

# Der Staat als Aktionär

Herausgegeben von  
SUSANNE KALSS,  
HOLGER FLEISCHER,  
HANS-UELI VOGT

*Max-Planck-Institut  
für ausländisches und internationales  
Privatrecht*

*Beiträge zum ausländischen  
und internationalen Privatrecht*

129

---

**Mohr Siebeck**

Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht

129

Herausgegeben vom  
Max-Planck-Institut für ausländisches  
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Holger Fleischer, Ralf Michaels und Reinhard Zimmermann





# Der Staat als Aktionär

Neuntes deutsch-österreichisch-schweizerisches Symposium,  
Wien, 17.–18. Mai 2018

Herausgegeben von

Susanne Kalss, Holger Fleischer und Hans-Ueli Vogt

Mohr Siebeck

*Holger Fleischer* ist Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

*Susanne Kalss* ist Universitätsprofessorin am Institut für Zivil- und Unternehmensrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien.

*Hans-Ueli Vogt* ist Professor für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich.

ISBN 978-3-16-158886-0 / eISBN 978-3-16-158887-7

DOI 10.1628/978-3-16-158887-7

ISSN 0340-6709 / eISSN 2568-6577

(Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

## Vorwort

Der vorliegende Band geht auf ein Symposium an der Wirtschaftsuniversität Wien im Mai 2018 zurück. Er dokumentiert die Referate und Diskussionen des neunten Jahrestreffens von Gesellschafts- und Kapitalmarktrechtlern aus Deutschland, Österreich und der Schweiz. Wir danken allen Referenten sehr herzlich für ihre stimulierenden Vorträge. Ein weiterer Dank gebührt Herrn Konstantin Horn und den studentischen Hilfskräften am Hamburger Max-Planck-Institut für die redaktionelle Überarbeitung der Manuskripte sowie Frau Anja Rosenthal für die Erstellung der Druckvorlage.

Wien, Hamburg und Zürich im Juli 2019

*Susanne Kalss  
Holger Fleischer  
Hans-Ueli Vogt*



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort ..... V

Abkürzungsverzeichnis ..... IX

*Hans-Ueli Vogt*

Öffentlich-rechtliche Organisationsform vs. staatliche Beteiligung an  
einer Aktiengesellschaft –  
Prolegomena zum „Staat als Aktionär“: Die Rolle von Aktiengesell-  
schaften in der Corporate Governance des Staates ..... 1

Diskussion (*Sebastian Brehm*) ..... 21

*Michael Holoubek*

Der Staat als Aktionär –  
Verfassungsrechtliche Vorgaben aus österreichischer Sicht ..... 23

*Thomas Mann*

Der Staat als Aktionär –  
Öffentlich-rechtliche Besonderheiten in Deutschland ..... 39

Diskussion (*Sophie Natlacen*) ..... 55

*Michael Gruber*

Der Beamte als Aufsichtsratsmitglied ..... 57

*Klaus Ulrich Schmolke*

Vertreter von Gebietskörperschaften im Aufsichtsrat –  
Fragen der Information, Verschwiegenheit und Bewältigung von  
Interessenkonflikten ..... 75

Diskussion (*Florian Ebner/Alexander Leonhartsberger*) ..... 99

*Walter Bayer*

Der Staat als Spitze eines Konzerns –  
Was kann das Aktiengesetz leisten? ..... 103

*Peter V. Kunz*

Staatsbeteiligungen und ausgewählte Verantwortlichkeiten ..... 127

Diskussion (*Veronika Kubasta/Sebastian Brehm*)..... 141

*Susanne Kalss*

Der Bundes Public Corporate Governance Kodex ..... 145

Diskussion (*Veronika Kubasta*)..... 169

*Jessica Schmidt*

Golden Shares – VW and Beyond ..... 171

*Christoph B. Bühler*

Spezialgesetzliche Aktiengesellschaften –  
Regelungsanliegen und -instrumente ..... 195

Diskussion (*Veronika Kubasta/Sophie Natlacen*) ..... 209

Autorenverzeichnis ..... 211

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
abgedr.	abgedruckt
abl.	ablehnend
ABl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
abw.	abweichend
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AtP	Zeitschrift für das gesamte Medienrecht
AG	Aktiengesellschaft
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AktG	Aktiengesetz
AktRÄG	Aktienrechts-Änderungsgesetz
allg.	allgemein
Alt.	Alternative
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AR	Aufsichtsrat
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz
arg. e	Argument aus
Art.	Artikel
ASFINAG	Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft
Aufl.	Auflage
ausf.	ausführlich
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAG	Bundesarbeitsgericht
bay.	bayerisch
BayGO	Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern
BB	Betriebs-Berater
bbg.	brandenburgisch
BBG	Bundesbeamtengesetz
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
BDG	Beamten-Dienstrechtsgesetz
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie

bd.-wtt.	baden-württembergisch
BeamStG	Beamtenstatusgesetz
Begr.	Begründung
betr.	betreffend
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BGRB	Bundesgesetz über die Rüstungsunternehmen des Bundes
BHG	Bundshaushaltsgesetz
BHO	Bundshaushaltsordnung
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BlgNR	Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrats
BMF	Bundesministerium für Finanzen
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BOARD	Zeitschrift für Aufsichtsräte in Deutschland
BR	Bundesrat
BSK	Basler Kommentar
BT	Bundestag
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
C.M.L.Rev.	Common Market Law Review
CEO	Chief Executive Officer
CGK	Corporate Governance Kodex
CLJ	Cambridge Law Journal
CNE	Comisión Nacional de Energía
COM	Europäische Kommission
CRD	Capital Requirements Directive
d. h.	das heißt
dAktG	Deutsches Aktiengesetz
DB	Der Betrieb
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
DDR	Deutsche Demokratische Republik
ders.	derselbe
dies.	dieselbe/n
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DM	Deutsche Mark
Dok.	Dokument
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
Drucks.	Drucksache
dt.	deutsch
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt

