

# Welche Rechtsform für die RUAG?

Eine Auslegeordnung

Gutachten zu Handen des  
Eidgenössischen Departements  
für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS)

Bern, 18. November 2024



## Zusammenfassung

### *Absichten bei der Gründung der RUAG*

Die Ausgliederung der Rüstungsunternehmen und die Gründung der RUAG zielten darauf ab, auch nach dem Rückgang der Rüstungsaufwendungen am Ende des Kalten Krieges eine schweizerische Rüstungsindustrie zu erhalten, die den Bedarf der Armee abdecken kann. Gleichzeitig sollte eine Zusammenarbeit mit der Privatwirtschaft möglich sein. Man erhoffte sich eine Beteiligung Privater und die entsprechende Mobilisierung von privatem Kapital. Zu diesem Zweck fiel die Wahl auf die Rechtsform der privatrechtlichen Aktiengesellschaft (AG). Zudem sollte das Unternehmen insofern entpolitisiert werden, als sich der Bund darauf beschränken wollte, seinen Einfluss in erster Linie über seine Aktionärsrechte geltend zu machen. Die RUAG wurde auf diesem Wege mit erhöhter Autonomie ausgestattet, um die Innovationskraft zu fördern und die Kooperation mit anderen Unternehmen zu erleichtern.

### *Vorstellungen aus der Gründungszeit verwirklichen sich nicht*

Die Entwicklung der RUAG entsprach nicht den Vorstellungen, wie sie zur Gründungszeit bestanden hatten. Eine private Beteiligung am Kapital kam nicht zustande. Der RUAG gelang es zwar, Geschäftsfelder ausserhalb ihres armeebezogenen Auftrags zu erschliessen und in diesem Bereich einen bedeutenden Pfeiler des Unternehmens aufzubauen. Die armeefremden Tätigkeiten entfernen sich jedoch immer mehr vom Kernauftrag, waren durch den gesetzlichen Auftrag nur noch teilweise gedeckt und zunehmend mit Risiken verbunden. Vor diesem Hintergrund entschloss sich der Bundesrat zu einer Entflechtung: Die RUAG-Einheiten, die für die Armee tätig waren, wurden zur RUAG MRO, die übrigen Elemente fasste die RUAG International zusammen, deren Ziel im Verkauf ihrer Unternehmenseinheiten und der anschliessenden Liquidation lag. Die Tätigkeit der RUAG MRO ist heute durch eine grosse Nähe zur Armee gekennzeichnet. Die Armeeaufträge machen über 80 Prozent des Umsatzes aus und nähern sich Prozentwerten, wie sie vor der Verselbständigung der Rüstungsunternehmen erreicht worden waren.

### *Repolitisierung*

Entwickelt hat sich auch der Rechtsrahmen: Bald strebte das Parlament eine intensivere Steuerung von ausgegliederten Unternehmen an und führte Instrumente für eine straffere Führung ein. Im Zentrum stand dabei das Mittel der strategischen Ziele des Bundesrats. Parallel zu dieser Entwicklung wandelte sich auch das sicherheitspolitische Umfeld. Die Veränderungen geschahen vorerst schleichend und kulminierte im Überfall auf die Ukraine durch Russland. Diese Entwicklungen sowie die grosse Armeenähe der RUAG führten tendenziell zu einer Repolitisierung. Sicherheits- und rüstungspolitische Fragen stehen heute vermehrt im Zentrum politischer Debatten und der politische Steuerungswille ist stärker geworden.

### *Privatrechtliche AG ist untaugliches Rechtskleid*

Die privatrechtliche AG beruht auf Grundprinzipien, die mit dem Versuch einer politischen Steuerung in Spannung geraten. Zunächst ist die privatrechtliche AG grundsätzlich – aber nicht zwingend – auf Gewinnstreben ausgerichtet, was zu Konflikten mit gleichzeitig verfolgten öffentlichen Zwecken führen kann. Zudem kommt die unentziehbare Kompetenz des Verwaltungsrats unter Druck, die Gesellschaftsstrategie zu entwickeln. Diese Zuständigkeit wird namentlich durch die strategischen Ziele des Bundesrats beeinträchtigt. Die Ziele gelten als verbindlich und bei deren Nichteinhaltung droht die Abberufung. Inwiefern der heutige Zustand rechtmässig ist, in dem der Bund mit öffentlich-rechtlichen Bestimmungen das zwingende Aktienrecht übersteuert, ist umstritten. Offen ist auch, ob diese Übersteuerung die RUAG quasi unter der Hand zu einer spezialgesetzlichen AG des öffentlichen Rechts gemacht hat.

Insgesamt zeigt sich, dass das Kleid der privatrechtlichen AG im aktuellen Kontext mit einer zunehmenden Politisierung der RUAG nicht mehr passt. Die bestehende Rechtsunsicherheit ist sowohl aus Steuerungsoptik als auch aus Sicht der AG unbefriedigend.

### *Öffentlich-rechtliche Rechtsformen als Alternative*

Alternativen finden sich im öffentlichen Recht. Da dort die im Privatrecht herrschenden Grundsätze des Formenzwangs (nur Rechtsformen, die im Gesetz vorgesehen sind) und der Formenfixierung

(nur die im Gesetz definierte Ausgestaltung) nicht gelten, bestehen grössere Gestaltungsspielräume. In Frage kommen namentlich die öffentlich-rechtliche Anstalt oder die spezialgesetzliche AG des öffentlichen Rechts, die den Bedürfnissen des Bundes entsprechend ausgestaltet werden können:

- Die öffentlich-rechtliche Anstalt mit Rechtspersönlichkeit umfasst eine staatlich geschaffene Trägerschaft, welche die Einrichtung oder das Unternehmen betreibt, das die öffentlichen Aufgaben erfüllen soll.
- Die spezialgesetzliche AG lehnt sich an das privatrechtliche Aktienrecht an. Sie kann ihr Aktionariat auch für Dritte öffnen. Bleibt allerdings der Bund Alleinaktionär, nähert sie sich an das Anstaltsmodell an und die Unterschiede werden verwischt.

Sowohl die öffentlich-rechtliche Anstalt als auch die spezialgesetzliche AG werden durch ein Spezialgesetz geschaffen. In einem solchen Erlass können Akzente gesetzt werden, welche die Steuerungsfähigkeit durch den Staat verbessern und damit die Erfüllung des öffentlichen Zwecks stärken. Auf diesem Weg ist ein sachgerechter Ausgleich zwischen Autonomie der Gesellschaft einerseits und Steuerung durch den Bund anderseits möglich.

Beide Rechtsformen haben Vor- und Nachteile. Sie sind grundsätzlich beide als Trägerschaft für ein Unternehmen geeignet. Die Anstalt gilt tendenziell als etwas staatsnäher, die spezialgesetzliche AG wird als dynamischer wahrgenommen und steht theoretisch für Drittbeziehungen offen. Entscheidend sind in jedem Fall die gewählte Lösung und die konkrete Ausgestaltung zwischen staatlicher Steuerung und Autonomie des Unternehmens. Die Wahl ist letztlich politisch.

#### *Corporate-Governance-Bericht des Bundes*

Der Corporate-Governance-Bericht des Bundes entwickelt eine Aufgabentypologie und versucht auf dieser Basis die Fragen der Aufgabenauslagerung und der sachgerechten Rechtsform zu beantworten. Für Unternehmen, welche Dienstleistungen am Markt erbringen, priorisiert er die privatrechtliche AG. Dies ist im Rahmen einer Evaluation durch Expertinnen und Experten kritisiert worden. Der Bericht schafft insofern Flexibilität, als er dem comply-or-explain-Ansatz folgt und Abweichungen bei hinreichender Begründung zulässt.

#### *Die RUAG in der Struktur der Verwaltung*

In vielerlei Hinsicht ist entscheidender, wo eine Unternehmenseinheit innerhalb der Verwaltungsstruktur angesiedelt ist, als welche Rechtsform sie aufweist. So unterliegen etwa die Verwaltungseinheiten der zentralen und der dezentralen Verwaltung als Auftraggeberinnen dem Beschaffungsrecht, nicht aber Verwaltungsträger ausserhalb der Verwaltung. Für die Unterscheidung zwischen der Verwaltung (zentral und dezentral) einerseits und der Sphäre der externen Verwaltungsträgerinnen anderseits ist nicht die Rechtsform ausschlaggebend, sondern die Marktnähe. Wer Dienstleistungen am Markt erbringt, ist nicht Teil der zentralen oder dezentralen Verwaltung. Die RUAG gilt heute als Dienstleisterin am Markt. Ob die Veränderungen in der Position auf dem Markt (Umsatzanteil der VBS-Aufträge beträgt 80 Prozent) daran etwas ändern, ist unklar.

---

## Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung .....	III
Abkürzungsverzeichnis .....	IX
1        Ausgangslage .....	1
1.1    Bericht der Eidgenössischen Finanzkontrolle .....	1
1.2    Auftrag .....	1
1.3    Prämissen .....	1
1.4    Vorgehen .....	1
2        Die Rüstungsbetriebe des Bundes vor der Schaffung der RUAG .....	2
3        Entstehung und Entwicklung der RUAG .....	3
3.1    Die Ausgliederung der Rüstungsunternehmen .....	3
3.1.1   Ausgangslage .....	3
3.1.2   Ziele der Ausgliederung der Rüstungsunternehmen .....	3
3.1.3   Rechtsform: Privatrechtliche Aktiengesellschaft .....	4
3.2    Das Bundesgesetz über die Rüstungsunternehmen des Bundes vom 1. Januar 1998 (BGRB) .....	5
3.3    Die Anpassung des rechtlichen Rahmens .....	7
3.3.1   Übersicht .....	7
3.3.2   Neuer Rechtsrahmen für die strategischen Ziele .....	7
3.3.3   Stärkung der Rolle des Parlaments .....	8
3.4    Entflechtung der RUAG-Holding AG .....	9
3.4.1   Herausforderungen .....	9
3.4.2   Bildung von zwei voneinander unabhängigen Unternehmen .....	9
3.4.3   Die Entflechtung und das BGRB .....	11
3.5    Zwischenfazit .....	12
4        Auslagerung von Aufgaben und Ausgliederung von Unternehmen .....	14
4.1    Verwaltungsaufgaben .....	14
4.2    Terminologie .....	15
4.3    Verfassungsrechtliche Anforderungen .....	16
4.4    Zweck des Unternehmens .....	17
5        Rechtsform von ausgegliederten Unternehmen .....	18
5.1    Die Bedeutung der Rechtsform .....	18
5.2    Rechtspersönlichkeit und Autonomie .....	19
5.3    Privatrecht oder öffentliches Recht? .....	20
6        Die privatrechtliche AG als öffentliches Unternehmen .....	21
6.1    Vorbemerkungen .....	21
6.2    Die Grundstruktur der privatrechtlichen AG .....	21
6.2.1   Entstehung .....	21

---

6.2.2	Zweck .....	21
6.2.3	Der Grundsatz der Fremdverwaltung .....	23
6.2.4	Die Funktion des Verwaltungsrats .....	24
6.3	Steuerung der privatrechtlichen AG durch die öffentliche Hand .....	25
6.3.1	Grundsätze .....	25
6.3.2	Staatsvertretungen im Verwaltungsrat .....	26
6.3.3	Weisungen an Staatsvertreterinnen und -vertreter .....	28
6.3.4	Informationsrechte .....	29
6.3.5	Eignergespräche und informelle Kontakte .....	32
6.3.6	Strategische Ziele .....	33
6.4	Öffentlich-rechtliche Derogation zwingenden Aktienrechts .....	39
6.4.1	Grundsatz: Aktienrechtliche Steuerung .....	39
6.4.2	Öffentlich-rechtliche Überlagerung durch spezialgesetzliche Normen .....	39
6.4.3	Wird eine öffentlich-rechtlich modifizierte AG zu einer spezialgesetzlichen AG? .....	41
6.4.4	Zwischenfazit .....	43
7	Öffentlich-rechtliche Organisationsformen .....	44
7.1	Kein Numerus clausus .....	44
7.2	Öffentlich-rechtliche Anstalt .....	44
7.2.1	Grundsätze .....	44
7.2.2	Gründung und gesetzliche Grundlage .....	46
7.2.3	Anstaltsträgerin und Organe .....	46
7.2.4	Autonomie .....	47
7.3	Öffentlich-rechtliche Körperschaften .....	47
7.4	Die spezialgesetzliche AG .....	48
7.4.1	Grundsätze .....	48
7.4.2	Entstehung und Organisation .....	49
7.4.3	Abweichungen von den Regeln für die privatrechtliche AG .....	49
7.4.4	Subsidiäre Anwendung des Aktienrechts .....	50
7.5	Gegenüberstellung Anstalt – spezialgesetzliche AG .....	51
8	Corporate-Governance-Berichte des Bundes .....	52
8.1	Entstehungsgeschichte .....	52
8.2	Aufgabentypologie und Rechtsformen .....	53
8.3	Privatrechtliche AG für Akteure mit Dienstleistungen am Markt? .....	54
9	Die RUAG als externe Trägerin von Verwaltungsaufgaben .....	56
9.1	Fragestellung .....	56
9.2	Zentrale und dezentrale Verwaltung vs. externe Träger von Verwaltungsaufgaben .....	56
9.3	Dienstleistungen am Markt .....	57

9.3.1	Der Aufgabentypus .....	57
9.3.2	Beurteilung der RUAG MRO .....	58
10	Abschliessende Bemerkungen.....	59
	Literatur .....	61
	Amtliche Dokumente.....	65



## Abkürzungsverzeichnis

AB [Jahr] N	Amtliches Bulletin des Nationalrats
AB [Jahr] S	Amtliches Bulletin des Ständerats
AG	Aktiengesellschaft
AS	Amtliche Sammlung
BBI	Bundesblatt
BGer	Bundesgericht
BGRB	Bundesgesetz über die Rüstungsunternehmen des Bundes vom 10. Oktober 1997; SR 934.21
BIT	Bundesamt für Informatik und Telekommunikation
BöB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019, SR 172.056.1
BSK	Basler Kommentar
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
EFD	Eidgenössisches Finanzdepartement
EFV	Eidgenössische Finanzverwaltung
EMD	Eidgenössisches Militärdepartement (bis 31. Dezember 1997)
FHG	Bundesgesetz über den eidgenössischen Finanzhaushalt vom 7. Oktober 2005 (Finanzhaushaltgesetz); 611.0
FK-N	Finanzkommission des Nationalrats
FLAG	Führen mit Leistungsauftrag und Globalbudget
Fn.	Fussnote
FUB	Führungsunterstützungsbasis der Armee
GPK-N	Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats
GPK-S	Geschäftsprüfungskommission des Ständerats
GV	Generalversammlung
LS	Loseblattsammlung des geltenden Zürcher Rechts
M.H.	mit Hinweisen
M.w.H.	mit weiteren Hinweisen
Mo.	Motion
N	Note/Randziffer
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911; SR 220

---

Pa. Iv.	Parlamentarische Initiative
ParlG	Bundesgesetz über die Bundesversammlung vom 13. Dezember 2002 (Parlamentsgesetz); SR 171.10
PTT	Post-, Telefon- und Telegrafenbetriebe
PublV	Verordnung über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt vom 7. Oktober 2015 (Publikationsverordnung); SR 170.512.1
RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997; SR 172.010
RVOV	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998; SR 172.010.1
SE	Schweizerische Elektronikunternehmung
SF	Schweizerische Unternehmung für Flugzeuge und Systeme
SiK-N	Sicherheitspolitische Kommission des Nationalrats
SiK-S	Sicherheitspolitische Kommission des Ständerats
SM	Schweizerische Munitionsunternehmung
SR	Systematische Rechtssammlung
SW	Schweizerische Unternehmung für Waffensysteme
VBS	Eidgenössisches Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport
Vo	Verordnung
VR	Verwaltungsrat
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907; SR 210

## 1 Ausgangslage

### 1.1 Bericht der Eidgenössischen Finanzkontrolle

Der Bericht der Finanzkontrolle zu den Vorkommnissen im Zusammenhang mit den Leopard-1-Panzern in Italien<sup>1</sup> hat Fragen aufgeworfen, die auch die Organisation und die Rechtsform der RUAG MRO betreffen.

Es stellt sich die Frage, ob die heute geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen gewährleisten, dass einerseits dem Unternehmen die nötige Autonomie zusteht, andererseits der Bund stets über die nötigen Informationen und Steuerungsmöglichkeiten verfügt, damit die (sicherheits)politischen Ziele erreicht werden können.

### 1.2 Auftrag

Das Eidgenössische Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS) hat in der Folge beschlossen, weitere Untersuchungen durchzuführen und dabei auch eine Prüfung des rechtlichen Rahmens der RUAG MRO Holding AG in Auftrag zu geben.<sup>2</sup>

In diesem Rahmen wurde der Gutachter beauftragt, das heutige Rechtsregime der RUAG MRO Holding AG zu analysieren und eine Auslegeordnung mit möglichen Lösungen für eine zweckmässige Rechtsform für das Unternehmen zu erstellen.

### 1.3 Prämissen

Dem Gutachten liegen folgende Prämissen zugrunde:

- Vorausgesetzt wird, dass die RUAG MRO weiterhin als ausgegliedertes Unternehmen tätig sein wird. Die Rücknahme in die Verwaltung wird deshalb nicht geprüft.
- Gegenwärtig wird nicht davon ausgegangen, dass das Aktionariat der RUAG MRO für Dritte geöffnet wird oder sogar ein Gang an die Börse zur Diskussion steht.<sup>3</sup> Dennoch werden punktuell Problemkreise angeschnitten, die vor allem bei einer Drittbeteiligung aktuell werden, für die Struktur der Aktiengesellschaft (AG) aber charakteristisch sind.
- Nicht vertieft geprüft wird eine Reintegration der RUAG MRO in die Verwaltung. Diese Option steht heute nicht im Vordergrund und müsste nach Massgabe des RVOG<sup>4</sup> erfolgen – etwa durch die Schaffung eines Bundesamts.

### 1.4 Vorgehen

Zunächst wird die Entstehungsgeschichte der RUAG nachgezeichnet. Dabei wird auch der Frage nachgegangen, was die ausschlaggebenden Motive für die Wahl der privatrechtlichen AG als Rechtsform waren. Anschliessend folgt eine Darstellung der Entwicklung des

<sup>1</sup> <<https://www.efk.admin.ch/prufung/einhaltung-der-vorgaben-bei-geschaeften-mit-dem-leopard-1-panzer/>> (Letzter Zugriff: 26.8.2024).

<sup>2</sup> Medienmitteilung des VBS vom 20.2.2024: Einhaltung der Vorgaben bei Geschäften mit dem Leopard 1 Panzer: Eignerstellen fordern umgehende Behebung festgestellter Mängel.

<sup>3</sup> Siehe dazu die Untersuchungen von Böckli, Gutachten.

<sup>4</sup> Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG) vom 21. März 1997; SR 172.010.

---

Konzerns bis zur kürzlich abgeschlossenen Entflechtung. In die Betrachtung eingeschlossen werden die Entwicklungen im relevanten Rechtsbereich.

Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich auf die Ausgliederung von Unternehmen und Auslagerung von Aufgaben. Diskutiert werden die verschiedenen in Frage kommenden Rechtsformen des privaten und des öffentlichen Rechts.

Im Anschluss daran befasst sich das Gutachten mit den Vorgaben des Bundes für die Corporate Governance und deren Folgen für die Wahl einer Rechtsform. Den Abschluss macht ein Blick auf die Verwaltungsstruktur und es wird untersucht, welche Kriterien entscheidend sind für die Abgrenzung zwischen dezentraler Verwaltung einerseits und der Sphäre der externen Verwaltungsträger anderseits und wo die RUAG MRO AG in der Verwaltungsstruktur anzusiedeln ist.

## **2 Die Rüstungsbetriebe des Bundes vor der Schaffung der RUAG**

Die eidgenössischen Rüstungsbetriebe haben eine lange und wechselhafte Geschichte, die eng mit der schweizerischen Sicherheitspolitik und der Militärorganisation verbunden ist.<sup>5</sup>

In den 1980er Jahren waren im Bundesamt für Rüstungsbetriebe sechs eidgenössische Rüstungsunternehmen des Bundes zusammengefasst.<sup>6</sup> Sie wiesen im Vergleich zur Bundesverwaltung einige Besonderheiten auf. So hatten sie etwa ihr eigenes, industriege-rechtes Rechnungswesen, das von der Staatsrechnung losgelöst war. Rechtlich betrachtet stellten die einzelnen Rüstungsunternehmen unselbständige öffentlich-rechtliche Anstal-ten des Bundes dar.<sup>7</sup> Schon damals waren die Rüstungsunternehmen nicht vollständig in die Bundesverwaltung bzw. die Armee integriert, sondern ihnen wurde eine gewisse Au-tonomie zugestanden.

Auf den 1. Januar 1996 erfolgte eine weitere Konzentration der Unternehmen auf vier Einheiten, die mit einer Zusammenlegung mit Teilen der Kriegsmaterialverwaltung und des Bundesamtes für Militärflugplätze verbunden war. Daraus entstanden die folgenden neuen Materialkompetenzzentren: Schweizerische Unternehmung für Flugzeuge und Sys-teme (SF), Schweizerische Munitionsunternehmung (SM), Schweizerische Unternehmung für Waffensysteme (SW) sowie Schweizerische Elektronikunternehmung (SE).<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> HUG/SENN sowie DE WECK.

<sup>6</sup> HÜBNER, S. 19.

<sup>7</sup> BUNDESRAT, Botschaft BGRB, S. 772, 775; SÄGESSER, Art. 2, N 77; zur Terminologie siehe unten Ziff. 7.2.

<sup>8</sup> Art. 1 Abs. 2 Vo über das Bundesamt für Rüstungsbetriebe, Änderung vom 4. Dezember 1995 (AS 1996 157); Medienmitteilung des Bundesrats vom 5. Dezember 1995: Verordnung über das Bundesamt für Rüstungsbetriebe geändert.

### **3 Entstehung und Entwicklung der RUAG**

#### **3.1 Die Ausgliederung der Rüstungsunternehmen**

##### **3.1.1 Ausgangslage**

In der Schlussabstimmung vom 10. Oktober 1997 verabschiedete das Parlament das Bundesgesetz über die Rüstungsunternehmen des Bundes<sup>9</sup>. Ziel des Erlasses war die weitgehende organisatorische Verselbständigung der Rüstungsunternehmen gegenüber der Verwaltung.

Diese Weichenstellung wird im Kontext der damals herrschenden Rahmenbedingungen verständlich: Ins Gewicht fielen zunächst die geopolitischen Entwicklungen. 50 Jahre Kalter Krieg waren zu Ende gegangen und wurden durch die optimistische Sicht abgelöst, die Zeit grosser Kriege und Spannungen sei vorbei und die Demokratie werde sich als Staatsform global durchsetzen.<sup>10</sup> Vor diesem Hintergrund war (auch) in der Schweiz mit einer Verkleinerung der Armee und mit einem Rückgang der Rüstungsaufwendungen zu rechnen mit der Konsequenz, dass die in der Schweiz existierende Produktions- und Wartungsinfrastruktur kaum mehr voll ausgelastet sein würde.<sup>11</sup> Hinzu kommt, dass die Offenheit für flexible Lösungen mit privatwirtschaftlichen oder zumindest privatwirtschaftsähnlichen Steuerungsmodellen zu dieser Zeit sehr gross war. Auf allen Staatsebenen herrschte ein Trend zur Autonomisierung von Verwaltungsträgern, der sich sowohl auf die Steuerungs- und Organisationsformen von staatlichen Aufgabenträgern als auch auf die politische Autonomie von Regulierungsbehörden erstreckte.<sup>12</sup> Experimentiert wurde mit New-Public-Management-Ansätzen und auch innerhalb der Bundesverwaltung ging man im Rahmen von FLAG (Führen mit Leistungsauftrag und Globalbudget) neue Wege.<sup>13</sup>

##### **3.1.2 Ziele der Ausgliederung der Rüstungsunternehmen**

Die Rüstungs- und Unterhaltsbetriebe sollten sich als Anbieter von Leistungen im Rüstungsgüter-, Wehrtechnik- und Industriebereich in jenen Gebieten behaupten können, die für die Armee wichtig und durch die Privatwirtschaft in der Schweiz nicht in ausreichendem Masse nachhaltig abgedeckt waren. Zu diesem Zweck war geplant, den Auslastungsrückgang der Rüstungsbetriebe mit Aktivitäten auf dem freien Markt zu kompensieren. Es ging insbesondere darum, das aus rüstungspolitischer Sicht notwendige Technologiepotential zu erhalten, indem das entsprechende Know-how auch für zivile Aufträge genutzt wurde.<sup>14</sup>

Zur Erreichung dieser Ziele war es aus Sicht des Bundesrates erforderlich, den Betrieben einen grossen Handlungsspielraum bzw. eine weitgehende Autonomie zu gewähren. Nur so konnte aus seiner Sicht die angestrebte Marktfähigkeit erreicht werden, die auf hohe Flexibilität und die Möglichkeit, kurzfristig Entscheide zu fällen, angewiesen war.<sup>15</sup>

<sup>9</sup> BGRB; SR 934.21; ursprüngliche Fassung AS 1998 1202.

<sup>10</sup> Siehe etwa FUKUYAMA.

<sup>11</sup> BUNDESRAT, Botschaft BGRB, S. 776 f.

<sup>12</sup> Siehe dazu HUBER, S. 3 f.

<sup>13</sup> Siehe etwa BUNDESRAT, Evaluationsbericht.

<sup>14</sup> BUNDESRAT, Botschaft BGRB, S.785.

<sup>15</sup> BUNDESRAT, Botschaft BGRB, S. 773, 777.

Als zentral für den eingeschlagenen Weg wurde ferner die Zusammenarbeit mit privaten Partnern betrachtet. Angestrebt wurde deshalb eine gemischtwirtschaftliche Lösung. Die Beteiligung von Privaten am Aktionariat der Rüstungsbetriebe sollte im Rahmen eines stufenweisen Entwicklungsprozesses erfolgen. Von den Rüstungsbetrieben wurde erwartet, sich fürs Erste durch einen Leistungsnachweis für Partner als attraktiv zu präsentieren, um privates Kapital anzuziehen.

### 3.1.3 Rechtsform: Privatrechtliche Aktiengesellschaft

Welche Rechtsform zur Erreichung dieser Ziele gewählt werden sollte, war in den parlamentarischen Beratungen umstritten. Der Bundesrat schlug gestützt auf eingeholte Gutachten<sup>16</sup> vor, die künftigen RUAG-Gesellschaften in privatrechtliche AG zu kleiden. Er kam zum Schluss, «die benötigte Flexibilität lässt sich (...) nur (...) mit einer privatrechtlichen Lösung erzielen».<sup>17</sup> Aus seiner Sicht konnte auch die angestrebte Privatisierungsfähigkeit nur auf diesem Wege erreicht werden.<sup>18</sup> Privaten eine Beteiligung zu ermöglichen, war für die Wahl der privatrechtlichen AG offenbar ein ausschlaggebender Punkt.

Prof. BLAISE KNAPP äusserte sich zu dieser Frage im ersten seiner beiden Gutachten wie folgt:

«Ist keine Beteiligung von Privatpersonen vorgesehen, drängt sich selbstverständlich eine öffentlich-rechtliche Lösung auf. In einem solchen Fall würde die Umwandlung des heutigen öffentlichen Betriebes ohne Rechtspersönlichkeit in einen solchen mit Rechtspersönlichkeit und mit grösserer Autonomie genügen.»<sup>19</sup>

Vor allem Gewerkschaften und Personalverbände stellten sich diesen Bestrebungen entgegen. Sie bevorzugten die Form der spezialgesetzlichen AG auf öffentlich-rechtlicher Basis<sup>20</sup> und hofften, so die bis dahin öffentlich-rechtliche ausgestaltete Anstellung des Personals in die Zukunft hinein weiterführen zu können.<sup>21</sup> Im Ständerat wurde ferner vereinzelt bezweifelt, ob die Rechtsform der privatrechtlichen AG mit der öffentlichen Aufgabe und der Stellung der Rüstungsbetriebe vereinbar sei.<sup>22</sup> Das Parlament entschied sich schliesslich für die Lösung des Bundesrates. Die (Teil)privatisierung,<sup>23</sup> d.h. die Beteiligung von Privaten im Aktionariat, war für den Bundesrat nicht nur eine Option, sondern ein Ziel der Reform. Es ist denn auch kein Zufall, dass in der Botschaft immer von «gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften des Privatrechts» die Rede ist. Die Beteiligung von Privaten war offenbar so selbstverständlich, dass im Rahmen der gutachterlichen Abklärungen die Rechtsform der Anstalt gar nicht in die Analyse einbezogen wurde.<sup>24</sup>

Nur wenige Monate vor der Verabschiedung des BGRB-Entwurfs durch den Bundesrat hatte die Regierung die Botschaft für das Unternehmensgesetz des Telecom-Teils der ehemaligen PTT-Betriebe (heute Swisscom) verabschiedet. Erstaunlich ist, dass dort der Entscheid für eine spezialgesetzliche AG mit fast der gleichen Argumentation begründet wurde, die in der Botschaft des BGRB als Grundlage für die Wahl zugunsten einer

<sup>16</sup> BUNDESRAT, Botschaft BGRB, S. 778; FREUDIGER, S. 57, Fn. 252.

<sup>17</sup> BUNDESRAT, Botschaft BGRB, S. 778 f., 781.

<sup>18</sup> BUNDESRAT, Botschaft BGRB, S. 781.

<sup>19</sup> KNAPP, Gutachten 1, N 132, zitiert nach FREUDIGER, S. 57.

<sup>20</sup> BUNDESRAT, Botschaft BGRB, S. 782 f.

<sup>21</sup> AB 1997 N 1414 f.

<sup>22</sup> Siehe etwa Ständerat Danioth, AB 1997 S 812.

<sup>23</sup> Dazu unten Ziff. 4.2.

<sup>24</sup> FREUDIGER, S. 57.

privatrechtlichen und gegen eine spezialgesetzliche AG diente. Der Bundesrat führte dabei Folgendes aus:

«Mit der Ausgestaltung als spezialgesetzliche Aktiengesellschaft werden bei der Telekommunikationsunternehmung die Voraussetzungen zur Beteiligung Dritter geschaffen. Die Allianzfähigkeit wird dadurch verbessert. 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 börsenkotierte Aktiengesellschaften sind, die dazu eigene Aktien tauschen können, ohne zusätzliche Finanzmittel aufwenden zu müssen.

Ein weiteres Kriterium für die Ausgestaltung der Telekommunikationsunternehmung als spezialgesetzliche Aktiengesellschaft ist ihre Tätigkeit in einem Wachstumsmarkt, die hohe Investitionen erfordert. Mit zunehmendem Wettbewerb lassen sich die Investitionen immer weniger aus dem Cash-flow finanzieren, so dass die Telekommunikationsunternehmung auf den Bezug privaten Risikokapitals angewiesen sein könnte.»<sup>25</sup>

### **3.2 Das Bundesgesetz über die Rüstungsunternehmen des Bundes vom 1. Januar 1998 (BGRB)**

Das BGRB in seiner ursprünglichen Fassung legt in Art. 1 den Zweck der Rüstungsunternehmen fest: Sie haben die Ausrüstung der Armee sicherzustellen. Zu diesem Zweck führen sie unter Beachtung marktwirtschaftlicher Grundsätze Aufträge des EMD und Dritter aus. Die Möglichkeit, Aufträge Dritter auszuführen, ist sehr offen formuliert, nachdem im Parlament die vom Bundesrat vorgeschlagenen Begrenzungen abgelehnt wurden.<sup>26</sup> Trotz dieser offenen Formulierung muss aber auch die Erfüllung von Aufträgen Dritter durch den Gesetzeszweck – Sicherstellung der Ausrüstung der Armee – abgedeckt sein und dazu einen Bezug aufweisen.

Im Rahmen der Zweckbestimmung kann der Bund selbst Rüstungsunternehmen betreiben, privatrechtliche AGs gründen oder sich an solchen beteiligen. Zur Gründung solcher Gesellschaften, zum Erwerb oder Verkauf von Beteiligungen ist der Bundesrat zuständig.

Die Beteiligungen des Bundes werden durch eine Holding in Form einer privatrechtlichen AG gehalten (Art. 3 Abs. 1). Diese soll einerseits als Finanzholding die nötige Flexibilität im Finanzbereich sicherstellen. Da sie die Aktionäre der einzelnen Tochtergesellschaften verkörpert, bestehen kurze Entscheidungswege und es kann etwa bei Kapitalerhöhungen oder anderen Massnahmen von finanzieller Relevanz rasch gehandelt werden. Gleichzeitig weist die Holding Merkmale einer Strategieholding auf. Die Holdinggesellschaft hat die Aufgabe, gegenüber den Tochterunternehmen Steuerungs- und Aufsichtsrechte wahrzunehmen, die früher den politischen Instanzen vorbehalten waren.<sup>27</sup>

Wie der Bund Einfluss auf die RUAG Holding zur Durchsetzung der in Art. 1 BGRB formulierten öffentlichen Interessen ausüben soll, ist in der ursprünglichen Fassung des Gesetzes nicht sehr klar geregelt. Art. 3 Abs. 2 bestimmt, dass die Aktionärsrechte des Bundes an der Beteiligungsgesellschaft durch das EMD wahrgenommen werden, das sich dabei an die vom Bundesrat formulierte Eignerstrategie zu halten hat. Eine detaillierte Regelung der strategischen Ziele existiert in dieser frühen Fassung des Gesetzes allerdings

<sup>25</sup> BUNDESRAT, Botschaft TUG, S. 1316 f.

<sup>26</sup> Siehe die Diskussion in AB 1997 N 1415 ff.; dazu die Kritik bei VOGEL, Staat, S. 221.

<sup>27</sup> BUNDESRAT, Botschaft BGRB, S. 78.

nicht.<sup>28</sup> Ferner enthält Art. 4 die Vorgabe, dass der Bund seinen Interessen entsprechend im Verwaltungsrat der Beteiligungsgesellschaft vertreten ist.

