unternehmen bislang theoretischer Natur.

## 7. Arbeitsverhältnisse

Auf die Arbeitsverhältnisse sind je nach Rechtsform unterschiedliche Bestimmungen anwendbar. Bei einer privatrechtlichen AG kommen die Bestimmungen des OR zum Arbeitsvertrag sowie das Arbeitsgesetz zur Anwendung.<sup>125</sup> Hervorzuheben ist dabei namentlich die weitgehend freie Kündigungsmöglichkeit des Arbeitsverhältnisses (vgl. Art. 335 OR). Bei einem Zweckverband oder einer Anstalt richten sich die Arbeitsverhältnisse dagegen in der Regel nach dem öffentlichen Recht.<sup>126</sup> Dieses ist aus unternehmerischer Sicht weniger flexibel, bietet dem Arbeitnehmer aber tendenziell einen besseren Kündigungsschutz und weitere Vorteile wie

etwa das Anhörungsrecht<sup>127</sup> oder den Abfindungsanspruch.<sup>128</sup>

Soll die künftige Organisation unternehmerisch auch in personalrechtlicher Hinsicht weitgehend flexibel agieren können, so bieten privatrechtliche Arbeitsverhältnisse und damit die AG Vorteile.<sup>129</sup> Aus politischer Sicht kann dieser Punkt aber zu Diskussionen Anlass geben, auch wenn nur wenige Arbeitnehmer betroffen sind. Allfälliger Kritik könnte begegnet werden, indem der Schutz der Arbeitnehmer mittels individualvertraglicher Abreden, die sich am öffentlichen Personalrecht orientieren, verbessert wird.

## 8. Aufsicht

Die Aufsicht über Unternehmen ist häufig rechtsformabhängig ausgestaltet.<sup>130</sup> Als Beispiel sei der Versicherungsmarkt angeführt. Das Bundesgericht stellt in der Regeste des Entscheides 138 I 378 (Glarnersach) fest: «Eine öffentliche Versicherungsanstalt untersteht auch im Wettbewerbsbereich nicht dem Versicherungsaufsichtsgesetz (E. 9.5).» Folglich wählt der Kanton ein Institut des öffentlichen Rechts und keine privatrechtliche AG, wenn er das Unternehmen selbst beaufsichtigen möchte.<sup>131</sup> Selbst mit Blick auf die Wettbewerbsneutralität ist eine spezielle kantonale Aufsicht nach dem Massstab des Bundesgerichts zulässig.<sup>132</sup> Die Aufsicht über Bundesbetriebe ist dagegen rechtsformunabhängig ausgestaltet.<sup>133</sup>

Bei selbständigen Anstalten existieren im Gründungsgesetz häufig Auskunftrechte der Aufsichtsinstanzen des Muttergemeinwesens oder entsprechende Berichtspflichten der leitenden Organe gegenüber den Aufsichtsinstanzen des Muttergemeinwesens.<sup>134</sup> Auch ohne spezielle Legitimationsgrundlage im Errichtungsakt soll das Muttergemeinwesen gemäss *Stöckli* im Rahmen seiner Aufsichtstätigkeit befugt sein, Einsicht in die Geschäftsunterlagen zu nehmen und Informationen der Unternehmensorgane zu verlangen. Behördenvertreter in den Leitungs- und Aufsichtsgremien von Anstalten dürfen daher dem Muttergemein-

<sup>120</sup> Zu beachten ist, dass das Bundesgericht in BGE 120 II 321 ff. das Verwaltungsvermögen der Aargauer Kantonalbank, einer Anstalt, vom Pfändungsverbot ausgenommen hat, weil es wirtschaftlichen Zwecken dient. Daraus wird zuweilen abgeleitet, dass ein als Anstalt organisierter Wettbewerbsbetrieb sich in solchen Fällen auch nicht auf das Pfändungsverbot berufen darf: *Jaag* (Fn. 93), 393.

<sup>121</sup> Überlegungen zum Konkurs öffentlicher Unternehmen in Privatrechtsform finden sich bei *Adler/Tönz* (Fn. 119), 368 ff.