e. V.	eingetragener Verein
ebd.	ebenda
EBLR	European Business Law Review
ECL	European Company Law
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation
EG	Europäische Gemeinschaft
EGAktG	Einführungsgesetz zum Aktiengesetz
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EL	Ergänzungslieferung
EP	Europäisches Parlament
EStG	Einkommensteuergesetz
et al.	et alii
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuLF	The European Legal Forum
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EW	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
EWSA	Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss
exkl.	exklusive
f./ff.	folgende
FKVO	Fusionskontrollverordnung
FMStBG	Finanzmarktstabilisierungsgesetz
Fn.	Fußnote
FPStatG	Finanz- und Personalstatistikgesetz
FS	Festschrift
FWF	Fonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung
g.h.M.	ganz herrschende Meinung
GA	Generalanwalt
gem.	gemäß
GES	Zeitschrift für Gesellschaftsrecht und angrenzendes Steuerrecht
GesKR	Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
GesR	Gesellschaftsrecht
GesRZ	Der Gesellschafter – Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht
GewArch	Gewerbearchiv
GG	Grundgesetz
GL	Geschäftsleitung
GLJ	German Law Journal
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GO NRW	Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen
GP	Gesetzgebungsperiode
GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union

Großkomm	Großkommentar
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GV	Gemeindevertretung
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h. A.	herrschende Ansicht
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
HGB	Handelsgesetzbuch
HGrG	Haushaltsgrundsätzegesetz
HR	Handelsregister
Hrsg.	Herausgeber
HV	Hauptversammlung
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
i. E.	im Ergebnis
i. e. S.	im engeren Sinne
i. H. v.	in Höhe von
i. S. d.	im Sinne des
i. S. v.	im Sinne von
i. Ü.	im Übrigen
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne
ISR	Investment Screening Regulation
IWP	Institut Österreichischer Wirtschaftsprüfer
JA	Juristische Arbeitsblätter
jew.	jeweils
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen-Zeitung
KB	Kantonalbank
KBG	Kantonalbankgesetz
KfW	Kreditanstalt für Wiederaufbau
KG	Kammergericht
KölnKomm	Kölner Kommentar
KommJur	Kommunaljurist
KomVerf	Kommunalverfassung
KonTraG	Gesetz zur Transparenz und Kontrolle im Unternehmensbereich
krit.	kritisch
KStG	Körperschaftsteuergesetz
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht
LB	Landesbank
LFG	Luftfahrtgesetz
LG	Landgericht

LHO	Landeshaushaltsordnung
LIEI	Legal Issues of Economic Integration
lit.	littera
m. a. W.	mit anderen Worten
m. Anm.	mit Anmerkung
m. E.	meines Erachtens
m. N.	mit Nachweisen
m. w. H.	mit weiteren Hinweisen
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
m. zahlr. N.	mit zahlreichen Nachweisen
m. zust. Anm.	mit zustimmender Anmerkung
MiFID	Markets in Financial Instruments Directive
MinBlFin	Ministerialblatt des Bundesministeriums für Finanzen
mind.	mindestens
MünchHdbAG	Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 4: Aktien- gesellschaft
MünchKomm	Münchener Kommentar
mv.	mecklenburg-vorpommerisch
N.	Note
n. F.	neue Fassung
Nachw.	Nachweis
NBG	Nationalbankgesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NKomVG	Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz
Nr.	Nummer
nrw.	nordrhein-westfälisch
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NWVBl.	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZZ	Neue Zürcher Zeitschrift
öAktG	Österreichisches Aktiengesetz
ÖBA	BankArchiv – Zeitschrift für das gesamte Bank- und Börsenwesen
ÖBIB	Österreichische Bundes- und Industriebeteiligungen
ÖCGK	Österreichischer Corporate Governance Kodex
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
ÖFVA	Österreichische Vereinigung für Finanzanalyse und Asset Manage- ment
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJT	Österreichischer Juristentag
OLG	Oberlandesgericht
OR	Obligationenrecht
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte
ÖZW	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
PCGK	Public Corporate Governance Kodex
PG	Postgesetz

POG	Bundesgesetz über die Organisation der Schweizerischen Post
PublG	Publizitätsgesetz
RAnz	Reichsanzeiger
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
RegE	Regierungsentwurf
rhpf.	rheinland-pfälzisch
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
RWZ	Zeitschrift für Recht und Rechnungswesen
Rz.	Randziffer
S.	Seite
s.-anh.	sachsen-anhaltisch
s. o.	siehe oben
SBB	Schweizerische Bundesbahnen
SBBG	Bundesgesetz über die Schweizerischen Bundesbahnen
SCGK	Public Corporate Governance Kodex des Landes Salzburg
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SNB	Schweizerische Nationalbank
sog.	sogenannte
Sp.	Spalte
SVVOR	Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht
SWD	Commission Staff Working Document
TUG	Telekommunikationsunternehmensgesetz
u. a.	unter anderem
UGB	Unternehmensgesetzbuch
UIG	Umweltinformationsgesetz
UMTS	Universal Mobile Telecommunications System
unstr.	unstrittig
v.	von/vom
v. a.	vor allem
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VermRÄndG	Vermögensrechtsänderungsgesetz
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VFSD	Verordnung über den Flugsicherungsdienst
VfSlg	Ausgewählte Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VGR	Gesellschaftsrechtliche Vereinigung
VKU	Verband kommunaler Unternehmen