Im Vordergrund steht die Vorstellung, dass der Bund seine Interessen mit Hilfe seiner Aktionärsrechte und insbesondere bei der Ausgestaltung der Gesellschaftsstatuten wahrnimmt.<sup>29</sup> Die in Art. 3 Abs. 2 erwähnte Eignerstrategie des Bundesrates soll denn auch nicht die Gesellschaft selbst bzw. ihre Organe verpflichten, sondern richtet sich «verbindlich an die Vertreter des Aktionärs Bund in der Beteiligungsgesellschaft». Angesprochen sind somit die Aktionäre als Repräsentanten des Bundes, in erster Linie aber die an der Generalversammlung (GV) gewählten oder delegierten Verwaltungsräte (des Bundes).<sup>30</sup> In Anwendung von Art. 4 Abs. 1 BGRB entsendet der Bund zwei instruierbare Vertreter in den Verwaltungsrat.

Die weitgehende Anlehnung an die privatrechtlichen Instrumente drückt nicht zuletzt das Bestreben aus, dem Unternehmen Autonomie und Dritten Anreize zur Beteiligung zu verschaffen. Damit einhergehen soll eine gewisse Entpolitisierung.<sup>31</sup> Politische Einwirkungen und damit auch der Einfluss des Parlaments sollen auf ein vertretbares Mass zurückgebunden werden.<sup>32</sup>

Für den Fall, dass der Bund einen Teil seines Aktionariats abgeben will und deshalb nicht mehr in der Lage ist, durch die Ausübung des Wahlrechts eine hinreichende Vertretung im Verwaltungsrat zu sichern, soll in den Statuten ein Abordnungsrecht des Bundes im Sinne von Art. 762 OR aufgenommen werden.<sup>33</sup>

Solange es zur Wahrung der öffentlichen Interessen erforderlich ist, soll der Bund in der Beteiligungsgesellschaft sowohl hinsichtlich des Kapitals als auch mit Blick auf die Stimmen die Mehrheit halten. Eine Abweichung davon bedarf der Zustimmung der Bundesversammlung, die in einen einfachen Bundesbeschluss im Sinne von Art. 163 Abs. 2 BV zu kleiden wäre, der nicht dem Referendum unterliegt.<sup>34</sup>

Die Überführung in die neue Rechtsform wurde auf den 1. Januar 1999 vollzogen, indem der Bund sämtliche Aktiven und Passiven sowie Rechte und Verpflichtungen der bisherigen Rüstungsunternehmen als Sacheinlage in die vorher zu diesem Zweck gegründeten AGs einbrachte.<sup>35</sup> Unmittelbar anschliessend wurden die Aktien der vier operativen Gesellschaften in die ebenfalls neu gegründete Holding-Gesellschaft RUAG Schweiz AG eingebraucht. Der damals neue Konzern RUAG Suisse umfasste also im Wesentlichen die Holding-Gesellschaft RUAG Schweiz AG und die vier operativen Unternehmungen SE Schweizerische Elektronikunternehmung AG, SW Schweizerische Unternehmung für Waffensysteme AG, SM Schweizerische Munitionsunternehmung AG sowie SF Schweizerische Unternehmung für Flugzeuge und Systeme AG. Die Gruppe befand sich vollumfänglich im Eigentum der Eidgenossenschaft.<sup>36</sup>

<sup>28</sup> FK-N, S. 3402.

<sup>29</sup> BUNDESRAT, Botschaft BGRB, S. 795.

<sup>30</sup> BUNDESRAT, Botschaft BGRB, S. 792; siehe auch BuOB, N 321 ff.

<sup>31</sup> BÜHLER, AG, S. 201; BUNDESRAT, Eignerstrategie, S. 49.

<sup>32</sup> MÜLLER/VOGEL, S. 665.

<sup>33</sup> BUNDESRAT, Botschaft BGRB, S. 794; siehe zu dieser Bestimmung unten Ziff. 6.3.2.

<sup>34</sup> BUNDESRAT, Botschaft BGRB, S. 793 f.

<sup>35</sup> BUOB, N 319.

<sup>36</sup> BUNDESRAT, Botschaft BGRB 2000, S. 2262.

### 3.3 Die Anpassung des rechtlichen Rahmens

#### 3.3.1 Übersicht

Tendenziell untergeordneten Änderungen betreffend Kapitalisierung<sup>37</sup> und eher redaktionellen Anpassungen<sup>38</sup>, die eine Konsequenz von verwaltungsorganisatorischen Reformen waren, folgte eine Gesetzesrevision, welche auch die Steuerung der RUAG durch den Bund im Fokus hatte. Der vom Parlament am 17. Dezember 2010 verabschiedete Mantelerlass «Bundesgesetz über die Mitwirkung der Bundesversammlung bei der Steuerung der verselbständigte Einheiten»<sup>39</sup> ergänzte mehrere Bundesgesetze.<sup>40</sup>

Ausgangspunkt war eine Parlamentarische Initiative der Finanzkommission, die aus den Beratungen des Corporate-Governance-Berichts<sup>41</sup> des Bundesrates entstanden war.<sup>42</sup> Im Zentrum standen die folgenden drei Punkte:

- Verpflichtung des Bundesrats, verselbständigte Einheiten über strategische Ziele zu steuern;
- Regelung der Mitwirkung des Parlaments beim Erlass strategischer Ziele;
- Vereinheitlichung der Berichterstattung über sämtliche verselbständigte Einheiten, um die Möglichkeiten im Rahmen der Oberaufsicht des Parlaments zu verbessern.

Die Anpassungen betrafen teilweise das BGRB als sektorspezifisches Regelwerk, fanden aber zum Teil auch in Querschnittserlassen ihren Niederschlag, wie im RVOG oder dem ParlG<sup>43</sup>. Die Änderungen traten am 1. Januar 2012 in Kraft.<sup>44</sup>

#### 3.3.2 Neuer Rechtsrahmen für die strategischen Ziele

Für die Regelung der strategischen Ziele wählte das Parlament zwei Wege, die sich ergänzten. Im Sinne einer sektorübergreifenden Lösung wurde Art. 8 RVOG durch einen neuen Abs. 5 ergänzt, der den Bundesrat verpflichtet,<sup>45</sup> für verselbständigte Einheiten, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, strategische Ziele festzulegen, soweit das als zweckmässig erachtet wird.<sup>46</sup> Diese Vorgabe wurde in Art. 3 Abs. 1<sup>bis</sup> BGRB für die RUAG konkretisiert. Vorgeschrieben wird, dass der Bundesrat jeweils für vier Jahre die strategischen Ziele der Beteiligungsgesellschaft festlegt. Die Bestimmung beantwortet zugleich die Frage positiv, ob der Bundesrat für die RUAG die Festlegung von strategischen Zielen als zweckmässig erachtet.

<sup>37</sup> Einführung von Art. 5a und 5b BGRB; BUNDESRAT, Botschaft BGRB 2000; AS 2001, 1582.

<sup>38</sup> Botschaft über die Anpassung von Organisationsbestimmungen des Bundesrechts vom 5. Juni 2001, BBI 2001 3845; AS 2003 187 <195>.

<sup>39</sup> AS 2011 5859.

<sup>40</sup> Siehe dazu BÜHLER, Governance, S. 87 ff.

<sup>41</sup> BUNDESRAT, Governance.

<sup>42</sup> FK-N.

<sup>43</sup> Bundesgesetz über die Bundesversammlung vom 13. Dezember 2002 (Parlamentsgesetz, SR 171.10).

<sup>44</sup> AS 2011 5859.

<sup>45</sup> GUTZWILLER, N 383.

<sup>46</sup> Diese Relativierung der Verpflichtung in Form eines Zweckmässigkeitsvorbehalt war die Folge eines Mitberichts der GPK-S (SÄGESSER, Art. 8, N 88).

Um auch die Durchsetzung der strategischen Ziele zu ermöglichen,<sup>47</sup> wurde Art. 3 Abs. 1<sup>ter</sup> BGRB geschaffen, wonach der Verwaltungsrat der Beteiligungsgesellschaft für die Umsetzung der strategischen Ziele des Bundesrats zu sorgen hat. Zugleich wird der Verwaltungsrat verpflichtet, dem Bundesrat jährlich über die Zielerreichung Bericht zu erstatten und die für die Überprüfung der Zielerreichung notwendigen Informationen zur Verfügung zu stellen. Die bisherige Bestimmung in Art. 3 Abs. 2 BGRB, wonach die Aktiönnärsrechte des Bundes nach Massgabe der vom Bundesrat formulierten Eignerstrategie durch das zuständige Departement wahrgenommen werden, wurde gestrichen.

Auch wenn in der ursprünglichen Fassung des Gesetzes aus dem Jahre 1998 schon von der Eignerstrategie des Bundes die Rede war, beinhalteten doch die neuen Vorgaben erhebliche Veränderungen des rechtlichen Rahmens. Ursprünglich richtete sich die Eignerstrategie an die Vertreter des Aktionärs Bund und formulierte Vorgaben für die Ausübung der Aktionärsrechte. Seit der Reform spricht die Strategie das Unternehmen direkt an und verpflichtet den Verwaltungsrat als Organ mit der Umsetzung der Strategie. Ob eine solche Regelung mit der Struktur der privatrechtlichen AG vereinbar ist, wird später diskutiert.<sup>48</sup> Auch auf die Frage, inwiefern die strategischen Ziele verbindlich sind, wird weiter unten eingegangen.<sup>49</sup>

### 3.3.3 Stärkung der Rolle des Parlaments

Im Rahmen der Reform wurde ferner die Rolle des Parlaments gestärkt. Dahinter stand die Überzeugung, dem Parlament müssten Instrumente zur Verfügung stehen, mit denen es Einfluss auf die Definition der strategischen Ziele nehmen kann.<sup>50</sup>

Art. 28 Abs. 1 lit. b ParlG hält seit der Gesetzesrevision fest, dass die Bundesversammlung bei der Festlegung der strategischen Ziele gemäss Art. 8 Abs. 5 RVOG mitwirkt. Zu diesem Zweck wurde dem Parlament die Möglichkeit eröffnet, dem Bundesrat Aufträge zu erteilen, solche strategischen Ziele festzulegen oder sie zu ändern (Art. 28 Abs. 1<sup>bis</sup> lit. b Ziff. 2 ParlG). Art. 148 Abs. 3<sup>bis</sup> ParlG verpflichtet den Bundesrat, dem Parlament periodisch über die Erreichung der gemäss Art. 8 Abs. 5 RVOG gesetzten Ziele Bericht zu erstatten. Die im ParlG vorgesehene Mitwirkungsmöglichkeit des Parlaments wurde bewusst nicht als Mitentscheidungs- oder Genehmigungskompetenz der Bundesversammlung ausgestaltet, sondern sollte sich an die Grenzen der parlamentarischen Oberaufsicht halten.<sup>51</sup>

Die Aufträge an den Bundesrat nach Art. 28 ParlG sind grundsätzlich verbindlich, allerdings ist die Verbindlichkeit politischer Natur.<sup>52</sup> Zudem handelt es sich bei der Mitwirkung bei der Festlegung strategischer Ziele um einen Spezialfall der parlamentarischen Mitwirkung bei Planungen bzw. Grundsatzentscheiden.<sup>53</sup> Weicht der Bundesrat von Aufträgen oder Grundsatz- und Planungsbeschlüssen ab, so hat er dies zu begründen (Art. 28 Abs. 4 ParlG). Dadurch wird zugleich das Recht des Bundesrats festgehalten, vom Auftrag abzuweichen, was Art. 122 Abs. 3 ParlG entspricht, wonach der Bundesrat

<sup>47</sup> FK-N, S. 3393 f., 3401 f.

<sup>48</sup> Siehe unten Ziff. 6.3.6.4.

<sup>49</sup> Siehe unten Ziff. 6.3.6.3.

<sup>50</sup> FK-N, S. 3388.

<sup>51</sup> FK-N, S. 3388; SÄGESSER, Art. 8, N 95; BÜHLER, Governance, S. 79, siehe auch HÖCHNER, S. 111.

<sup>52</sup> FK-N, S. 3398.

<sup>53</sup> GRAF, N 5, 24.

---

unter bestimmten Voraussetzungen auch die Abschreibung einer angenommenen Motion beantragen kann, obwohl sie noch nicht erfüllt worden ist.<sup>54</sup>

Auch wenn der Bundesrat schon vor der Anpassung von Art. 28 ParlG namentlich mit der Motion ein Instrument in der Hand hatte, um auf die Tätigkeit des Bundesrates bezüglich verselbständiger Einheiten einzuwirken,<sup>55</sup> trug die Revision des Parlamentsgesetzes dazu bei, die Strategie solcher Unternehmen für politischen Einfluss zu öffnen.

### **3.4 Entflechtung der RUAG-Holding AG**

#### **3.4.1 Herausforderungen**

In der Zeit nach ihrer Gründung hat sich die RUAG von einem Rüstungsbetrieb allmählich zu einem weltweit agierenden Technologiekonzern entwickelt. Die Geschäftsbereiche der RUAG umfassten 2018 nebst dem eigentlichen Rüstungsgeschäft auch Bereiche wie zivile Luftfahrt und Weltraumtechnologie.

Im März 2018 erteilte der Bundesrat den Auftrag, ein Konzept zur Entflechtung der RUAG-Holding AG auszuarbeiten.<sup>56</sup> Dafür waren mehrere Gründe ausschlaggebend:

- Im Frühling 2016 wurde öffentlich bekannt, dass auf die RUAG ein Cyber-Angriff erfolgt war. Im Rahmen der Bewältigung der Vorfälle beauftragte der Bundesrat das VBS, so rasch als möglich für die Entflechtung sowohl auf der Geschäfts- als auch auf der Systemebene zwischen dem Bund und der RUAG zu sorgen.<sup>57</sup>
- Die Diversifizierung und das Wachstum brachten neue Risiken mit sich. Die neuen Geschäftsbereiche umfassten nebst dem eigentlichen Rüstungsgeschäft namentlich mit der zivilen Luftfahrt und der Weltraumtechnologie Bereiche, die nach Auffassung des Bundesrates nicht mehr zum Kernauftrag der RUAG passten. Der Bundesrat hatte bereits in seinen strategischen Zielen für die Periode 2016–2019 seine Erwartung formuliert, dass Geschäftsfelder veräussert werden, die für den Aktionär Bund und die RUAG nicht von strategisch-industrieller Logik sind.<sup>58</sup>

#### **3.4.2 Bildung von zwei voneinander unabhängigen Unternehmen**

Im März 2018 fällte der Bundesrat den Grundsatzbeschluss, die fast ausschliesslich für die Schweizer Armee tätigen Geschäftseinheiten in einer neuen Gesellschaft zusammenzuführen, von der übrigen RUAG zu entflechten und dabei auch die Informatiksysteme zu trennen.<sup>59</sup>

---

<sup>54</sup> GRAF, N 23.

<sup>55</sup> FK-N, S. 3388.

<sup>56</sup> Zum Ganzen siehe Stichwort «Entflechtung» auf <https://www.vbs.admin.ch/de/ruag> (letzter Zugriff: 26.8.2024) sowie Medienmitteilung des Bundesrats vom 18. März 2019: Bundesrat entscheidet über die Zukunft des Technologiekonzerns RUAG.

<sup>57</sup> GPK-N, Standortbestimmung, S. 4585 f.

<sup>58</sup> BUNDESRAT, Wettbewerb, S. 44.

<sup>59</sup> Medienmitteilung des Bundesrates vom 21. März 2018: RUAG: Mit neuer Konzernstruktur zur Entflechtung.

Am 27. Juni 2018 genehmigte der Bundesrat ein Konzept zur Entflechtung der RUAG Holding AG. Ab dem 1. Januar 2020 wurde die RUAG Holding AG zu einer neuen Beteiligungsgesellschaft (BGRB Holding AG) mit zwei Subholdings:<sup>60</sup>

- Auf der einen Seite soll die RUAG MRO Schweiz AG in erster Linie für die Armee tätig sein. Ziel war, dass sie alle sicherheitsrelevanten Leistungen für das VBS erbringt, welche bisher unter dem Dach der RUAG erbracht worden waren. Dabei geht es in erster Linie um Wartung, Reparatur und Überholung (MRO für Maintenance, Repair und Overhaul) sowie um die Instandhaltung einsatzrelevanter Systeme wie die Kampfjets. Damit bekräftigte der Bundesrat, dass MRO Schweiz die Rolle des Materialkompetenzzentrums für die Schweizer Armee wahrnehmen soll.
- Die zweite Subholding RUAG International Holding AG sollte aus den restlichen Teilen der RUAG Holding AG bestehen und namentlich die Bereiche zivile Flugzeug- und Weltraumtechnik übernehmen. Die RUAG International Holding AG wurde zu einer reinen Finanzbeteiligung mit dem Ziel einer mittelfristigen Vollprivatisierung: «An einem solchen Technologiekonzern kann der Bund auf Dauer keine Beteiligung halten. Es gibt keine gesetzliche Grundlage hierfür und der Bundesrat sieht auch kein öffentliches Interesse daran. Der Bundesrat will deshalb RUAG International mittelfristig vollständig privatisieren.»<sup>61</sup>

Da eine der Herausforderungen, die Anlass zur Entflechtung gaben, den Cyber-Bereich betraf,<sup>62</sup> stand die Informatik bei den Entflechtungsarbeiten besonders im Fokus. Die Informatik-Systeme der RUAG MRO wurden mit Ausnahme des Bereichs RUAG Real Estate in den Sicherheitsperimeter des Bundes überführt. Während einer Übergangszeit waren sie bei der FUB<sup>63</sup> der Armee angesiedelt und gingen später an das Bundesamt für Informatik und Telekommunikation (BIT) über. Die RUAG MRO wird beim BIT wie ein Bundesamt behandelt.

An der GV der BGRB Holding AG vom 8. Juni 2022 wurde beschlossen, die Gesellschaft aufzulösen, nachdem der Bundesrat am 26. November 2021 einen entsprechenden Beschluss gefasst hatte. Die Holding hatte ihren Zweck erfüllt, die Entflechtung strategisch zu begleiten. Bereits seit Ende Mai 2020 sind die beiden Unternehmen (ehemalige Subholdings) organisatorisch und rechtlich unabhängig. Nachdem auch die Informatiksysteme getrennt sind, ist die Entflechtung heute abgeschlossen und die beiden Unternehmen werden durch den Eigner Bund direkt geführt. Zur Wahrung der Eignerinteressen sind bei der RUAG MRO die beiden Departemente EFD und VBS zuständig, wobei dem VBS die Federführung zukommt.<sup>64</sup> Da es sich bei der RUAG International nur noch um eine Finanzbeteiligung handelt, werden dort die Eignerinteressen ausschliesslich durch das EFD wahrgenommen.<sup>65</sup> Mit der Auflösung der BGRB-Holding sind auch die beiden instruierbaren Bundesvertreter aus dem Verwaltungsrat ausgeschieden.<sup>66</sup>

<sup>60</sup> Siehe dazu auch BUNDESRAT, Eignerstrategie, S. 26.

<sup>61</sup> Medienmitteilung des Bundesrats vom 18. März 2019: Bundesrat entscheidet über die Zukunft des Technologiekonzerns RUAG; siehe dazu auch ODERMATT, S. 330.

<sup>62</sup> Siehe Ziff. 3.4.1.

<sup>63</sup> Führungsunterstützungsbasis der Armee.

<sup>64</sup> Zur Aufsicht und Steuerung verselbständigerter Einheiten siehe Art. 24a RVOV; dazu BUNDESRAT, Eignerstrategie, S. 61.

<sup>65</sup> Medienmitteilung des Bunderates vom 29. November 2023: Bundesrat verabschiedet strategische Ziele 2024–2027 für RUAG International.

<sup>66</sup> BUNDESRAT, Kurzberichterstattung 2022, S. 9 f. (www.efv.admin.ch → Themen → Corporate Governance → Berichterstattung des Bundesrates); Medienmitteilung des Bundesrats vom

Die RUAG MRO hat sich von einer Konzerndivision zu einem eigenständigen Unternehmen entwickelt. Sie soll nach dem Willen des Bundesrats weiterhin die hauptsächliche Technologiedienstleisterin der Schweizer Armee bleiben und auch in der Instandhaltung und beim Werterhalt der künftigen Armeesysteme eine wichtige Rolle spielen. Im Zentrum der Geschäftstätigkeit der RUAG MRO steht die Basisleistung für die Betreuung von 130 Systemen der Armee. Sie entwickelt sich von einem traditionellen Rüstungskonzern zu einem breiter aufgestellten Sicherheitsunternehmen.

Für die RUAG International verfolgt der Bundesrat weiterhin eine Devestitionsstrategie. In der Zwischenzeit sind folgende Tochtergesellschaften bzw. Geschäftsbereiche der RUAG International verkauft worden: Geschäftsbereich Simulation & Training (30.4.2022), Geschäftsbereich Ammotec (31.7.2022), RUAG Australia Pty Ltd (31.8.2022), RUAG Aerospace Structures GmbH und RUAG Aerostructures Hungary Zrt. (31.12.2023).<sup>67</sup> Das Weltraumgeschäft wird unter der neuen Marke «Beyond Gravity» weitergeführt und soll bis 2025 ebenfalls privatisiert werden.<sup>68</sup> Allerdings hat sich die nationalrätsliche Sicherheitskommission mit einer Motion gegen diese Verkaufspläne gestellt. Die SiK-N ist der Auffassung, eine auf die Raumfahrt spezialisierte Tochtergesellschaft der RUAG International sei für die Sicherheit der Schweiz, ihr Innovationspotenzial und ihre industrielle Dynamik von strategischem Interesse.<sup>69</sup> Der Nationalrat hat die Motion am 16. September 2024 angenommen.<sup>70</sup> Auch die SiK-S hat an ihrer Sitzung vom 10. Oktober 2024 die Annahme der Motion beschlossen.<sup>71</sup>

Geplant ist, dass die RUAG International nach dem Verkauf aller Unternehmensteile liquidiert wird.<sup>72</sup>

### 3.4.3 Die Entflechtung und das BGRB

Mit der durchgeführten Entflechtung hat sich die Struktur der RUAG entscheidend verändert, ohne dass gleichzeitig das BGRB revidiert worden wäre. Es stellt sich die Frage, ob die neue Organisationsform noch den geltenden gesetzlichen Vorgaben entspricht.

Der Bund kann nach Art. 1 privatrechtliche AGs gründen oder sich an solchen Gesellschaften beteiligen. Sie dienen dem Zweck, die Ausrüstung der Armee sicherzustellen. Dies gilt (mittelbar) auch für Drittaufträge, die nach Art. 2 unter Beachtung marktwirtschaftlicher Grundsätze erfüllt werden können.

Die Entflechtung der RUAG Holding betrifft auch die Zweckausrichtung der Gesellschaften. Die RUAG MRO konzentriert sich auf die Armee, d.h. auf den eigentlichen Gesetzeszweck. Dagegen umfasst die RUAG International «die aus den Rüstungsunternehmen hervorgegangenen Beteiligungen des Bundes, die nicht die Ausrüstung der Armee

---

8. Juni 2022: RUAG MRO und RUAG International getrennt: Auflösung der übergeordneten Holding.

<sup>67</sup> Geschäftsbericht RUAG International AG 2023, S. 48; siehe auch BUNDESRAT, Kurzberichterstattung 2022, S. 13 ([www.efv.admin.ch](http://www.efv.admin.ch) → Themen → Corporate Governance → Berichterstattung des Bundesrates).

<sup>68</sup> BUNDESRAT, Ziele International 2024-2027, Ziff. 3.1.

<sup>69</sup> 24.3477 Mo. SiK-N, Die Kontrolle über Beyond Gravity zu behalten, ist von strategischem Interesse; siehe auch die Medienmitteilung der SiK-N vom 14. Mai 2024.

<sup>70</sup> AB 2024 N 1569.

<sup>71</sup> Medienmitteilung der SiK-S vom 11. Oktober 2024

<sup>72</sup> BUNDESRAT, Ziele International 2024-2027, Ziff. 5.

sicherstellen,»<sup>73</sup> und stellt nur noch eine Finanzbeteiligung dar.<sup>74</sup> Dies erscheint auf den ersten Blick problematisch, da sich die RUAG International vom Gesetzeszweck entfernt und letztlich ausschliesslich fiskalischen Zielen zu dienen scheint.<sup>75</sup> Dabei ist das Ganze im Kontext zu betrachten. Die Entflechtung ist gerade Konsequenz der Fokussierung auf den Gesetzeszweck. Die RUAG International dient als Übergangslösung dem Verkauf der zweckfremden Teile und damit der operativen Umsetzung dieses Ziels unter Beachtung der gebotenen Sorgfalt. Vor diesem Hintergrund ist auch die RUAG International zumindest mittelbar durch den Gesetzeszweck abgedeckt. Dies gilt jedenfalls, sofern der Prozess innerhalb eines vertretbaren Zeitraums abgeschlossen wird.

Zu prüfen ist ferner, ob die Konstellation nach der Entflechtung noch dem Steuerungsmo-  
dell entspricht, welches das BGRB zeichnet. Vorgesehen ist eine einheitliche Steuerung  
über eine Beteiligungsgesellschaft (Art. 3 Abs. 1). Der Bundesrat definiert für diese Ge-  
sellschaft strategische Ziele und der Bund ist seinen Interessen entsprechend im Verwal-  
tungsrat der Beteiligungsgesellschaft vertreten (Art. 4 Abs. 1). Auch hier fallen auf den  
ersten Blick Divergenzen zwischen der gelebten Praxis und den gesetzlichen Rahmenbe-  
dingungen auf. Seit Auflösung der BGRB Holding AG im Jahre 2022 werden die beiden  
ehemaligen Subholdings RUAG MRO und RUAG International je direkt durch den Bund  
geführt, was an sich nicht dem gesetzlich vorgesehenen Konzept der Gesamtsteuerung  
entspricht. Angesichts der Entflechtung und des Ziels, RUAG International zu liquidieren,  
ist das vom Bundesrat gewählte Vorgehen im Sinne einer Übergangslösung akzeptabel.  
Die RUAG MRO wird mit ihren Tochtergesellschaften zur Beteiligungsgesellschaft im Sinne  
von Art. 3 Abs. 1 und auf dieser Ebene erfolgt die Steuerung zur Umsetzung der Ziele ge-  
mäss Art. 1. Da es bei der Privatisierung bzw. dem Verkauf und der anschliessenden Li-  
quidation der RUAG International um andere Fragestellungen geht, ist eine Trennung auf  
der Steuerungsebene nachvollziehbar. Dass der Bundesrat seit der Auflösung der BGRB-  
Holding über keine instruierbaren Mitglieder des Verwaltungsrates verfügt, verstösst nicht  
gegen Art. 4 Abs. 1. Als Alleinaktionär kann er an der GV der neuen Beteiligungsgesell-  
schaft RUAG MRO auf dem ordentlichen Wege den gesamten Verwaltungsrat bestimmen  
und so für eine Vertretung sorgen, die «seinen Interessen entsprechend» ausfällt.

Fragen kann man sich schliesslich, ob Art. 3 Abs. 1<sup>bis</sup> eine hinreichende gesetzliche  
Grundlage darstellt, um für die RUAG International strategische Ziele zu formulieren, da  
dort solche Ziele nur für die Beteiligungsgesellschaft vorgesehen sind. Der Bundesrat  
kann sich aber direkt auf Art. 8 Abs. 5 RVOG berufen.<sup>76</sup> Dass im Spezialgesetz keine be-  
sondere Grundlage existiert, mag dann für die Verbindlichkeit der Ziele von Bedeutung  
sein.<sup>77</sup>

### 3.5 Zwischenfazit

Seit der Verabschiedung des BGRB haben sich bei der RUAG sowohl aus unternehmeri-  
scher als auch aus rechtlicher Sicht wesentliche Elemente verändert und erhoffte Ent-  
wicklungen, die Grundlage waren für die rechtliche Ausgestaltung des Unternehmens,  
stellten sich nicht ein.

<sup>73</sup> BUNDESRAT, Ziele International 2024-2027, Ziff. 1.

<sup>74</sup> Medienmitteilung des Bunderates vom 29. November 2023: Bundesrat verabschiedet strategi-  
sche Ziele 2024–2027 für RUAG International.

<sup>75</sup> Dazu STÖCKLI, S. 57.

<sup>76</sup> Siehe oben Ziff. 3.3.2.

<sup>77</sup> GUTZWILLER, N 383.

Die Beteiligung Privater und die damit verbundene Mobilisierung von privatem Kapital kamen nicht zustande. Sowohl die aufgelöste RUAG-Beteiligungsholding als auch die beiden heute noch existierenden Teile RUAG International und RUAG MRO waren bzw. sind zu 100 Prozent durch den Bund beherrscht. Private sind bei der RUAG MRO einzig auf der Ebene assoziierter Unternehmen beteiligt.<sup>78</sup>

Zwar gelang es der RUAG, Geschäftsfelder ausserhalb ihres armeebezogenen Auftrags zu erschliessen und in diesem Bereich einen bedeutenden Pfeiler des Unternehmens aufzubauen. Bald verselbständigteten sich diese armeefremden Tätigkeiten immer mehr und es wurde erkannt, dass sie nur noch wenig Bezug zum Kernauftrag hatten, was schliesslich zum Verkauf der entsprechenden Bereiche führte. Nach der Entflechtung hat bei der RUAG MRO die Armee auch mit Blick auf den Umsatz an Bedeutung zurückgewonnen. Im Gründungsjahr 1999, als die RUAG aus den ehemaligen Rüstungsbetrieben des Bundes hervorging, umfasste der Anteil der VBS-Aufträge fast 90 Prozent. Im Jahre 2016 waren es noch rund 31 Prozent. Nimmt man heute die RUAG MRO als Bezugspunkt, machen die Geschäfte zugunsten der Armee ca. 80 Prozent aus.<sup>79</sup> Auch die strategischen Ziele für die Jahre 2024–2027 zeichnen diese Entwicklungsrichtung vor:

«Für RUAG MRO liegt der Fokus 2024–2027 auf der Konsolidierung des Konzerns und dem Weiterausbau der Geschäftstätigkeit mit der Armee. Der Bundesrat erwartet weiterhin, dass die RUAG MRO grundsätzlich als industrieller Partner der Armee tätig ist. Sie unterstützt die Armee bei der Instandhaltung der ihr zugewiesenen Systeme und übernimmt in der Regel die Rolle des Materialkompetenzzentrums für neue sicherheitsrelevante und komplexe Systeme. So wurde gerade vor dem Hintergrund des Ukraine-Konfliktes die Vorgabe verdeutlicht, dass die RUAG MRO für die Armee robuste Leistungen für jede Lage zu erbringen hat; also Leistungen, die gerade in einer angespannten Sicherheitslage funktionieren müssen.»<sup>80</sup>

Veränderungen zeigen sich auch auf der Steuerungsebene. Ursprünglich war beabsichtigt, der Bund solle die RUAG in erster Linie über die Aktionärsrechte steuern. Die durch den Bund formulierten strategischen Ziele waren dabei als Vorgabe für die Vertreterinnen und Vertreter des Bundes gedacht. Die Anwendung von in erster Linie privatrechtlichen Steuerungsinstrumenten sollte die Autonomie des Unternehmens sichern sowie den politischen Einfluss kanalisieren und berechenbar halten.

Verschiedene Faktoren trugen aber dazu bei, dass in der Zwischenzeit eine Gegenbewegung im Sinne einer Repolitisierung einsetzte. Im Vordergrund steht das Reformpaket «Bundesgesetz über die Mitwirkung der Bundesversammlung bei der Steuerung der verselbstständigten Einheiten», das erstens die Bedeutung und Verbindlichkeit der strategischen Ziele und damit den Einfluss des Bundesrats stärkte und zweitens dem Parlament neue Wege für eine politische Einflussnahme auf die strategischen Vorgaben eröffnete.<sup>81</sup> Insgesamt kann man davon ausgehen, dass seit dieser Gesetzesrevision «die zuständigen Staatsorgane die Befugnis zur strategischen Steuerung und Kontrolle der vom Bund beherrschten ausgegliederten Aufgabenträger für sich in Anspruch nehmen».<sup>82</sup> Hinzu

<sup>78</sup> Es geht um die Unternehmen Nitrochemie Wimmis AG sowie Nitrochemie Aschau GmbH, die mehrheitlich durch die Rheinmetall AG gehalten werden und bei denen die RUAG MRO Holding AG eine Beteiligung von 45 Prozent hat (Geschäftsbericht 2023 der RUAG MRO, S. 37).

<sup>79</sup> BUNDESRAT, Wettbewerb, S. 43 f.; gemäss den strategischen Zielen des Bundesrates für die RUAG MRO Holding AG für die Jahre 2024–2027 vom 29. November 2023 wird von der RUAG erwartet, dass sie das Drittgeschäft weiterentwickelt, dabei aber 20 Prozent am Gesamtumsatz nicht überschreitet (BBI 2023 2874, S. 3).

<sup>80</sup> Medienmitteilung des Bundesrates vom 29. November 2023: Bundesrat verabschiedet die strategischen Ziele für die RUAG MRO 2024–2027.

<sup>81</sup> Siehe dazu Ziff. 3.3.

<sup>82</sup> BÜHLER, Governance, S. 89.

kamen einzelne Ereignisse, die auf politische Resonanz stiessen, und schliesslich hat der Angriff auf die Ukraine das politische Interesse für Rüstungsfragen generell stark ansteigen lassen. Die Intervention des Nationalrats und der SiK-S gegen den Verkauf von «Beyond Gravity» mag dies exemplarisch belegen. Offenbar wird der zunehmende Einfluss durch die Politik auch in der RUAG wahrgenommen. Aus Protokollen von Strategie-Workshops zwischen dem RUAG-Verwaltungsrat und dem VBS geht hervor, die RUAG habe sich «verschiedentlich über einschränkende Rahmenbedingungen und politische Vorgaben» beklagt.<sup>83</sup> Die GPK-N hat die Politisierung der RUAG in ihrem Bericht zu den Cyber-Vorkommnissen wie folgt auf den Punkt gebracht und auch gestützt:

«Die Unabhängigkeit der RUAG ist, anders als die Unabhängigkeit von Regulierungs- und Aufsichtsbehörden, weniger als «Unabhängigkeit von politischer Einflussnahme» zu verstehen, sondern sie gilt lediglich für das operative Geschäft.»<sup>84</sup>

Der Ausgleich des schon bei der Gründung der RUAG inhärenten Spannungsverhältnisses zwischen Autonomie und privatwirtschaftlicher Tätigkeit einerseits und Anliegen der Armee bzw. politischer Steuerung andererseits hat sich tendenziell in Richtung des öffentlichen Interesses hin verschoben. Dies hat die RUAG MRO näher zum Staat rücken lassen und verstärkt die Unwahrscheinlichkeit einer Beteiligung Privater, die heute auch nicht ernsthaft in Erwägung gezogen wird.