<sup>122</sup> *Freudiger* (Fn. 38), 222; *Waldmeier David*, Insolvenz verselbständigter Verwaltungseinheiten von Bund und Kantonen: Unter besonderer Berücksichtigung staatlicher Einstandspflichten, Diss. St. Gallen, Zürich 2018, Rz. 511 f.

<sup>123</sup> *Schedler/Müller/Sonderegger* (Fn. 5), 88; *Stöckli* (Fn. 12), 100 f.

<sup>124</sup> *Schedler/Müller/Sonderegger* (Fn. 5), 89 f. 10 Fallstudien zur Sanierung öffentlicher Unternehmen finden sich bei *Gulde* (Fn. 98), 145 ff.

<sup>125</sup> Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung «gilt das private Arbeitsrecht zwingend ( ) für privatrechtliche Gesellschaften, die durch eine formelle oder organisatorische Privatisierung ehemals öffentlich-rechtlicher Unternehmen entstanden sind»: BGE 2P.217/2003 vom 22. 10. 2003, E. 2.3; siehe schon *Schürmann* (Fn. 106), 180a. Eine privatrechtliche Anstellung im öffentlichen Dienst ist dagegen nicht gänzlich ausgeschlossen: BGE 2P.18/2006 vom 19. 5. 2006, E. 2.3; BGE 118 II 213 E. 3; *Helbling Peter*, Der öffentliche Dienst auf dem Weg in das OR, AJP 2004, 242 ff.

<sup>126</sup> So z. B. § 53 Gemeindegesetz/ZH für Zweckverbände und selbständige Anstalten.

<sup>127</sup> Vgl. z. B. § 31 PG/ZH.

<sup>128</sup> Vgl. z. B. § 26 PG/ZH. Zu den Schranken einer Abweichung vom öffentlichen Personalrecht vgl. BGE 128 I 113.

<sup>129</sup> Relativierend *Stöckli* (Fn. 12), 101 ff.

<sup>130</sup> Zum Begriff der Aufsicht *Müller Georg*, Die Aufsicht über die selbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalten im Kanton Zürich, ZBI 110/2009, 473 ff., 474 f.

<sup>131</sup> Mit Blick auf die kantonale Organisationsautonomie (Art. 47 Abs. 2 BV) ist es regulär, das wettbewerbliche Versicherungsgeschäft durch öffentlich-rechtlich konstituierte Gebäudeversicherungen besorgen zu lassen: *Tschannen/Locher* (Fn. 4), 61 ff., 79 f.

<sup>132</sup> BGE 138 I 378 E. 9.5.

<sup>133</sup> *Freudiger* (Fn. 38), 353 f.

<sup>134</sup> Vgl. z. B. § 8 Abs. 2 Satz 2 KBG BL; § 18 Abs. 2 KBG BS.



wesen Informationen zukommen lassen.<sup>135</sup> Gleiches soll bei spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften gelten. Das Informationsrecht des Muttergemeinwesens ergibt sich hier entweder aus dem Gründungserlass<sup>136</sup> oder aus dem Rechtsverhältnis zwischen dem Gemeinwesen und seinem Vertreter im Verwaltungsrat. Bei börsenkotierten Gesellschaften muss immerhin sichergestellt sein, dass das Gemeinwesen «Vorkehrungen für den Geheimnisschutz trifft und die Informationen ausschliesslich zur Finanz- und Aufgabenerfüllungskontrolle verwendet».<sup>137</sup> Im Bund muss die Berichterstattung im Falle von kursrelevanten Informationen (Swisscom) an einen eng umgrenzten Kreis von Personen erfolgen, um die Geheimhaltung zu gewährleisten. Insbesondere im Rahmen der parlamentarischen Oberaufsicht ist fraglich, ob die Geheimhaltung überhaupt sichergestellt werden kann.<sup>138</sup>