Vorb.	Vorbemerkung
VPG	Postverordnung
VR	Verwaltungsrat, Verwaltungsrundschau
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VW	Volkswagen
WBl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
WM	Wertpapier-Mitteilungen – Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WPg	Die Wirtschaftsprüfung
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WRV	Weimarer Reichsverfassung
WU	Wirtschaftsuniversität
WuB	Wirtschafts- und Bankrecht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
Z.	Ziffer
z. B.	zum Beispiel
z. T.	zum Teil
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZCG	Zeitschrift für Corporate Governance
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEW	Leibniz-Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung
ZFR	Zeitschrift für Finanzmarktrecht
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZfV	Zeitschrift für Verwaltung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZögU	Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen
zust.	zustimmend



# Öffentlich-rechtliche Organisationsform vs. staatliche Beteiligung an einer Aktiengesellschaft

Prolegomena zum „Staat als Aktionär“: Die Rolle von  
Aktiengesellschaften in der Corporate Governance des Staates

*Hans-Ueli Vogt*

I.	Einleitung.....	1
II.	Formen der Organisation staatlicher Tätigkeit.....	3
III.	Hauptsächliche Gesichtspunkte zur Bestimmung des Führungsmodells.....	5
	1. Art der Tätigkeit.....	5
	2. Verantwortung für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe.....	6
	3. Ziele der Selbständigkeit und insbesondere der Wahl einer privatrechtlichen Organisationsform.....	6
IV.	Die Bedeutung der Organisationsform.....	8
	1. Die Organisationsform als zentrales Element des Führungsmodells.....	8
	2. Organisationsform und Anwendung von Rechtsvorschriften.....	9
	3. Zur Unterscheidung von privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Organisationsformen.....	10
V.	Rechtliche Strukturelemente von Führungsmodellen.....	11
	1. Besondere Mitwirkungs- und Informationsrechte.....	11
	2. Organe.....	12
	3. Steuerung, Aufsicht, Kontrolle und Sanktionierung.....	12
	4. Rechtliche Strukturelemente von Führungsmodellen und politischer Einfluss.....	13
VI.	Konkrete Bestimmung des Führungsmodells im Einzelfall.....	13
	1. Kombination der verschiedenen Gesichtspunkte und Elemente.....	14
	2. Ergänzende Gesichtspunkte bei der Wahl der Organisationsform.....	15
	a) Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen.....	16
	b) Gefahr von Interessenkonflikten.....	17
VII.	Schluss.....	18

## I. Einleitung

Das Symposium steht unter dem Titel „Der Staat als Aktionär“. Es geht somit um privatrechtliche Organisationsformen, an denen der Staat beteiligt ist, oder – über ein enges Begriffsverständnis hinaus – um privatrechtliche Organisationsformen, auf die der Staat in anderer Weise als auf der Grundlage einer Beteili-

gung maßgeblichen Einfluss nehmen kann, zum Beispiel durch Einsitz in einem Leitungsgremium.

Man kann die Rechtsfragen, die sich stellen, wenn der Staat an einem Unternehmen beteiligt ist oder darin eine Leitungsaufgabe ausübt, auf positivrechtlicher Grundlage im Allgemeinen leicht beantworten. Wenn man aber über den Rand des positiven Rechts hinausschaut, so ist der Umstand, dass der Staat auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage Einfluss auf eine privatrechtliche Organisation nimmt, in einen größeren Zusammenhang zu stellen.

Den größeren Zusammenhang kann man als zwei Entscheidungen beschreiben: die Entscheidung des Staates, in einem bestimmten Bereich tätig zu werden, und die Entscheidung, dies mittels einer privatrechtlichen Organisationsform zu tun.

Die Entscheidung des Staates, in einem bestimmten Bereich tätig zu werden, ist in Staaten mit einer marktwirtschaftlichen Wirtschaftsverfassung dadurch bestimmt, dass die betreffende Tätigkeit eine öffentliche Aufgabe ist oder an ihrer Erfüllung jedenfalls ein öffentliches Interesse besteht. Ob sich ein Staat mit marktwirtschaftlicher Wirtschaftsverfassung privatwirtschaftlich betätigen soll, ist vorliegend grundsätzlich nicht von Interesse.<sup>1</sup> Es ist hier somit im Prinzip nicht über die Grenzen politisch legitimer staatlicher Tätigkeit im Wirtschaftsbereich zu sprechen; ganz belanglos ist die Frage dennoch nicht. Die in diesem Beitrag behandelten Fragen können sich folglich auch im Fall einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit stellen – einer Tätigkeit, die wir in einer marktwirtschaftlichen Wirtschaftsverfassung im Grundsatz den Privaten überlassen möchten.

Im Zentrum steht demnach die zweite Entscheidung, nämlich, ob der Staat, wenn er sich in einem bestimmten Bereich außerhalb der Zentralverwaltung betätigen will, dies mittels einer privatrechtlichen Organisationsform tun oder ob er hierfür eine öffentlich-rechtliche Organisationsform wählen soll. Dabei ist das Gegensatzpaar von privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Organisationsform eine Vereinfachung und zudem eine Verrechtlichung der eigentlich zu treffenden Entscheidung: Es geht nämlich darum, wie der Staat, wenn er in einem bestimmten Bereich tätig sein will, seine Tätigkeit organisiert und führt, also steuert und kontrolliert; dabei mag er zur Umsetzung seiner Entscheidung eine privatrechtliche oder eine öffentlich-rechtliche Organisationsform wählen.<sup>2</sup>

Es geht demnach um Führung, also um Steuerung und Kontrolle in und durch Organisationen. Es geht um Corporate Governance, und zwar die Corporate Governance im Staat. Staatliche Tätigkeit in der Gestalt einer privatrechtlichen

---

<sup>1</sup> Allgemein etwa *Abegg/Frei*, recht 2018, 142 ff.