## 4 Auslagerung von Aufgaben und Ausgliederung von Unternehmen

### 4.1 Verwaltungsaufgaben

Nach Art. 178 Abs. 3 BV können Verwaltungsaufgaben durch Gesetz Organisationen und Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts übertragen werden, die ausserhalb der Bundesverwaltung stehen.<sup>85</sup> Erfasst werden dadurch alle Aufgaben, die dem Bund durch Verfassung oder Gesetz zur Erfüllung bzw. zum Vollzug zugewiesen sind.<sup>86</sup>

Jede Ausgliederung durchtrennt gleichzeitig das Band zwischen dem Gemeinwesen und den betroffenen Teilen seiner Verwaltung und schwächt dadurch die Führung durch Regierung und Parlament.<sup>87</sup> Insgesamt bleibt aber die Zentralverwaltung bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben nach wie vor der verfassungsrechtliche Normalfall.<sup>88</sup>

Dem Staat kommt bei der Wahl seiner Organisation weitgehende Freiheit zu.<sup>89</sup> Das gilt auch bei der Beantwortung der Frage, ob eine Aufgabe ausgelagert werden und durch welche Einheit in welcher Organisationsform sie erfüllt werden soll.<sup>90</sup>

<sup>83</sup> GPK-N, Cyber, S. 2558.

<sup>84</sup> GPK-N, Standortbestimmung, S. 4599.

<sup>85</sup> Siehe auch Art. 2 Abs. 4 RVOG.

<sup>86</sup> MÜLLER, Art. 178, N 38.

<sup>87</sup> TSCHANNEN, Organigramm, S. 528.

<sup>88</sup> TSCHANNEN, Organigramm, S. 527 f.

<sup>89</sup> VOGEL, Einheit, S. 78 m.H.; LIENHARD, Organisation, S. 1168; STÖCKLI, S. 88 ff.

<sup>90</sup> STÖCKLI, S. 156.

## 4.2 Terminologie

Die in der Literatur angetroffene Terminologie ist nicht einheitlich. Verwendet werden die Begriffe Ausgliederung und Auslagerung teilweise annähernd deckungsgleich oder sie bezeichnen unterschiedliche Sachverhalte.<sup>91</sup> Hier wird der Begriff Ausgliederung organisationsbezogen verstanden, d.h. er bezeichnet den Sachverhalt, dass eine Organisationseinheit aus der departmental gegliederten Verwaltung herausgelöst und mit einem erhöhten Grad an Eigenständigkeit versehen wird.<sup>92</sup> Wenn von Auslagerung die Rede ist, richtet sich der Blick dagegen auf die Aufgaben. Gemeint ist, dass eine Aufgabe, die ursprünglich innerhalb der Verwaltung erfüllt wurde, nun einem externen Akteur zur Erfüllung übertragen wird.<sup>93</sup> Beide Konstellationen kommen in der Realität regelmässig in Kombination vor: Eine Einheit wird verselbständigt (Ausgliederung) und zugleich werden ihr Verwaltungsaufgaben zur Erfüllung übertragen (Auslagerung).<sup>94</sup> Ausgelagerte Aufgaben bleiben Verwaltungsaufgaben bzw. staatliche Aufgaben.<sup>95</sup>

Auch der Begriff Privatisierung ist nicht sehr präzis und wird in der Praxis sehr unterschiedlich verwendet.<sup>96</sup> Eine Darstellung kann hier nur sehr rudimentär erfolgen:<sup>97</sup> Zu unterscheiden ist fürs Erste, ob eine Aufgabe privatisiert, d.h. entstaatlicht, werden soll (Aufgabenprivatisierung) oder ob es nur darum geht, eine weiterhin staatliche Aufgabe durch private Akteure erfüllen zu lassen (Erfüllungsprivatisierung). Betrachtet man die Akteurseite, spricht man von formeller Privatisierung, wenn für ein Unternehmen ein privatrechtliches Kleid gewählt wird, der Staat aber weiterhin die Rolle des Eigners innehaltet. Ist das Unternehmen auch in privater Hand, geht es um eine materielle Privatisierung.

Schliesslich fehlt auch für den Begriff des öffentlichen Unternehmens eine gefestigte Begriffsbestimmung. In der Regel wird das Schwergewicht auf die Trägerschaft der öffentlichen Hand gelegt.<sup>98</sup> Gemeint sind Unternehmen, die staatlich beherrscht werden<sup>99</sup> bzw. bei denen der Staat die Unternehmerstellung einnimmt.<sup>100</sup> Der Begriff des Unternehmens dient als Abgrenzung zu Einheiten der Verwaltung, die nicht unternehmerisch, d.h. wirtschaftlich tätig sind. Öffentliche Unternehmen haben ferner eine Instrumentalfunktion: Sie sind Instrumente des Trägergemeinwesens zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe.<sup>101</sup>

<sup>91</sup> Siehe etwa BUNDES RAT, Governance, S. 8243 ff., wo von einem weiten Auslagerungsbegriff aus gegangen wird.

<sup>92</sup> Ähnlich MÜLLER, Art. 178, N 45.

<sup>93</sup> Zu den Einzelheiten siehe BIAGGINI, S.144 f.; siehe auch LIENHARD, Organisation, S. 1165.

<sup>94</sup> Siehe auch FREUDIGER, S. 18.

<sup>95</sup> BIAGGINI, S. 147.

<sup>96</sup> Nach TSCHANNEN, Verfügung, S. 210, ist «Privatisierung als Begriff von geradezu lästiger Konturlosigkeit».

<sup>97</sup> Eine detaillierte Darstellung findet sich bei Elser, S. 16 ff.; siehe auch TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 81 ff.

<sup>98</sup> FREUDIGER, S. 23.

<sup>99</sup> TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, N 171.

<sup>100</sup> HÄNNI/STÖCKLI, N 1702.

<sup>101</sup> HÄNNI/STÖCKLI, N 1706.

### 4.3 Verfassungsrechtliche Anforderungen

Die Auslagerung von Verwaltungsaufgaben ist rechtfertigungsbedürftig, da sie mit einer Reduktion der Einwirkungs- und Kontrollmöglichkeiten des Bundes einhergeht.<sup>102</sup>

Erforderlich für die Auslagerung einer Verwaltungsaufgabe ist zunächst ein formelles Gesetz.<sup>103</sup> Dabei reicht es nicht, dass ein solcher Rechtssatz generell die Ermächtigung und die Voraussetzungen für solche Auslagerungen definiert, sondern die gesetzliche Grundlage muss den konkreten Auslagerungsfall betreffen und somit spezialgesetzlich vorliegen (Spezialitätsprinzip).<sup>104</sup> Einer gesetzlichen Grundlage bedarf nicht nur die Aufgabenübertragung (Auslagerung), sondern auch die Errichtung oder die Beteiligung an ausserhalb der Zentralverwaltung stehenden Verwaltungsträgern.<sup>105</sup> Darüber hinaus muss das Gesetz die betroffenen Aufgaben definieren, die Rechtsform der mit der Erfüllung betrauten (ausgegliederten) Einheit und die Modalitäten der Aufgabenerfüllung umreissen. Die konkreten Anforderungen an die gesetzlichen Grundlagen hängen von den ausgelagerten Aufgaben ab.<sup>106</sup>

Für eine Ausgliederung einer Verwaltungseinheit und die Auslagerung von Aufgaben müssen ferner sachliche Gründe sprechen<sup>107</sup> und sie müssen im öffentlichen Interesse liegen<sup>108</sup>. Dazu gehört auch, dass sich die auszulagernden Aufgaben von denjenigen der Zentralverwaltung unterscheiden und die ausgegliederten Einheiten sich bei der Aufgabenerfüllung freier verhalten können müssen als die Verwaltung selbst.<sup>109</sup> Dabei geht es etwa um die Erhöhung der Markt- und Konkurrenzfähigkeit, die Entpolitisierung einer bestimmten Tätigkeit, die Schaffung von Allianzfähigkeit oder die Öffnung für private Beteiligung.<sup>110</sup>

Hinzu tritt das Erfordernis der Verhältnismässigkeit.<sup>111</sup> Es erstreckt sich einerseits auf die Frage, ob ausgelagert werden soll, hat aber auch die Modalitäten der Auslagerung im Fokus.<sup>112</sup> Verlangt wird namentlich, dass die Aufgabenauslagerung geeignet ist, das auf dem Spiel stehende öffentliche Interesse zu erreichen<sup>113</sup> und dass sie erforderlich ist, d.h. im Vergleich zu den vorhandenen Möglichkeiten der Zentralverwaltung mit Blick auf das öffentliche Interesse einen relevanten Mehrwert bringt.<sup>114</sup> Es geht letztlich um eine Interessenabwägung: Die Gründe, die hinter der in Frage stehenden Auslagerung stehen, müssen die dadurch bewirkten Legitimations-, Kontroll- und Koordinationsdefizite rechtfertigen.<sup>115</sup>

<sup>102</sup> HÄNNI/STÖCKLI, N 1742; VOGEL, Einheit, S. 160 f.

<sup>103</sup> SÄGESSER, Art. 2, N 85; LIENHARD, Grundlagen, S. 58, 67

<sup>104</sup> MÜLLER, Art. 178, N 35; BIAGGINI, Art. 178, N 32

<sup>105</sup> LIENHARD, Organisation, S. 1167

<sup>106</sup> Siehe dazu BIAGGINI, S. 153 ff.; siehe zum Ganzen auch STÖCKLI, S. 66 ff.; LIENHARD, Grundlagen, S. 67 ff.

<sup>107</sup> STÖCKLI, S. 75 ff.

<sup>108</sup> BIAGGINI, Art. 178, N 34; BIAGGINI, S. 159 f.; POLEDNA, S. 579.

<sup>109</sup> TSCHANNEN, Systeme, N 65.

<sup>110</sup> Siehe etwa BUNDES RAT, Governance, S. 8247; STÖCKLI, S. 96 ff.; FREUDIGER, S. 49 ff.; MÜLLER/VOGEL, S. 658; VOGT, Organisationsform, S. 6 f.; HÖCHNER, S. 40 f.

<sup>111</sup> HÖCHNER, S. 51.

<sup>112</sup> POLEDNA, S. 579 f.

<sup>113</sup> BIAGGINI, S. 161.

<sup>114</sup> POLEDNA, S. 579.

<sup>115</sup> VOGEL, Einheit, S. 164 f.

Verlangt wird zudem, dass der Rechtsschutz sichergestellt ist und den Anforderungen der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) genügt. Auch wenn die ausgelagerte Aufgabe ihren staatlichen Charakter nicht verliert, muss nicht zwingend der öffentlich-rechtliche Rechtsweg offen stehen. Sofern die Aufgabenerfüllung auf der Basis von Privatrecht erfolgt, genügt es, die Rechtsuchenden auf den zivilrechtlichen Weg zu verweisen.<sup>116</sup>

Schliesslich muss eine minimale Aufsicht über die ausgelagerte Aufgabenerfüllung gewährleistet sein.<sup>117</sup> Der Bundesrat darf sich nicht durch Auslagerung einer staatlichen Aufgabe seiner Verantwortlichkeit entledigen. Ihm müssen ausreichende Einwirkungs- und Kontrollrechte verbleiben.<sup>118</sup> Dies ergibt sich aus Art. 187 Abs. 1 BV, wonach der Bundesrat die Bundesverwaltung und die anderen Träger von Aufgaben des Bundes beaufsichtigt.<sup>119</sup> «Vorbehalten bleibt in jedem Fall, dass der Bundesrat als oberste leitende und vollziehende Behörde des Bundes Übersicht und lenkende Möglichkeiten behält.»<sup>120</sup>

#### 4.4 Zweck des Unternehmens

Das öffentliche Interesse und die dem öffentlichen Unternehmen zugeschriebene Instrumentalfunktion schlagen sich im Zweck des Unternehmens nieder. Gewinnstreben als alleiniges oder hauptsächliches Motiv stellt keine hinreichende Begründung dar, die eine Teilnahme der öffentlichen Hand am Wirtschaftsverkehr zu rechtfertigen vermag.<sup>121</sup> Gesetzlich ausgeschlossen sind Unternehmensbeteiligungen zu Anlagezwecken (Art. 62 Abs. 2 FHG)<sup>122</sup>.<sup>123</sup>

Der öffentliche Zweck muss im Gesetz, das zur Gründung eines öffentlichen Unternehmens ermächtigt oder ein solches konstituiert, näher umschrieben sein.<sup>124</sup> Öffentliche Unternehmen sind auf ihren Zweck zu programmieren. Dieser wird etwa in den Statuten, den strategischen Zielen oder allfälligen Leistungsvereinbarungen konkretisiert.<sup>125</sup> Eine möglichst präzise Festlegung des öffentlichen Zwecks erweist sich als notwendige Voraussetzung für die Schaffung eines steuerungstauglichen Unternehmens.<sup>126</sup>

Die RUAG nimmt eine unternehmerische Tätigkeit wahr mit dem gesetzlich definierten Zweck, den Eigenbedarf des Bundes zu decken (Sicherstellung der Ausrüstung der Armee). Man kann sie der Kategorie der öffentlichen Unternehmen zuordnen, die Zwecken der Infrastruktur- und Ordnungspolitik dienen.<sup>127</sup>

Der Zweck bleibt Leitlinie für Unternehmenstätigkeit und Steuerung durch das Trägergemeinwesen. Dies wird beispielweise dann relevant, wenn die Erreichung des Zwecks Anpassungen der Tätigkeit erfordert oder bestimmte Tätigkeitsfelder nicht mehr durch den

<sup>116</sup> BIAGGINI, S. 168.

<sup>117</sup> BIAGGINI, S. 151.

<sup>118</sup> HÄNNI/STÖCKLI, N 1785.

<sup>119</sup> MÜLLER, Art. 187, N 13.

<sup>120</sup> BUNDESRAT, Botschaft BV, S. 409.

<sup>121</sup> HÄNNI/STÖCKLI, N 1782; HÖCHNER, S. 19, 36 f.; differenzierend BIAGGINI, S. 160.

<sup>122</sup> Bundesgesetz über den eidgenössischen Finanzhaushalt vom 7. Oktober 2005 (Finanzhaushaltsgesetz; SR 611.0).

<sup>123</sup> Siehe LIENHARD/MÄCHLER/ZIELNIEWICZ, S. 151.

<sup>124</sup> STÖCKLI, S. 61; HÄNNI/STÖCKLI, N 1805; LIENHARD, Organisation, S. 1171.

<sup>125</sup> HÄNNI/STÖCKLI, N 1804 ff.

<sup>126</sup> STÖCKLI, S. 389.

<sup>127</sup> RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, S. 21 f.

---

Unternehmenszweck abgedeckt sind. Von einen solchen Fall ging der Bundesrat aus, als er beschloss, die Teile der RUAG International Holding nach der Entflechtung zu verkaufen.<sup>128</sup>

Lagert das Gemeinwesen Aufgaben aus, an denen weiterhin ein öffentliches Interesse besteht und bei denen es um definierte öffentliche Zwecke geht, muss es dafür sorgen, dass es auch künftig auf die beauftragte Einheit Einfluss nehmen kann, damit die entsprechenden Ziele erreicht werden.<sup>129</sup> Dazu gehört, für das Unternehmen ein geeignetes Rechtskleid zu wählen und dieses entsprechend auszugestalten.

## 5 Rechtsform von ausgegliederten Unternehmen

### 5.1 Die Bedeutung der Rechtsform

Die Wahl der Rechtsform ist von Bedeutung. Damit wird vorab festgelegt, ob eine ausgegliederte Einheit grundsätzlich dem privaten oder dem öffentlichen Recht untersteht. Die Rechtsform ist darüber hinaus auch Ausgangspunkt für die Konzeption der weiteren Steuerungsinstrumente.<sup>130</sup> Je nach Wahl hat der Bund einen unterschiedlichen Zugang zu Informationen und verschiedenartige Möglichkeiten, auf die Entwicklung der Einheit Einfluss zu nehmen.<sup>131</sup>

Die verschiedenen zur Verfügung stehenden Modelle haben unterschiedliche Ausprägungen, die sich je nach Aufgaben und Position der ausgegliederten Einheiten mehr oder weniger als Rechtskleid eignen. So sind etwa die typisierten privatrechtlichen Rechtsformen grundsätzlich nicht auf politische Steuerung und Kontrolle ausgerichtet,<sup>132</sup> so dass sich beispielsweise die Entscheidung zugunsten der privatrechtlichen AG als Organisationsform auch auf andere Elemente des Führungsmodells auswirkt.<sup>133</sup>

Auch die Politik- oder Staatsnähe der ausgegliederten Einheit wird durch die gewählte Rechtsform beeinflusst. Anstalten und öffentlich-rechtliche Stiftungen gelten zum Beispiel im Vergleich zu spezialgesetzlichen oder privatrechtlichen AGs als verwaltungsnäher.<sup>134</sup>

Schliesslich sollte nicht unterschätzt werden, dass durch die Wahl der Rechtsform Signale ausgesandt werden, welche die Wahrnehmung der betroffenen Einheit und ihre Akzeptanz prägen können.<sup>135</sup> Beeinflusst wird die Fremdwahrnehmung, aber auch wie sich das öffentliche Unternehmen selbst versteht, d.h. ob der öffentliche Zweck dominant ist oder ob es sich vor allem als Akteur im Markt begreift.<sup>136</sup> Der Einfluss kann bis in das Betriebsklima eines Unternehmens hineinwirken.<sup>137</sup>

---

<sup>128</sup> Siehe dazu Ziff. 3.4.2.

<sup>129</sup> BUOB, N 11.

<sup>130</sup> EFV, S. 10; LIENHARD/RIEDER/SONDEREGGER/LADNER/HÖCHNER/RITZ/ROOSE, S. 122.

<sup>131</sup> EFV, S. 11; BUOB, N 14.

<sup>132</sup> MÜLLER/VOGEL, S. 661.

<sup>133</sup> VOGT, Organisationsform, S. 8.

<sup>134</sup> BUNDESRAT, Anhang, S. 80; FREUDIGER, S. 66.

<sup>135</sup> VOGT, Organisationsform, S. 7 f.; BÜHLER, AG, S. 201.

<sup>136</sup> STÖCKLI, S. 326.

<sup>137</sup> BREHM, S. 22.

## 5.2 Rechtspersönlichkeit und Autonomie

Eine Übertragung von Verwaltungsaufgaben im Sinne von Art. 178 Abs. 3 BV erfolgt in der Regel an eine Einheit mit Rechtspersönlichkeit.<sup>138</sup> Verwaltungseinheiten mit eigener Rechtspersönlichkeit sind juristische Personen im Sinne von Art. 52 ZGB. Sie sind grundsätzlich aller Rechte und Pflichten fähig, die nicht die natürlichen Eigenschaften des Menschen, wie das Geschlecht, das Alter oder die Verwandtschaft zur notwendigen Voraussetzung haben (Art. 53 ZGB). Das öffentliche Recht bestimmt allerdings autonom, welche Rechte und Pflichten einer juristischen Person zugewiesen werden. Art. 53 ZGB kommt somit auf juristische Personen des öffentlichen Rechts nur unter Vorbehalt zur Anwendung.<sup>139</sup>

Rechtlich verselbständigte Verwaltungseinheiten unterscheiden sich von solchen ohne Rechtspersönlichkeit in erster Linie dadurch, dass sie in eigenem Namen am Privatrechtsverkehr teilnehmen können und ihnen die Konsequenzen ihres Handelns zugerechnet werden. Durch solche Handlungen berechtigt und verpflichtet eine rechtsfähige Einheit grundsätzlich allein sich selbst.<sup>140</sup> Diese neuen Zurechnungsverhältnisse führen zur Schaffung neuer Verwaltungsträger. «Ein Akteur heisst Verwaltungsträger, sofern und so weit er in eigenem Namen Verwaltungsaufgaben besorgt und in dieser Eigenschaft Träger von Rechten und Pflichten ist, also auch Verwaltungsrechtsverhältnisse zu begründen vermag.»<sup>141</sup>

Ob ein öffentliches Unternehmen über Rechtspersönlichkeit verfügt, ist nicht zu verwechseln mit der Frage nach der Autonomie einer bestimmten Organisationseinheit. Autonomie liegt vor, wenn einer Verwaltungseinheit in der Besorgung ihrer Aufgaben eine Entscheidungsfreiheit zusteht, die dem Weisungszugriff der Aufsichtsbehörde entzogen ist.<sup>142</sup> Die Autonomie staatlicher Aufgabenträger beruht auf der Anerkennung eines qualifizierten Bereichs eigenständiger Aufgabenerfüllung und geht regelmässig – aber nicht zwingend – einher mit einer organisatorischen Ausgliederung aus dem Gefüge der Zentralverwaltung.<sup>143</sup> Das Ausmass der Autonomie ergibt sich aus den Rechtsgrundlagen<sup>144</sup> und ist nicht binär, sondern lässt sich skalieren.<sup>145</sup>

Zwischen Rechtspersönlichkeit und Autonomie bestehen Berührungs punkte, sie laufen aber nicht parallel. Denkbar sind sowohl rechtsfähige Verwaltungsorganisationen mit geringer Autonomie (früher die Eidgenössische Alkoholverwaltung) als auch Verwaltungseinheiten ohne Rechtspersönlichkeit, die über eine grosse Autonomie verfügen (so etwa Schulen).<sup>146</sup> Nicht rechtsfähige Verwaltungseinheiten bleiben Teil des Trägergemeinsens, selbst wenn sie über Autonomie verfügen.<sup>147</sup>

<sup>138</sup> MÜLLER, Art. 178, N 46; SÄGESSER, Art. 2, N 87; TSCHANNEN, Organigramm, S. 528 f.

<sup>139</sup> VOGEL, Einheit, S. 191; STÖCKLI/JOLLER, S. 136.

<sup>140</sup> STÖCKLI/JOLLER, S. 137.

<sup>141</sup> TSCHANNEN, Systeme, N 46.

<sup>142</sup> HÄNNI/STÖCKLI, N 1801; siehe zum Ganzen auch LIENHARD/RIEDER/SONDEREGGER/LADNER/HÖCHNER/RITZ/ROOSE, S. 138.

<sup>143</sup> VOGEL, Einheit, S. 156.

<sup>144</sup> HÄNNI/STÖCKLI, N 1802.

<sup>145</sup> VOGEL, Einheit, S. 157.

<sup>146</sup> TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 178.

<sup>147</sup> FREUDIGER, S. 27.

### 5.3 Privatrecht oder öffentliches Recht?

Der Spielraum, der dem Gemeinwesen bei der Gestaltung seiner Organisation zukommt,<sup>148</sup> erstreckt sich im Grundsatz auch auf die Frage, ob eine ausgegliederte Einheit öffentlich-rechtlich organisiert oder ob eine privatrechtliche Rechtsform gewählt werden soll.<sup>149</sup>

Ein wesentlicher Unterschied zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Organisationsformen besteht in Bezug auf den Gestaltungsspielraum des Staates. Entscheidet sich der Bund, ein ausgegliedertes Unternehmen in eine privatrechtliche Rechtsform zu kleiden, sind die rechtlichen Möglichkeiten beschränkt. Im Bereich der privatrechtlichen Rechtsformen besteht ein *Numerus clausus*,<sup>150</sup> d.h. es stehen nur – anders als zum Beispiel im Vertragsrecht des OR – die im Gesetz vorgesehenen Typen (Formenzwang) in der dort umschriebenen Ausgestaltung (Formenfixierung) zur Verfügung.<sup>151</sup> Mit dem *Numerus clausus* sollen Dritte geschützt werden, die mit der juristischen Person Rechtsbeziehungen pflegen und sich darauf verlassen, dass ein rechtliches Konstrukt etwa hinsichtlich der Vertretungsmacht oder der Haftungsverhältnisse bestimmte Eigenschaften aufweist.<sup>152</sup> Fällt die Wahl auf eine privatrechtliche Lösung, muss der Bund sich für eine Rechtsform entscheiden, welche das Privatrecht in seiner «Toolbox» anbietet. Nach dem Typenentscheid ist der Bund grundsätzlich an die gesetzliche Ausgestaltung des gewählten Modells gebunden, d.h. er kann sich nicht über die zwingenden Bestimmungen des Privatrechts hinwegsetzen.<sup>153</sup>

Anders präsentiert sich die Rechtslage im Bereich des öffentlichen Rechts. In diesem Bereich entfalten die für das Privatrecht massgebenden Grundsätze des Formenzwangs und der Formenfixierung keine Geltung, d.h. es existiert kein *Numerus clausus*<sup>154</sup> und der Gestaltungsspielraum ist grösser.<sup>155</sup>

Während also das Gemeinwesen bei öffentlich-rechtlichen Organisationsformen das Mass an Autonomie und die Modalitäten der Steuerung im Errichtungsgesetz festlegen kann, muss es sich bei der Verwendung privatrechtlicher Formen grundsätzlich an die im Zivilrecht vorgesehenen Einwirkungsmöglichkeiten halten. Die gewählte Organisationsform erhält also mit Blick auf die Steuerungsmöglichkeiten des Staates zentrale Bedeutung.<sup>156</sup>

In der Lehre wird teilweise eine Priorität zugunsten der öffentlich-rechtlichen Rechtsformen postuliert. Abgeleitet wird diese Rangordnung aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit, der bei der Auslagerung von Aufgaben bzw. Ausgliederung von Verwaltungseinheiten beachtet werden muss.<sup>157</sup> Bringen die privatrechtlichen Organisationsformen im Vergleich mit den öffentlich-rechtlichen Möglichkeiten keine sachlich begründbaren Vorteile, so besteht nach dieser Auffassung kein Grund, ins Privatrecht auszuweichen. Ins Gewicht fällt, dass das öffentliche Recht auf staatliche Aufgaben zugeschnitten ist und

<sup>148</sup> Siehe oben Ziff. 4.1.

<sup>149</sup> HÄNNI/STÖCKLI, N 1747.

<sup>150</sup> DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 1, N 46; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 1076 ff.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 11, N 1 ff.

<sup>151</sup> BGE 132 III 470 E. 3.3 <476>; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 11, N 2; FREUDIGER, S. 38.

<sup>152</sup> HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 1077.

<sup>153</sup> Zur Frage, ob der Bundesgesetzgeber die vom Privatrecht angebotenen Rechtsformen öffentlich-rechtlich modifizieren kann, siehe unten Ziff. 6.4.

<sup>154</sup> VOGEL, Einheit, S. 76; FREUDIGER, S. 24.

<sup>155</sup> Siehe im Einzelnen die Ausführungen zu den öffentlich-rechtlichen Rechtsformen unten Ziff. 7.

<sup>156</sup> STÖCKLI, S. 238.

<sup>157</sup> Siehe dazu oben Ziff. 4.3.

privatrechtliche Organisationsformen sich für die verfassungsrechtlich gebotene Steuerung verselbständigerter Einheiten nur beschränkt eignen<sup>158</sup>.<sup>159</sup>

## 6 Die privatrechtliche AG als öffentliches Unternehmen

### 6.1 Vorbemerkungen

Der Numerus clausus bei den privatrechtlichen Organisationsformen hat zur Folge, dass nur die im ZGB und im OR vorgesehenen Modelle zur Auswahl stehen. Auch wenn bei Aktivitäten der öffentlichen Hand der Verein, die Genossenschaft und die Stiftung eine gewisse Rolle spielen, steht doch in der Praxis die AG im Vordergrund.<sup>160</sup> Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich deshalb auf diese Rechtsform.

### 6.2 Die Grundstruktur der privatrechtlichen AG

#### 6.2.1 Entstehung

Die AG kommt privatrechtlich zustande. Grundlage sind eine öffentlich beurkundete Erklärung der Gründer über die Gründung der AG und die Feststellung der gültigen Zeichnung und Liberierung der Aktien. Die Gesellschaft entsteht durch Erwerb der Rechtspersönlichkeit als Folge des Eintrags ins Handelsregister (Art. 643 OR).<sup>161</sup> Mit der auf Konsens beruhenden Gründung geben die Gründer den für den Vertrag typischen Vorbehalt des Konsenses auf und unterwerfen sich als Aktionäre der Unternehmensverfassung. Besondere Bedeutung kommt deshalb den von den Gründern gemeinsam verabschiedeten Urstatuten zu.<sup>162</sup> In der AG gilt für die Entscheidfindung in der Regel das Mehrheitsprinzip (Art. 703 Abs. 1 OR). Für «wichtige Beschlüsse» sieht Art. 704 Abs. 1 OR ein qualifiziertes Quorum vor.

In Erinnerung zu rufen ist, dass die Gründung der AG als privatrechtlicher Akt das Gemeinwesen nicht davon entbindet, bei einem öffentlichen Unternehmen die Grundlagen dazu in einem Gesetz zu schaffen.<sup>163</sup> Es bedarf einer gesetzlichen Ermächtigung zur Gründungshandlung und das Gesetz muss Zweck und Aufgabe der Gesellschaft und die Grundzüge der Organisation festlegen, sofern sie sich nicht aus dem Privatrecht selbst ergibt.<sup>164</sup> Für die RUAG liegt diese Grundlage im BGRB, das die Ermächtigung enthält, die entsprechenden Gesellschaften aber nicht selbst schafft.

#### 6.2.2 Zweck

Die privatrechtliche AG ist der Prototyp der kapitalbezogenen Gesellschaft.<sup>165</sup> Nicht die Person des Gesellschafters steht im Vordergrund, sondern seine Kapitalbeteiligung.<sup>166</sup> Bei

<sup>158</sup> MÜLLER/VOGEL, S. 661.

<sup>159</sup> STÖCKLI, S. 91.

<sup>160</sup> VOGEL, Staat, S. 47 f.; STÖCKLI, S. 156 f.

<sup>161</sup> DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 7, N 17 f.

<sup>162</sup> VON DER CRONE, N 147 f.

<sup>163</sup> Siehe dazu oben Ziff. 4.3.

<sup>164</sup> TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 239.

<sup>165</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 1, N 11.

<sup>166</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16, N 31 f.; HÄNNI/STÖCKLI, N 1772.

der Schaffung der AG im schweizerischen Recht ging es in erster Linie darum, eine Rechtsform zur Verfügung zu stellen, die als Trägerin von bedeutenden, auf Dauer angelegten wirtschaftlichen Unternehmungen dienen sollte.<sup>167</sup> Die AG ist idealtypisch auf eine gewinnbringende Tätigkeit ausgerichtet.<sup>168</sup> Eine gewinnstrebige AG soll mit ihrer Aktivität wirtschaftlichen Mehrwert schaffen, der entweder im Unternehmen zurückbehalten und so den Gesamtwert des Unternehmens erhöht, oder als Dividende ausgeschüttet wird.<sup>169</sup> Der Endzweck der Gewinnstrebigkeit wird vom Gesetzgeber als selbstverständlich unterstellt und braucht in den Statuten nicht besonders erwähnt zu werden.<sup>170</sup>

Wenn auch in der Realität die Interessen des typischen Aktionärs finanzieller Natur sind und die AG regelmässig gewinnstrebig ausgerichtet ist, sind auch nichtwirtschaftliche Ziele denkbar.<sup>171</sup> Ist der Verzicht auf Gewinnstrebigkeit nicht in den ursprünglichen Statuten vorgesehen, braucht es dazu eine Statutenänderung, der alle Aktionärinnen und Aktionäre zustimmen müssen (Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR).<sup>172</sup> Fehlt es an der entsprechenden Zustimmung, kann der Beschluss angefochten werden. Über das Anfechtungsrecht wird den Aktionärinnen und Aktionären ein absoluter Schutz der Gewinnstrebigkeit als Endzweck der AG eingeräumt.<sup>173</sup>

Soll eine privatrechtliche AG ausgelagerte staatliche Aufgaben erfüllen, ist der Zweck entsprechend zu konkretisieren. Es gilt, was oben zur Zweckprogrammierung von öffentlichen Unternehmen ausgeführt worden ist.<sup>174</sup> Nur durch die Aufnahme des öffentlichen Zwecks in die Statuten wird das öffentliche Interesse zu einem Eigeninteresse der Gesellschaft. Nach Art. 626 Abs. 1 Ziff. 2 OR müssen die Statuten der AG Bestimmungen über den Zweck der Gesellschaft enthalten. Dabei ist nicht der Endzweck (Gewinnstrebigkeit oder nicht)<sup>175</sup> gemeint, sondern der sogenannte «unmittelbare Zweck», der das konkrete Ziel umschreibt, das die Gesellschaft zu erreichen beabsichtigt, um ihren Endzweck zu fördern.<sup>176</sup>

Dass in den Statuten Zwecke von öffentlichem Interesse erwähnt werden, bedeutet nun aber nicht, dass eine Gesellschaft ihre Gewinnstrebigkeit verlieren würde, solange ein solcher Verzicht nicht eindeutig in den Statuten festgehalten ist.<sup>177</sup> Der öffentliche Zweck lässt aber die Gewinnstrebigkeit oft etwas zurücktreten und öffnet dem Verwaltungsrat Spielräume für die Berücksichtigung öffentlicher Interessen, ohne dabei in Konflikt mit dem Zweck der Gewinnerzielung zu geraten.<sup>178</sup> Was entsteht, ist eine Art «gemischte» Zwecksetzung oder «doppelte Zweckbestimmung».<sup>179</sup>

<sup>167</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16, N 16, 43 ff.

<sup>168</sup> VOGT, Organisationsform, S. 14.

<sup>169</sup> VON DER CRONE, N 179; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16, N 44.

<sup>170</sup> VON DER CRONE, N 179.

<sup>171</sup> Das war bisher in Art. 620 Abs. 3 OR explizit festgehalten. Da dies als selbstverständlich galt, wurde der Absatz im Rahmen der Aktienrechtsrevision 2020 gestrichen. Eine materielle Änderung war damit nicht verbunden (Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts [Aktienrecht] vom 23. November 2016, BBI 2017 399 <480>).

<sup>172</sup> VON DER CRONE, N 148.