In der privatrechtlichen AG unterliegt der Verwaltungsrat einer Treuepflicht (Art. 717 OR). Daraus ergibt sich die Pflicht zur Verschwiegenheit. Gleichwohl wird dem entsandten Vertreter (Art. 762 OR) von der h. L. zugestanden, dem Exekutivorgan der entsendenden Körperschaft unbeschränkt und ohne Rücksicht auf die Geheimhaltungspflicht Bericht zu erstatten, da das Exekutivorgan seinerseits einer Schweigepflicht unterliegt.<sup>139</sup> Auch für den gewählten Vertreter (Art. 707 Abs. 3 OR) soll diese Lockerung der Verschwiegenheitspflicht gelten, wenn sich die öffentliche Hand ihrerseits zur Verschwiegenheit verpflichtet und ihr – insbesondere bei börsenkotierten Gesellschaften<sup>140</sup> – ein Ver-

wendungsverbot für die vermittelte Information auferlegt wird.<sup>141</sup> Neben der Verschwiegenheitspflicht gilt es noch das Gleichbehandlungsgebot zu beachten. Bei Aktiengesellschaften, die zu 100% dem Staat gehören, ist die Berichterstattung durch den Verwaltungsrat an die Aufsicht unter diesem Gesichtspunkt nicht problematisch. Wenn Private beteiligt sind, besteht zwischen dem privilegierten Informationsrecht des Gemeinwesens und dem aktienrechtlichen Gleichbehandlungsgebot (Art. 717 Abs. 2 OR) ein Spannungsverhältnis. Das kapitalmarktrechtliche Gleichbehandlungsgebot ist noch strenger als das aktienrechtliche.<sup>142</sup> Sofern die Regierung im Rahmen der Aufsicht und das Parlament im Rahmen der Oberaufsicht ein erhöhtes Informationsbedürfnis haben, kann für das öffentliche Unternehmen durchaus die Form der AG gewählt werden. Bei der Beteiligung Privater und insbesondere beim Gang an die Börse ist aber Zurückhaltung geboten.<sup>143</sup>

## V. Fazit

Dem Staat stehen bei der Wahl der Rechtsform eines öffentlichen Unternehmens diverse Möglichkeiten offen. Bei den privatrechtlichen Rechtsformen fällt die Wahl regelmässig auf die AG gemäss Art. 620 ff. OR. Bei den öffentlich-rechtlichen Organisationsformen stehen die Körperschaft und die Anstalt im Zentrum. Je marktnäher – vor allem im Bereich von Gemeingütern – das öffentliche Unternehmen tätig ist, desto eher rechtfertigt sich eine privatrechtliche Rechtsform und insbesondere die AG. Bei öffentlichen Gütern besteht dagegen oft keine marktähnliche Situation. In diesen Fällen sollten öffentlich-rechtliche Rechtsformen im Vordergrund stehen. Die Frage nach der Auslagerung, d. h. der Verselbständigung eines Aufgabenträgers, ist primär politischer Natur. Der Gesetzgeber muss die Vorteile und die Nachteile gegeneinander abwägen. Auslagerungen sollten nur bei Aufgaben ins Auge gefasst werden, die nicht hoheitlich sind, die Produktion marktfähiger Güter oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben sowie einen

<sup>135</sup> Stöckli (Fn. 12), 480; a. A. Freudiger (Fn. 38), 107; Schulthess Stefan/Wiederkehr René, Aufsicht und Legalitätsprinzip, ZBl 110 (2009), 181 ff., 189. Die Frage, ob öffentlich-rechtliche Organisationen sich auf Freiheitsrechte berufen können, hat das Bundesgericht bis dato offengelassen: BGE 142 II 369 E. 6.3 f.; verneinend Abegg/Frei (Fn. 36), 296 f. Würde man die Frage ohne Einschränkungen bejahen, müssten z. B. Berichtspflichten der Organe über gewerbliche Tätigkeiten als Eingriffe in die unternehmerische Autonomie der Anstalt qualifiziert und gemäss Art. 36 BV gerechtfertigt werden. Die Anforderungen an die Normstufe und -dichte sind bei Grundrechtseingriffen erhöht.