<sup>2</sup> Vgl. zum Ganzen Bericht des Bundesrates vom 13.9.2006 zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben (Corporate-Governance-Bericht), BBl 2006, S. 8233, 8267 ff.; Erläuternder Bericht der Eidgenössischen Finanzverwaltung vom 13.9.2006 zum Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates (Erläuternder Bericht zum Corporate-Governance-Bericht), S. 13 ff.

Organisation ist eine Frage der *Public Corporate Governance*.<sup>3</sup> Gestellt ist somit die Frage: Was ist die Rolle von Aktiengesellschaften in der Corporate Governance des Staates?

Auf der Suche nach dem richtigen, passenden Platz für Aktiengesellschaften in der Corporate Governance des Staates hat man sich zuerst einen Überblick über die möglichen Formen der Organisation staatlicher Tätigkeit zu verschaffen (→ II.). Sodann geht es um Gesichtspunkte, die bei der Wahl der Organisationsform und, umfassender ausgedrückt, des passenden Führungsmodells eine Rolle spielen: die Art der Tätigkeit, die Verantwortung des Staates im Fall der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe sowie die Ziele, die mit der Auslagerung einer Aufgabe aus der Zentralverwaltung verfolgt werden (→ III.). Dabei wird sich zeigen, dass die rechtliche Organisationsform ein kaum fassbares Element der Corporate Governance des Staates ist (→ IV.), sodass man besser nach rechtlichen Strukturelementen verschiedener Führungsmodelle fragt (→ V.). Verknüpft man am Schluss die verschiedenen Gesichtspunkte und Strukturelemente richtig und ergänzt die Entscheidung überdies durch einige weitere Kriterien, so gelangt man zu einer Entscheidung betreffend die geeignete Organisationsform (→ VI.).

## II. Formen der Organisation staatlicher Tätigkeit

Welche Organisationsformen stehen dem Staat zur Verfügung, wenn er eine bestimmte Tätigkeit ausüben soll, sei es eine öffentliche Aufgabe, sei es eine privatwirtschaftliche Tätigkeit? Nach funktionalen Gesichtspunkten kann man die folgenden Formen der Organisation staatlicher Tätigkeit unterscheiden:

Der Staat kann erstens eine Tätigkeit durch die Zentralverwaltung ausüben und so insbesondere eine öffentliche Aufgabe erfüllen. Zweitens kann er die Tätigkeit durch eine gegenüber der Verwaltung verselbständigte Einheit ausüben, die im Eigentum des Staates steht bzw. an der der Staat eine Haupt- oder Mehrheitsbeteiligung hält oder auf die er allenfalls auch nur über die Leitungsorgane Einfluss nimmt. Man kann den Prozess der Verselbständigung im Fall der Auslagerung auf einen privaten Rechtsträger als Privatisierung bezeichnen. Lässt man das dynamische Element weg, geht es einfach um eine selbständige Einheit. Drittens kann der Staat eine bestimmte Tätigkeit auch durch eine selbständige Einheit ausüben, die sodann mittels Gesetzgebung („Regulierung“) gesteuert wird, also ohne eine Beteiligung oder eine sonstige Einflussnahme auf organisationsrechtlicher Grundlage. Und schließlich kann der Staat Kooperationen eingehen: *Public-Private-Partnerships*.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Allgemein zur Public Corporate Governance *Lienhard*, Grundlagen der Public Corporate Governance, in: Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht SVVOR (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Jahrbuch 2008, S. 43 ff.

<sup>4</sup> Siehe zum Ganzen Corporate-Governance-Bericht, S. 8241 ff.

Vorliegend interessiert die zweite Form der Organisation staatlicher Tätigkeit, die selbständige Einheit im Eigentum des Staates bzw. mit staatlicher Beteiligung. Bei der ersten Form ist die Organisationsform eine Behörde der Zentralverwaltung, bei der dritten fehlt eine organisationsrechtliche Einflussnahme, und bei den Kooperationen geht es um vertragliche Zusammenarbeit.

Für die Organisation einer staatlichen Tätigkeit im Rahmen einer selbständigen Einheit kommen verschiedene rechtliche Organisationsformen in Betracht, und zwar öffentlich-rechtliche und privatrechtliche. Zu den privatrechtlichen gehören zuerst die öffentlichen Unternehmen in Privatrechtsform: privatrechtliche Gesellschaften, die eine öffentliche Aufgabe erfüllen. Solche sind in der Schweiz etwa die Ruag, das Rüstungsunternehmen des Bundes,<sup>5</sup> und Skyguide, die Flugsicherungsgesellschaft zur Überwachung des schweizerischen und des angrenzenden Luftraumes.<sup>6</sup> Zu nennen sind sodann die spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften: durch ein öffentlich-rechtliches Spezialgesetz geschaffene Aktiengesellschaften, für deren Organisation das Spezialgesetz oder die Statuten auf Vorschriften des Privatrechts verweisen und an denen der Staat in der Regel eine Mehrheitsbeteiligung hält.<sup>7</sup> Beispiele sind die Schweizerische Nationalbank,<sup>8</sup> einige Kantonalkbanken,<sup>9</sup> die Schweizerischen Bundesbahnen (SBB),<sup>10</sup> die Swisscom<sup>11</sup> und die Post.<sup>12</sup> Schließlich gibt es die gemischtwirtschaftlichen Unternehmen: privatrechtliche Gesellschaften, die öffentlich-rechtlichen Körperschaften Mitwirkungsrechte einräumen, wobei die Körperschaft an der Gesellschaft beteiligt sein mag oder nicht. Beispiele sind die Flughafen Zürich AG<sup>13</sup> und die St. Galler Kantonalkbank<sup>14, 15</sup>.