<sup>173</sup> VON DER CRONE, N 1196.

<sup>174</sup> Siehe dazu oben Ziff. 4.4.

<sup>175</sup> VON DER CRONE, N 179.

<sup>176</sup> Siehe dazu MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 4, N 12; Stöckli, S. 313.

<sup>177</sup> FORSTMOSER, Fortsetzung, S. 221.

<sup>178</sup> STÖCKLI, S. 317.

<sup>179</sup> STÖCKLI, S. 315, 317 f.; REITZE, N 14.

Ähnliches findet sich bei der RUAG MRO in Art. 2 der Statuten:

«Die Gesellschaft bezweckt im Rahmen der strategischen Ziele des Bundesrates (Art. 3 Abs. 1<sup>bis</sup> BGRB) den Erwerb, die Verwaltung und Verwertung von Beteiligungen an in- und ausländischen Unternehmen, die im Interesse der Landesverteidigung dazu beitragen, dass die Ausrüstung der Armee und der Leistungsauftrag der Armee sicher gestellt sind, oder die Grundstücke und Liegenschaften bewirtschaften und weiterentwickeln.»

Einen Ausschluss der Gewinnstrebigkeit findet man nicht. Im Gegenteil: Die strategischen Ziele für die Periode 2024–2027, auf welche die Statutenbestimmung Bezug nimmt, formulieren finanzielle Erwartungen des Bundes (Aktionäre), die zwar in erster Linie auf die Finanzierung des Unternehmens aus eigener Kraft ausgelegt sind. Im Bereich der Immobilien (RUAG Real Estate AG) werden darüber hinaus eine marktgerechte Rendite und eine Dividendenausschüttung erwartet, die nicht unter 40 Prozent des ausgewiesenen Reingewinns liegt.<sup>180</sup>

### 6.2.3 Der Grundsatz der Fremdverwaltung

Das Aktienrecht schreibt drei Organe zwingend vor: Die GV, den Verwaltungsrat und die Revisionsstelle. Hier interessiert vor allem das Zusammenspiel von GV und Verwaltungsrat.

Das Gesetz bezeichnet die GV etwas missverständlich als oberstes Organ (Art. 698 Abs. 1 OR). Das bedeutet jedoch nicht, dass die GV beliebig in die Funktionen der anderen Organe eingreifen kann,<sup>181</sup> denn sowohl der Verwaltungsrat als auch die Revisionsstelle sind jeweils in ihrem Bereich auch oberste, d.h. zwingende und abschliessende Instanz.<sup>182</sup> Man spricht in diesem Zusammenhang von der Paritätstheorie.<sup>183</sup> Sie besagt, dass die verschiedenen Instanzen nicht hierarchisch einander über- bzw. untergeordnet sind, sondern funktionell nebeneinanderstehen.<sup>184</sup> Jedem der drei Organe kommen im Sinne einer Gewaltenteilung bestimmte unentziehbare Aufgaben zu, für die sie abschliessend zuständig sind.<sup>185</sup> Die Paritätstheorie steht der Ominipotenztheorie gegenüber, wonach die GV sämtliche Entscheide fällen darf.<sup>186</sup>

Das Aktienrecht lässt sich nur verstehen, wenn man sich der Unterscheidung von Gesellschaft und Unternehmen bewusst ist. Die Gesellschaft ist zwar Trägerin des Unternehmens, die Aktionärinnen und Aktionäre sind aber nicht für die Geschäftsführung, d.h. die Leitung des Unternehmens, zuständig.<sup>187</sup> Sie haben weder das Recht noch die Pflicht, die Geschäfte der Gesellschaft zu leiten.<sup>188</sup> Neben der Liberierungspflicht und den erst in neuerer Zeit eingeführten Meldepflichten dürfen ihnen auch durch die Statuten keine

<sup>180</sup> BUNDESRAT, Ziele MRO 2024–2027, Ziff. 3; siehe auch GPK-N, Standortbestimmung, S. 4592.

<sup>181</sup> VON DER CRONE, N 1406; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16, N 564.

<sup>182</sup> DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 12, N 1.

<sup>183</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16, N 557; VON DER CRONE, N 915.

<sup>184</sup> DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 12, N 1.

<sup>185</sup> VON DER CRONE, N 915.

<sup>186</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16, N 557 f.; «Der sogenannten Ominipotenztheorie, wonach die Generalversammlung grundsätzlich alle Entscheide fällen kann und in alle Entscheidungskompetenzen des Verwaltungsrates eingreifen darf, wird damit eine Absage erteilt.» (Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBI 1983 II 745 <842>); siehe die Übersicht bei VON DER CRONE, S. 425, Fn. 300.

<sup>187</sup> DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 7, N 75.

<sup>188</sup> DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 7, N 44.

Pflichten auferlegt werden (Art. 680 Abs. 1 OR).<sup>189</sup> Sie sind auch nicht dazu verpflichtet, im Interesse der AG zu handeln, mit anderen Worten unterliegen sie keiner Treuepflicht.<sup>190</sup>

Die Geschäftsführung ist Sache des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung, soweit ihr die Geschäftsführung übertragen worden ist (Art. 716, Art. 716b Abs. 1 OR). Die Rede ist in diesem Zusammenhang etwa von «Fremdverwaltung»,<sup>191</sup> «Drittorganschaft»<sup>192</sup> oder «Fremdorganschaft»<sup>193</sup>.

#### 6.2.4 Die Funktion des Verwaltungsrats

Der Verwaltungsrat führt die Geschäfte, soweit er die Geschäftsführung nicht übertragen hat (Art. 716 Abs. 2 OR). Er kann in allen Angelegenheiten Beschluss fassen, die nicht nach Gesetz oder Statuten der GV zugeteilt sind (Art. 716 Abs. 1 OR).

Art. 716a Abs. 1 OR überträgt dem Verwaltungsrat Aufgaben, die unübertragbar und unentziehbar sind. Man kann dabei zwischen Unentziehbarkeit nach oben, d.h. in Richtung Aktionärinnen und Aktionäre, und Unübertragbarkeit nach unten, also auf für die operativen Geschäfte zuständige Geschäftsleitung, unterscheiden.<sup>194</sup>

Wichtigste weder entziehbare noch übertragbare Zuständigkeit des Verwaltungsrates ist die Oberleitung der Gesellschaft (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR). «Oberleitung bedeutet ein Dreifaches, nämlich Entwicklung der strategischen Ziele der Gesellschaft, Festlegung der Mittel, um diese Ziele zu erreichen und Kontrolle der Geschäftsführungsorgane im Hinblick auf die Verfolgung der festgelegten Ziele.»<sup>195</sup> Auch wenn die Strategie im Gesetz nicht explizit erwähnt wird, obliegt die strategische Ausrichtung und wenigstens in den grossen Zügen auch die inhaltliche Gestaltung der Geschäftstätigkeit und nicht bloss deren nachträgliche Überprüfung im Sinne der Aufsicht dem Verwaltungsrat.<sup>196</sup>

Ungeachtet ihrer Stellung als formell oberstes Organ der AG und insbesondere als Wahlorgan des Verwaltungsrats kann die Generalversammlung die Kompetenzen nach Art. 716a OR nicht an sich ziehen. Der Verwaltungsrat hat zwingend nicht nur die Pflicht, sondern auch das Recht, in eigener Kompetenz über die in den Katalog von Art. 716a OR fallenden Geschäfte zu entscheiden.<sup>197</sup>

Im Gegensatz zu den Aktionärinnen und Aktionären unterliegen die Mitglieder des Verwaltungsrats einer Sorgfalts- und Treuepflicht (Art. 717 Abs. 1 OR). Die Treuepflicht bedeutet, dass alles zu unterlassen ist, was dem Gesellschaftsinteresse schaden könnte.<sup>198</sup> Ebenfalls im Unterschied zu den Aktionärinnen und Aktionären haben die Verwaltungsratsmitglieder einen Anspruch auf umfassende Information (Art. 715a OR).<sup>199</sup>

<sup>189</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16, N 246; VOGT, Art. 680, N 13 f.

<sup>190</sup> DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 7, N 43; BÖCKLI, Aktienrecht, § 1, N 22.

<sup>191</sup> HÄNNI/STÖCKLI, S. 1773; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 7, N 44.

<sup>192</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 1, N 11.

<sup>193</sup> VON DER CRONE, N 1248.

<sup>194</sup> Siehe dazu BÜHLER, Governance, S. 89 f.

<sup>195</sup> Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBI 1983 II 745 <921>.

<sup>196</sup> DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 13, N 20; BÜHLER, Governance, S. 90; VON DER CRONE, N 1407 ff.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16, N 702; HÖCHNER, S. 95.

<sup>197</sup> VON DER CRONE, N 1406.

<sup>198</sup> DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 13, N 41; siehe auch STÖCKLI, S. 451 ff.

<sup>199</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16, N 783.

## 6.3 Steuerung der privatrechtlichen AG durch die öffentliche Hand

### 6.3.1 Grundsätze

Errichtet das Gemeinwesen eine privatrechtliche AG, um ausgelagerte Aufgaben zu erfüllen, hat die Steuerung im Sinne der öffentlichen Zielsetzungen grundsätzlich mit Hilfe derjenigen Instrumente zu erfolgen, die das Aktienrecht zur Verfügung stellt.<sup>200</sup> Dank seiner Mehrheit kann der Staat den Weg einer «Steuerung durch Beherrschung» gehen.<sup>201</sup> Dies bestätigen nun auch die Corporate-Governance-Grundsätze des Bundes. Der 2009 neu aufgenommenen Leitsatz 22a lautet mit Blick auf die privatrechtlichen AGs wie folgt:

«Bei privatrechtlichen Aktiengesellschaften nutzt das Controlling des Bundesrates die obligationenrechtlichen Steuerungsmittel des Bundes als Aktionär.»<sup>202</sup>

Zunächst werden die wichtigsten Instrumente dargestellt. Anschliessend sollen einzelne Fragestellungen punktuell vertieft werden, die von besonderem Interesse sind. Dabei wird davon ausgegangen, dass der Bund eine beherrschende Stellung als Mehrheitsaktionär hat oder sogar Alleinaktionär ist, wie das bei der RUAG MRO der Fall ist.

Das Aktienrecht sieht ein Geflecht aus verschiedenen Mitwirkungs-, Informations- und Schutzrechten vor, die den Aktionären als Einfluss- und Aufsichtsinstrumente zur Verfügung stehen.<sup>203</sup>

Im Zentrum stehen dabei die Teilnahme und das Stimmrecht an der GV. Obwohl die GV in ihrer Zuständigkeit auf wenige Grundsatzentscheide beschränkt ist und namentlich hinsichtlich Geschäftsführung und Strategieentwicklung nicht in die Zuständigkeiten des Verwaltungsrats eingreifen darf,<sup>204</sup> ist sie für wesentliche Weichenstellungen zuständig. In diesem Rahmen kann der Mehrheitsaktionär beim Erlass der Statuten entscheidenden Einfluss ausüben (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 OR). Im Vordergrund steht dabei der Gesellschaftszweck, der gerade aus Sicht der auf dem Spiel stehenden öffentlichen Interessen zentral ist<sup>205</sup> und für die Gesellschaftstätigkeit strategische Leitplanken setzt. Auch in den Statuten ist gegebenenfalls eine Entsenderecht für eine Bundesvertretung im Verwaltungsrat festzuschreiben.

Im Rahmen der GV werden ferner wichtige Personalentscheide gefällt. Namentlich mit der Wahl des Verwaltungsrates (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR) können gute Voraussetzungen für die Realisierung des Gesellschaftszwecks geschaffen werden. Verwaltungsratsmitglieder können jederzeit – auch ohne sachliche Begründung<sup>206</sup> – abberufen werden (Art. 705 Abs. 1 OR; Art. 21 Statuten RUAG MRO).<sup>207</sup> Dafür zuständig ist – wie für die Wahl – die GV.<sup>208</sup>

Die GV ist ferner zuständig für die Genehmigung oder Verweigerung des Lageberichts und der Jahresrechnung (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 3 und 4 OR). Dabei handelt es sich um relativ schwache Instrumente. Die Genehmigung bedeutet lediglich, dass die Aktionärinnen

<sup>200</sup> BUNDESRAT, Governance, S. 8279; FREUDIGER, S. 112; HÖCHNER, S. 46; HÄNNI/STÖCKLI, N 1796.

<sup>201</sup> FREUDIGER, S. 113.

<sup>202</sup> Leitsatz 22a in BUNDESRAT, Zusatzbericht, S. 2708.

<sup>203</sup> Siehe die Übersicht bei HÖCHNER, S. 116.

<sup>204</sup> Siehe oben Ziff. 6.2.3 und 6.2.4.

<sup>205</sup> Siehe oben Ziff. 6.2.2.

<sup>206</sup> DUBS/TRUFFER, Art. 705, N 3.

<sup>207</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16, N 760; VON DER CRONE, N 1305.

<sup>208</sup> BERTSCHINGER, S. 143.

und Aktionäre auf weitere Auskunft und auf zusätzliche Prüfungen verzichten, und steht einer Verweigerung der Décharge nicht entgegen.<sup>209</sup>

Die Déchargeerteilung durch die GV (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 7 OR) hat einen engen Bezug zum Haftungsrecht und stellt einen Verzicht der Gesellschaft auf Schadenersatzansprüche gegen die verantwortlichen Organe dar.<sup>210</sup> Der Entlastungsbeschluss lässt allfällige Verantwortlichkeitsansprüche der Gesellschaft gegenüber ihren Organen untergehen bzw. bedeutet eine negative Schuldnerkennung.<sup>211</sup> Gegenstand des Entlastungssentscheids ist die Geschäftsführung durch Verwaltungsrat und Geschäftsleitung,<sup>212</sup> d. h. es geht um Ansprüche, welche die Gesellschaft gegenüber diesen Personen haben könnte.

Die Zuständigkeit der Aktionärsversammlung ist auf wenige Grundsatzentscheide beschränkt. Damit die öffentliche Hand auf die Festlegung der Unternehmensstrategie und die Geschäftsführung Einfluss nehmen kann, ist es entscheidend, dass sie auf den Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung einwirken kann.<sup>213</sup> Dazu stehen verschiedene Instrumente zur Verfügung, die in der Folge diskutiert werden. In Frage kommen zum Beispiel Staatsvertretungen im Verwaltungsrat, die Erteilung von Weisungen, qualifizierte Informationsrechte oder die Formulierung strategischer Ziele.

### 6.3.2 Staatsvertretungen im Verwaltungsrat

#### 6.3.2.1 Wahl und Entsendung

Der Verwaltungsrat nimmt in Bezug auf die Geschäftsführung und die Strategieentwicklung eine Schlüsselfunktion ein. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob das Gemeinwesen Vertreterinnen oder Vertreter in den Verwaltungsrat senden und inwiefern deren Arbeit durch Weisungen beeinflusst werden kann.

Der Bund hat mehrere Möglichkeiten, Mitglieder im Verwaltungsrat einer privatrechtlichen AG zu platzieren. Ist er Mehrheits- oder Alleinaktionär, kann er dank seiner Mehrheit in der GV dafür sorgen, dass Personen gewählt werden, die nach aller Voraussicht der öffentlichen Zwecksetzung die nötige Beachtung schenken werden (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR). Zu diesem Zweck erstellt der Bundesrat ein Anforderungsprofil, «das die für eine eigenständige sowie sach- und fachgerechte Willensbildung nötigen Voraussetzungen des Verwaltungs- oder Institutsrats definiert».<sup>214</sup>

Das Gesetz sieht ferner in Art. 707 Abs. 3 OR Folgendes vor: «Ist an der Gesellschaft eine juristische Person oder eine Handelsgesellschaft beteiligt, so ist sie als solche nicht als Mitglied des Verwaltungsrates wählbar; dagegen können an ihrer Stelle ihre Vertreter gewählt werden.» Da für die Mitgliedschaft im Verwaltungsrat heute keine Aktionärsstellung mehr nötig ist, ist der Hinweis auf die Beteiligung überholt.<sup>215</sup> Die Bestimmung sagt letztlich nicht mehr aus, als dass nur natürliche Personen Mitglied des Verwaltungsrats sein können. Ob eine Person als Vertretung einer juristischen Person gewählt wird oder nicht, hat auf das Wahlverfahren keinen Einfluss. In beiden Fällen muss die Wahl durch die GV erfolgen, d.h. eine juristische Person – auch des öffentlichen Rechts – kann zwar

<sup>209</sup> DUBS/TRUFFER, Art. 698, N 29.

<sup>210</sup> GERICKE/HÄUSERMANN/WALLER, N 2.

<sup>211</sup> BGer 4A\_155/2014 vom 5.8.2014 E. 6.3; dazu HINSEN, S. 541 ff.

<sup>212</sup> VON DER CRONE, N 963.

<sup>213</sup> HÄNNI/STÖCKLI, N 1773.

<sup>214</sup> BUNDESRAT, Zusatzbericht, S. 2713; siehe auch BUNDESRAT, Eignerstrategie, S. 61 f.

<sup>215</sup> WERNLI, Art. 707, N 34; FORSTMOSER/KÜCHLER, S. 37, Fn. 3.

eine Person als Vertretung zur Wahl vorschlagen, in Anwendung dieser Gesetzesnorm aber nicht einseitig bestimmen.<sup>216</sup> Es handelt sich also – wenn das Gemeinwesen vertreten werden soll – um eine *gewählte Staatsvertretung*.<sup>217</sup>

Eine eigentliche *Entsendung* einer Staatsvertretung ist dagegen gestützt auf Art. 762 OR möglich: Wenn «Körperschaften des öffentlichen Rechts» ein öffentliches Interesse an einer AG haben, kann in den Statuten ein Entsenderecht für das entsprechende Gemeinwesen selbst dann eingeräumt werden, wenn es an der Gesellschaft gar nicht beteiligt ist (Art. 762 Abs. 1 OR).<sup>218</sup> In diesem Fall handelt es sich nicht um eine *gewählte*, sondern um eine *entsandte* oder *abgeordnete Staatsvertretung*,<sup>219</sup> d.h. es bedarf keiner Wahl durch die GV. Die GV muss aber das Entsenderecht in die Statuten aufnehmen, wenn es nicht schon in den Urstatuten vorgesehen ist. Für die auf diesem Wege entsandten Mitglieder haftet das Gemeinwesen, das für die Abordnung verantwortlich ist (Art. 762 Abs. 4 OR). Es haftet so, wie das abgeordnete Verwaltungsratsmitglied haften würde, wenn nicht die besondere Konstellation von Art. 762 OR vorliegen würde.<sup>220</sup>

Mitglieder des Verwaltungsrats, die als Gewählte oder als Abgeordnete den Staat vertreten, unterliegen im Grundsatz wie die ordentlichen Verwaltungsratsmitglieder der Sorgfalt- und Treuepflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR und sind auf das Gesellschaftsinteresse verpflichtet. Art. 762 Abs. 3 OR hält ausdrücklich fest: «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.»

In der RUAG wurde während vieler Jahre von der Möglichkeit der Staatsvertretung Gebrauch gemacht. Art. 4 Abs. 1 BGRB sieht vor, dass der Bund seinen Interessen entsprechend im Verwaltungsrat der Beteiligungsgesellschaft vertreten ist. Schon bei der Schaffung der RUAG war vorgesehen, die Ermächtigung zur Entsendung einer Staatsvertretung nach Art. 762 OR in die Statuten aufzunehmen.<sup>221</sup> Bis zur Auflösung der BGRB-Holding war der Bund mit zwei instruierbaren Personen im Verwaltungsrat vertreten.<sup>222</sup> Die GPK-N hat mehrmals die Frage gestellt, ob es nicht sinnvoll wäre, eine instruierbare Bundesvertretung in den Verwaltungsrat der RUAG zu entsenden.<sup>223</sup>

### 6.3.2.2 Interessenkollision: Doppelter Pflichtnexus

Staatsvertretungen in Verwaltungsräten von AGs können zu heiklen Konstellationen führen. Dies gilt vor allem dann, wenn das Gemeinwesen nicht Alleinaktionär ist, sondern weitere, namentlich private Akteure am Aktionariat beteiligt sind. Denkbar ist, dass das Gesellschaftsinteresse und das Interesse des Staates auseinanderfallen und die Vertreterinnen oder Vertreter des Gemeinwesens in einen Loyalitätskonflikt<sup>224</sup> oder ein Dilemma<sup>225</sup> geraten. Diese Konstellation wird in der Literatur regelmässig mit dem Begriff

<sup>216</sup> FORSTMOSER/KÜCHLER, S. 39.

<sup>217</sup> FREUDIGER, S. 115; HÄNNI/STÖCKLI, N 1846.

<sup>218</sup> Anwendbar ist die Bestimmung auf obligationenrechtliche AG, deren Aktien sich ganz in privater, in öffentlicher und privater oder ganz in öffentlicher Hand befinden (WERNLI, Art. 762, N 5).

<sup>219</sup> HÄNNI/STÖCKLI, N 1846; FREUDIGER, S. 115.

<sup>220</sup> FORSTMOSER/JAAG, N 74.

<sup>221</sup> Siehe oben Ziff. 3.2.

<sup>222</sup> Siehe oben Ziff. 3.4.2.

<sup>223</sup> GPK-N, Standortbestimmung, S. 4596 f.

<sup>224</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16, N 773.

<sup>225</sup> FORSTMOSER/JAAG, N 68.

«doppelter Pflichtnexus» erfasst.<sup>226</sup> Nach dieser Theorie gehen die Sorgfalts- und Treuepflichten gegenüber der Gesellschaft in jedem Fall vor. Das Mitglied des Verwaltungsrats kann aber im Rahmen des Ermessensspielraums, der ihm bei der Verfolgung der Gesellschaftsinteressen zukommt, den Anliegen des Gemeinwesens Rechnung tragen.<sup>227</sup> Eine Pflichtverletzung liegt somit nur dann vor, wenn bei Interessenkollisionen nicht dem Gesellschaftsinteresse der Vorrang gegeben wird.<sup>228</sup>

In der Literatur wird zuweilen die These vertreten, bei einer Entsendung nach Art. 762 OR sei automatisch davon auszugehen, dass die Gesellschaft öffentlichen Interessen verpflichtet sei. Da ein öffentliches Interesse des entsprechenden Gemeinwesens an der Gesellschaft Voraussetzung für die Aufnahme eines Entsenderechts sei und dieses in den Statuten festgeschrieben werden müsse, präge dies auch den statutarischen Zweck. Auf dieser Basis könne gar keine Divergenz zwischen Gesellschaftsinteresse und dem Interesse des entsendenden Gemeinwesens auftreten.<sup>229</sup> Diese «Einklang-Theorie» mag zwar theoretisch etwas für sich haben, wird aber der praktischen Realität kaum gerecht. Gerade in überraschenden oder ausserordentlichen Lagen kann nicht ausgeschlossen werden, dass Gesellschaftsinteresse und Staatsinteresse divergieren.<sup>230</sup> Das Entsenderecht allein reicht jedenfalls nicht aus, um das öffentliche Interesse hinreichend zu konturieren. Dazu bedarf es einer entsprechenden Zweckprogrammierung<sup>231</sup> in den Statuten.<sup>232</sup>

### 6.3.3 Weisungen an Staatsvertreterinnen und -vertreter

In besonderer Ausprägung treten mögliche Interessenkollisionen auf, wenn die Vertreterinnen und Vertreter durch Weisungen ihrer Gemeinwesen zu einem bestimmten Verhalten bei der Ausübung ihrer Verwaltungsratstätigkeit angehalten werden.

Das Gesetz gesteht den ordentlichen Verwaltungsratsmitgliedern und den als Vertreterin oder Vertreter des Gemeinwesens Gewählten oder Abgeordneten grundsätzlich die gleichen Rechte und Pflichten zu. Dennoch ist zu fragen, welche Bedeutung der Tatsache zukommt, dass das Gesetz in Art. 707 Abs. 3 und Art. 762 Abs. 1 ausdrücklich von «Vertretern» spricht. Klar ist zunächst, dass es sich nicht um eine Vertretung im Sinne des Stellvertretungsrechts handelt.<sup>233</sup>

In der Lehre wird differenziert zwischen den *gewählten* und den *entsandten* Mitgliedern des Verwaltungsrats, die Vertretungsfunktionen wahrnehmen:

- *Gewählte* nach Art. 707 Abs. 3 OR dürfen sich im Verwaltungsrat für die Interessen des Gemeinwesens einsetzen, das sie vertreten. Ihr Engagement darf allerdings nur soweit gehen, als dies nicht dem Gesamtinteresse der Gesellschaft zuwiderläuft. In diesem Rahmen dürfen sie auch Weisungen des Staates Folge leisten. Diese Lösung liegt auf der Linie der Theorie des «doppelten Pflichtnexus». Gleichzeitig wird der Ermessensspielraum solcher Vertreterinnen oder Vertreter etwas

<sup>226</sup> Urteil des BGer H 217/02, H 218/02 vom 23. Juni 2003, E. 5.2.1; STÖCKLI, S. 455 mit Hinweisen auf die Literatur (dort Fn. 2284); VON DER CRONE, N 1521.

<sup>227</sup> BUOB, N 305.

<sup>228</sup> FORSTMOSER/JAAG, N 71.

<sup>229</sup> So etwa WERNLI, Art. 762, N 24 mit Hinweisen; ähnlich auch BUNDES RAT, Zusatzbericht, S. 2680.

<sup>230</sup> BÜHLER, Governance, S. 83.

<sup>231</sup> Siehe dazu oben Ziff. 6.2.2.

<sup>232</sup> Zur Diskussion siehe STÖCKLI, S. 321 f.; LIENHARD/RIEDER/SONDEREGGER/LADNER/HÖCHNER/RITZ/ROOSE, S. 125.

<sup>233</sup> FORSTMOSER/KÜCHLER, S. 43 f.

weiter gezogen als beispielsweise bei fiduziарischen Verwaltungsratsmitgliedern<sup>234</sup>. Dahinter steht die Annahme, der Gesetzgeber selbst setze stillschweigend und durch die Bezeichnung «Vertreter» eine Interessenwahrungsfunktion voraus.<sup>235</sup>

- Einen weiteren Spielraum zugunsten des Gemeinwesen leitet die herrschende Lehre für *entsandte* Verwaltungsratsmitglieder aus Art. 762 OR ab.<sup>236</sup> Nach dieser Auffassung ändert sich zwar nichts am Verhältnis zwischen AG und Verwaltungsratsmitglied, das die ordentliche Sorgfalts- und Treuepflicht einzuhalten hat. Tut es dies nicht, um einer dem Gesellschaftsinteresse widersprechenden Weisung zu folgen, wird es nicht selbst schadenersatzflichtig, sondern das Gemeinwesen (Abs. 4). Daraus schliesst die herrschende Lehre, dass die nach Art. 762 OR Abgeordneten Weisungen der abordnenden öffentlichen Hand befolgen dürfen und auch sollen, selbst wenn dadurch die AG geschädigt wird.<sup>237</sup> Dass das Gemeinwesen dadurch allenfalls zum faktischen Organ werden kann, ist insofern ohne Belang, als es nach Art. 762 Abs. 4 OR ohnehin haftet.

Die qualifizierten Weisungsrechte bestehen nur bei abgeordneten Verwaltungsratsmitgliedern nach Art. 762 OR. Damit eine solche Entsendung vorgenommen werden kann, bedarf es einer Ermächtigung in den Statuten. In den Statuten der RUAG MRO gibt es keine solche Passage, d.h. eine entsprechende Abordnung mit den Konsequenzen auf der Weisungsebene wäre heute nicht möglich.

Der Bund hat in Leitsatz 9 seines Corporate-Governance-Berichts signalisiert, künftig nur noch ausnahmsweise und bei nachgewiesener Notwendigkeit mit instruierbaren Vertreterinnen und Vertretern im Verwaltungsrat von verselbständigteп Einheiten Einsatz zu nehmen.<sup>238</sup> Vor allem in zwei Fällen kann eine solche Notwendigkeit entstehen: Die spezifischen Interessen des Bundes lassen sich nicht mit anderen Instrumenten verwirklichen. Das an den Verwaltungsrat zu stellende Anforderungsprofil kann nicht anders erfüllt werden, etwa weil er über Spezialwissen verfügen muss, das nur in der Bundesverwaltung vorhanden ist.<sup>239</sup>

### 6.3.4 Informationsrechte

#### 6.3.4.1 Grundsätze

Ausgangspunkt für die Geltendmachung von Aktionärsrechten und damit grundlegendes Schutzrecht der Aktionärinnen und Aktionäre ist das Recht auf Information. Damit sie ihre Kapitalanlage beurteilen und sachgerechte Entscheide über ihr Engagement in der Gesellschaft beurteilen können, müssen sie über die Gesellschaft informiert sein und einen Einblick in deren wirtschaftliche Lage haben. Eine angemessene Information ist ferner Voraussetzung für die Geltendmachung der Mitverwaltungsrechte und die Ausübung des Stimmrechts.<sup>240</sup> Gleichzeitig gibt es gute Gründe, dass dem Informationsfluss von

<sup>234</sup> Es geht dabei um Verwaltungsratsmitglieder, die mit Aktionären Mandatsverträge abschliessen, wonach das Verwaltungsratsmandat – soweit gesetzlich zulässig – im Interesse des Aktionäres ausgeübt werden muss (ROTH PELLANDA, S. 76).

<sup>235</sup> FORSTMOSER/KÜCHLER, S.47.

<sup>236</sup> HÄNNI/STÖCKLI, N 1838.

<sup>237</sup> FORSTMOSER/JAAG, N 73; FORSTMOSER/KÜCHLER, S. 41 f.; siehe die Übersicht über die unterschiedlichen Auffassungen WERNLI, Art. 762, N 23.

<sup>238</sup> BUNDESRAT, Governance, S. 8272.

<sup>239</sup> EFV, S. 33.

<sup>240</sup> BGE 133 III 453 E. 7.2 <456>.

Verwaltungsrat und Geschäftsleitung zu den Aktionären aus Rücksicht auf die Interessen der Gesellschaft Grenzen gesetzt werden.<sup>241</sup> Ins Gewicht fällt namentlich, dass Aktionärinnen und Aktionäre keinen Treuepflichten unterliegen<sup>242</sup> und eine Geheimhaltungspflicht auch statutarisch nicht vorgesehen werden kann.<sup>243</sup> Sie sind nicht Träger des Unternehmensgeheimnisses<sup>244</sup> und es können auch keine Sanktionen ergriffen werden, wenn sie «ihre» Gesellschaft konkurrenzieren.<sup>245</sup>

Für nicht börsenkotierte Unternehmen<sup>246</sup> regelt das Schweizer Aktienrecht die Versorgung der Aktionäre mit unternehmensrelevanten Informationen relativ zurückhaltend.<sup>247</sup> So besteht beispielsweise kein Recht auf Einsicht in die Protokolle des Verwaltungsrats.<sup>248</sup> Die aktienrechtlichen Regeln folgen einem dreistufigen<sup>249</sup> Informationskonzept, das den unterschiedlichen Situationen und Bedürfnissen der Aktionärinnen und Aktionäre Rechnung tragen und den latenten Zielkonflikt zwischen Aktionärs- und Gesellschaftsinteresse auflösen soll.<sup>250</sup> Die Gesellschaft hat erstens mit der Rechnungslegung aktiv zu informieren, den Aktionärinnen und Aktionären kommt zweitens ein Auskunfts- und Einsichtsrecht zu und sie können drittens eine Sonderuntersuchung beantragen.<sup>251</sup> Insgesamt bleibt es aber bei der Feststellung, dass in der AG eine starke Informationsasymmetrie besteht: Verwaltungsrat und Geschäftsleitung verfügen über wesentlich detailliertere und genauere Informationen über den Stand des Unternehmens als die Aktionärinnen und Aktionäre.<sup>252</sup>

Die Diskussion über den Informationsfluss hat einen engen Bezug zum Thema der Staatsvertretungen im Verwaltungsrat. Zu fragen ist, welches Recht auf Information ein Gemeinwesen hat, das im Verwaltungsrat einer privatrechtlichen AG mit gewählten oder entsandten Mitgliedern vertreten ist, die als Verwaltungsratsmitglieder vertieften Einblick in die Geschäfte der Gesellschaft haben. Darüber hinaus stellt sich generell die Frage, ob das Gemeinwesen im Vergleich zu anderen Aktionärinnen und Aktionären privilegierten Zugang zu Informationen erhalten soll.

Art. 717 Abs. 2 OR verpflichtet den Verwaltungsrat, Aktionärinnen und Aktionäre «unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln». Die Gleichbehandlungspflicht ist somit nicht absolut, sondern relativ zu verstehen. Vielmehr sind Differenzierungen möglich, so weit dafür sachliche Gründe bestehen.<sup>253</sup> Das Sachlichkeitskriterium orientiert sich am Gesellschaftsinteresse.<sup>254</sup> So kann durchaus gerechtfertigt werden, bestimmte Aktionärinnen und Aktionäre anders zu behandeln, wenn das im Interesse der Gesellschaft ist. Das

<sup>241</sup> VON DER CRONE, N 1249.

<sup>242</sup> DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 7, N 43; BÖCKLI, Aktienrecht, § 1, N 22.

<sup>243</sup> VON DER CRONE, N 780.

<sup>244</sup> DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 7, N 75.

<sup>245</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16, N 246, 330.

<sup>246</sup> Weitere Informationspflichten ergeben sich für grosse Publikumsgesellschaften aus dem Finanzmarktrecht. Darauf wird hier nicht eingegangen, da die RUAG als nicht börsenkotierte Gesellschaft davon nicht betroffen ist.

<sup>247</sup> BÜHLER, Eigenheiten, S. 519.

<sup>248</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16, N 320.

<sup>249</sup> BGE 133 III 453 E. 7.2 <457>; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16, N 320 sprechen von vier Stufen.

<sup>250</sup> VON DER CRONE, N 780, 782.

<sup>251</sup> Siehe dazu im Einzelnen VON DER CRONE, N 782, sowie MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16, N 319 ff.

<sup>252</sup> VON DER CRONE, N 1249; FORSTMOSER/KÜCHLER, S. 48 f.

<sup>253</sup> VON DER CRONE, N 1530; WATTER/ROTH PELLANDA, N 23.

<sup>254</sup> WATTER/ROTH PELLANDA, N 23; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16, N 227.