<sup>136</sup> Vgl. Art. 5 Abs. 4 KBG GE; Art. 15 Abs. 3 KBG GL (zur Informationsversorgung des Regierungsrats) sowie Art. 23 Abs. 2 und Abs. 3 KBG GL (zur Informationsversorgung des Landrats) und zu den Auskunftsrechten des Landrats; Art. 17a KBG JU; Art. 12 Abs. 2<sup>bis</sup> und Art. 13 Abs. 2 KBG VD.

<sup>137</sup> Stöckli (Fn. 12), 486 f.; siehe auch Bertschinger Urs/Watter Rolf, Privatisierung: Gestaltungsmöglichkeiten und Haftung des Staates als Grossaktionär, in: Schaffhauser René/Bertschinger Urs/Poledna Tomas (Hrsg.), Haftung im Umfeld des wirtschaftenden Staates, Referate der Tagung vom 17. Januar 2003 in Zürich, St. Gallen 2003, 31 ff., 55.

<sup>138</sup> Müller Georg/Vogel Stefan, Oberaufsicht der Bundesversammlung über verselbständigte Träger von Bundesaufgaben, ZBl 111/2010, 649 ff., 663; zu den möglichen Massnahmen zur Wahrung der Vertraulichkeit Sägesser Thomas, Oberaufsicht der Bundesversammlung, SJZ 109/2013, 125 ff., 135 f.

<sup>139</sup> Stöckli (Fn. 12), 483, m. w. H.

<sup>140</sup> Nach nicht unumstrittener Auffassung sollten absolute Geschäftsgeheimnisse (z. B. Angaben, die unter das Bank-, Revisions- oder das Börsen- bzw. Effektenhändlergeheimnis fallen) auch dem Zugriff der Aufsichtsbehörden entzogen werden: Freudiger (Fn. 38), 119.

<sup>141</sup> Stöckli (Fn. 12), 484.

<sup>142</sup> «Gibt der Verwaltungsrat anlässlich einer Informationsvermittlung während des Geschäftsjahres Informationen heraus, die dem Informationsempfänger einen Wissensvorsprung hinsichtlich kursrelevanter Tatsachen verschaffen, so ist der Grundsatz des «level playing field» verletzt; der Verwaltungsrat muss die Information sofort und gleichzeitig einem unbegrenzten Kreis von Personen, die ebenfalls an börsenrelevanten Informationen interessiert sind, zugänglich machen.»: Böckli Peter/Bühler Christoph B., Vorabinformationen an Grossaktionäre: Möglichkeiten und Grenzen nach Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht SZW 2005, 101 ff., 112.

<sup>143</sup> Müller/Vogel (Fn. 138), 663. Minderheiten sind zu schützen: Forstmoser Peter, Wer «A» sagt muss auch «B» sagen, Gedanken zur Privatisierungsdebatte, SJZ 98 (2002), 193 ff. und 217 ff., 197.



geringen politischen Steuerungsbedarf und ein hohes Synergiepotenzial aufweisen (oben II).

Soweit die Rechtsform eines ausgegliederten Aufgabenträgers nicht vorgeschrieben ist (vgl. z. B. Art. 3a BankG; 48 Abs. 2 BVG; 61 Abs. 1 AHVG), verfügt der Souverän über ein weites Ermessen. Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität des Staatshandelns (Art. 94 BV) legt es allerdings nahe, dass Institute des öffentlichen Rechts, allen voran die Anstalt, aufgrund ihrer rechtsformspezifischen Vorteile nicht auf Wettbewerbsmärkten eingesetzt werden. Staatliche Wettbewerbsunternehmen sollten als privatrechtliche AG organisiert werden. Bei öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmen, die sowohl über einen Monopol- als auch über einen Wettbewerbsbereich verfügen, ist es sinnvoll, den Wettbewerbsbereich in eine privatrechtliche Tochtergesellschaft auszugliedern (oben III).