Neben den privatrechtlichen Organisationsformen gibt es öffentlich-rechtliche, insbesondere die öffentlich-rechtliche Anstalt, die als Organisationsform nach Maßgabe des Rechts des betreffenden Gemeinwesens für selbständige Einheiten zur Verfügung steht.

<sup>5</sup> Art. 1 Abs. 2 und Art. 3 Abs. 1 Bundesgesetz vom 10.10.1997 über die Rüstungsunternehmen des Bundes (BGRB).

<sup>6</sup> Art. 40a Abs. 1 Bundesgesetz vom 21.12.1948 über die Luftfahrt (LFG).

<sup>7</sup> Hierzu allgemein *Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., 2009, § 1 Rn. 70 ff.; *Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., 2018, § 1 Rn. 35; siehe sodann im Zusammenhang mit den Schweizerischen Bundesbahnen BGE 132 III 470 E. 3.3, S. 473 ff.

<sup>8</sup> Art. 1 Abs. 1 Bundesgesetz vom 3.10.2003 über die Schweizerische Nationalbank (NBG).

<sup>9</sup> *Bühler*, GesKR 2018, 355, 365, bei und in Fn. 9.

<sup>10</sup> Art. 2 Abs. 1 Bundesgesetz vom 20.3.1998 über die Schweizerischen Eisenbahnen (SBBG).

<sup>11</sup> Art. 2 Abs. 1 Bundesgesetz vom 30.4.1997 über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes (TUG).

<sup>12</sup> Siehe zur Post Art. 2 Abs. 1 Bundesgesetz vom 17.12.2010 über die Organisation der Schweizerischen Post (POG).

<sup>13</sup> § 2 Abs. 1 Gesetz vom 12.7.1999 über den Flughafen Zürich (Flughafengesetz ZH).

<sup>14</sup> Art. 1 Abs. 1 Kantonalkbankgesetz vom 22.9.1996 (KBG SG).

<sup>15</sup> Siehe zum Ganzen *Bühler*, GesKR 2018, 355, 365, bei und in Fn. 9.

### III. Hauptsächlichliche Gesichtspunkte zur Bestimmung des Führungsmodells

#### *I. Art der Tätigkeit*

Was die passende Organisationsform für eine bestimmte staatliche Tätigkeit ist, hängt unter anderem von der Art der Tätigkeit ab. Damit wird das Verhältnis der Tätigkeit zu einem staatlichen Auftrag angesprochen. In seinem Corporate-Governance-Bericht hat der schweizerische Bundesrat ein System zur Bewertbarkeit der Auslagerungseignung von Bundesaufgaben entwickelt, das rechtliche, politikwissenschaftliche, volkswirtschaftliche und betriebswirtschaftliche Kriterien berücksichtigt. Daraus ergeben sich vier Aufgabentypen:<sup>16</sup>

Ministerialaufgaben sind primär die Aufgaben der Politikvorbereitung, zum Beispiel die Vorbereitung der Gesetzgebung, aber auch Dienstleistungen, deren Erbringung einen ausgeprägt hoheitlichen Charakter hat und die zum Teil mit weitreichenden Eingriffen in Grundrechte verbunden sind, wie etwa die Landesverteidigung.

Dienstleistungen mit Monopolcharakter sind Dienstleistungen, für die ein funktionierender Markt fehlt. Zu denken ist an Dienstleistungen in den Bereichen der Bildung, der Forschung und der Kultur.

Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht sind Regulierungsaufgaben, wie sie unter anderem die Finanzmarktaufsichtsbehörde (FINMA), die Schweizerische Zulassungs- und Aufsichtsbehörde für Arzneimittel und Medizinprodukte (Swissmedic), die Wettbewerbskommission (WEKO) oder die Postregulationsbehörde (PostReg) wahrnehmen.

Schließlich gibt es Dienstleistungen, die am Markt erbracht werden. Hierzu zählen insbesondere Infrastrukturdienstleistungen, wie sie beispielsweise die Post und die SBB erbringen.

Ministerialaufgaben interessieren vorliegend nicht weiter, denn sie sind grundsätzlich durch die Zentralverwaltung zu erfüllen, nicht durch verselbständigte Einheiten. Umgekehrt sind nicht alle Tätigkeiten, denen selbständige Einheiten mit maßgeblichem staatlichem Einfluss nachgehen, Gegenstand eines staatlichen Auftrages: Die Frage nach der Rolle von Aktiengesellschaften in der Corporate Governance des Staates und damit der Führung staatlich beherrschter Unternehmen stellt sich insbesondere auch dann, wenn der Staat außerhalb einer öffentlichen Aufgabe tätig wird.

---

<sup>16</sup> Siehe zum Ganzen Corporate-Governance-Bericht, S. 8234. Die Aufgabentypologie gemäß dem Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates ist von verschiedenen Kantonen übernommen worden (siehe für den Kanton Basel-Landschaft die Erläuterungen der Finanzverwaltung des Kantons Basel-Landschaft, S. 5 ff.; für den Kanton Zürich die Richtlinien über die Public Corporate Governance, vom Regierungsrat verabschiedet am 29.1.2014, Ziff. 2, S. 3, sowie den Bericht über die Public Corporate Governance, vom Regierungsrat verabschiedet am 29.1.2014, S. 12 ff.).

