Vortrag

Datum RR-Sitzung:	24. April 2024
Direktion:	Bau- und Verkehrsdirektion
Geschäftsnummer:	2021.BVD.8986
Klassifizierung:	Nicht klassifiziert

Gesetz über die Beteiligung des Kantons an der BLS AG und an der BLS Netz AG (BLSG)

Inhaltsverzeichnis

1. Zusammenfassung ... 2

2. Ausgangslage ... 2
2.1 BLS AG und BLS Netz AG ... 2
2.2 Schaffung einer gesetzlichen Grundlage ... 3
2.2.1 Politischer Vorstoss und Empfehlung der GPK ... 4
2.2.2 Verfassungsauftrag ... 4
2.3 Die Rolle des Kantons in der BLS AG und in der BLS Netz AG ... 5
2.3.1 Der Kanton als Anteilseigner ... 5
2.3.2 Der Kanton als Besteller ... 6
2.3.3 Doppelrolle des Kantons als Anteilseigner und Besteller ... 6
2.3.4 Urteil des Verwaltungsgerichts in Sachen BLS AG und Finanzkontrolle ... 7
2.4 Rolle des Bundes in der BLS AG und in der BLS Netz AG ... 8
2.5 Einflussmöglichkeiten und Aufsichtsrecht des Kantons ... 8
2.5.1 Als Anteilseigner ... 8
2.5.2 Als Besteller ... 9
2.6 Kantonsinteressen und Gesellschaftsinteressen ... 10

3. Grundzüge der Neuregelung ... 11
3.1 Art und Umfang der Beteiligung ... 11
3.2 Beteiligungszweck ... 12
3.3 Ausübung der Rechte ... 12

4. Erlassform ... 13

5. Rechtsvergleich ... 13

6. Umsetzung, geplante Evaluation des Vollzugs ... 14

7. Erläuterungen zu den Artikeln ... 14

8. Verhältnis zu den Richtlinien der Regierungspolitik (Rechtsetzungsprogramm) und anderen wichtigen Planungen ... 20

9. Finanzielle Auswirkungen ... 20

10. Personelle und organisatorische Auswirkungen ... 20

11. Auswirkungen auf die Gemeinden ... 20

12. Auswirkungen auf die Volkswirtschaft ... 20

13. Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens ... 20
13.1 Regelungsgegenstand ... 21

13.2 Zweck der Beteiligung 21
13.3 Umfang der Beteiligung an der BLS AG 22
13.4 Unternehmensstrategie und Geschäftsleitungsentscheide 23
13.5 Governance durch den Kanton 24
13.6 Aufsicht und Oberaufsicht 24

14. Antrag 26

1. Zusammenfassung

Gemäss der Kantonsverfassung sind Art und Umfang von bedeutenden kantonalen Beteiligungen in einem Gesetz zu regeln. Für die Beteiligungen des Kantons an der BLS AG und an der BLS Netz AG liegt bisher noch keine gesetzliche Grundlage vor, obwohl der Regierungsrat diese Beteiligungen in der Public Corporate Governance-Richtlinie zu den bedeutsamsten Kantonsbeteiligungen zählt. Nach dem Bekanntwerden von Unregelmässigkeiten bei von der BLS AG bezogenen Abgeltungen hat die Geschäftsprüfungskommission des Grossen Rates (GPK) in ihrem Untersuchungsbericht unter anderem den Erlass einer gesetzlichen Grundlage für die Kantonsbeteiligungen an der BLS AG und deren Tochtergesellschaften empfohlen.

Die BLS AG übt als Konzernoberhaupt die einheitliche Leitung des BLS-Konzerns aus. Der Kanton hält Aktienanteile an der BLS AG und an der BLS Netz AG. Die Vorlage schafft für die bereits bestehenden Beteiligungen eine transparente Grundlage. Nebst Art und Umfang der Beteiligungen wird auch der Zweck, den der Kanton mit diesen Beteiligungen verfolgt, im Gesetz festgelegt. Auch die im Fokus der GPK stehenden Themen der Rollen- bzw. Interessenkonflikte sowie der Aufsicht werden aufgegriffen. Der Regierungsrat wird verpflichtet, diesen Problemfeldern mit geeigneten Instrumenten (Eignerstrategie, Konzept für die Eigneraufsicht und die Berichterstattung) zu begegnen. Die Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kanton bei der Aufsicht im regionalen Personenverkehr kann nicht im kantonalen Recht geregelt werden, da dies Sache des Bundes ist. Auf Bundesebene sind diesbezügliche Bestrebungen im Gang.

2. Ausgangslage

2.1 BLS AG und BLS Netz AG

Die BLS AG ist ein Transportunternehmen mit Sitz in Bern. Sie leitet den BLS-Konzern, deren Unternehmungen in den Bereichen der Personenmobilität, der Eisenbahn-Infrastruktur und des Güterverkehrs tätig sind. Die BLS AG erbringt selber Personentransportleistungen (einschliesslich Autoverlad) vorwiegend im Regionalverkehr. Sie kontrolliert die Tochtergesellschaften, abgesehen von der BLS Netz AG, als Allein- oder Mehrheitsaktionärin. Kerngeschäft des BLS-Konzerns sind aus Sicht des Kantons die durch die öffentliche Hand abgegoltenen Leistungen im regionalen Personenverkehr auf Schiene und Strasse sowie im Bereich der vom Bund finanzierten Bahninfrastruktur.