Sachlichkeitskriterium ist dabei mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit gekoppelt: Die Vorteile für die Gesellschaft müssen allfällige individuelle Nachteile klar überwiegen und der Verwaltungsrat hat von mehreren Möglichkeiten zur Verwirklichung des angestrebten Ziels diejenige zu wählen, die im Verhältnis zum kollektiven Vorteil mit den geringsten individuellen Nachteilen verbunden ist.<sup>255</sup> Gefordert wird schliesslich, dass die privilegiert zugänglich gemachten Informationen nicht zum Nachteil der anderen Aktionäre genutzt werden können.<sup>256</sup> Da sich sachliche Gründe für Differenzierungen aus dem Gesellschaftszweck ergeben, zeigt sich erneut, dass eine explizite Zweckprogrammierung auf die öffentlichen Ziele von grosser Bedeutung ist.<sup>257</sup>

#### 6.3.4.2 *Informationsrechte des Gemeinwesens*

In Frage steht nun, inwiefern der Staat als Aktionär bezüglich Informationsfluss privilegiert werden darf. Die Fragestellung ist nur dann aktuell, wenn das Gemeinwesen nicht Alleinaktionärin ist, sondern im Aktionariat auch Dritte vertreten sind.<sup>258</sup> Selbst wenn mehrere Akteure der öffentlichen Hand Aktionäre sind, stellen sich Fragen der Gleichbehandlung.

Ein erster und in der Praxis wichtiger Anknüpfungspunkt für die Begründung eines privilegierten Informationszugangs ist die Entsendung einer Vertretung in den Verwaltungsrat nach Art. 762 OR. Aus dem Risiko, das die Haftpflicht nach Abs. 4 dieser Bestimmung in sich trägt, wird zuweilen abgeleitet, das Gemeinwesen bedürfe umfassender Informationen betreffend Sachverhalte, die zu einer solchen Haftung führen könnten.<sup>259</sup> Eine weitere Grundlage für Informationsprivilegien ist das umfassende Weisungsrecht, das aus Art. 762 OR abgeleitet wird.<sup>260</sup> Instruktionen an Staatsvertretungen im Verwaltungsrat können nur auf sinnvolle Weise erteilt werden, wenn das instruierende Gemeinwesen über die nötigen Informationen verfügt.<sup>261</sup> Die erteilten Auskünfte sind auf Gegenstände zu beschränken, die für das Weisungsrecht bzw. die Haftung des Gemeinwesens relevant sind,<sup>262</sup> und absolute Geschäftsgeheimnisse dürfen in keinem Fall weitergegeben werden.<sup>263</sup> Schliesslich muss gewährleistet sein, dass das Gemeinwesen die erhaltenen Informationen geheim halten kann.<sup>264</sup>

In der Literatur werden etwa Informationsprivilegien für Grossaktionäre befürwortet. Argumentiert wird, solche Aktionäre könnten sich oft nicht kurzfristig von ihren Aktien trennen und hätten deshalb für die Gesellschaft eine besondere Stellung.<sup>265</sup> Diese Konstellation liegt in der Regel auch bei einem Gemeinwesen vor, das sich zur Realisierung öffentlicher Zwecke an einer AG beteiligt. Es könnte seine Beteiligung nicht ohne Weiteres veräussern, zumal es sich dabei um Verwaltungsvermögen handelt und dazu oft eine Gesetzesänderung nötig wäre. Der privilegierte Zugang zu Informationen dient ferner der

<sup>255</sup> VON DER CRONE, N 1533.

<sup>256</sup> WATTER/ROTH PELLANDA, N 30.

<sup>257</sup> Siehe dazu oben Ziff. 4.4 sowie Ziff. 6.2.2.

<sup>258</sup> MÜLLER/FRIEDERICH, S. 116.

<sup>259</sup> GUTZWILLER, N 501 m.w.H.; WERNLI, Art. 762, N 25.

<sup>260</sup> Siehe oben Ziff. 6.3.3.

<sup>261</sup> BUOB, N 447; GUTZWILLER, N 503; FORSTMOSER/KÜCHLER, S. 59; BÜHLER, Governance, S. 82; MÜLLER/FRIEDERICH, S. 103.

<sup>262</sup> GUTZWILLER, N 506.

<sup>263</sup> WERNLI, Art. 762, N 25.

<sup>264</sup> WERNLI, Art. 762, N 25; STÖCKLI, S. 374; GUTZWILLER, N 501.

<sup>265</sup> FORSTMOSER/KÜCHLER, S. 54.

Aufgabenerfüllungskontrolle und somit dem öffentlichen Zweck der Gesellschaft, was letztlich auch im Interesse der Minderheitenaktionäre ist, die ja auch auf diesen Zweck verpflichtet sind.<sup>266</sup>

Zu ergänzen ist, dass zuweilen auf spezialgesetzlicher Ebene Informationspflichten statuiert werden.<sup>267</sup> So bestimmt Art. 3 Abs. 1<sup>ter</sup> BGRB, dass der Verwaltungsrat der Beteiligungsgesellschaft dem Bundesrat jährlich Bericht über die Zielerreichung erstattet und ihm die notwendigen Informationen für die Überprüfung der Zielerreichung zur Verfügung stellt. Diese Pflichten werden in den strategischen Zielen des Bundesrats konkretisiert. Dort wird die Erwartung ausgesprochen, dass die RUAG «vierteljährlich einen Informationsaustausch mit dem Bund pflegt». Sie hat ferner «die Eignerstellen frühzeitig und sachgerecht über Vorhaben und Vorkommnisse im Konzern, die von erheblicher unternehmerischer und politischer Tragweite sind oder geeignet erscheinen, die Erreichung der strategischen Ziele erheblich zu beeinflussen oder die Zielerreichung zu verhindern,» zu informieren. In jedem Fall hat die Information vor Bekanntgabe an die Öffentlichkeit zu erfolgen. Darüber hinaus wird der Verwaltungsrat verpflichtet, «dem Bundesrat nach Abschluss jedes Geschäftsjahres Bericht über die Erreichung der strategischen Ziele» zu erstatten.<sup>268</sup>

### 6.3.5 Eignergespräche und informelle Kontakte

Eng mit der Problematik von Weisungen und privilegiertem Zugang zu Informationen sind Fragen verbunden, die sich im Zusammenhang mit mehr oder weniger informellen Kontakten<sup>269</sup> zwischen Gesellschaftsorganen und dem Gemeinwesen stellen. Gemeint sind spontane Kontakte, aber auch sogenannte Eignergespräche. In diesen Gesprächen informiert das Unternehmen über den Geschäftsgang, wesentliche Herausforderungen oder auch über wichtige strategische Entscheide, wie beispielsweise Kooperationen mit anderen Unternehmen oder Unternehmens-Käufe.<sup>270</sup> Die persönlichen Gespräche und informellen Kontakte sieht der Bundesrat als Ergänzung zum BGRB und zu den strategischen Zielen.<sup>271</sup> Sie dienen auch zur Herstellung eines Vertrauensverhältnisses.<sup>272</sup> Durchgeführt wurden auch Strategie-Workshops mit dem Ziel, Strategie-Fragen vertieft zu diskutieren.<sup>273</sup> Teilgenommen haben der Verwaltungsrat der RUAG-Holding, das VBS und die Eidgenössische Finanzverwaltung (EFV).<sup>274</sup> Auf die Vorgaben zur Durchführung von Eignergesprächen in den strategischen Zielen ist bereits hingewiesen worden.<sup>275</sup> Weitere Grundlagen in Rechtsform existieren nicht, was im Experten-Bericht zur Corporate Governance des Bundes kritisiert wird und in die Empfehlung mündet, eine entsprechende gesetzliche

<sup>266</sup> STÖCKLI, S. 373; FREUDIGER, S. 121; MÜLLER/FRIEDERICH, S. 117.

<sup>267</sup> HÄNNI/STÖCKLI, N 1848 f.

<sup>268</sup> BUNDESRAT, Ziele MRO 2024–2027, Ziff. 8.

<sup>269</sup> Zum Teil wurden die informellen Gespräche zwischen den Spitzen des Departements und der RUAG nicht protokolliert (GPK-N, Standortbestimmung, S. 4595).

<sup>270</sup> GPK-N, Standortbestimmung, S. 4592, siehe auch LIENHARD/RIEDER/SONDEREGGER/LADNER/HÖCHNER/RITZ/ROOSE, S. 16.

<sup>271</sup> BUNDESRAT, Stellungnahme Cyber, S. 6373.

<sup>272</sup> LIENHARD/RIEDER/SONDEREGGER/LADNER/HÖCHNER/RITZ/ROOSE, S. 120.

<sup>273</sup> Siehe dazu LIENHARD/RIEDER/SONDEREGGER/LADNER/HÖCHNER/RITZ/ROOSE, S. 45, 57.

<sup>274</sup> BUNDESRAT, Stellungnahme Cyber, S. 6370.

<sup>275</sup> Siehe dazu Ziff. 6.3.4; siehe zur (früheren) Praxis ferner GPK-N, Standortbestimmung, S. 4595 f.

Grundlage zu schaffen.<sup>276</sup> In Umsetzung des Expertenberichts wurden Anstrengungen unternommen, den Informationsaustausch an den Eigengesprächen zu systematisieren.<sup>277</sup>

Es ist offensichtlich, dass solche Gefäße – je nach Handhabung – geeignet sind, aktienrechtliche Regeln zu unterlaufen. Im Vordergrund steht dabei der Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre,<sup>278</sup> der allerdings nur zum Tragen kommt, wenn der Bund nicht Alleinaktionär ist. Auch die Frage, inwiefern bei solchen Gelegenheiten Weisungen erteilt werden oder Eingriffe in die unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates stattfinden und Zuständigkeiten vermischt werden,<sup>279</sup> stellt sich. Sie ist jedoch wegen des oft herrschenden Mangels an Transparenz schwierig zu beantworten.<sup>280</sup>

Im Parlament ist die Forderung erhoben worden, dass die Eigengespräche verstärkt für die strategische Steuerung eingesetzt werden. Die GPK-N hat den Bundesrat kritisiert, aus den Protokollen der Eigengespräche sei

«kein wirklicher Wille zur (strategischen) Steuerung der RUAG und zur Durchsetzung der Interessen zu erkennen. (...) Die GPK-N ist anders als der Vorsteher des VBS dezidiert der Ansicht, dass die Eigengespräche nicht nur dazu dienen, sich über den Geschäftsverlauf der Firma informieren zu lassen, sondern auch, um wesentliche Probleme zu diskutieren und Forderungen zu stellen, insbesondere, wenn die Probleme einen Einfluss auf den Geschäftsgang haben könnten.»<sup>281</sup>

Es ist offensichtlich, dass solche Einflussnahmen mit dem aktienrechtlichen Konzept der Drittorganschaft bzw. der Fremdverwaltung<sup>282</sup> kaum vereinbar sind. Hinzu kommt, dass Einmischungen des Staates im Rahmen solcher informeller Aussprachen die Form organotypischen Verhaltens annehmen und wegen faktischer Organschaft eine Haftung auslösen können.<sup>283</sup> Der politisch nachvollziehbare Wunsch, in einem sicherheitspolitisch wichtigen Bereich präsent zu sein, kollidiert mit der Rechtsform der privatrechtlichen AG auf einer grundsätzlichen Ebene.

### 6.3.6 Strategische Ziele

#### 6.3.6.1 Strategische Ziele als wichtiges Steuerungsinstrument

Eine möglichst präzise Festlegung des öffentlichen Zwecks erweist sich als notwendige Voraussetzung für die Schaffung eines steuerungstauglichen Unternehmens.<sup>284</sup> Basis sind zunächst der zugrundliegende Erlass sowie die Statuten. Mit einer engen Zweckumschreibung kann die Generalversammlung «den Verwaltungsrat gewissermassen an die Kandare nehmen».<sup>285</sup>

Als dynamisches und mittelfristiges Steuerungselement nutzt der Bundesrat die strategischen Ziele, welche sich auf die gesetzlich und statutarisch definierten Zweck- und

<sup>276</sup> LIENHARD/RIEDER/SONDEREGGER/LADNER/HÖCHNER/RITZ/ROOSE, S. 30, 34, 35, 83.

<sup>277</sup> BUNDESRAT, Eignerstrategie, S. 63 ff.

<sup>278</sup> Siehe zur Problematik HÖCHNER, S. 114; LIENHARD/RIEDER/SONDEREGGER/LADNER/HÖCHNER/RITZ/ROOSE, S. 16; GUTZWILLER, N 419; MÜLLER/FRIEDERICH, S. 117.

<sup>279</sup> GUTZWILLER, N 431.

<sup>280</sup> Zu den Problemkreisen GUTZWILLER, N 410 ff. mit zusammenfassender Würdigung in N 428 ff.

<sup>281</sup> GPK-N, Standortbestimmung, S. 4599, 4601.

<sup>282</sup> Ziff. 6.2.3.

<sup>283</sup> BÖCKLI/BÜHLER, S. 38.

<sup>284</sup> Siehe dazu oben Ziff. 4.4.

<sup>285</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 1, N 305.

Aufgabenbestimmungen abstützen und diese konkretisieren.<sup>286</sup> Dabei handelt es sich um «das zentrale Steuerungsinstrument, mit dem der Bundesrat die Gewährleistungsfunktion für die Aufgabenerfüllung und damit auch die politische Verantwortung für die strategische Steuerung der verselbständigte Einheiten wahrnehmen kann.»<sup>287</sup> Die Ergänzung und Anpassung der Ziele dient auch als eines der wichtigsten Mittel dazu, Fehlentwicklungen zu begegnen.<sup>288</sup> Gestützt auf Art. 3 Abs. 1<sup>bis</sup> BGRB legt der Bundesrat jeweils für vier Jahre die Ziele fest, die der Bund als Eigner der RUAG erreichen will. Auf die Veränderung der rechtlichen Grundlagen, die seit der Gründung der RUAG eingetreten sind, ist bereits bei anderer Gelegenheit eingegangen worden.<sup>289</sup>

Die strategischen Ziele werden jeweils im Bundesblatt publiziert (Art. 22 lit. b PublV<sup>290</sup>).<sup>291</sup>

#### 6.3.6.2 *Was sind strategische Ziele?*

Auf welcher Ebene die strategischen Vorgaben des Bundesrates anzusiedeln sind, ist nicht ganz klar. Früher wurde im Zusammenhang mit den strategischen Vorgaben von «Eignerstrategie» (Art. 3 Abs. 2 BGRB 1998) gesprochen, heute ist die Rede von «strategischen Zielen» (Art. 3 Abs. 1<sup>bis</sup> BGRB).

Aus Sicht des Bundesrates wird die Eignerstrategie als ein den strategischen Zielen und der Unternehmensstrategie vorgelagertes Gesamtkonzept des Staates verstanden. Die Eignerstrategie des Bundes

«umfasst die Gesamtheit der Erwartungen, Zielsetzungen und Wertvorstellungen des Bundes gegenüber den verselbständigte Einheiten, die Regelungen, wie der Staat seine Rolle als Eigentümer wahrnimmt sowie die Bestimmung der Verantwortung und Verantwortlichkeiten innerhalb der Bundesverwaltung. (...) Die strategischen Ziele verbinden die rechtlichen und politischen Vorgaben im Hinblick auf die Aufgabenerfüllung und Entwicklung und bilden damit die Vorgabe für die Leitungsorgane im Hinblick auf die Ausgestaltung der Unternehmens- bzw. Institutsstrategie.»

Die Eignerstrategie richtet sich grundsätzlich an den Staat selbst und dient als Orientierungshilfe, während bei den strategischen Zielen die verselbständigte Einheit Adressatin ist.<sup>292</sup> BÜHLER ordnet der Eignerstrategie eine Doppelfunktion zu: «Sie ist einerseits ein Handlungsleitfaden für die Unternehmensführung; sie dient andererseits aber auch dem Eigner selbst als Orientierungspunkt, wenn es darum geht, Entscheidungen in Bezug auf das Unternehmen zu fällen, an dem er sich beteiligt hat.»<sup>293</sup> Nach MÜLLER/FRIEDERICH zeichnet die Eignerstrategie den politischen Rahmen für eine unternehmerische Tätigkeit. Der Staat legt mit seiner Eignerstrategie in erster Linie das «Was» der Aufgabenerfüllung und allgemeine Anforderungen an die Erfüllung der Aufgaben fest. Das Unternehmen ist dann gehalten, im Rahmen dieser Vorgaben adäquat und unternehmerisch richtig zu

<sup>286</sup> BUNDESRAT, Eignerstrategie, S. 14.

<sup>287</sup> BUNDESRAT, Eignerstrategie, S. 15 m.w.H.

<sup>288</sup> Leitsatz 22b in BUNDESRAT, Zusatzbericht, S. 2709 f.

<sup>289</sup> Ziff. 3.3.2.

<sup>290</sup> Verordnung über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt vom 7. Oktober 2015 (Publikationsverordnung, SR 170.512.1).

<sup>291</sup> SÄGESSER, Art. 8, N 94; siehe für die RUAG MRO Holding AG 2024-2027: BBI 2023 2874; für die RUAG International Holding AG 2024-2027: BBI 2023 2715.

<sup>292</sup> BUNDESRAT, Eignerstrategie, S. 29 f.; siehe auch GUTZWILLER, N 31 ff.

<sup>293</sup> BÜHLER, AG, S. 207.

handeln und mit seiner Unternehmensstrategie festzulegen, wie es seinem Auftrag nachkommt.<sup>294</sup>

Die Terminologie ist nicht einheitlich. Auch auf Bundesebene wird meist nicht explizit zwischen «Eignerstrategie» und «strategischen Zielen» unterschieden.<sup>295</sup> Nach SÄGESSER werden die strategischen Ziele als «Eignerstrategien» bezeichnet, wenn der Bund Eigentümer einer verselbständigte Einheit ist.<sup>296</sup>

Bei der Definition der strategischen Zielen wird unterschieden zwischen unternehmensbezogenen und aufgabenseitigen Vorgaben:

- *Unternehmensbezogene* Ziele äussern sich namentlich zu Schwerpunkten der Geschäftspolitik. Sie bezwecken die Konsolidierung bzw. Steigerung des Unternehmenswertes, damit die Unternehmung überhaupt in der Lage ist, die übertragenen Aufgaben langfristig wahrnehmen zu können.
- *Aufgabenseitiger* Natur sind Ziele zu Schwerpunkten der Aufgabenerfüllung oder zur Verwendung allenfalls ausgerichteter Abgeltungen. Mit diesen Vorgaben bezieht der Bund, die mit der Aufgabe verbundenen öffentlichen Interessen zu verwirklichen.<sup>297</sup>

Bei Einheiten, die am Markt tätig sind, stehen die unternehmensbezogenen Ziele im Vordergrund.<sup>298</sup> Dies bedeutet, dass der Bundesrat aus Sicht der EFV die RUAG hauptsächlich aus einer unternehmensbezogenen Optik steuert. Aufgabenseitige Vorgaben nehmen demgegenüber einen eher geringen Raum ein: «Die Aufgabenerfüllung von Swisscom und RUAG erfolgt hauptsächlich am Markt und soll entsprechend durch ihn gesteuert werden.»<sup>299</sup> Eine genauere Betrachtung der aktuellen strategischen Ziele für die RUAG ergibt allerdings, dass den aufgabenseitigen Vorgaben insgesamt kein geringer Stellenwert kommt.

#### 6.3.6.3 Verbindlichkeit von strategischen Zielen?

Unklarheit besteht betreffend Verbindlichkeit der strategischen Ziele. Im BGRB steht heute, der Verwaltungsrat habe die strategischen Ziele umzusetzen. Dies entspricht der formulierten Absicht des Gesetzgebers, wonach mit der Anpassung des BGRB gerade die Durchsetzung dieser Ziele ermöglicht werden soll.<sup>300</sup> Dies spricht für die Verbindlichkeit der strategischen Ziele. Gleichzeitig gibt es in verschiedenen Dokumenten des Bundes Hinweise, welche die Verbindlichkeit von strategischen Zielen relativieren. So liest man im erläuternden Bericht der Finanzkommission zum Gesetzesprojekt aus dem Jahre 2010: «Den strategischen Zielen, die den verselbständigte Einheiten vom Bundesrat vorgegeben werden, kommt nicht die Qualität von Rechtsnormen zu, die eine verbindliche Rechtswirkung entfalten. Es sind Planungsvorgaben, die zwar eine normative Wirkung haben, aber nicht im Sinne von Rechtsnormen.»<sup>301</sup> Auch im Corporate-Governance-Bericht kommt der Bundesrat zum Schluss, «gegenüber dem Verwaltungsrat einer

<sup>294</sup> MÜLLER/FRIEDERICH, S. 99 f.

<sup>295</sup> BUNDESRAT, Eignerstrategie, S. 30.

<sup>296</sup> SÄGESSER, Art. 8, N 79.

<sup>297</sup> BUNDESRAT, Governance, S. 8276; FK-N, S. 3386; siehe auch EFV, S. 49 ff.

<sup>298</sup> LIENHARD/RIEDER/SONDEREGGER/LADNER/HÖCHNER/RITZ/ROOSE, S. 131.

<sup>299</sup> EFV, S. 52.

<sup>300</sup> Siehe oben Ziff. 3.3.2.

<sup>301</sup> FK-N, S. 3404.

verselbständigtene Einheit in der Rechtsform der privatrechtlichen AG entfalten die strategischen Ziele wohl nicht rechtlich, aber faktisch bindende Wirkung».<sup>302</sup>

An dieser relativierenden Sicht des Bundesrats hat sich auch nach der Revision des BGRB nichts geändert, was sich etwa im Bericht zur Eignerstrategie aus dem Jahre 2021 zeigt:

«Gegenüber dem Verwaltungsrat der spezial- oder privatrechtlichen Aktiengesellschaften, bei denen der Bund Allein- oder Mehrheitsaktionär ist, entfalten die strategischen Ziele somit zwar sehr wohl faktische, aber nicht rechtlich bindende Wirkung. Der Bund hat mit anderen Worten von der Möglichkeit, spezial-gesetzlich die strategischen Ziele bei den bundesnahen Unternehmen und der Skyguide rechtlich verbindlich zu erklären, bisher keinen Gebrauch gemacht.»<sup>303</sup>

Diese recht apodiktisch klingende Aussage wirkt angesichts des in Art. 3 Abs. 1<sup>ter</sup> BGRB verbindlich formulierten Auftrags an den Verwaltungsrat – «Der Verwaltungsrat der Beteiligungsgesellschaft sorgt für die Umsetzung der strategischen Ziele des Bundesrates bei den Rüstungsunternehmen» – etwas seltsam.

Zur Begründung wird ins Feld geführt, gemäss den Materialien hätten weder der Bundesrat noch das Parlament eine rechtliche Verbindlichkeit gewollt. Dahinter stehe nicht zuletzt die Absicht, eine Verschiebung der gesellschaftsrechtlich geregelten Verantwortung und Haftung in Richtung Bund zu verhindern. Gleichzeitig wird aber unterstrichen, der Bund könne «im Rahmen der Generalversammlung sämtliche Rechte eines Aktionärs gemäss Aktienrecht (OR) wahrnehmen (...). Der Verwaltungsrat kann es sich somit grundsätzlich nicht leisten, die Absichten und Erwartungen des Allein- oder Mehrheitsaktionärs zu missachten.»<sup>304</sup> «Falls sich die Verwaltungsräte nicht so verhalten würden, wie der Bundesrat von ihnen erwartet, würden sie im Folgejahr nicht mehr gewählt.»<sup>305 306</sup> Die Abberufung ist im Zusatzbericht des Bundesrats ausdrücklich als Reaktionsmöglichkeit auf Fehlentwicklungen in Leitsatz 22b aufgenommen worden.<sup>307</sup>

Anders beurteilt PETER BÖCKLI die Auswirkungen der Gesetzesrevision vom 17. Dezember 2010. Er erkennt darin die Absicht der «zuständigen Staatsorgane, die Befugnis zur strategischen Steuerung und Kontrolle der vom Bund beherrschten privatrechtlich konstituierten Aktiengesellschaften für sich in Anspruch nehmen»,<sup>308</sup> und qualifiziert die strategischen Ziele als auch rechtlich verbindlich.<sup>309</sup>

Die Argumentation des Bundesrats erscheint formalistisch. Zu berücksichtigen ist zunächst der klare Auftrag im Gesetz: «Der Verwaltungsrat der Beteiligungsgesellschaft sorgt für die Umsetzung der strategischen Ziele des Bundesrates bei den

<sup>302</sup> BUNDESRAT, Governance, S. 8278, 8287; bestätigt in BUNDESRAT, Zusatzbericht, S. 2693; GPK-N, Standortbestimmung, S. 4591.

<sup>303</sup> BUNDESRAT, Eignerstrategie, S. 36.

<sup>304</sup> BUNDESRAT, Eignerstrategie, S. 36.

<sup>305</sup> GPK-N, Cyber, S. 2561; GPK-N, Standortbestimmung, S. 4591: «... denn der Verwaltungsrat kann es sich eigentlich nicht leisten, die Vorgaben des Haupt- oder Mehrheitsaktionärs zu missachten, andernfalls riskiert er die Abwahl.»

<sup>306</sup> Zum Drohpotential der Abberufung siehe auch STÖCKLI, S. 346 f.; BÜHLER, Governance, S. 85.

<sup>307</sup> BUNDESRAT, Zusatzbericht, S. 2710; siehe dazu BÜHLER, Governance, S. 86.

<sup>308</sup> BÖCKLI, Gutachten, S. 29.

<sup>309</sup> BÖCKLI, Gutachten, S. 75; BÖCKLI weist darauf hin, dass die RUAG in ihrem Jahresbericht von 2015 selbst davon ausgeht, dass «die Eignerstrategie des Bundesrats die verbindlichen Rahmenbedingungen festlegt» (S. 45). Auch STÖCKLI, S. 328 f., sieht in den strategischen Zielen der RUAG rechtsverbindliche Vorgaben. Siehe auch FREUDIGER, S. 129 f.

Rüstungsunternehmen» (Art. 3 Abs. 1<sup>ter</sup> BGRB).<sup>310</sup> Hinzu kommen die aktienrechtlichen Mittel – namentlich die Abberufungsdrohung –, die dazu dienen, den Verwaltungsrat unter Druck zu setzen. Vor diesem Hintergrund wird der Handlungsspielraum des Verwaltungsrats in einem Masse eingeschränkt, das – je nach Formulierung und Durchsetzung der strategischen Ziele – durchaus haftungsrelevant sein kann.

Eine faktische Organschaft des Mehrheitsaktionärs, die ihn haftbar werden lässt, kann sich auch aus einer Usurpierung der Organschaft, d.h. hier der Organzuständigkeit des Verwaltungsrats, ergeben.<sup>311</sup> Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts reicht es, dass Personen «*tatsächlich* Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen».<sup>312</sup> Ob die strategischen Ziele als rechtlich oder nur faktisch verbindlich gedacht werden, ist vor diesem Hintergrund irrelevant. Es genügt, dass der Bund als Mehrheitsaktionär durch entsprechende Formulierung von strategischen Zielen, die durch Druckausübung begleitet sind, in organotypischer Weise in die Geschäftsführung eingreift.<sup>313</sup> Dass diese Möglichkeit angesichts der rechtlichen Grundlagen und der starken Stellung des Bundes als Alleinaktionär besteht, ist offensichtlich.<sup>314</sup> Im Übrigen hat auch die RUAG im Rahmen einer Befragung für einen Expertenbericht die strategischen Ziele aus ihrer Sicht als verbindliche Vorgabe für den Verwaltungsrat eingestuft.<sup>315</sup>

Entscheidend ist weniger, ob die strategischen Ziele als rechtlich oder nur faktisch verbindlich betrachtet werden. Ausschlaggebend für die Haftung ist vielmehr, wie konkret der Bund die Zielvorgaben definiert, sie unter Einsatz seiner ihm zur Verfügung stehenden (aktienrechtlichen) Mittel durchsetzt und sich dadurch organotypisch verhält.<sup>316</sup>

Zu beachten ist schliesslich Folgendes: Regelmässig enthalten strategische Vorgaben eine planerische Dimension, die mit Prognosen verbunden ist. Abweichungen von den Vorgaben müssen somit möglich sein, falls sich die Realität anders entwickelt als prognostiziert. Dies ändert aber nichts an der Verbindlichkeit für den Fall, dass die den Zielen zugrundeliegenden Prämissen eintreten. Die Situation ist vergleichbar mit Planungs- und Grundsatzentscheiden des Parlaments, von denen der Bundesrat in begründeten Fällen abweichen kann.<sup>317</sup>

#### 6.3.6.4 Die strategischen Ziele aus Sicht des Aktienrechts

Die Unterscheidung zwischen den strategischen Zielen des Bundes und der Unternehmensstrategie<sup>318</sup> suggeriert, dass dem Verwaltungsrat auf Unternehmensebene ein grosser strategischer Gestaltungsspielraum offen bleibt, damit er seine aktienrechtlich unentziehbare Zuständigkeit zur Strategieentwicklung wahrnehmen kann.

<sup>310</sup> Dieser Bestimmung misst der Bundesrat allerdings durchaus Bedeutung zu: Weil die Swisscom börsenkotiert ist, wurde bei der Änderung von Art. 6 TUG (Telekommunikationsunternehmungsgesetz vom 30. April 1997; SR 784.11) auf den Satz verzichtet, wonach der Verwaltungsrat für die Umsetzung der strategischen Ziele des Bundesrates sorgt (BBI 2017 6559 <6660 f.>; BUNDESRAT, Eignerstrategie, S. 25).

<sup>311</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 129; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 2 N 40.

<sup>312</sup> BGE 107 II 349 E. 5a <354> (kursiv d. Verf.).

<sup>313</sup> Siehe zur ganzen Problematik BÖCKLI/BÜHLER, S. 17 ff.

<sup>314</sup> Siehe auch BÖCKLI, Gutachten, S. 29, 50.

<sup>315</sup> LIENHARD/RIEDER/SONDEREGGER/LADNER/HÖCHNER/RITZ/ROOSE, S. 48.

<sup>316</sup> Siehe dazu BÜHLER, Governance, S. 98 f.

<sup>317</sup> Siehe dazu Ziff. 3.3.3.

<sup>318</sup> Siehe oben Ziff. 6.3.6.2.

Noch im Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates aus dem Jahre 2006 wurde von einer begrenzten Einflussnahme durch den Bundesrat als Eigner ausgegangen:

«Die bundesrätliche Kontrolle und demnach auch die parlamentarische Oberaufsicht finden ihre Grenzen dort, wo die Autonomie und die Verantwortung der verselbständigt Einheiten beginnen. Dies gilt sowohl für die Anstalten als auch – in noch viel stärkerem Masse – für die Aktiengesellschaften. Bei Letzteren setzen das Privat- und gegebenenfalls das Kapitalmarktrecht den Informations- und Einflussmöglichkeiten des Bundes klare Grenzen.»<sup>319</sup>

Die privatrechtliche Regelung wurde damals explizit als Begrenzung einer auch auf öffentliches Recht gestützten Einflussnahme erachtet.<sup>320</sup>

In der Realität und unter dem Eindruck von konkreten Entwicklungen hat sich die Praxis jedoch teilweise in eine andere Richtung entwickelt. Die GPK-N hat das Vorgehen des Bundes bei der Steuerung von Post, SBB und Swisscom untersucht und ist in Bezug auf die strategischen Ziele zu folgenden Schlüssen gelangt:

«In der Steuerungspraxis des Bundes liegt eine grosse Zahl von aufgabenbezogenen Zielen vor. Mehr als die Hälfte der strategischen Ziele sind systemfremd, nicht stufengerecht oder nicht in der Form eines strategischen Ziels des Bundesrates formuliert. Durch die Festlegung zahlreicher und detaillierter aufgabenbezogener Ziele engt der Bundesrat den Handlungsspielraum des Verwaltungsrates ein, die unternehmensbezogenen Ziele zu erreichen. Die unternehmerische Freiheit des Verwaltungsrates wird eingeschränkt, und die Verantwortlichkeiten, insbesondere die Rolle des Verwaltungsrates, werden unklar.»<sup>321</sup>

Der Bundesrat weist wiederholt darauf hin, dass strategische Ziele nicht einseitig oktroyiert, sondern jeweils in Abstimmung mit dem betroffenen Unternehmen ausgearbeitet werden.<sup>322</sup> Dies trifft zwar zu, wird in der Regel auch so ablaufen und mildert den hoheitlichen Aspekt etwas.<sup>323</sup> Art. 8 Abs. 5 RVOG sagt aber mit Blick auf die strategischen Ziele, der Bundesrat «legt (...) fest», d.h. er kann aus Zuständigkeitsoptik auch gegen den Willen der Unternehmensorgane – namentlich des Verwaltungsrats – Ziele formulieren oder vorgeschlagene Ziele nicht übernehmen. Letztlich geht es auch formal betrachtet nicht um den Abschluss einer Vereinbarung, sondern um eine einseitige Festlegung.<sup>324</sup>

Die teilweise recht detailliert ausgefallenen Zielsetzungen, die einseitig festgelegt werden können und denen mit der Abberufungsmöglichkeit<sup>325</sup> Nachdruck verschafft wird, führen zu einer Anbindung des Verwaltungsrates an die Absichten des Mehrheitsaktionärs.<sup>326</sup> Die Konsequenz ist eine Einschränkung der strategischen Freiheit der AGs<sup>327</sup> und stösst an die Grenzen des zwingenden Aktienrechts.<sup>328</sup> Nimmt man allein die obligationenrechtlichen Vorgaben für die AGs als Rahmen, bleibt an sich kaum Raum für die Aktionäre, strategische Ziele zu definieren, denn die Festlegung der Strategie ist eine Aufgabe, deren

<sup>319</sup> BUNDESRAT, Governance, S. 8281.

<sup>320</sup> UHLMANN, S. 95 f., Fn. 27 m.w.H.

<sup>321</sup> Bericht der GPK-N vom 8. Mai 2012, Praxis des Bundes bei der Steuerung von Post, SBB und Swisscom, BBI 2012 8545 <8549>.

<sup>322</sup> BUNDESRAT, Stellungnahme Pa. Iv., S. 3416; siehe auch FK-N, S. 3387.

<sup>323</sup> BÖCKLI, Gutachten, S. 29.