## 2. Verantwortung für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe

Das Modell der Führung einer selbständigen Einheit, die eine öffentliche Aufgabe erfüllt, und damit im Besonderen die Wahl der rechtlichen Organisationsform hängen auch davon ab, welche Art und welchen Grad der Verantwortung der Staat bei der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe wahrnehmen will. Folgende Arten von Verantwortung für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe sind zu unterscheiden:

Erfüllungsverantwortung bedeutet, dass der Staat Umfang und Qualität der für die Erfüllung der Aufgabe notwendigen Leistungen festlegt. Er hat die primäre und umfassende Verantwortung für die Erfüllung der Aufgabe. Er erbringt die entsprechenden Leistungen durch eine Einheit der zentralen Verwaltung selber.<sup>17</sup>

Ein schwächerer Grad der Verantwortung ist die Gewährleistungsverantwortung. Sie beschränkt sich darauf, dass der Staat gewährleistet, dass die Aufgabe in angemessener Qualität und im gewünschten Ausmaß erfüllt wird. Damit ist die Möglichkeit der Auslagerung der Aufgabenerfüllung an eine selbständige Einheit eröffnet (was als Dezentralisierung und Teilprivatisierung bezeichnet wird).<sup>18</sup>

Schließlich mag der Staat eine Verantwortung auch nur dadurch wahrnehmen, dass er für einen bestimmten Bereich Vorschriften aufstellt (Regulierungsverantwortung), oder er mag gar auf eine Regulierung verzichten. In beiden Fällen bedeutet dies, dass die Tätigkeit privatisiert wird (Vollprivatisierung).<sup>19</sup>

Vorliegend interessieren die Fälle der Gewährleistungsverantwortung. Hier können selbständige, vom Staat beherrschte Einheiten bei der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe zum Einsatz kommen.

## 3. Ziele der Selbständigkeit und insbesondere der Wahl einer privatrechtlichen Organisationsform

Für das Modell der Führung einer selbständigen Einheit und insbesondere die Wahl der Organisationsform sind sodann die Gründe wichtig, weshalb die Tätigkeit einer selbständigen Einheit übertragen werden soll, und damit die Ziele, die mit der Selbständigkeit der betreffenden Einheit verfolgt werden.

Gründe und Ziele einer Übertragung von Aufgaben auf eine selbständige Einheit und der Wahl einer privatrechtlichen oder aber einer öffentlich-rechtlichen Organisationsform sind etwa:<sup>20</sup>

Es soll eine marktwirtschaftliche Tätigkeit ermöglicht oder erleichtert werden. Gemeint ist die Möglichkeit, rasch auf Entwicklungen auf einem Markt zu reagie-

<sup>17</sup> Corporate-Governance-Bericht, S. 8245; siehe auch *Häner*, Parlament 3/2001, 4.

<sup>18</sup> Corporate-Governance-Bericht, S. 8246; siehe auch *Freudiger*, Anstalt oder Aktiengesellschaft?, Diss. Bern 2016, S. 12; *Lienhard*, in: SVVOR (Fn. 3), S. 44.

<sup>19</sup> Corporate-Governance-Bericht, S. 8246.

<sup>20</sup> Siehe zum Folgenden Corporate-Governance-Bericht, S. 8246 f.; *Bühler*, GesKR 2018, 355, 358; *Gutzwiller*, Die Einflussmöglichkeiten des Staates auf die Strategie einer Aktiengesellschaft mit staatlicher Beteiligung, Diss. St. Gallen 2017, Rn. 116 ff.

ren und so gegenüber Konkurrenten aus der Privatwirtschaft zu bestehen. Das erfordert Autonomie in der operativen Führung. Der Staat soll nur noch politische und finanzielle Vorgaben machen können.<sup>21</sup> Es geht auch darum, gegenüber der Kundschaft als privates Unternehmen auftreten zu können. Die Erleichterung einer marktwirtschaftlichen Tätigkeit und die Einräumung der dafür notwendigen Autonomie standen etwa bei der formellen Verselbständigung der SBB im Zentrum. Die frühere Organisationsform der SBB als öffentlich-rechtliche Anstalt ohne eigene Rechtspersönlichkeit wurde angesichts der Veränderungen am Verkehrsmarkt als nicht mehr zeitgemäß angesehen. Um den Anforderungen in Zukunft zu genügen, sollte die Rechtsform der SBB „mit dem Ziel einer grösseren Autonomie“ angepasst werden.<sup>22</sup>

Ein weiterer Grund für die Übertragung einer Aufgabe auf eine selbständige – und zwar eine privatrechtlich organisierte – Einheit ist die Beseitigung staatlichen Einflusses, bestehe er tatsächlich oder nur dem Anschein nach. Das gilt insbesondere dort, wo eine institutionelle Unabhängigkeit aus rechtsstaatlicher oder staatspolitischer Sicht wegen der öffentlichen Aufgabe, die zu erfüllen ist, als wichtig angesehen wird.

Ein häufig genannter Grund für die Übertragung von Aufgaben auf selbständige, privatrechtlich organisierte Einheiten ist die Möglichkeit, dass Dritte sich beteiligen können sollen (was im Allgemeinen bei öffentlich-rechtlichen Organisationsformen nicht möglich ist)<sup>23</sup>. Die Beteiligung kann insbesondere im Wege einer Börsenkotierung der Gesellschaft erfolgen. So wurde im Zusammenhang mit der Verselbständigung der Swisscom ausgeführt, es werde dadurch ihre „Allianzfähigkeit“ verbessert.<sup>24</sup> Gleiches gilt für die Post, bei der argumentiert wurde, dass die Umwandlung in eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft sowohl zur Verbesserung der Kapitalmarktfähigkeit der Post beitrage als auch zur Fähigkeit, Allianzen einzugehen.<sup>25</sup>

Ein Gesichtspunkt, der im Besonderen bei der Entscheidung zwischen einer privatrechtlichen und einer öffentlich-rechtlichen Organisationsform angeführt wird, ist sodann die Wahrnehmung und Akzeptanz. Geht es um eine öffentliche Aufgabe, so genießt im Allgemeinen eine öffentlich-rechtliche Organisationsform eine höhere Akzeptanz als eine privatrechtliche.<sup>26</sup> Demgegenüber passt in der Wahrnehmung für einen Auftritt am Markt eine privatrechtliche Organisations-

---

<sup>21</sup> Siehe die Hinweise im Corporate-Governance-Bericht, S. 8247.