Bei der Rechtsformwahl stehen folgende Kriterien im Vordergrund (oben IV):

- Beim Zweck der Organisation ist zu beachten, dass öffentlich-rechtliche Institute primär zur Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben bestimmt sind. Die Erweiterung des Tätigkeitsfeldes bedarf einer Gesetzesänderung. Privatrechtliche Aktiengesellschaften können dagegen wesensgemäss neben öffentlichen Aufgaben auch gewerblichen Tätigkeiten nachgehen. Für die Erweiterung des Tätigkeitsfeldes bzw. das Erschliessen eines neuen Marktes bedarf es lediglich einer Statutenänderung (oben IV.1).
- Die Entpolitisierung der Aufgabenerfüllung kann sowohl mittels Anstalt, spezialgesetzlicher AG und privatrechtlicher AG erreicht werden. In allen Fällen hat der Souverän kaum Mitbestimmungsrechte. Wenn die demokratischen Rechte der Bevölkerung aufrechterhalten werden sollen, ist der Zweckverband vorzugswürdig. Hinsichtlich der Flexibilität der Aufbau- und Ablauforganisation weist die spezialgesetzliche AG Vorteile gegenüber der privatrechtlichen AG auf, da die zwingenden Bestimmungen des OR nicht beachtet werden müssen (oben IV.2).
- Bei der Eigentümerstruktur ist zu beachten, dass die Beteiligung eines oder mehrerer Gemeinwesen bei allen selbständigen Organisationsformen möglich ist. Am einfachsten gestaltet sich der Einbezug neuer Mitglieder bei der AG, da keine Gesetzesänderung, sondern lediglich eine Übertragung der Aktien erforderlich ist. Auch die Beteiligung Privater kann bei der AG am besten realisiert werden. Einige Anstalten verfügen zwar über ein Partizipationskapital; die Partizipationsscheine vermitteln jedoch keine Mitbestimmungsrechte, sondern lediglich Informations- und Vermögensrechte (oben IV.3).
- Im finanziellen Bereich verfügen öffentlich-rechtliche Rechtsformen aufgrund der Ausfallhaftung des Gemeinwesens über die Möglichkeit, Fremdkapital günstiger zu beschaffen. Sie profitieren zudem im Bereich der Steuern. Das Anknüpfungskriterium der Steuerbefreiung ist die Rechtsform (oben IV.4).
- Gegenüber Dritten besteht bei öffentlich-rechtlichen Instituten grundsätzlich eine Ausfallhaftung des Staates. Bei der privatrechtlichen AG besteht diese subsidiäre Haftung nicht. Der Unterschied wird insofern relativiert, als die Erfahrung zeigt, dass der Staat im Notfall auch seine privatrechtlichen Gesellschaften saniert. In Bezug auf die persönliche Verantwortlichkeit der Betriebsführung ist zu erwähnen, dass die Verantwortlichen öffentlich-rechtlicher Organisationen häufig nur für vorsätzliche oder grobfahrlässige Verletzung von Pflichten haften. Die Verantwortlichkeitsbestimmungen nach öffentlichem Recht sind also etwas milder als im Privatrecht (oben IV.5).
- Bei der Schuldbetreibung ist zu beachten, dass das Verwaltungsvermögen öffentlich-rechtlicher Organisationen grundsätzlich vor einer Pfändung geschützt ist. Privatrechtliche Organisationen können dagegen – nach umstrittener Auffassung – nicht über Verwaltungsvermögen verfügen und profitieren daher auch nicht von einem Pfändungsprivileg. Im Gegensatz zu privatrechtlichen Organisationen kann über öffentlich-rechtliche Organisationen zudem nicht der Konkurs eröffnet werden, es sei denn, die öffentlich-rechtliche Organisation verlangt danach (oben IV.6).
- Bei einer privatrechtlichen AG kommen zwingend die arbeitsvertraglichen Bestimmungen des OR sowie das Arbeitsgesetz zur Anwendung. Das Privatrecht ist insbesondere in Bezug auf die Kündigung flexibler als das öffentliche Personalrecht. Bei öffentlich-rechtlichen Organisationen sind im Normalfall auch die Arbeitsverhältnisse öffentlich-rechtlich. Das Gründungsgesetz kann jedoch auch die Anwendung des privaten Arbeitsrechts vorsehen (oben IV.7).
- Die öffentlich-rechtliche Organisationsform gibt dem Kanton die Möglichkeit, eine eigene Aufsicht (z. B. für Versicherungsunternehmen) einzurichten (oben IV.8).