<sup>324</sup> SÄGESSER, Art. 8, N 90.

<sup>325</sup> Siehe Ziff. 6.3.6.3.

<sup>326</sup> BÖCKLI, Gutachten, S. 50.

<sup>327</sup> BÜHLER, AG, S. 205.

<sup>328</sup> HÄNNI/STÖCKLI, N 1830; GUTZWILLER, N 381; MÜLLER/FRIEDERICH, S. 99.

Erfüllung dem Verwaltungsrat – wenn auch im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt – als Teil der Oberleitungsfunktion unentziehbar zusteht.<sup>329</sup>

## 6.4 Öffentlich-rechtliche Derogation zwingenden Aktienrechts

### 6.4.1 Grundsatz: Aktienrechtliche Steuerung

Immer wieder wird in Dokumenten des Bundes darauf hingewiesen, bei privatrechtlichen AGs habe die Steuerung nach den Grundsätzen des Aktienrechts zu erfolgen.<sup>330</sup> Dieser Grundsatz hat auch in Leitsatz 22a der Corporate-Governance-Grundsätze des Bundes Eingang gefunden: «Bei privatrechtlichen Aktiengesellschaften nutzt das Controlling des Bundesrates die obligationenrechtlichen Steuerungsmittel des Bundes als Aktionär.»<sup>331</sup>

Die Diskussionen vor allem im Zusammenhang mit den Modalitäten der strategischen Ziele haben nun aber ergeben, dass sich die bestehenden Regelungen bei der RUAG nicht mehr innerhalb der Möglichkeiten bewegen, die das Aktienrecht vorsieht.<sup>332</sup> Das vom Bund aufgebaute System der Steuerung und Kontrolle, das für spezialgesetzliche, aber auch für privatrechtliche AGs gilt, «sieht parallele Eingriffe (nämlich Informationsbeschaffung, Einwirkungen und Kontrollen) vor, welche die Generalversammlung als Statutengeberin niemals in einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft einrichten könnte».<sup>333</sup>

### 6.4.2 Öffentlich-rechtliche Überlagerung durch spezialgesetzliche Normen

Die besonderen Einwirkungsformen des Bundes bei privatrechtlichen AGs stützen sich in der Regel auf öffentliches Recht. Sieht beispielsweise der Bundesgesetzgeber das Steuerungsmittel der strategischen Ziele in einem Bundesgesetz vor, so stellt dies eine öffentlich-rechtliche Überlagerung des Bundesgesellschaftsrechts dar. Mit dem Erlass strategischer Zielvorgaben werden gewisse Aufgaben, die bei AGs gewöhnlich dem Verwaltungsrat obliegen, auf die Organe des Muttergemeinwesens übertragen.<sup>334</sup> Dies ist auch bei der RUAG der Fall. Das BGRB enthält entsprechende öffentlich-rechtliche Vorgaben, die seit Gründung der RUAG in wesentlichen Punkten verschärft worden sind.<sup>335</sup> Die Kombination von privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Normen führt zu einem doppelten Rechtsregime.<sup>336</sup>

Die Frage, wie weit der Gesetzgeber gehen kann bei der öffentlich-rechtlichen Überlagerung des durch Formenzwang und Formenfixierung<sup>337</sup> geprägten Aktienrechts, ist in der Literatur umstritten. In der Lehre haben sich drei Ansichten herausgebildet:<sup>338</sup>

- Die erste geht von einem Vorrang des privatrechtlichen Gesellschaftsrechts aus. ULRICH ZIMMERLI und ANDREAS LIENHARD gehen von einer Beschränkung des

<sup>329</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16, N 702; FREUDIGER, S. 130; siehe auch oben Ziff. 6.2.4.

<sup>330</sup> Sie dazu oben Ziff. 6.3.1.

<sup>331</sup> BUNDESRAT, Zusatzbericht, S. 2707 f.

<sup>332</sup> Zur Abweichung von Leitsatz 22a siehe BÖCKLI, Gutachten, S. 50.

<sup>333</sup> BÜHLER, Governance, S. 91 mit Hinweisen auf einzelne Punkte.

<sup>334</sup> STÖCKLI, S. 328.

<sup>335</sup> Siehe dazu oben Ziff. 3.3.

<sup>336</sup> HÄNNI/STÖCKLI, N 1825.

<sup>337</sup> Dazu Ziff. 5.3.

<sup>338</sup> Zum Folgenden HÄNNI/STÖCKLI, N 1826; siehe die Übersicht bei STÖCKLI, S. 284 ff. sowie FREUDIGER, S. 124 ff.

Gemeinwesens aus: «Soweit sich das Gemeinwesen der Organisationsformen des Privatrechts bedient, sind die sich daraus ergebenden Bestimmungen für das <Muttermehrgeinwesen> grundsätzlich ebenso verbindlich, wie sie es für private Eigner sind. Das die Auslagerung begründende Spezialgesetz soll sich demnach an das Bundesprivatrecht halten.»<sup>339</sup>

- Ein anderes Konzept leitet aus den verfassungsrechtlich begründeten öffentlichen Zweckbindungen einen Vorrang für das öffentliche Recht ab, soweit dies die Durchsetzung dieser öffentlichen Anliegen gewährleisten soll. Diese Theorie wird etwa in Deutschland unter der Bezeichnung «Verwaltungsgesellschaftsrecht»<sup>340</sup> propagiert.
- Eine dritte Position differenziert danach, ob es um öffentlich-rechtliche Normen des Bundes oder der Kantone geht. Demnach ist der Bund im Gegensatz zu den Kantonen<sup>341</sup> selbst nicht an Bundesprivatrecht gebunden und kann der öffentlichen Hand in Bezug auf privatrechtliche AGs Sonderrechte zugestehen. Sie gehen dann als *lex specialis* dem Privatrecht vor.<sup>342</sup>

Schliesst man sich der dritten Variante an, stellt sich als nächste Frage, wo die materiellen Grenzen liegen für öffentlich-rechtliche Überlagerungen des Aktienrechts. Problematisch werden solche dann, wenn sie die Grundstruktur einer AG in Frage stellen, indem sie Strukturen oder Verfahren ausser Kraft setzen oder in ihrer Funktion erheblich beeinträchtigen, welche die Verfassung der AG in ihrem Kern betreffen. Zu denken ist namentlich an den Grundsatz der sogenannten Fremdverwaltung.<sup>343</sup> Man kann in solchen Fällen von «systemwidrigen» Abweichungen sprechen.<sup>344</sup>

Gesellschaftsrecht ist auf Stabilität und Verlässlichkeit ausgerichtet. Dies ergibt sich aus dem *Numerus clausus*, der mit den Elementen Formenzwang und Formenfixierung in erster Linie der Gewährleistung der Verkehrssicherheit dient.<sup>345</sup> Diese Ausrichtung zeigt sich aber auch darin, dass das Aktienrecht grundsätzlich zwingender Natur ist.<sup>346</sup> Der Freiraum ist die Ausnahme.<sup>347</sup>

Solange das Aktienrecht selbst unverändert bleibt, aber durch öffentlich-rechtliche Normen in wesentlichen Punkten überformt wird, wird diese Stabilität erschüttert. Wählt das Gemeinwesen bewusst das Rechtskleid der privatrechtlichen AG, modifiziert aber die wesentlichen Elemente durch öffentliches Recht, wird das berechtigterweise in die AG und ihre Funktionsweise gesetzte Vertrauen enttäuscht:

«Zudem ist die Rechtsform der Aktiengesellschaft in der Wirtschaftswelt weithin bekannt und etabliert und insoweit von zentraler Bedeutung; spezialgesetzliche öffentlich-rechtliche Eingriffe ins Gesellschaftsrecht könnten beim Publikum insoweit zu falschen Erwartungen führen und wären dem Verkehrsschutz abträglich, was nicht Sinn

<sup>339</sup> ZIMMERLI/LIENHARD, S. 202; siehe auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1711; BUOB, N 14; die Autorin sieht aber in speziellen Regeln Änderungen des Bundeszivilrechts, zu denen der Bundesgesetzgeber zuständig ist (N 324).

<sup>340</sup> MANN, S. 269 ff.

<sup>341</sup> Zur Rechtslage bei den Kantonen siehe FREUDIGER, S. 132 ff.

<sup>342</sup> So etwa STÖCKLI, S. 287 f., 328; FREUDIGER, S. 127 f.; SCHAUB, S. 165 f.; GUTZWILLER, N 185.

<sup>343</sup> Dazu Ziff. 6.2.3.

<sup>344</sup> Siehe etwa MÜLLER/VOGEL, S. 661; siehe auch FREUDIGER, S. 130, der jedoch die Systemwidrigkeit als Grenze ablehnt.

<sup>345</sup> DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 2, N 33.

<sup>346</sup> DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 7, N 61.

<sup>347</sup> DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 7, N 62.

und Geist des Bundeszivilrechts und des Numerus clausus an zulässigen privatrechtlichen Rechtsformen entspricht.»<sup>348</sup>

Die Verfassung verlangt vom Gesetzgeber Folgerichtigkeit: Er darf keine Regelungen treffen, die im Widerspruch zum Regelungsziel und zur Ordnungsstruktur des geregelten Sachgebietes stehen.<sup>349</sup> Nach der in Deutschland herrschenden Lehre und Rechtsprechung verstößt der Gesetzgeber gegen die durch den Gleichheitssatz gebotenen Prinzipien von Systemgerechtigkeit und Folgerichtigkeit<sup>350</sup>, wenn er sich zwar für ein bestimmtes Modell einer Regelung entschieden hat, es dann aber nicht konsequent verwirklicht. Auch in der Schweiz wird geprüft, ob ein Erlass in sich widerspruchsfrei, hinsichtlich seiner Wertungen konsequent und systemgerecht ist. Ein schwerwiegender Widerspruch verletzt Art. 8 und Art. 9 BV.<sup>351</sup>

#### 6.4.3 Wird eine öffentlich-rechtlich modifizierte AG zu einer spezialgesetzlichen AG?

Wird die privatrechtliche AG in ihren wesentlichen Punkten ausgehöhlt und durch abweichendes öffentliches Recht überformt, könnte man die Divergenz zwischen Erwartung (formenfixierte privatrechtliche AG) und Realität (inhaltlich abweichendes öffentliches Recht) auch in Richtung öffentliches Recht hin auflösen. Zu fragen wäre, ob nicht durch die grundlegende Modifikation eine spezialgesetzliche AG öffentlichen Rechts entsteht.<sup>352</sup>

Nach der überwiegenden Lehre ist für eine spezialgesetzliche AG entscheidend, dass sie durch Gesetz und nicht durch einen privatrechtlichen Gründungsakt geschaffen wird. Vor diesem Hintergrund ist die Argumentation grundsätzlich nachvollziehbar, eine öffentlich-rechtliche Modifikation einer AG mache diese noch nicht zu einer Gesellschaft des öffentlichen Rechts, da sich am Gründungsakt nichts geändert habe.<sup>353</sup> BLAISE KNAPP hat in seinem Gutachten bei der Entstehung der RUAG allerdings eine weitere Definition verwendet:

Eine öffentlich-rechtliche AG «fällt insbesondere dadurch aus dem Rahmen des Privatrechts, dass sie nicht auf von den Gründungsaktionären beschlossenen Statuten, sondern auf einem formellen Gesetz beruht *oder* auch dadurch, dass gewisse Rechte oder Pflichten der Aktionäre, Gesellschaftsorgane oder der Gesellschaft vom Gesetz im Widerspruch zu den Vorschriften des OR definiert werden.»<sup>354</sup>

Die Problematik sieht ebenfalls STEFAN VOGEL und verweist auf Stimmen in der Literatur, die befürchten, dass privatrechtliche Gesellschaften bei massiven Eingriffen in den strukturellen Aufbau «weitgehend der zivilrechtlichen Identität beraubt» werden. Aus seiner Sicht sind «demnach (...) Gesellschaften, welche oberflächlich betrachtet an zivilrechtliche Institute erinnern, als öffentlich-rechtliche zu beurteilen, wenn sie ihre hauptsächliche Grundlage in einem speziellen Gesetz finden und ihre Ausgestaltung die herkömmliche Typologie eindeutig sprengt.»<sup>355</sup> Ob sich der Begriff «hauptsächliche Grundlage» nur auf

<sup>348</sup> FREUDIGER, S. 133, der allerdings dieses Argument nur gegenüber den Kantonen vorbringt.

<sup>349</sup> MÜLLER/VOGEL, S. 669.

<sup>350</sup> Siehe dazu etwa OSTERLOH, S. 429 ff.; SCHRÖTER, S. 197 f.; PAYANDEH, S. 578 ff.; KISCHEL, S. 174 ff.

<sup>351</sup> MÜLLER/UHLMANN/HÖFLER, N 222.

<sup>352</sup> Siehe dazu unten Ziff. 7.4.

<sup>353</sup> FREUDIGER, S. 128 f.; VOGEL, AG, S. 419; BUNDESRAT, Zusatzbericht, S. 2676.

<sup>354</sup> KNAPP, Gutachten 2, N 105 (kursiv d. Verf.).

<sup>355</sup> VOGEL, Staat, S. 52 f.

den Gründungsakt oder generell auf wichtige gesellschaftsgestaltende Bestimmungen bezieht, wird – soweit ersichtlich – nicht präzisiert.

Auch aus der Sicht von ANDREAS STÖCKLI nähert sich eine privatrechtliche AG einer spezialgesetzlichen AG stark an, wenn das Steuerungsmittel der strategischen Ziele in einem Bundesgesetz vorgesehen ist und so die aktienrechtliche Regelung überlagert.<sup>356</sup>

Nach einer eingehenden Analyse der rechtlichen Grundlage der RUAG formuliert PETER BÖCKLI in einem Gutachten aus dem Jahre 2016 folgende Schlussfolgerung:

«Was der Bund als Resultat der Kombination der sämtlichen massgeblichen Texte und Praktiken in der Emittentin RUAG im Laufe der Jahre geschaffen hat, ist – entgegen der ursprünglichen Formulierung in Art. 1 und 2 BGRB – *eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft sui generis*. Das ist ganz klar, seitdem die strategischen Vorgaben für den Verwaltungsrat gesetzlich verbindlich erklärt worden sind, und der Verwaltungsrat jährlich über seine Umsetzung dieser unternehmensbezogenen Vorgaben direkt dem Bundesrat Rechenschaft ablegen muss, und zudem das Parlament mit einer Motion dem Bundesrat eine Änderung der strategischen Ziele verbindlich vorschreiben oder mit einem Postulat zur Prüfung vorlegen kann. Das «*Spezialgesetz*» ist das BGRB in seiner heutigen Fassung, umrankt von zahlreichen öffentlich-rechtlichen Richtlinien und Durchführungsmassnahmen. Dabei ist der Widerspruch zwischen den unveränderten Art. 1 und 2 BGRB («*privatrechtliche Aktiengesellschaft*») und den neuen Art. 3 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> BGRB («*öffentlich-rechtlich verbindliche strategische Ziele des Bundesrates für den Verwaltungsrat mit jährlichen Rechenschaftsberichten über die Zielerreichung*») offensichtlich.»<sup>357</sup>

Zweifel hegt schliesslich der Expertenbericht Corporate Governance, ob es sich bei der RUAG wirklich um eine privatrechtliche AG handelt. Zunächst verwendet er die relativierende Formulierung, bei der RUAG handle es sich «jedenfalls nach der Konzeption» um eine privatrechtliche AG<sup>358</sup> und wird dann deutlicher:

«Die RUAG Holding AG (Beteiligungsgesellschaft) wird in Art. 3 Abs. 1 BGBR als privatrechtliche Aktiengesellschaft bezeichnet. Indessen werden allerdings in Art. 3 Abs. 1<sup>bis</sup> BGRB strategische Ziele vorgesehen und in Art. 3 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> BGRB wird der Verwaltungsrat dazu verpflichtet, diese umzusetzen. Insofern kann die Auffassung vertreten werden, dass es sich auch bei der RUAG Holding AG um eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft handelt.»<sup>359</sup>

Ein ähnliches Beispiel stellt – aus einem andern Rechtsgebiet – die Nationale Netzgesellschaft nach Art. 18 StromVG<sup>360</sup> dar, die nach Abs. 1 die «Rechtsform einer privatrechtlichen AG mit Sitz in der Schweiz» hat.

KATHRIN FÖHSE weist nach, dass der Gesetzgeber auf öffentlich-rechtlichem Wege massiv in die aktienrechtlichen Strukturen eingegriffen und dadurch «die Gesellschaft geradezu entseelt» hat. Die Gesellschaft hat aus Sicht der Autorin mit einer privatrechtlichen AG wenig zu tun. FÖHSE kommt zur Überzeugung, die nationale Netzgesellschaft müsste – entgegen dem Wortlaut von Art. 18 Abs. 1 StromVG – nicht als privatrechtliche, sondern als spezialgesetzliche AG qualifiziert werden. Der Gesetzgeber habe eigens v.a. wettbewerbsrechtlich motivierte Bestimmungen geschaffen, die als lex specialis den Art. 620 ff. OR vorgenommen. Dies habe er «nicht nur in marginalen Bereichen,

<sup>356</sup> STÖCKLI, S. 328, Fn. 1708.

<sup>357</sup> BÖCKLI, Gutachten, S. 136 (kursiv im Original).

<sup>358</sup> LIENHARD/RIEDER/SONDEREGGER/LADNER/HÖCHNER/RITZ/ROOSE, S. 31.

<sup>359</sup> LIENHARD/RIEDER/SONDEREGGER/LADNER/HÖCHNER/RITZ/ROOSE, S. 159.

<sup>360</sup> Bundesgesetz über die Stromversorgung (Stromversorgungsgesetz; SR 734.7) vom 23. März 2007.

sondern in entscheidenden, einschneidenden Punkten getan, die gerade das Wesen einer AG» ausmachten.<sup>361</sup>

#### 6.4.4 Zwischenfazit

Die Argumentation zeigt, dass man mit hybriden Gesellschaftskonstruktionen<sup>362</sup>, die sich zwar als privatrechtliche AGs ausgeben, aber durch öffentlich-rechtliche Normen eine Weisensveränderung erfahren haben, in Schwierigkeiten gerät. Einerseits hat der Staat eine Pflicht, den hinter der ausgelagerten öffentlichen Aufgabe stehenden Anliegen Nachachtung zu verschaffen, andererseits setzen ihm das privatrechtliche Aktienrecht und die dort festgelegten Strukturen der AG Grenzen. Wie die Widersprüche zwischen den beiden Rechtssphären aufzulösen sind und Rechtssicherheit geschaffen werden kann, ist weitgehend unklar.

Viele dieser Probleme werden zwar nicht akut, wenn der Bund Alleinaktionär ist und somit die körperschaftliche Struktur gar nicht zum Tragen kommt<sup>363</sup>.<sup>364</sup> So ist zum Beispiel eine Ungleichbehandlung der Aktionäre in diesem Rahmen nicht möglich. Die Umgestaltung der aktienrechtlichen Zuständigkeiten bleibt trotzdem rechtlich heikel, wird aber kaum zu einem realen Konflikt, «weil es an einem denkbaren <Kläger> mangelt».<sup>365</sup>

Mit Peter FORSTMOSER ist zu fordern, problematische Sphärenvermischungen möglichst zu vermeiden:

«Wenn der Staat Aufgaben, die er bisher selbst im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Organisation verfolgt hat, auf einen privaten Rechtsträger (insbesondere auf eine Aktiengesellschaft) überträgt oder wenn er sich dazu entschliesst, eine öffentlich-rechtliche Organisation in die Privatwirtschaft zu entlassen, dann sollte er auch bereit sein, die sich daraus ergebenden Konsequenzen zu tragen und sich den Spielregeln des Privatrechts zu unterstellen.»<sup>366</sup>

Soll in wesentlichen Punkten vom Aktienrecht abgewichen werden, stehen öffentlich-rechtliche Organisationsformen, namentlich die spezialgesetzliche AG, zur Verfügung:<sup>367</sup>

«Wenn das Zivilrecht kein adäquates Rechtskleid für eine verselbständigte Einheit enthält, sollte die Wahl der privatrechtlichen Rechtsform als solche überdacht und nicht das Privatrecht korrigiert werden. Einen gangbaren Mittelweg bildet allenfalls die Schaffung einer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft.»<sup>368</sup>

Will man mit öffentlich-rechtlichen Bestimmungen Strukturen einer privatrechtlichen AG modifizieren, bedarf es ohnehin eines gesetzgeberischen Akts. In diesem Rahmen kann auch eine spezialgesetzliche AG geschaffen werden.

<sup>361</sup> FÖHSE, N 466, 480 f.

<sup>362</sup> Zum hybriden Charakter der RUAG siehe BÖCKLI, Gutachten, S. 39.

<sup>363</sup> Siehe VOGEL, AG, S. 425 mit Hinweis auf die SBB.

<sup>364</sup> MÜLLER/VOGEL, S. 663.

<sup>365</sup> BÜHLER, Governance, S. 99.

<sup>366</sup> FORSTMOSER, Fortsetzung, S. 219.

<sup>367</sup> VOGT, Organisationsform, S. 11.

<sup>368</sup> MÜLLER/VOGEL, S. 661.

## 7 Öffentlich-rechtliche Organisationsformen

### 7.1 Kein Numerus clausus

Auf einen entscheidenden Unterschied zwischen den öffentlich-rechtlichen und den privatrechtlichen Rechtsformen wurde bereits kurz hingewiesen:<sup>369</sup> Während im Privatrecht ein Numerus clausus von Modellen zur Auswahl steht, ist der Gestaltungsspielraum im öffentlichen Recht erheblich grösser. In diesem Bereich entfalten die für das Privatrecht massgebenden Grundsätze des Formenzwangs und der Formenfixierung keine Geltung, d.h. es existiert kein Numerus clausus.<sup>370</sup>

Art. 59 Abs. 1 ZGB verdeutlicht, dass für die öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten das öffentliche Recht des Bundes dem Privatrecht vorgeht.<sup>371</sup> Der rechtliche Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Organisationseinheit kann mit Blick auf die konkreten Bedürfnisse massgeschneidert definiert werden.<sup>372</sup> Die konkrete Ausgestaltung wird einzelfallweise im Gesetz festgeschrieben, das die entsprechende Einheit konstituiert (Organisationsgesetz).<sup>373</sup>

Auch wenn der Bund im öffentlichen Recht nicht an vordefinierte Rechtsformen gebunden ist, kommen regelmässig bestimmte Typen zur Anwendung, die sich punktuell an das Privatrecht anlehnern und sich über die Zeit als praktikabel herauskristallisiert haben. Die Typenbildung hat aber nicht rechtlich verbindliche Wirkung, sondern ist einzig von praktischer Tragweite, da so auf Bewährtes zurückgegriffen und grosser Entwicklungsaufwand vermieden werden kann. Die Rede ist in diesem Zusammenhang etwa von «faktischem Numerus clausus».<sup>374</sup> Da diese Typen das Ergebnis praktischer Entwicklung sind, fällt auch die Typengebundenheit weg, d.h. sie können beliebig angepasst und verändert werden.

Auch wenn das öffentliche Recht keine geschlossene Typologie von Organisationsformen kennt, wird zuweilen zwischen den beiden Grundformen der Körperschaft als verselbständiger Personenverband einerseits und der Anstalt als verselbständigt Zweckvermögen oder verselbständiger Einrichtung anderseits unterschieden.<sup>375</sup>

### 7.2 Öffentlich-rechtliche Anstalt

#### 7.2.1 Grundsätze

Traditionellerweise wird unter einer öffentlich-rechtlichen Anstalt ein verwaltungstechnischer Mittelverbund für einen bestimmten Zweck verstanden.<sup>376</sup> Es geht im Wesentlichen um eine von einem oder mehreren Gemeinwesen getragene Einheit, die organisatorisch von der Zentralverwaltung verselbständigt ist und über eine gewisse Autonomie verfügt. Sie ist mit personellen und sachlichen Mitteln ausgestattet, die sie zur dauernden

<sup>369</sup> Siehe oben Ziff. 5.3.

<sup>370</sup> VOGEL, Einheit, S. 76; FREUDIGER, S. 24.

<sup>371</sup> HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 1083.

<sup>372</sup> BUNDESRAT, Governance, S. 8267.

<sup>373</sup> STÖCKLI, S. 94.

<sup>374</sup> VOGEL, Einheit, S. 76 f.; FREUDIGER, S. 24.

<sup>375</sup> HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 1088.

<sup>376</sup> VOGEL, Einheit, S. 276.

Erfüllung einer ihr übertragenen staatlichen Aufgabe des oder der Trägergemeinwesen einsetzt.<sup>377</sup>

Die öffentlich-rechtliche Anstalt ist nach dem Corporate-Governance-Bericht des Bundes in erster Linie für Einheiten vorgesehen, die Dienstleistungen mit Monopolcharakter erbringen oder Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht erfüllen.<sup>378</sup>

In der Literatur wird oft zwischen selbständigen und unselbständigen Anstalten unterschieden. Selbständig ist eine Anstalt nach dieser Lesart, wenn sie über Rechtspersönlichkeit verfügt, bei einer unselbständigen Anstalt ist das nicht der Fall.<sup>379</sup> Rechtsfähige Anstalten sind selber Verwaltungsträger und daher auch Zurechnungssubjekt von Rechten und Pflichten. Bei nicht rechtsfähigen Anstalten wirkt dagegen das jeweilige Gemeinwesen als Vertragspartner oder Haftungssubjekt. Verwaltungsrechtlich gesprochen haben unselbständige Anstalten eine gewisse Autonomie und bilden lediglich eine betriebliche Einrichtung des Verwaltungsträgers, dem sie zugeordnet sind.<sup>380</sup>

STEFAN VOGEL geht nur dann von einer öffentlich-rechtlichen Anstalt aus, wenn der Einheit Rechtspersönlichkeit zukommt.<sup>381</sup> Verfügen die zu einer Einheit zusammengefassten sachlichen und persönlichen Mittel nicht über Rechtsfähigkeit, spricht er von einer «Einrichtung».<sup>382</sup> Dieser Unterscheidung folgend können in einer Anstalt mit Rechtsfähigkeit Träger- und Betriebsebene auseinandergehalten werden. Die öffentlich-rechtliche Anstalt als Trägerin von Rechten und Pflichten ist auch Trägerin der Einrichtungen und des damit verbundenen Betriebs zur Erfüllung der öffentlichen Aufgabe. Sie ist quasi eine dem Betrieb vorgeschaltete Steuerungsorganisation, die als rechtlicher Zurechnungspunkt fungiert. Nicht zu verwechseln ist diese Trägerfunktion der Anstalt mit dem Gemeinwesen als Anstaltsträgerin.<sup>383</sup> Wenn im Folgenden von öffentlich-rechtlicher Anstalt die Rede ist, wird immer von einem Gebilde mit Rechtspersönlichkeit ausgegangen. Diese reicht aber immer nur so weit, wie der Gesetzgeber sie ausdrücklich verleiht.<sup>384</sup>

Eine Anstalt lässt sich nicht nach ihrem Tätigkeitsfeld definieren. Sie ist grundsätzlich zu Wahrnehmung und Erfüllung aller Arten von staatlichen Aufgaben fähig.<sup>385</sup> Sie kann ein Unternehmen<sup>386</sup> betreiben, ihre Tätigkeit ist aber nicht auf die Erbringung wirtschaftlicher Leistungen beschränkt.<sup>387</sup> Bei der Ausgestaltung der Anstalt besteht grosse Freiheit, d.h. sie kann massgeschneidert auf die jeweilige Aufgabe zugeschnitten werden.<sup>388</sup>

<sup>377</sup> Siehe etwa FREUDIGER, S. 24; VOGEL, Einheit, S. 281 f.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 170; HÄNNI/STÖCKLI, N 1757.

<sup>378</sup> SÄGESSER, Art. 2, N 74 mit umfangreicher Beispielliste; siehe auch unten Ziff. 8.2.

<sup>379</sup> VOGEL, Einheit, S. 276; FREUDIGER, S. 26 f.; HÄNNI/STÖCKLI, N 1758 ff.; FREUDIGER, S. 26 f.

<sup>380</sup> TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 175 f.

<sup>381</sup> VOGEL, Einheit, S. 280 ff.

<sup>382</sup> VOGEL, Einheit, S. 280, 290 ff.; zustimmend TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 176.

<sup>383</sup> Siehe dazu unten Ziff. 7.2.3.

<sup>384</sup> TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 181.

<sup>385</sup> VOGEL, Einheit, S. 282.

<sup>386</sup> Siehe zu diesem Begriff oben 4.2; so ist beispielsweise die Zürcher Kantonalbank eine selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts (Art. 1 Kantonalbankgesetz vom 28. September 1997; LS 951.1).

<sup>387</sup> VOGEL, Einheit, S. 279 f.; siehe die Beispiele bei FREUDIGER, S. 25.

<sup>388</sup> VOGEL, Einheit, S. 286 f.

## 7.2.2 Gründung und gesetzliche Grundlage

Eine öffentlich-rechtliche Anstalt wird durch Gesetz im formellen Sinn errichtet, dem in der Regel unmittelbar konstitutive Wirkung zukommt.<sup>389</sup> Das Gesetz muss die Grundzüge der Organisation festlegen. Zu umschreiben sind ferner das Verhältnis zum Muttergemeinwesen sowie der Zweck der Anstalt und die Mittel. Schliesslich sind die Organe, ihre Zusammensetzung, Wahl und Kompetenzen zu bestimmen. Einzelheiten können auf Verordnungsebene geregelt werden.<sup>390</sup> Aus dem Erfordernis der formell-gesetzlichen Grundlage geht hervor, dass eine Anstalt nicht ihrerseits weitere Anstalten gründen kann, da sie nicht selbst eine gesetzliche Grundlage schaffen kann. Sie müsste vorher gesetzlich ermächtigt werden, Tochtergesellschaften zu schaffen.<sup>391</sup> Eine öffentlich-rechtliche Anstalt kann sich aber nach Massgabe des Errichtungsgesetzes an anderen Unternehmen beteiligen oder Unternehmen gründen, sofern dies durch den Unternehmenszweck gedeckt ist.<sup>392</sup>

Die sachlichen Mittel, die der Aufgabenerfüllung dienen, stellen eine Sacheinlage dar, die durch eine Widmung der entsprechenden Vermögenswerte erfolgt.<sup>393</sup> Die Anstalt wird bei der Gründung ferner üblicherweise mit einem Dotationskapital ausgestattet, das die Anschaffung und den Unterhalt der nötigen Betriebsmittel gewährleisten soll. Es stellt zweckgebundenes Staatsvermögen dar.<sup>394</sup>

## 7.2.3 Anstaltsträgerin und Organe

Die öffentlich-rechtliche Anstalt ist zwar Trägerin von Rechten und Pflichten, erscheint von der Zentralverwaltung organisatorisch abgesetzt und ist auch nicht in ihre Hierarchie eingebunden.<sup>395</sup> Trotzdem bleibt sie Teil eines Ganzen. Sie trägt sich im Gegensatz zu einer juristischen Person des Privatrechts nicht selbst, sondern verfügt über eine externe Trägerschaft (Anstaltsträgerin) und hängt rechtlich und finanziell vom Muttergemeinwesen ab.<sup>396</sup>

Anstalten weisen im Gegensatz zu Körperschaften nicht eine mitgliedschaftliche Struktur auf.<sup>397</sup> Dementsprechend haben sie auch keine nach korporativem Muster funktionierenden Willensbildungsorgane, sondern verfügen über Geschäftsführungs- und Vertretungsorgane, die durchaus kollegial ausgestaltet sein können. Denkbar ist auch, dass in einem solchen Organ bestimmte interessierte oder betroffene Kreise vertreten sind. Von einem Körperschaftsorgan unterscheidet sich aber ein solches Gremium insofern, als darin nicht Mitglieder repräsentiert werden. Bestimmt werden die Organe durch das Trägergemeinwesen.<sup>398</sup> Die Gestaltungsfreiheit erlaubt es, beim Design der Führungsstrukturen auch Organisationsideen beispielsweise von der AG zu übernehmen. So kann etwa ein

<sup>389</sup> VOGEL, Einheit, S. 285 f.; FREUDIGER, S. 25; HÄNNI/STÖCKLI, N 1758.

<sup>390</sup> VOGEL, Einheit, S. 286; STÖCKLI, S. 129.

<sup>391</sup> VOGEL, Einheit, S. 287.

<sup>392</sup> STÖCKLI, S. 133.

<sup>393</sup> VOGEL, Einheit, S. 287.

<sup>394</sup> STÖCKLI, S. 131.

<sup>395</sup> TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 180.

<sup>396</sup> VOGEL, Einheit, S. 282 f.; HÄNNI/STÖCKLI, N 1757; STÖCKLI, S. 130 f.

<sup>397</sup> FREUDIGER, S. 25.

<sup>398</sup> VOGEL, Einheit, S. 283 f.

Verwaltungsrat eingesetzt werden, der ähnliche Oberleitungskompetenzen hat wie im Aktienrecht.<sup>399</sup>

#### 7.2.4 Autonomie

Die öffentlich-rechtliche Anstalt verfügt regelmässig über eine gewisse Autonomie. Die Autonomie ist zwar nicht zwingende Folge der Verleihung der Rechtspersönlichkeit, allerdings ergibt die Ausstattung einer Einheit mit Rechtspersönlichkeit wenig Sinn, wenn ihr nicht auch eine gewisse Autonomie zukommt.<sup>400</sup>

Unter Autonomie einer Anstalt ist ihre Handlungsfreiheit zu verstehen. Es geht um denjenigen Bereich, in den die Aufsichtsbehörde des Trägergemeinwesens nicht mit Weisungen zu Angemessenheitsfragen eingreifen darf. Soweit Autonomie besteht, befindet die Anstalt eigenverantwortlich über die Art und Weise, wie sie die übertragene Verwaltungsaufgabe erfüllen will. Das Mass an Autonomie richtet sich nach dem jeweiligen Sachgesetz.<sup>401</sup> Mit Gewährung von Autonomie geht zwangsläufig ein gewisser Verlust an Steuerungsfähigkeit durch das Muttergemeinwesen einher,<sup>402</sup> wobei sich das Ausmass an Autonomie vielfältig skalieren lässt.<sup>403</sup>

### 7.3 Öffentlich-rechtliche Körperschaften

Als zweiter Grundtypus der öffentlich-rechtlichen Organisationsformen steht die öffentlich-rechtliche Körperschaft als verselbständigter Personenverband zur Auswahl.