<sup>22</sup> Botschaft vom 13.11.1996 zur Bahnreform, BBl 1997 I S. 909, 944.

<sup>23</sup> Siehe jedoch hinten VI.1.

<sup>24</sup> Siehe Corporate-Governance-Bericht, S. 8247, wo ausgeführt wird: „In der zunehmend globalen Telekommunikation bedingt dies zusätzlich auch die Kapitalmarktfähigkeit, da strategische Allianzen und Kooperationen heute vielfach durch eine gegenseitige Kapitalbeteiligung der betroffenen Unternehmungen erfolgen. Die gegenseitige Kapitalbeteiligung lässt sich am einfachsten bewerkstelligen, wenn die Partner börsennotierte Aktiengesellschaften sind, die dazu eigene Aktien tauschen können, ohne zusätzliche Finanzmittel aufwenden zu müssen.“

<sup>25</sup> Siehe die Botschaft vom 20.5.2009 zum POG, BBl 2009, S. 5265, 5278.

<sup>26</sup> Erläuternder Bericht zum Corporate-Governance-Bericht, S. 15.

form besser, zumal wenn es um eine Tätigkeit außerhalb eines Monopolbereichs geht.<sup>27</sup> In dieser Hinsicht ist die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft in der Nähe der öffentlich-rechtlichen Organisationsformen zu sehen. Als Beispiel dient wiederum die Post. Ihre Ausgestaltung als spezialgesetzliche Aktiengesellschaft und damit nicht als privatrechtliches Unternehmen wurde einerseits damit begründet, dass mit dieser Organisationsform „auf die spezifischen Bedürfnisse des Bundes und dessen öffentliche Interessen an den Aufgaben der Schweizerischen Post“ eingegangen werden könne; andererseits damit, dass aufgrund der Sensibilität der Bevölkerung im Bereich der postalischen Grundversorgung eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft eine höhere politische Akzeptanz genieße als eine rein privatrechtliche Aktiengesellschaft.<sup>28</sup>

Die Gründe und Ziele einer Verselbständigung haben somit einen Einfluss darauf, ob eine bestimmte Aufgabe im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen oder aber einer privatrechtlichen Organisationsform erfüllt werden soll. Dieser Zusammenhang erfordert eine genauere Betrachtung dieses Gegensatzpaares.

#### IV. Die Bedeutung der Organisationsform

Was ist die Bedeutung der Organisationsform im gesamten Zusammenhang des Führungsmodells, das der Staat für die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit mittels einer selbständigen Einheit wählt?

##### 1. Die Organisationsform als zentrales Element des Führungsmodells

Die Public-Corporate-Governance-Richtlinien stellen die rechtliche Organisationsform als ein zentrales Element eines Führungsmodells dar, in der Regel als das erste. Weitere Elemente sind etwa die Entsendung von Vertretern des Staates in ein Leitungsgremium, die Zusammensetzung, Wahl und Zuständigkeiten der Organe, die Haftung für Schäden bei der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, die Vorgabe strategischer Ziele durch den Eigner usw.<sup>29</sup>

Damit wird es schwierig, die funktionale Bedeutung der Organisationsform zu beschreiben, weil die Organisationsform mit den genannten anderen Elementen zusammenhängt. Diese werden durch die gewählte Rechtsform weitgehend bestimmt. So ist die Entscheidung zugunsten einer Aktiengesellschaft im Prinzip damit verbunden, dass die Organisationsform einen Verwaltungsrat hat, die Angehörigen der Leitungsgremien die Interessen der Gesellschaft zu wahren haben und die Aktionäre nicht für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften. Insofern strahlt die Entscheidung zugunsten der Aktiengesellschaft als Organisationsform auf die anderen Elemente des Führungsmodells aus.

<sup>27</sup> Siehe Corporate-Governance-Bericht, S. 8247 bei und in Fn. 16.

<sup>28</sup> Siehe zum Gesagten die Botschaft zum POG, S. 5279.

<sup>29</sup> Siehe zum Gesagten den Erläuternden Bericht zum Corporate-Governance-Bericht, S. 10.

Dieser Zusammenhang ist jedoch zu relativieren. Öffentlich-rechtliche Vorschriften im Fall einer öffentlich-rechtlichen Organisationsform oder einer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft können bei den genannten weiteren Elementen Sonderregeln schaffen, etwa dem Staat besondere Mitwirkungsrechte einräumen, Genehmigungsvorbehalte vorsehen usw.<sup>30</sup> In dem Maß, in dem das möglich ist, wird die Grenze zwischen einer öffentlich-rechtlichen Anstalt und einer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft verwischt und schwindet insofern auch die Bedeutung der Wahl der Organisationsform.

Dennoch lässt sich sagen: Die rechtliche Organisationsform ist der Ausgangspunkt, der logische Anknüpfungspunkt für die weitere Ausgestaltung des Modells zur Führung einer selbständigen Einheit mit staatlicher Beteiligung.<sup>31</sup>

## 2. Organisationsform und Anwendung von Rechtsvorschriften

Die rechtliche Organisationsform ist also, wie gesehen, für die einzelnen Elemente im Modell der Führung der selbständigen Einheit nicht ausschlaggebend. Sie ist im Prinzip darüber hinaus auch kein Element, das insofern wichtig wäre, als davon die Anwendung bestimmter Rechtsvorschriften abhängen würde.