Unter einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft verstehen wir eine Personenverbindung, welche die Besorgung von Verwaltungsaufgaben auf dem Wege der Selbstverwaltung erlaubt.<sup>404</sup> Zentrales Merkmal ist, dass es sich um eine mitgliedschaftlich aufgebaute Organisationseinheit handelt.<sup>405</sup> Im Gegensatz zur Anstalt ist die Struktur der Körperschaft demokratisch-genossenschaftlich geprägt. Insofern kann von einem Selbstverwaltungskörper gesprochen werden.<sup>406</sup> «Die Anstalt wird gesteuert und produziert, was sie muss; die Körperschaft dagegen steuert sich selbst und bestimmt, was sie will (dies natürlich nur in den Schranken von Verfassung und Gesetz).»<sup>407</sup> Öffentlich-rechtliche Körperschaften sind stets juristische Personen (Art. 52 Abs. 2 ZGB).<sup>408</sup>

Öffentlich-rechtliche Körperschaften sind durchwegs Personenverbindungen. In der Praxis kommen sie vor als Gebietskörperschaften (z.B. politische Gemeinden; die Zugehörigkeit richtet sich nach dem Wohnsitz der Person), Personalkörperschaften (z.B. universitäre Vereinigung der Studierenden; Mitglied ist, wer an der entsprechenden Universität immatrikuliert ist) oder Realkörperschaften (z.B. Algenossenschaften; Mitglied ist, wer

<sup>399</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, § 1, N 70; siehe auch BÖCKLI, Governance, S. 1141 ff.

<sup>400</sup> VOGEL, Einheit, S. 282.

<sup>401</sup> TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 184; FREUDIGER, S. 27.

<sup>402</sup> VOGEL, Einheit, S. 179.

<sup>403</sup> STÖCKLI/JOLLER, S. 138; VOGEL, Einheit, S. 157.

<sup>404</sup> TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 192.

<sup>405</sup> VOGEL, Einheit, S. 308.

<sup>406</sup> VOGEL, Einheit, S. 309.

<sup>407</sup> TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 192.

<sup>408</sup> TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 203.

Eigentum an einer Sache hat).<sup>409</sup> Auch haben sich gewisse Untertypen herausgebildet, zu denen auch die spezialgesetzliche AG zählt.<sup>410</sup>

Öffentlich-rechtliche Körperschaften werden durch staatlichen Akt gegründet. Dies kann durch Erlass, allenfalls in Verbindung mit einer Verfügung, oder durch öffentlich-rechtlichen Vertrag erfolgen. In jedem Fall braucht es ein formelles Gesetz. Dieses konstituiert die öffentlich-rechtliche Körperschaft direkt oder es kann Grundlage sein für das Zustandekommen durch Verfügung oder Vereinbarung.<sup>411</sup>

Typischerweise verfügt eine öffentlich-rechtliche Körperschaft über zwei Organe. Der mitgliedschaftlichen Struktur entspricht die Mitgliederversammlung als oberstes Organ. Bei grösseren Körperschaften kann allenfalls eine von den Mitgliedern gewählte Delegiertenversammlung diese Rolle übernehmen. Hinzu kommt die Verwaltung, die für die Geschäftsführung zuständig ist und die Körperschaft nach aussen vertritt. Häufig besteht zudem eine Kontroll- oder Revisionsstelle.<sup>412</sup>

## 7.4 Die spezialgesetzliche AG

### 7.4.1 Grundsätze

Die spezialgesetzliche AG ist eine Unterform der öffentlich-rechtlichen Körperschaft.<sup>413</sup> Die genaue Zuordnung erfolgt uneinheitlich. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN sehen sie als Realkörperschaft, wobei das Eigentum an den Aktien die Mitgliedschaft begründet.<sup>414</sup>

Die spezialgesetzliche AG lehnt sich an die privatrechtliche AG an, ist aber im Gegensatz zu dieser nicht der Formenfixierung unterworfen. Im Einzelfall ist sie eine Schöpfung des Spezialgesetzgebers, der bei der Ausgestaltung der konkreten Gesellschaft über grossen Spielraum verfügt.<sup>415</sup>

Die Anlehnung an die privatrechtliche AG hat den Vorteil, dass man sich auf eine etablierte und bewährte Rechtsform beziehen kann. Das reduziert Entwicklungs- und Regelungsaufwand und stellt eine subsidiäre Auffangordnung zur Verfügung.<sup>416</sup>

Ob es sich bei der spezialgesetzlichen AG um eine Rechtsform des öffentlichen oder des privaten Rechts handelt, wird nicht einheitlich beantwortet. VOGT sieht in der spezialgesetzlichen AG eine Mischform.<sup>417</sup> VOGEL spricht zwar von einem Graubereich,<sup>418</sup> ordnet aber mit der Mehrheit der Literatur die spezialgesetzliche AG dem öffentlichen Recht zu.<sup>419</sup> Würde man sie dem Privatrecht zurechnen, geriete man in Konflikt mit den in dieser Rechtssphäre herrschenden Grundsätzen des Formenzwangs und der Formenfixierung, d.h. man würde die durch die spezialgesetzliche AG angestrebte Flexibilisierung

<sup>409</sup> TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 195 ff.; VOGEL, Einheit, S. 312.

<sup>410</sup> STÖCKLI, S. 139; siehe sogleich Ziff. 7.4.

<sup>411</sup> VOGEL, Einheit, S. 318 f.

<sup>412</sup> VOGEL, Einheit, S. 315 ff.

<sup>413</sup> STÖCKLI, S. 127; VOGEL, Einheit, S. 324.

<sup>414</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1644 f.

<sup>415</sup> FREUDIGER, S. 110.

<sup>416</sup> SCHAUB, S. 145 f.; VOGEL, AG, S. 423.

<sup>417</sup> VOGT, Organisationsform, S. 18.

<sup>418</sup> VOGEL, AG, S. 418.

<sup>419</sup> VOGEL, AG, S. 420; VOGEL, Staat, S. 53; BÜHLER, AG, S. 198; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 244; BUOB, N 52.

weitgehend verlieren. Diesem Problem könnte man nur entgehen, wenn jedes einzelne Organisationsgesetz als Ergänzung des privatrechtlichen Rahmens betrachtet würde, was die Komplexität des Aktienrechts unverhältnismässig erhöhen würde.

### 7.4.2 Entstehung und Organisation

Die spezialgesetzliche AG beruht im Gegensatz zu AGs nach Art. 620 ff. AG nicht auf einem privatrechtlichen Gründungsakt, sondern wird unmittelbar durch Gesetzesakt geschaffen, d.h. dem Gesetz kommt konstitutiver Charakter zu.<sup>420</sup> Wie bereits früher erwähnt formulieren einzelne Autoren die Anforderungen weniger streng und lassen es bereits genügen, wenn «gewisse Rechte oder Pflichten der Aktionäre, Gesellschaftsorgane oder der Gesellschaft vom Gesetz im Widerspruch zu den Vorschriften des OR definiert werden».<sup>421</sup>

Die Generalversammlung kann Statuten erlassen; entsprechende Regelungen können aber auch direkt in den Gründungserlass aufgenommen werden. Vorstellbar ist ferner, dass im Spezialgesetz ein Vorbehalt für eine staatliche Genehmigung der Statuten vorgesehen wird.<sup>422</sup>

Die Organisation lehnt sich an die Regeln für die privatrechtliche AG an. Auf dieser Ebene werden aber die meisten Abweichungen zum Aktienrecht zu erwarten sein, die dank der Flexibilität der spezialgesetzlichen AG möglich werden.

### 7.4.3 Abweichungen von den Regeln für die privatrechtliche AG

#### 7.4.3.1 Spielraum des Gesetzgebers

Der grosse Vorteil der spezialgesetzlichen AG ist, dass sie sich ausserhalb des privatrechtlichen Numerus clausus bewegt. Dem Gesetzgeber kommt deshalb ein weiter Spielraum zu<sup>423</sup> und er läuft nicht Gefahr, zwingendes Aktienrecht öffentlich-rechtlich zu überformen.

Die Rechtsformenwahl sollte vor allem dann auf die spezialgesetzliche AG fallen, wenn im Vergleich zur privatrechtlichen AG wesentliche Änderungen geplant sind.<sup>424</sup> Die spezialgesetzliche Ausgestaltung erlaubt es dem Gemeinwesen, in Abweichung von dem an die Grundsätze des Formenzwangs und der Formenfixierung gebundenen Aktienrecht des OR mit massgeschneiderten Lösungen<sup>425</sup> eine auf die konkrete Aufgabenerfüllung zugeschnittene Ausgestaltung der Corporate Governance zu wählen.<sup>426</sup> Während der Bund bei der privatrechtlichen AG an die gesetzlich vorgesehenen Einwirkungs- und Kontrollmechanismen gebunden ist, kann er bei der spezialgesetzlichen AG Autonomie und Steuerung weitgehend selbst festlegen.<sup>427</sup> Er kann die Autonomie je nach den Aufgaben und auf dem Spiel stehenden öffentlichen Interessen skalieren, das Gleichgewicht zwischen den

<sup>420</sup> VOGEL, AG, S. 419, 422; BUOB, N 51.

<sup>421</sup> KNAPP, Gutachten 2, N 105; siehe oben Ziff. 6.4.3.

<sup>422</sup> VOGEL, AG, S. 419, Fn. 3.

<sup>423</sup> FREUDIGER, S. 11.

<sup>424</sup> VOGEL, AG, S. 422; BUOB, N 53; MÜLLER/VOGEL, S. 661.

<sup>425</sup> VOGEL, AG, S. 423, 427; GUTZWILLER, N 189; HÖCHNER, S. 48.

<sup>426</sup> BÜHLER, AG, S. 201; SCHAUB, S. 145 ff.

<sup>427</sup> BÜHLER, AG, S. 198.

Organen verschieben und beispielsweise anstaltliche Elemente einbauen<sup>428</sup> oder Entscheidungs- und Weisungsrechte gegenüber dem Verwaltungsrat vorsehen.<sup>429</sup> Anerkannt ist ferner, dass bei spezialgesetzlichen Gesellschaften die strategischen Ziele verbindlich ausformuliert<sup>430</sup> oder dem Staat privilegierte Informationsrechte zugestanden werden können.<sup>431</sup> Dabei sind auch Abweichungen vom zwingenden Aktienrecht möglich.<sup>432</sup>

#### 7.4.3.2 *Grenzen des Spielraums*

Selbst wenn dem Gesetzgeber ein weiter Spielraum offen steht, ist seine Gestaltungsfreiheit nicht unbegrenzt.

Die Wahl und die Bezeichnung von Organisationstypen sollen auch Orientierung bieten und wecken bei Betroffenen Erwartungen. Im Interesse der Rechtssicherheit sind solche Erwartungshaltungen ernst zu nehmen und es soll verhindert werden, dass durch un durchsichtige, mangelhafte Strukturen und irreführende Bezeichnungen Rechtsunsicherheit geschaffen wird. Es geht nicht darum, den Organisationsformen ihre Flexibilität zu rauben, liegt doch darin eine entscheidende Stärke des öffentlichen Rechts. Die Organisationsgrundtypen sollen bedürfnisgerecht angepasst werden können, aber nur zurückhaltend gemischt und vor allem nicht geradezu in ihr Gegenteil verkehrt werden. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz der Formenwahrheit und -klarheit.<sup>433</sup> So muss zum Beispiel darauf geachtet werden, dass bei einer spezialgesetzlichen AG die körperschaftliche Struktur im Grundsatz gewahrt wird.<sup>434</sup> Kann dies nicht gewährleistet werden, ist die Nähe zur privatrechtlichen AG zu verlassen und eine eigenständige öffentliche-Regelung zu treffen, welche die Gefahr für Verwechslungen und Irreführungen ausschliesst.<sup>435</sup>

Auch bei einer spezialgesetzlichen AG sind Beteiligungen von Dritten möglich, sogar ein Börsengang ist denkbar,<sup>436</sup> wie das etwa bei der Swisscom als spezialgesetzlicher AG erfolgt ist. Ins Gewicht fällt allerdings, dass die zu beachtenden kapitalmarktrechtlichen Rahmenbedingungen in vielen Punkten strenger sind als das Aktienrecht und die durch die Wahl der Rechtsform der spezialgesetzlichen AG gewonnene Gestaltungsfreiheit weitgehend aufheben.<sup>437</sup>

#### 7.4.4 **Subsidiäre Anwendung des Aktienrechts**

Der Organisationserlass, der die spezialgesetzliche AG schafft, muss nicht alle erdenklchen Einzelheiten regeln. Er kann sich auf die Grundzüge beschränken und vor allem diejenigen Punkte festlegen, bei denen vom Aktienrecht abgewichen wird. Möglich ist im Übrigen, dass das Gesetz auf die aktienrechtlichen Regeln im OR verweist. Dieser Weg

<sup>428</sup> VOGEL, AG, S. 423.

<sup>429</sup> BÜHLER, AG, S. 205.

<sup>430</sup> BÜHLER, AG, S. 204.

<sup>431</sup> BÜHLER, AG, S. 203; GUTZWILLER, N 509.

<sup>432</sup> BÜHLER, AG, S. 204.

<sup>433</sup> VOGEL, Einheit, S. 76 f.; siehe auch zum Grundsatz der Folgerichtigkeit oben Ziff. 6.4.3.

<sup>434</sup> VOGEL, AG, S. 421 f.

<sup>435</sup> VOGEL, AG, S. 423.

<sup>436</sup> HÖCHNER, S. 48.

<sup>437</sup> Siehe dazu BÖCKLI, Gutachten, S. 84 ff.

wurde im TUG<sup>438</sup> bei der Schaffung der Swisscom oder im SBB-Gesetz<sup>439</sup> beschritten. Bei einer solchen Konstellation wird das Aktienrecht subsidiär anwendbar. Auch mit diesem Verweis bleibt die AG spezialgesetzlich und behält ihren öffentlich-rechtlichen Charakter.<sup>440</sup> Gleichzeitig werden die Normen, auf die im Gesetz verwiesen wird, zu subsidiär anwendbarem öffentlichem Recht.<sup>441</sup> Soweit im öffentlichen Recht eine ausdrückliche Regelung fehlt und sich dort auch keine Normen finden, welche für eine analoge Rechtsanwendung in Frage kommen, können privatrechtliche Bestimmungen im Rahmen eines Analogieschlusses beigezogen werden.<sup>442</sup>

## 7.5 Gegenüberstellung Anstalt – spezialgesetzliche AG

Auf den ersten Blick ist der Unterschied zwischen spezialgesetzlichen AGs und der Anstalt fundamental: Im einen Fall haben wir eine körperschaftlich strukturierte Organisation, im anderen nicht. Hinzu kommt, dass bei der spezialgesetzlichen AG dank der Anlehnung an das privatrechtliche Modell relativ konkrete Vorstellungen bestehen, wie die Rechtsform aussehen und funktionieren soll. Die Bilder von der Anstalt sind dagegen diffuser und werden weniger mit konkreten Strukturen und Abläufen verbunden. Dies mag fürs Erste als negativer Punkt erscheinen, kann aber insofern von Vorteil sein, als mit dieser Unbestimmtheit auch Freiräume einhergehen. Dadurch eignet sich die Anstalt für ein sehr breites Anwendungsgebiet. Dies wird oft ausgeblendet, wenn die Anstalt als Gegensatz zu einem Unternehmen verstanden und mit dem Unternehmensbegriff zuweilen nur die Rechtsform der AG assoziiert wird. Dass eine Anstalt auch Trägerin eines wirtschaftlichen Unternehmens sein kann,<sup>443</sup> zeigt sich etwa bei Kantonalbanken. So ist beispielsweise die Zürcher Kantonalbank – eine der grössten Banken der Schweiz – als Anstalt organisiert.<sup>444</sup>

Eine Annäherung der beiden Rechtsformen tritt vor allem dann ein, wenn der Hauptunterschied – das mitgliedschaftliche Element – eingeebnet wird: «Gründet der Staat eine spezialgesetzliche AG, ohne daran irgendjemanden zu beteiligen, bleiben die körperschaftlichen Strukturen – mangels Mitgliedern – faktisch suspendiert und es liegt materiell eine öffentlich-rechtliche Anstalt vor.»<sup>445</sup> Die Absicht, die RUAG für Dritte zu öffnen, war seinerzeit ausschlaggebend für die Wahl der (privatrechtlichen) AG als Rechtsform.<sup>446</sup> Auch der Leitsatz 1 des Corporate-Governance-Berichts des Bunderats sieht die AG nur für Einheiten vor, «an denen sich Dritte beteiligen können sollen».<sup>447</sup>

<sup>438</sup> Bundesgesetz über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes (Telekommunikationsunternehmungsgesetz, SR 784.11); «Soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt, gelten für die Unternehmung die aktienrechtlichen Vorschriften des Obligationenrechts» (Art. 4 TUG).

<sup>439</sup> Bundesgesetz über die Schweizerischen Bundesbahnen, SBBG, SR 742.31; «Soweit dieses Gesetz keine abweichenden Bestimmungen vorsieht, gelten für die SBB sinngemäss die Vorschriften des Obligationenrechts über die Aktiengesellschaft sowie das Fusionsgesetz vom 3. Oktober 2003 mit Ausnahme der Artikel 99–101» (Art. 22 SBBG).

<sup>440</sup> BGE 132 III 470 E. 3.3 <474>; TSCHANNEN, Systeme, N 71.

<sup>441</sup> BGE 132 III 470 E. 3.3 <474>; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, §1, N 47; BUOB, N 52; VOGEL, Einheit, S. 312.

<sup>442</sup> VOGEL, Einheit, S. 312.

<sup>443</sup> So auch BÖCKLI, Governance, S. 1155.

<sup>444</sup> Art. 1 Kantonalbankgesetz (Gesetz über die Zürcher Kantonalbank vom 28. September 1997; LS 951.1).

<sup>445</sup> VOGEL, Einheit, S. 74.

<sup>446</sup> Siehe oben Ziff. 3.1.3.

<sup>447</sup> Siehe dazu unten Ziff. 8.2.

Dank des Wegfalls des Formenzwangs und der Formenfixierung im öffentlichen Recht ist der Weg offen, dass die beiden Rechtsformen sich auch organisatorisch annähern, so lange der Grundsatz der Formenwahrheit und -klarheit nicht verletzt wird.<sup>448</sup> So können bei der spezialgesetzlichen AG anstaltliche Elemente eingebaut werden.<sup>449</sup> Je stärker eine spezialgesetzliche AG öffentlich-rechtlich übersteuert wird und sich für staatliche Einflussnahmen öffnet, desto näher steht die AG der Anstalt.<sup>450</sup> Umgekehrt kommen bei der Anstalt Beteiligungsmöglichkeiten in Frage – zu denken ist beispielsweise an Partizipationscheine.<sup>451</sup> Auch aus Corporate-Governance-Sicht präsentieren sich die Herausforderungen und auch mögliche Lösungen ähnlich.<sup>452</sup>

## 8 Corporate-Governance-Berichte des Bundes

### 8.1 Entstehungsgeschichte

Der Bundesrat verabschiedete am 13. September 2006 den Bericht zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben (Corporate-Governance-Bericht).<sup>453</sup> In verschiedenen parlamentarischen Vorstößen waren bessere Grundlagen für die Auslagerung von Aufgaben und eine einheitlichere Steuerung verselbständiger Einheiten verlangt worden. Der Bericht sollte diese Forderungen erfüllen. In 28 Leitsätzen legte der Bundesrat dar, wie er seine verselbständigte Organisationen und Unternehmen steuert und kontrolliert. Der Bericht wurde begleitet durch Erläuterungen der EFV.<sup>454</sup>

Anlässlich der Kenntnisnahme des Berichts formulierte der Nationalrat in weiteren Vorstößen Anschlussfragen, die zu einem Zusatzbericht führten, den der Bundesrat am 25. März 2009 vorlegte.<sup>455</sup> Das Papier ergänzte und modifizierte teilweise die Leitsätze aus dem Jahr 2006 und erhöhte deren Anzahl auf 39.<sup>456</sup>

Im Jahre 2019 veröffentlichte ein Team von Expertinnen und Experten eine Beurteilung der Corporate Governance des Bundes. Die Studie war von der EFV in Auftrag gegeben worden.<sup>457</sup> Am 26. Mai 2021 verabschiedete der Bundesrat einen weiteren Bericht zu seiner Eignerstrategie, in dem er auch teilweise auf die Empfehlungen der Expertinnen und Experten einging und punktuell weitere Anpassungen bei den Leitsätzen vornahm.<sup>458</sup>

<sup>448</sup> Dazu Ziff. 7.4.3.2.

<sup>449</sup> VOGEL, AG, S. 423.

<sup>450</sup> VOGEL, AG, S. 418.

<sup>451</sup> VOGT, Organisationsform, S. 14; so die Thurgauer Kantonalbank, § 4 TKB-G (Gesetz über die Thurgauer Kantonalbank vom 21.03.1988; RB 951.1).

<sup>452</sup> BÖCKLI, Governance, S. 1141 ff.

<sup>453</sup> BUNDESRAT, Governance.

<sup>454</sup> EFV.

<sup>455</sup> BUNDESRAT, Zusatzbericht.

<sup>456</sup> Die Leitsätze sind von 1-37 durchnummeriert. Da die Leitsätze 22a und 22b eingefügt wurden, erhöht sich die Gesamtzahl auf 39.

<sup>457</sup> LIENHARD/RIEDER/SONDEREGGER/LADNER/HÖCHNER/RITZ/ROOSE.

<sup>458</sup> BUNDESRAT, Eignerstrategie; zu den getroffenen Massnahmen siehe dort S. 69 f.

## 8.2 Aufgabentypologie und Rechtsformen

Auf die verschiedenen Berichte ist im Verlaufe der bisherigen Darlegungen wiederholt Bezug genommen worden. Hier geht es nicht um eine umfassende Darstellung ihres Inhalts, sondern die Diskussion konzentriert sich auf die Aussagen zur Wahl von Rechtsformen.

Der Bericht von 2006 ordnet die Aufgaben des Bundes vier Aufgabentypen zu. Mit dieser Aufgabentypologie soll der Bericht zunächst eine auf einheitlichen Kriterien basierende Entscheidgrundlage für die Auslagerung<sup>459</sup> von Aufgaben an verselbständigte Einheiten des Bundes liefern.

Als verselbständigte Einheiten bezeichnet der Bericht<sup>460</sup> Organisationen bzw. Unternehmen, die

- Bundesaufgaben wahrnehmen,
- rechtlich verselbständigt sind und
- im Eigentum des Bundes stehen bzw. eine Haupt- oder Mehrheitsbeteiligung des Bundes darstellen.

Die Aufgabentypen werden wie folgt umschrieben:<sup>461</sup>

- *Ministerialaufgaben*: Dazu gehören primär die Aufgaben der Politikvorbereitung (z.B. Vorbereitung der Gesetzgebung), aber auch Dienstleistungen, die einen ausgeprägt hoheitlichen Charakter aufweisen und zum Teil mit weitreichenden Eingriffen in Grundrechte verbunden sein können (z.B. Landesverteidigung). Diese Aufgaben eignen sich nicht zur Auslagerung und sind innerhalb der zentralen Bundesverwaltung zu erfüllen.
- *Dienstleistungen mit Monopolcharakter*: Diese finden sich u.a. in der Bildung, Forschung und Kultur. Es sind Aufgaben, die zwar einen klaren Dienstleistungscharakter aufweisen, für die jedoch ein funktionierender Markt fehlt. Diese Aufgaben sind zur Auslagerung geeignet, wenn kaum Koordinationsbedarf sowie ein geringes Synergiepotenzial mit andern Bundesaufgaben besteht. Trotz Auslagerung muss wegen der fehlenden marktlichen Steuerung und der z.T. namhaften finanziellen Unterstützung durch den Bund ein adäquater politischer Einfluss auf solche Einheiten und ihre Aufgabenerfüllung erhalten bleiben.
- *Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht*: Dies sind Regulierungsaufgaben, wie sie u.a. die Eidgenössische Bankenkommission, die ComCom, die Swissmedic, die Weko oder der Postregulator wahrnehmen. Sie sollen insbesondere aufgrund des Erfordernisses der Unabhängigkeit bei der Aufgabenerfüllung ausgelagert werden.
- *Dienstleistungen am Markt*: Dazu gehören insbesondere Infrastruktur-Dienstleistungen, wie sie beispielsweise die Post und die SBB erbringen. Das erfolgreiche Bestehen der mit diesen Aufgaben betrauten Einheiten am Markt bedingt eine Auslagerung.

<sup>459</sup> Zum Auslagerungsbegriff siehe BUNDESRAT, Governance, S. 8243 ff.

<sup>460</sup> BUNDESRAT, Governance, S. 8242; die Definition ist etwas modifiziert in Art. 8 Abs. 5 RVOG ins geltende Recht übernommen worden.

<sup>461</sup> BUNDESRAT, Governance, S. 8234, 8251 ff.; siehe die Kritik an Teilen der Aufgabentypologie unten Ziff. 9.3.

Die Aufgabentypologie soll ferner Kriterien liefern für die Wahl der Rechtsformen. Dazu legt der Bericht einen Leitsatz vor:

1. Leitsatz<sup>462</sup>

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

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

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

### 8.3 Privatrechtliche AG für Akteure mit Dienstleistungen am Markt?

Heute wird davon ausgegangen, dass die RUAG MRO Dienstleistungen am Markt erbringt.<sup>463</sup> Aus dem Leitsatz 1 ergibt sich, dass auf die RUAG die Rechtsform der privat-rechtlichen AG zur Anwendung kommen soll. Diese Konsequenz ist allerdings nicht absolut zwingend. Von den im Leitsatz skizzierten idealtypischen Lösungen kann abgewichen werden, um den spezifischen Umständen der einzelnen Einheiten Rechnung zu tragen. Solche Abweichungen sollen aber nicht zufällig, sondern hinreichend begründet erfolgen («comply-or-explain»-Ansatz).<sup>464</sup>

Eine Begründung, warum eine spezialgesetzliche AG nur ausnahmsweise in Frage kommen soll, findet sich im Begleitbericht der EFV. Da die spezialgesetzliche AG an einen öffentlich-rechtlichen Organisationserlass gebunden sei, weise sie eine geringere Flexibilität auf und sei weniger ausbaufähig als die privatrechtliche AG. Auch habe sie eine geringere Distanz zur Politik, was zu stärkerer politischer Einflussnahme führen könne, die mit einer körperschaftlichen Willensbildung kaum vereinbar sei. Ferner sei wegen der subsidiären Anwendung des Privatrechts zuweilen unklar, welches Recht nun zum Zuge komme. Schliesslich sei die spezialgesetzliche AG nicht uneingeschränkt privatisierungsfähig, weil aufgrund ihres dualistischen Charakters eine Beteiligung des Staates impliziert sei.<sup>465</sup>

Die im Bericht des Bundes vorgesehene Priorisierung der privatrechtlichen AG gegenüber einer spezialgesetzlichen Lösung ist durch die Expertinnen und Experten geprüft worden, welche die Corporate-Governance-Praxis des Bundes beurteilt haben.

Aus Sicht der Expertinnen und Experten

... «ist nicht ersichtlich, weshalb spezialrechtliche oder privatrechtliche Aktiengesellschaften als Rechtsformen gewählt worden sind, zumal auch bei den spezialrechtlichen Aktiengesellschaften meist auf die Regelungen des OR verwiesen wird beziehungsweise auch bei der privatrechtlichen AG (RUAG Holding AG) spezialgesetzlich strategische

<sup>462</sup> BUNDESRAT, Governance, S. 8269.

<sup>463</sup> BUNDESRAT, Governance, S. 8300; siehe dazu im Detail Ziff. 9.3.

<sup>464</sup> BUNDESRAT, Eignerstrategie, S. 2.

<sup>465</sup> EFV, S. 17.

Ziele und die Berichterstattung an den Bundesrat vorgesehen sind. In dem Sinne wird folgendes empfohlen:

- (...)
- Ergänzung der Organisationserlasse: Es wird empfohlen, die Organisationserlasse noch deutlicher zu harmonisieren (bspw. Aufgaben des Verwaltungsrats). Die spezialgesetzliche AG soll dabei als Grundform dienen, von der nur aus besonderen Gründen abgewichen werden kann. (...»<sup>466</sup>

Der Bundesrat hat sich zwar mit den Empfehlungen der Studie befasst und punktuell dazu Position bezogen.<sup>467</sup> Zur hier interessierenden Empfehlung, welche die Priorisierung im Leitsatz 1 in Bezug auf die AGs gerade umdreht, findet man aber im Bericht des Bunderates keine Stellungnahme.<sup>468</sup>

Abweichende Meinungen zum Corporate-Governance Bericht des Bundesrates hinsichtlich der Bevorzugung der privatrechtlichen AG werden auch in der Literatur vertreten.

ANDREAS STÖCKLI überzeugen die von der EFV vorgebrachten Argumente nicht. So seien etwa die Gestaltungsspielräume bei öffentlich-rechtlichen Rechtsformen regelmässig besonders gross. Im Weiteren würden auch schwierige Rechtsfragen auftauchen, wenn einer privatrechtlichen AG öffentliche Aufgaben übertragen werden und der Gesetzgeber das Privatrecht mit öffentlich-rechtlichen Vorschriften überformt. Der Autor kommt zum Schluss:

«Insgesamt erweist sich gerade die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft als geeignete Organisationsform für im wirtschaftlichen Wettbewerb stehende öffentliche Unternehmen, da zum einen der Gesetzgeber – ohne die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zu stark einzuschränken – das Aktienrecht im Sinne verbesserter Einwirkungs- und Kontrollmöglichkeiten für die öffentliche Hand modifizieren kann und zum anderen auch die Rechtsform der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft es erlaubt, einen Teil des Aktienkapitals bei Privaten zu besorgen.»<sup>469</sup>

Auch für PATRICK FREUDIGER sind die von Bundesrat und EFV vorgebrachten Argumente zu gunsten der privatrechtlichen AG nicht zwingend. Dass die spezialgesetzliche AG einen Mangel an Flexibilität aufweise, sei nicht nachvollziehbar. Sein Plädoyer zugunsten der spezialgesetzlichen AG erfolgt vor allem «ordnungspolitisch». Aus seiner Sicht ist es problematisch, wenn zwar die Rechtsform der privatrechtlichen AG gewählt, diese aber durch öffentliche-Normen umgestaltet wird. Hier drohe die Gefahr einer «Rechtsverwilderung» durch eine unübersichtliche Gemengelage verschiedener AGs. Neben der privatrechtlichen und der spezialgesetzlichen AG gebe es die öffentlich-rechtlich modifizierte privatrechtliche AG, was die Übersicht schmälere und dem Rechtsverkehr schade. Vor diesem Hintergrund sei eine spezialgesetzliche AG dann am Platz, wenn der Bund bei einer Ausgliederung die Vorteile einer AG nutzen, gleichzeitig aber zwingende aktienrechtliche Prinzipien umstossen will. In einem solchen Fall solle der Gesetzgeber mit der Wahl der spezialgesetzlichen AG die Abweichungen auch nach aussen sichtbar machen.<sup>470</sup>

<sup>466</sup> LIENHARD/RIEDER/SONDEREGGER/LADNER/HÖCHNER/RITZ/ROOSE, S. 83, siehe dort auch S. 51; dazu UHLMANN, S. 97.

<sup>467</sup> Medienmitteilung des Bundesrats vom 26.5.2021: Bundesrat verabschiedet Postulatsbericht zur Corporate Governance.

<sup>468</sup> BUNDESRAT, Eignerstrategie, Ziff. 5, S. 60 ff.

<sup>469</sup> STÖCKLI, S. 118.

<sup>470</sup> FREUDIGER, S. 419 ff.

Schliesslich spricht sich auch BÜHLER deutlich zugunsten der spezialgesetzlichen AG aus:

«Die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft erweist sich bei genauerer Betrachtung als die geeignete Organisationsform für die Ausgliederung öffentlicher Aufgaben an einen selbständigen Rechtsträger, der sich weitgehend eigenständig im wirtschaftlichen Wettbewerb mit privaten Unternehmen behaupten, dem Staat aber zugleich zentrale Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten weitgehend bewahren soll. Der fehlende numerus clausus bei den öffentlich-rechtlichen Rechtsformen eröffnet dem Staat einen relativ grossen Spielraum bei der organisatorischen Ausgestaltung der Aktiengesellschaft und erlaubt es ihm, diese auf seine konkreten Bedürfnisse auszurichten, um die Wahrnehmung der auszulagernden öffentlichen Aufgaben bestmöglich zu gewährleisten.»<sup>471</sup>

## 9 Die RUAG als externe Trägerin von Verwaltungsaufgaben

### 9.1 Fragestellung

Die Verwaltungsstruktur wird durch die Verfassung und das RVOG vorgezeichnet. Je nach Position in der Verwaltungsorganisation hat ein Unternehmen eine andere Stellung, was Folgen nach sich ziehen kann, die auch in anderen Rechtsgebieten auftreten können. Das zeigt sich beispielweise im Beschaffungsrecht: Nach Art. 4 Abs. 1 lit. a BöB<sup>472</sup> unterstehen diesem Gesetz als Auftraggeberinnen die Verwaltungseinheiten der zentralen und der dezentralen Bundesverwaltung nach Art. 2 RVOG.<sup>473</sup> Die Rechtsform spielt dagegen aus beschaffungsrechtlicher Sicht keine Rolle.<sup>474</sup> Da – wie zu zeigen sein wird – die RUAG weder Teil der zentralen noch der dezentralen Bundesverwaltung im Sinne dieses RVOG-Artikels ist, wird sie durch diese BöB-Bestimmung nicht erfasst.

Hier soll nun der Frage nachgegangen werden, welcher Einfluss die Rechtsform auf die Stellung der RUAG in der Verwaltungsstruktur haben kann.