Das gilt namentlich für die Bindung an die Grundrechte. Die Bindung besteht für den Staat auch dann, wenn er in der Gestalt einer privatrechtlichen Organisation auftritt und eine öffentliche Aufgabe erfüllt.<sup>32</sup> Hingegen besteht nach schweizerischer Rechtsprechung keine Grundrechtsbindung, wenn der Staat im Wettbewerbsbereich tätig ist.<sup>33</sup> Die Lehre sieht das zum Teil anders; maßgeblich sei die staatliche Beherrschung bzw. wie stark der Staat finanziell und steuernd in einer privatrechtlichen Organisation engagiert sei.<sup>34</sup> So oder anders kommt es nicht auf die Organisationsform an.

Ebenfalls nicht durch die Organisationsform bestimmt ist sodann etwa die Anwendbarkeit der Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungswesens, des öffentlichen Personalrechts bzw. des privaten Arbeitsrechts, des öffentlichen bzw. des privaten Haftungsrechts und auch nicht durchwegs des Steuerrechts. Durch positivrechtliche Anordnung können diese Vorschriften im Prinzip ungeachtet der gewählten Organisationsform vom zuständigen Gesetzgeber für anwendbar oder nicht anwendbar erklärt werden.<sup>35</sup>

Die rechtliche Organisationsform bestimmt somit im Prinzip nur das Organisationsrecht. Doch selbst in dieser Hinsicht bestehen, wie gesehen, Möglichkeiten besonderer Ausgestaltungen durch entsprechende positivrechtliche Anordnungen im Fall von spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften. Es scheint, dass

<sup>30</sup> Siehe etwa *Bühler*, GesKR 2018, 355, 359 ff.

<sup>31</sup> Vgl. Corporate-Governance-Bericht, S. 8267.

<sup>32</sup> *Häfelin/Müller/Uhlmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 2016, Rn. 1854; siehe sodann *Gutzwiller* (Fn. 20), Rn. 538 ff.

<sup>33</sup> BGE 129 III 35 E. 5.2 f., S. 40 f.; BGE 138 I 289 E. 2.8.1, S. 294.

<sup>34</sup> *Häfelin/Müller/Uhlmann* (Fn. 32), Rn. 1859.

<sup>35</sup> Siehe zum Ganzen Corporate-Governance-Bericht, S. 8267 ff.

die Organisationsform für sich allein betrachtet eine geringe Bedeutung hat. Sie entzieht sich einer klaren Funktionszuschreibung.

### *3. Zur Unterscheidung von privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Organisationsformen*

Wenn also die Bedeutung der Organisationsform einer selbständigen Einheit für die Corporate Governance des Staates und für ein bestimmtes Führungsmodell schwer zu fassen ist, so fragt sich in grundsätzlicher Hinsicht, was für eine Aktiengesellschaft (als die im Vordergrund stehende privatrechtliche Organisationsform) spricht und was für eine öffentlich-rechtliche Anstalt oder eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft.

Aus Sicht des Staates, der die Führung einer von ihm beherrschten selbständigen Einheit zu regeln hat, spricht in grundsätzlicher Hinsicht einiges für die Wahl einer öffentlich-rechtlichen Organisationsform oder einer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft. Was im Besonderen die öffentlich-rechtliche Anstalt betrifft, so kann der Gesetzgeber ihre Organisation individuell und konkret, ausgerichtet auf die spezifischen Eigenheiten und Bedürfnisse der selbständigen Einheit und den gewünschten Grad des Einflusses ausrichten, alles innerhalb der verfassungsrechtlichen Schranken. Es gibt in der Schweiz keinen abschließenden Katalog öffentlich-rechtlicher Organisationsformen, und der zuständige Gesetzgeber hat bei der Ausgestaltung einer öffentlich-rechtlichen Anstalt einen großen Spielraum. Jedoch hat der Bundesrat in seinem Corporate-Governance-Bericht angekündigt, das Organisationsrecht der selbständigen Einheiten ein Stück weit zu standardisieren.<sup>36</sup> Der Bund hat darum für öffentlich-rechtliche Anstalten Mustererlasse geschaffen, differenziert nach den verschiedenen Arten von Tätigkeiten.<sup>37</sup>

Was sodann die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft betrifft, so kann die einschlägige öffentlich-rechtliche Rechtsgrundlage den Staat zum Beispiel mit bestimmten Informations- und Mitwirkungsrechten ausstatten, die bei einer rein privatrechtlichen Aktiengesellschaft nicht möglich wären.<sup>38</sup>

Demgegenüber bedeutet eine Entscheidung zugunsten einer rein privatrechtlichen Organisationsform eine Entscheidung für einen Katalog mit einer beschränkten Anzahl von Rechtsformen, die überdies nach dem Grundsatz der Typenfixierung nur in beschränktem Rahmen individuell ausgestaltet werden können.<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> Corporate-Governance-Bericht, S. 8266.

<sup>37</sup> Siehe die Mustererlasse für Anstalten mit Dienstleistungen mit Monopolcharakter und für Anstalten mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht unter <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/legistik/hauptinstrumente.html>>.

<sup>38</sup> Erläuternder Bericht zum Corporate-Governance-Bericht, S. 17.

<sup>39</sup> Siehe zum Gesagten Corporate-Governance-Bericht, S. 8267; Erläuternder Bericht zum Corporate-Governance-Bericht, S. 11.