### 9.2 Zentrale und dezentrale Verwaltung vs. externe Träger von Verwaltungsaufgaben

Art. 2 RVOG unterscheidet zwischen der Zentralverwaltung, der dezentralen Bundesverwaltung und externen Trägern, die Verwaltungsaufgaben erfüllen. Diese Einteilung wird in der RVOV<sup>475</sup> unter Verwendung der Aufgabentypologie aus dem Corporate-Governance-Bericht<sup>476</sup> des Bundes konkretisiert. Demnach gehören zur dezentralen Bundesverwaltung Personen und Organisationen des öffentlichen oder privaten Rechts, die durch Gesetz geschaffen worden sind und überwiegend Dienstleistungen mit Monopolcharakter oder Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht erfüllen (Art. 6 Abs. 2 RVOV). Nicht zur (dezentralen) Bundesverwaltung gehören dagegen externe Träger von Verwaltungsaufgaben im Sinne von Art. 2 Abs. 4 RVOG, die überwiegend Dienstleistungen am Markt erbringen (Art. 6 Abs. 3 RVOV).

Eine Konkretisierung der dezentralen Bundesverwaltung anknüpfend an Rechtsformen und unter Bezug der Aufgabentypologie enthält Art. 7a RVOV. Für die hier interessierenden Fragestellungen sind vor allem die lit. c und d von Abs. 1 des erwähnten Artikels

<sup>471</sup> BÜHLER, AG, S. 208.

<sup>472</sup> Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019; SR 172.056.1.

<sup>473</sup> Siehe ZIMMERLI, N 4 ff.

<sup>474</sup> VOGT, Organisationsform, S. 9.

<sup>475</sup> Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998, SR 172.010.1.

<sup>476</sup> Siehe dazu oben Ziff. 8.2.

relevant. Die dezentrale Bundesverwaltung besteht demnach u.a. aus «den durch Gesetz errichteten rechtlich verselbstständigten öffentlichrechtlichen Körperschaften und Stiftungen sowie Anstalten, sofern sie nicht überwiegend Dienstleistungen am Markt erbringen» (lit. c) sowie «den Aktiengesellschaften, die der Bund kapital- und stimmenmässig beherrscht, sofern sie nicht überwiegend Dienstleistungen am Markt erbringen» (lit. d).

Die Bestimmungen zeigen, dass die Zuordnung zur dezentralen Bundesverwaltung bzw. zur Sphäre der externen Träger, die Verwaltungsaufgaben erfüllen, nicht auf der Basis der Rechtsformen, sondern in Anwendung der Aufgabentypologie erfolgt. Sowohl öffentlich-rechtliche Anstalten als auch privatrechtliche und spezialgesetzliche AGs, die der Bund beherrscht, können grundsätzlich sowohl der dezentralen Verwaltung als auch der Sphäre der externen Verwaltungsträger angehören. Entscheidend ist das Kriterium der Marktnähe. Dies bedeutet, dass Träger von Verwaltungsaufgaben, die «überwiegend Dienstleistungen am Markt erbringen» – ungeachtet ihrer Rechtsform – nicht der (dezentralen) Verwaltung angehören, sondern unter Art. 2 Abs. 4 RVOG (externe Träger von Verwaltungsaufgaben) zu subsumieren sind.<sup>477</sup>

## 9.3 Dienstleistungen am Markt

### 9.3.1 Der Aufgabentypus

Bei der Aufgabentypologie fällt auf, dass sie durch einen starken Schematismus geprägt ist, welcher der realen Komplexität kaum Rechnung trägt. Vor allem die Typen Dienstleistungen mit Monopolcharakter und Dienstleistungen am Markt sind in der Praxis nur schwer auseinanderzuhalten.

Es ist denn auch nicht verwunderlich, dass Kritik an der Aufgabentypologie laut geworden ist. Nach Auffassung von STEFAN VOGEL verfügen namentlich diese beiden Kategorien nicht über ein klares Konzept. Er weist beispielsweise darauf hin, dass dem Bereich Dienstleistungen am Markt Akteure wie die Post oder die SBB zugeordnet werden, die in Bereichen tätig sind, wo der Bund ein rechtliches Monopol hat. Das Modell der Aufgabentypologie verwirrt aus seiner Sicht mehr, als dass es zur Klärung beiträgt, weil «es die Nuancen staatlicher Organisationsformen schlachtweg ausblendet und stattdessen verschwommenen wirtschaftsbezogenen Massstäben folgt».<sup>478</sup> Auch PIERRE TSCHANNEN, MARKUS MÜLLER und MARKUS KERN sind der Meinung, die Unterscheidung basiere nicht auf stabilen Kriterien.<sup>479</sup>

Was unter einer Dienstleistung am Markt zu verstehen ist, ist nicht ganz klar. Aus Sicht des Bundesrats haben «Dienstleistungen am Markt die Erbringung öffentlicher Dienste zum Gegenstand: Dazu gehören die Infrastrukturdiensleistungen der Post, der RUAG und der SBB. Es werden Einrichtungen aufgebaut und betrieben, welche von der Öffentlichkeit als unentbehrlich angesehene Dienstleistungen (Service public) eingestuft werden (z.B. der Bau und Betrieb von Verkehrsnetzen wie Schiene, Strasse, Luftfahrt).»<sup>480</sup> Der Bildung dieser Kategorie liegt auch die Befürchtung zugrunde, dass bei Dienstleistungen, die am Markt erbracht werden, die Nähe zum Bund zu Marktverzerrungen und zu einer Benachteiligung der übrigen Wettbewerbsteilnehmer führen kann. Mit der Auslagerung

<sup>477</sup> TSCHANNEN, Organigramm, S. 522; FREUDIGER, S. 152; siehe auch BUNDESRAT, Anhang, S. 84; BUNDESRAT, Governance, S. 8234.

<sup>478</sup> VOGEL, Einheit, S. 75; dieser Kritik schliesst sich FREUDIGER, S. 83, weitgehend an.

<sup>479</sup> TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 125.

<sup>480</sup> BUNDESRAT, Anhang, S. 84.

---

von Einheiten, die solche Dienstleistungen erbringen, soll diese Gefahr verringert werden.<sup>481</sup>

Tätigkeit am Markt liegt etwa dann vor, wenn verselbständigte Einheiten sich weitgehend über Preise am (allenfalls regulierten) Markt finanzieren und damit die Voraussetzungen für die wirtschaftliche Selbständigkeit aufweisen.<sup>482</sup> Das Kriterium der wirtschaftlichen Selbständigkeit ist auch erfüllt, wenn sie vom Bund Abgeltungen für konkrete, bestellte Leistungen beziehen.<sup>483</sup>

### 9.3.2 Beurteilung der RUAG MRO

Die RUAG wird in Art. 2 BGRB verpflichtet, ihre Tätigkeit «unter Beachtung marktwirtschaftlicher Grundsätze» auszuführen. Ferner verlangen die strategischen Ziele des Bundesrats, dass die RUAG eine Rentabilität ausweist, die zum Erhalt der Fähigkeiten und für die Unternehmensentwicklung nötig ist.<sup>484</sup> Darüber hinaus muss die RUAG die Finanzierung des Unternehmens aus eigener Kraft sicherstellen, wobei zur Weiterentwicklung des Immobilienportfolios im vorgegebenen Rahmen eine Verschuldung zulässig ist.<sup>485</sup>

Auf dieser Basis liegt es nahe, die RUAG als am Markt tätige Akteurin und somit als externe Trägerin von Verwaltungsaufgaben zu qualifizieren. Darauf deuten auch der Anhang der RVOV und die OV-VBS<sup>486</sup> hin. Nach Art. 8 Abs. 1 RVOV erstellt der Bundesrat einen Anhang zur RVOV, der die Verwaltungseinheiten der zentralen und der dezentralen Bundesverwaltung abschliessend aufzählt. Dieser Anhang hat allerdings nur informierenden Charakter, aber keine normativen Wirkungen.<sup>487</sup> Entscheidend für die Frage, ob eine Einheit der zentralen oder dezentralen Bundesverwaltung angehört, sind die Organisationsverordnungen nach Art. 43 RVOG, in denen nach Art. 28 RVOV auch die departementsinterne Zuordnung der dezentralen Verwaltungseinheiten geregelt wird. Da die RUAG weder im Anhang noch in der OV-VBS erwähnt wird, gehört sie weder zur zentralen noch zur dezentralen Bundesverwaltung, d.h. es muss sich um eine externe Verwaltungsträgerin handeln. Angesichts der geringen Trennschärfe des Kriteriums «Dienstleistungen am Markt», sind es vor allem diese Verordnungsbestimmungen, die einigermassen Klarheit schaffen und Rechtssicherheit vermitteln.

Zu berücksichtigen ist, dass sich die Beurteilung, ob eine Einheit Dienstleistungen am Markt erbringt, verändern kann, weil sich auch die Positionen der entsprechenden Unternehmen im Markt wandeln. So hat sich der Umsatzanteil, den Aufträge des VBS ausmachen, in den letzten Jahren massiv erhöht. Betrug dieser Anteil der RUAG Holding AG im Jahre 2016 noch gut 30 Prozent,<sup>488</sup> macht er heute (RUAG MRO) etwa 80 Prozent aus. Die strategischen Ziele des Bundesrats für die RUAG MRO Holding AG für die Jahre 2024–2027 formulieren die Erwartung, dass sich das Drittgeschäft weiterentwickelt, dabei aber 20 Prozent am Gesamtumsatz nicht überschreitet.<sup>489</sup> Diese Entwicklung ist auch aus beschaffungsrechtlicher Sicht relevant. Die 80-Prozent-Grenze ist entscheidend für die

---

<sup>481</sup> BUNDESRAT, Governance, S. 8264.

<sup>482</sup> EFV, S. 19.

<sup>483</sup> EFV, S. 20.

<sup>484</sup> BUNDESRAT, Ziele MRO 2024–2027, Ziff. 3.1.

<sup>485</sup> BUNDESRAT, Ziele MRO 2024–2027, Ziff. 3.2.

<sup>486</sup> Organisationsverordnung für das Eidgenössische Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport vom 7. März 2003, SR 172.214.1.

<sup>487</sup> SÄGESSER, Art. 2, N 18.

<sup>488</sup> BUNDESRAT, Wettbewerb, S. 43 f.

<sup>489</sup> BUNDESRAT, Ziele MRO 2024–2027, Ziff. 5.2.

Möglichkeit von Quasi-Inhouse-Vergaben nach Art. 10 Abs. 3 lit. d BöB. Bei Quasi-Inhouse-Vergaben liegt zwar ein Vertrag zwischen zwei verschiedenen Rechtsträgern vor, diese sind aber wirtschaftlich identisch, weil die Auftraggeberin die Anbieterin beherrscht. In einer solchen Konstellation liegt dann keine dem Vergaberecht unterstellte Beschaffung vor, wenn die Leistungserbringerin wie eine eigene Dienststelle kontrolliert wird (Kontrollerfordernis) und – vereinfacht ausgedrückt – sie im Wesentlichen für die Auftraggeberin tätig ist (Tätigkeitserfordernis). Damit dies der Fall, ist wird von einem Umsatzanteil von 80 Prozent ausgegangen.<sup>490</sup> Inwiefern diese Entwicklung einen Einfluss hat für die Beurteilung, ob Dienstleistungen am Markt vorliegen, ist offen.

## 10 Abschliessende Bemerkungen

Die RUAG MRO AG ist heute als privatrechtliche AG organisiert. Die Entwicklungen auf der Tatsachenebene und die Veränderungen im Rechtsbereich haben dazu geführt, dass die Divergenz zwischen der ursprünglich gewählten Rechtsform in ihrer idealtypischen Ausprägung und dem aktuell bestehenden Rechtskleid immer grösser geworden ist. Ob heute überhaupt noch von einer privatrechtlichen AG gesprochen werden kann oder ob sich die Rechtsform in der Zwischenzeit quasi unter der Hand zu einer spezialgesetzlichen AG (*sui generis*) gewandelt hat, ist unsicher.

In jedem Fall lohnt es sich, die Frage der rechtlichen Grundlagen zu überprüfen. Dabei geht es allerdings nicht nur um rechtliche Problemstellungen. Im Vordergrund steht die Frage nach den Bedürfnissen im Zusammenhang mit der RUAG. Die sich verändernden sicherheitspolitischen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen stellen neue Anforderungen. Die Diskussion steht im Spannungsfeld zwischen politischer Gestaltung und Einflussnahme einerseits und der Autonomie des Unternehmens anderseits.

Als Wegweiser bei der Beantwortung der sich stellenden Fragen steht nach wie vor der Corporate-Governance-Bericht mit seinen mehrfach überarbeiteten Leitsätzen. Im vorliegenden Gutachten ist aufgezeigt worden, dass die Aufgabentypologie und die daraus abgeleiteten Leitsätze zuweilen etwas schematisch formuliert sind und bei unbesehener Anwendung der Komplexität der sich stellenden Probleme kaum gerecht werden. Immerhin sind im Rahmen des comply-or-explain-Ansatzes Abweichungen möglich, was die Rigidität des Konzepts ein wenig aufweicht. Diese Flexibilität sollte genutzt werden.

Aus Sicht des Gutachtens lässt sich ein Festhalten an der privatrechtlichen AG heute kaum mehr begründen. In Frage kommt zunächst der Wechsel zu einer spezialgesetzlichen AG, die dem Gesetzgeber den nötigen Spielraum gibt, um sachgerechte Lösungen zu entwickeln. Zu beachten ist jedoch, dass die körperschaftlich organisierte AG und ihr Recht eigentlich auf eine Mehrheit von Mitgliedern zugeschnitten sind. Gründet der Staat eine spezialgesetzliche AG, ohne Dritte daran zu beteiligen, bleiben die körperschaftlichen Strukturen faktisch unwirksam und die Gesellschaft nähert sich einer öffentlich-rechtlichen Anstalt an. Vor diesem Hintergrund wäre auch eine anstaltliche Lösung vorstellbar, die mit entsprechender Autonomie ausgestattet werden müsste. Dass bei der Ausgestaltung einer AG grosse Gestaltungsfreiraume offen stehen, ist aufgezeigt worden. Die Ausführungen haben gezeigt, dass die Anstalt und die spezialgesetzliche AG nicht so weit voneinander entfernt sind, wie das oft angenommen wird.

Zu berücksichtigen ist allenfalls, dass die Anstalt einigen etwas angestaubt und anachronistisch erscheinen mag<sup>491</sup> und als staatsnäher wahrgenommen wird als eine AG. In einem Wirtschaftsbereich, in dem es auf Innovation, Dynamik und Flexibilität ankommt,

<sup>490</sup> TUCHSCHMID, N 43 ff.; siehe im Detail LUDIN, S. 63 ff.

<sup>491</sup> VOGEL, Einheit, S. 275.

könnte das hinderlich sein. Sollte allenfalls später eine Beteiligung von Privaten ins Auge gefasst werden, wäre das bei einer AG einfacher zu realisieren als mit einer Anstalt. In jedem Fall muss die Lösung im Rahmen des rechtlich Machbaren politisch gefunden werden.

## Literatur

- Bertschinger, Urs, Suspendierung von Mitgliedern des Verwaltungsrates und der Revisionsstelle, in Rita Trigo Trindade/Rashid Bahar/Giulia Neri-Castracane (eds.), *Vers les sommets du droit. « Liber amicorum » pour Henry Peter*. Genève 2019, S.143 ff.
- Biaggini, Giovanni, Rechtsstaatliche Anforderungen an die Auslagerung und an den ausgelagerten Vollzug staatlicher Aufgaben sowie Rechtsschutz, in René Schaffhauer/Tomas Poledna, *Auslagerung und Privatisierung von staatlichen und kommunalen Einheiten: Rechtsformen und ihre Folgen*, St. Gallen 2002, S. 143 ff.
- Biaggini, Giovanni, *St. Galler Kommentar zu Art. 178 BV*, 4. Aufl., Zürich 2023, N 32 (zit. Art. 178)
- Böckli, Peter, *Corporate Governance: Der Staat in der Eigentümerrolle gegenüber seinen selbständigen Anstalten*, in Stephan Breitenmoser / Bernhard Ehrenzeller / Marco Sassoli / Walter Stoffel / Beatrice Wagner Pfeifer (Hrsg.), *Human Rights, Democracy and the Rule of Law, Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat, Droits de l'homme, démocratie et Etat de droit*, *Liber amicorum* Luzius Wildhaber, Basel 2007, S. 1141 ff. (zit. Governance)
- Böckli, Peter, Gutachten zu Handen des VBS zur Frage «Rechtliche Aspekte eines möglichen Börsengangs der RUAG Holding AG mit Mehrheitsbeteiligung der schweizerischen Eidgenossenschaft», Basel 2016 (zit. Gutachten)
- Böckli, Peter, *Schweizer Aktienrecht*, 5. Aufl., Zürich 2022 (zit. Aktienrecht)
- Böckli, Peter/Bühler, Christoph B., *Der Staat als faktisches Organ einer von ihm beherrschten privaten Aktiengesellschaft*, in Edgar Philippin/Philippe Gilliéron/Pierre-François Vulliemin/Jean-Tristan Michel (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur de François Dessemontet*, Lausanne 2009, S. 17 ff.
- Brehm, Sebastian, Diskussion zum Referat von Hans-Ueli Vogt, in Susanne Kalss/Holger Fleischer/Hans-Ueli Vogt (Hrsg.), *Der Staat als Aktionär*, Tübingen 2019, S. 21 ff.
- Bühler, Christoph B., *Eigenheiten der Corporate Governance von Aktiengesellschaften mit staatlicher Beteiligung*, SJZ 2011, S. 513 ff. (zit. Eigenheiten)
- Bühler, Christoph B., *Public Corporate Governance: Wie der Bund seine ausgegliederten Unternehmen steuert*, in Peter Jung/Frédéric Krauskopf/Conradin Cramer (Hrsg.), *Theorie und Praxis des Unternehmensrechts. FS zu Ehren von Lukas Handschin*, Zürich 2020, S. 75 ff. (zit. Governance)
- Bühler, Christoph B., *Spezialgesetzliche Aktiengesellschaften – Regelungsanliegen und -instrumente*, in Susanne Kalss/Holger Fleischer/Hans-Ueli Vogt (Hrsg.), *Der Staat als Aktionär*, Tübingen 2019, S. 195 ff. (zit. AG)
- Buob, Franziska, *Aktiengesellschaften mit staatlicher Beteiligung. Einflussmöglichkeiten und vermögensrechtliche Haftungsrisiken des Staates als Aktionär*, Zürich 2008
- de Weck, Hervé, «Rüstungsbetriebe», in Historisches Lexikon der Schweiz (HLS), Version vom 14.04.2011, Online: <https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/041663/2011-04-14/>, (letzter Zugriff: 26.8.2024)
- Druey, Jean Nicolas/Druey Just, Eva/Glanzmann, Lukas, *Gesellschafts- und Handelsrecht*, 12. Aufl., Zürich 2021
- Dubs, Dieter/Truffer, Roland, Art. 705, in BSK OR, 6. Aufl., Basel 2024 (zit. Art. 705)
- Dubs, Dieter/Truffer, Roland, Art. 698, in BSK OR, 6. Aufl., Basel 2024 (zit. Art. 698)
- Elser, Dominik, *Die privatisierte Erfüllung staatlicher Aufgaben*, Zürich 2020
- Föhse, Kathrin S., *Die rechtliche Ausgestaltung der nationalen Netzgesellschaft im Stromversorgungsgesetz (StromVG)*, Zürich 2014

- Forstmoser, Peter, Wer «A» sagt muss auch «B» sagen. Gedanken zur Privatisierungsdebatte, SJZ 2002, S. 193 ff. (zit. Privatisierung)
- Forstmoser, Peter, Wer «A» sagt muss auch «B» sagen. Gedanken zur Privatisierungsdebatte, Fortsetzung, SJZ 2002, S. 217 ff. (zit. Fortsetzung)
- Forstmoser, Peter/Jaag, Tobias, Der Staat als Aktionär. Haftungsrechtliche Risiken des Staates im Verwaltungsrat von Aktiengesellschaften, Zürich 2000
- Forstmoser, Peter/Küchler, Marcel, «Vertreter» im Verwaltungsrat und ihr Recht auf Weitergabe von Information, in Rolf Sethe et al. (Hrsg.), Kommunikation, Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Bern 2011, S. 35 ff.
- Freudiger, Patrick, Anstalt oder Aktiengesellschaft? Zur Bedeutung der Rechtsform bei Ausgliederungen, Bern 2016
- Fukuyama, Francis, The End of History and the Last Man, New York 2006
- Gericke, Dieter/Häusermann, Daniel/Waller, Stefan, Art. 758, in BSK OR, 6. Aufl., Basel 2024
- Graf, Martin, Art. 28, in ders./Andrea Caroni (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung. Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG), 2. Aufl., Basel 2024
- Gutzwiller, Roman S., Die Einflussmöglichkeiten des Staates auf die Strategie einer Aktiengesellschaft mit staatlicher Beteiligung, Zürich 2017
- Häfelin, Ulrich/Müller, Georg/Uhlmann, Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich 2020
- Hänni, Peter/Stöckli, Andreas, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 2013
- Hauser, Matthias, Formen ausgelagerter Handlungseinheiten, in René Schaffhauser/Tomas Poledna, Auslagerung und Privatisierung von staatlichen und kommunalen Einheiten: Rechtsformen und ihre Folgen, St. Gallen 2002, S. 27 ff.
- Hausheer, Heinz/Aebi-Müller, Regina E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl., Bern 2020
- Hinsen, Andreas, Die zeitliche und sachliche Wirkung des Déchargebeschlusses, GesKR 2014, S. 541 ff.
- Höchner, Claudia, Parlamentarische Oberaufsicht über öffentliche Unternehmen des Bundes. Analyse und Folgerungen im Kontext der Aufsicht und Steuerung durch den Bundesrat, Bern 2020
- Huber, Etienne, Autonomie von Agencies auf Bundesebene in der Schweiz, Bern 2012
- Hübner, Kurt, Rüstungsindustrie in der Hand des Bundes: Die 6 eidgenössischen Rüstungsbetriebe, ASMZ 1985, Beilage zu Heft 6
- Hug, Peter/Senn, Hans, «Rüstung», in Historisches Lexikon der Schweiz (HLS), Version vom 20.08.2013, Online: <https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/024624/2013-08-20/>, (letzter Zugriff: 26.8.2024)
- Kischel, Uwe, Systembindung des Gesetzgebers und Gleichheitssatz, AöR 1999, S. 174 ff.
- Knapp, Blaise, Rechtsgutachten vom 12. September 1994 über die Umwandlung des Bundesamtes für Rüstungsbetriebe, Vésenaz 1994 (zit. Gutachten 1)
- Knapp, Blaise, Rechtsgutachten vom 31. März 1995 über die Tätigkeit des BRBT in «angrenzenden Bereichen» insbesondere im Rahmen privatrechtlicher Aufträge, Vésenaz 1995 (zit. Gutachten 2)
- Lienhard, Andreas, Grundlagen der Public Corporate Governance, Jahrbuch SVVOR 2008, S. 43 ff. (zit. Grundlagen)
- Lienhard, Andreas, Organisation und Steuerung der ausgelagerten Aufgabenerfüllung, AJP 2002, S. 1163 ff. (zit. Organisation)

- Lienhard, Andreas/Mächler, August/Zielniewicz, Agata, *Öffentliches Finanzrecht*, Bern 2017
- Lienhard, Andreas/Rieder, Stefan/Sonderegger, Roger W./Ladner, Andreas/Höchner, Claudia/Ritz, Manuel/Roose, Zilla, *Beurteilung der Corporate Governance des Bundes anhand der Analyse von vier Unternehmen*, Bericht zuhanden der Eidg. Finanzverwaltung (EFV), Bern 2019
- Ludin, Martin, *Privilegierte Vergaben innerhalb der Staatssphäre. Eine Rechtsvergleichung von In-house-, Quasi-in-house- und In-state-Geschäften in der EU und der Schweiz*, Zürich 2019
- Mann, Thomas, *Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft. Zur Fortentwicklung des Rechtsformenspektrums für öffentliche Unternehmen*, Tübingen 2002
- Meier-Hayoz, Arthur/Forstmoser, Peter, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 13. Aufl., Bern 2023
- Müller, Georg/Vogel, Stefan, *Oberaufsicht der Bundesversammlung über verselbständigte Träger von Bundesaufgaben*, ZBI 2010, S. 649 ff.
- Müller, Markus, Art. 178, in BSK BV, Basel 2015 (zit. Art. 178)
- Müller, Markus, Art. 187, in BSK BV, Basel 2015 (zit. Art. 187)
- Müller, Markus/Friederich, Ueli, *Aufsicht und Oberaufsicht über «andere Träger öffentlicher Aufgaben» – Ausgewählte Fragen zur Beaufsichtigung staatlicher Aktiengesellschaften, am Beispiel des Kantons Bern*, Jahrbuch SVVOR 2020/2021, S. 69 ff.
- Odermatt, Luzian, Art. 178 Bundesverwaltung, Sophie deWeerts/Colette Rossat-Favre/Christine Guy-Ecabert/Anne Benoit/Alexandre Flückiger (Hrsg.), *Révision imaginaire de la Constitution fédérale. Mélanges en hommage au prof. Luzius Mader*, Basel 2018, S. 325 ff.
- Osterloh, Lerke, *Folgerichtigkeit. Verfassungsgerichtliche Rationalitätsanforderungen in der Demokratie*, in Michael Bäuerle/Philipp Dann/Astrid Wallrabenstein (Hrsg.), *Demokratie-Perspektiven*, FS für Brun-Otto Bryde zum 70. Geburtstag, Tübingen 2013, S. 429 ff.
- Payandeh, Mehrdad, *Das Gebot der Folgerichtigkeit: Rationalitätsgewinn oder Irrweg der Grundrechtsdogmatik?*, AÖR 2011, S. 578 ff.
- Poledna, Tomas, *Privatisierung von Abwasseranlagen – rechtliche Probleme und Lösungsansätze*, URP 1999, S. 570 ff.
- Reitze, Christophe, Art. 59, in BSK ZGB, 7. Aufl., Basel 2022
- Rhinow, René/Schmid, Gerhard/Biaggini, Giovanni/Uhlmann, Felix, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2. Aufl., Basel 2011
- Roth Pellanda, Katja, *Vertragsverhältnisse mit Verwaltungsräten*, GesKR 2012, S. 72 ff.
- Sägesser, Thomas, *Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz*, 2. Aufl., Bern 2022
- Schaub, Lukas, *Die Vereinbarkeit von Art. 763 OR mit der kantonalen Organisationsautonomie: eine kritische Betrachtung*, Jahrbuch SVVOR 2016/2017, S. 143 ff.
- Schröter, Nico, *Pfadabhängigkeit und Recht*, Tübingen 2024
- Stöckli, Andreas, *Behördenmitglieder in den obersten Führungs- und Aufsichtsgremien von öffentlichen Unternehmen*, Bern 2012
- Stöckli, Andreas/Joller, Elisabeth, *Verleihung der Rechtspersönlichkeit an den ETH-Bereich*, Jahrbuch SVVOR 2019/2020, S. 121 ff.
- Tschäni, Rudolf/Gaberthüel, Tino, Art. 751, in BSK OR, 6. Aufl., Basel 2024
- Tschannen, Pierre, *Privatisierung: Ende der Verfügung?*, in Wolfgang Wiegand (Hrsg.), *Rechtliche Probleme der Privatisierung*, Bern 1998, S. 209 ff. (zit. Verfügung)

- 
- Tschannen, Pierre, Systeme des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Bern 2008 (zit. Systeme)
- 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, Zürich 2012, S. 517 ff. (zit. Organigramm)
- Tschannen, Pierre/Müller, Markus/Kern, Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022
- Tschentscher, Axel/Lienhard, Andreas/Sprecher, Franziska, Öffentliches Recht, 2. Aufl., Zürich 2019
- Tuchschmid, Felix, Art. 10, in Hans Rudolf Trüeb, Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, N 43 ff
- Uhlmann, Felix, Kontrolle von und in öffentlichen Unternehmen des Bundes unter besonderer Berücksichtigung der Schweizerischen Post, Jahrbuch SVVOR 2018/2019, S. 89 ff.
- Vogel, Stefan, Der Staat als Marktteilnehmer, Zürich 2000 (zit. Staat)
- Vogel, Stefan, Die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft, ZBI 2003. S. 418 ff. (zit. AG)
- Vogel, Stefan, Einheit der Verwaltung – Verwaltungseinheiten, Zürich 2008 (zit. Einheit)
- Vogt, Hans-Ueli, Art. 680, in BSK OR, 6. Aufl., Basel 2024 (zit. Art. 680)
- Vogt, Hans-Ueli, Öffentlich-rechtliche Organisationsform vs. staatliche Beteiligung an einer Aktiengesellschaft, in Susanne Kalss/Holger Fleischer/Hans-Ueli Vogt (Hrsg.), Der Staat als Aktionär, Tübingen 2019, S. 1 ff. (zit. Organisationsform)
- von der Crone, Hans Caspar, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020
- Watter, Rolf/Roth Pellanda, Katja, Art. 717, in BSK OR, 6. Aufl., Basel 2024
- Wernli, Martin, Art. 707, in BSK OR, 6. Aufl., Basel 2024 (zit. Art. 707)
- Wernli, Martin, Art. 762, in BSK OR, 6. Aufl., Basel 2024 (zit. Art. 762)
- Zimmerli, Daniel, Art. 4, in Hans Rudolf Trüeb, Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020
- Zimmerli, Ulrich/Lienhard, Andreas, «Privatisierung» und parlamentarische Oberaufsicht, in Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Rechtliche Probleme der Privatisierung, Bern 1998, S. 167 ff.

## Amtliche Dokumente

- Bundesrat, Bericht des Bundesrates vom 12. Dezember 2008, Der Anhang zur Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung, (RVOV), VPB 2009.6 (zit. Anhang)
- Bundesrat, Bericht des Bundesrates zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben (Corporate-Governance-Bericht) vom 13. September 2006, BBI 2006 8233 (zit. Governance)
- Bundesrat, Bericht des Bundesrats vom 19. Dezember 2001 über das Führen mit Leistungsauftrag und Globalbudget – Evaluation und weiteres Vorgehen (Evaluationsbericht FLAG), BBI 2002 3535 (zit. Evaluationsbericht)
- Bundesrat, Botschaft über die Anpassung von Organisationsbestimmungen des Bundesrechts vom 5. Juni 2001, BBI 2001 3845
- Bundesrat, Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBI 1983 II 745 (zit. Botschaft BGRB)
- Bundesrat, Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBI 1997 I 1 ff. (zit. Botschaft BV)
- Bundesrat, Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Rüstungsunternehmen des Bundes (BGRB) vom 16. April 1997, BBI 1997 III 769 (zit. Botschaft BGRB)
- Bundesrat, Botschaft zu einem Postorganisationsgesetz und zu einem Telekommunikationsunternehmungsgesetz vom 10. Juni 1996, BBI 1996 III 1306 (zit. Botschaft TUG)
- Bundesrat, Botschaft zu einer Änderung des Bundesgesetzes über die Rüstungsunternehmen des Bundes (BGRB) vom 1. März 2000, BBI 2000 2259 (zit. BGRB 2000)
- Bundesrat, Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBI 2017 399
- Bundesrat, Eignerstrategie des Bundesrates für die verselbstständigten Einheiten des Bundes, Bericht des Bundesrates vom 26. Mai 2021 in Erfüllung des Postulates 18.4274 (zit. Eignerstrategie)
- Bundesrat, Kurzberichterstattung des Bundesrates über die Erfüllung der strategischen Ziele der verselbstständigten Einheiten des Bundes im Jahr 2022 (zit. Kurzberichterstattung 2022)
- Bundesrat, Staat und Wettbewerb. Auswirkungen staatlich beherrschter Unternehmen auf die Wettbewerbsmärkte, Bericht des Bundesrates vom 8. Dezember 2017 in Erfüllung der Postulate 12.4172 und 15.3880 (zit. Wettbewerb)
- Bundesrat, Stellungnahme des Bundesrates vom 19. Februar 2020 zum Bericht der GPK-N vom 19. November 2019, Bewältigung des Cyber-Angriffs auf die RUAG: Bewertung der Stellungnahme des Bundesrates vom 28. September 2018, BBI 2020 2565
- Bundesrat, Stellungnahme des Bundesrates vom 19. Mai 2010 zur Pa. Iv. Parlamentarisches Instrumentarium zu den strategischen Zielen der verselbstständigten Einheiten. Bericht der Finanzkommission des Nationalrates vom 29. März 2010, BBI 2010 3413 (zit. Pa. Iv.)
- Bundesrat, Stellungnahme des Bundesrates zum Bericht der GPK-N vom 8. Mai 2018, Standortbestimmung: Bewältigung des Cyber-Angriffs auf die RUAG Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates vom 8. Mai 2018, BBI 2018 6389 (zit. Stellungnahme Cyber)
- Bundesrat, Strategische Ziele des Bundesrates für die RUAG International Holding AG für die Jahre 2024–2027 vom 29. November 2023, BBI 2023 2715 (zit. Ziele International 2024–2027)

---

Bundesrat, Strategische Ziele des Bundesrates für die RUAG MRO Holding AG für die Jahre 2024–2027 vom 29. November 2023, BBI 2023 2874 (zit. Ziele MRO 2024–2027)

Bundesrat, Zusatzbericht des Bundesrates vom 25. März 2009 zum Corporate-Governance-Bericht – Umsetzung der Beratungsergebnisse des Nationalrats, BBI 2009 2659 (zit. Zusatzbericht)

EFV, Erläuternder Bericht der EFV zum Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates vom 13. September 2006

FK-N, Pa. Iv. Parlamentarisches Instrumentarium zu den strategischen Zielen der ver-selbstständigten Einheiten. Bericht der Finanzkommission des Nationalrates vom 29. März 2010, BBI 2010 3377

GPK-N, Bericht der GPK-N vom 19. November 2019, Bewältigung des Cyber-Angriffs auf die RUAG: Bewertung der Stellungnahme des Bundesrates vom 28. September 2018, BBI 2020 2549 (zit. Cyber)

GPK-N, Bericht der GPK-N vom 8. Mai 2012, Praxis des Bundes bei der Steuerung von Post, SBB und Swisscom, BBI 2012 8545

GPK-N, Bericht der GPK-N vom 8. Mai 2018, Standortbestimmung: Bewältigung des Cyber-Angriffs auf die RUAG Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates vom 8. Mai 2018, BBI 2018 4575 (zit. Standortbestimmung)