Der Kanton Bern ist an der BLS AG mit einem Kapital- und Stimmenanteil von 55,75 Prozent beteiligt. Ein weiterer Grossaktionär ist der Bund mit einem Anteil von 21,70 Prozent. Ferner sind andere Kantone und Gemeinden an der BLS AG beteiligt, zudem auch Private; die Aktien der BLS AG werden ausserbörslich gehandelt. Die Statuten der BLS AG räumen dem Kanton Bern das Recht ein, ein Mitglied des Verwaltungsrats zu bestimmen. Auch der Bund und der Kanton Wallis haben besondere Rechte im Hinblick auf die Zusammensetzung des Verwaltungsrats.

Die BLS AG leitet den BLS-Konzern (vgl. Abb. 1), indem sie ihre Tochtergesellschaften mit Mehrheitsbeteiligungen kontrolliert (BLS Cargo AG 52 Prozent, BLS Immobilien AG 100 Prozent, BLS Schifffahrt AG 100 Prozent, Busland AG 90,1 Prozent, BLS Fernverkehr AG 100 Prozent). Auch die BLS Netz AG ist in den BLS-Konzern integriert. Sie stellt insofern einen Sonderfall dar, als die BLS AG an der BLS Netz AG lediglich einen Minderheitsanteil (Sperrminorität) von 33,4 Prozent hält. Der Kanton Bern hält selber einen Anteil von 16,5 Prozent an der BLS Netz AG. Die Mehrheitsbeteiligung an der BLS Netz AG hält der Bund mit 50,05 Prozent. Die restlichen 0,05 Prozent gehören der SBB. Die BLS Netz AG unterhält die Bahninfrastruktur, d.h. das Schienennetz mit den Bahnhöfen, darunter insbesondere auch die Strecke zwischen Frutigen und Brig durch den Lötschberg-Basistunnel.

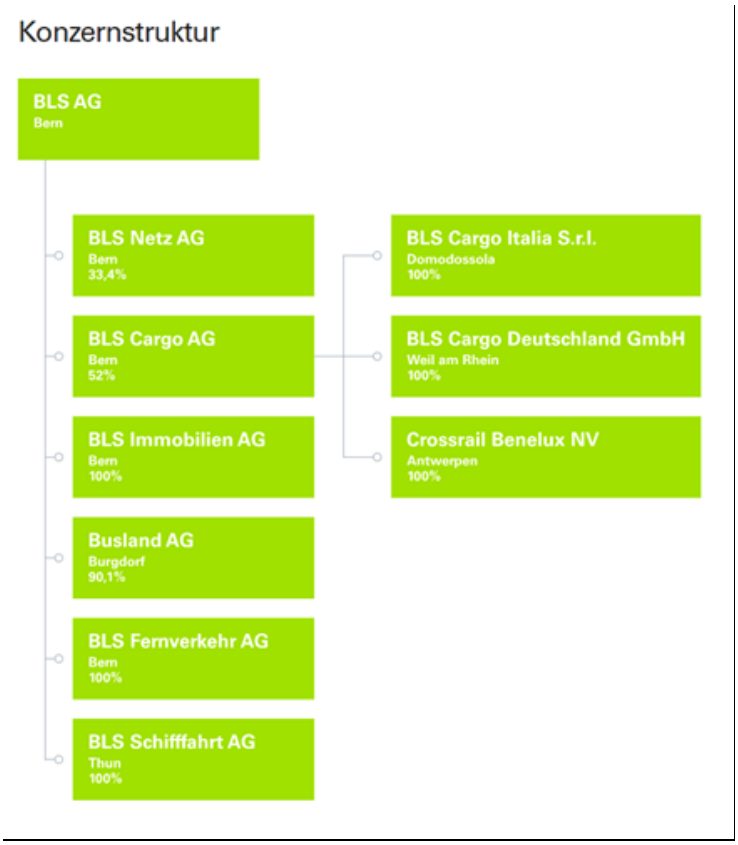

Abb. 1: Konzernstruktur der BLS. Quelle: Geschäftsbericht 2021 der BLS AG

2.2 Schaffung einer gesetzlichen Grundlage

Die Beteiligung des Kantons Bern an der BLS AG und der BLS Netz AG ist bis anhin nicht in einer besonderen gesetzlichen Grundlage geregelt. Im Gesetz über den öffentlichen Verkehr wird der Kanton in allgemeiner Form dazu ermächtigt, sich an Transportunternehmungen zu beteiligen oder seine Leistungen davon abhängig zu machen, dass er Einsitz und Stimme in ihren leitenden Organen erhält.[1] Diese gesetzliche Grundlage betrifft aber nur die Beteiligung an sich. Der Umfang einer Beteiligung, die damit verfolgten Ziele und die Art, wie der Kanton diese Ziele anstreben will, können je nach Beteiligung variieren und müssen individuell bestimmt werden.

[1] Art. 2 Gesetz über den öffentlichen Verkehr vom 16. September 1993 (BSG 762.4)

2.2.1 Politischer Vorstoss und Empfehlung der GPK

Im Jahr 2018 verlangte der Vorstoss Wüthrich (Mo 101-2018) die Schaffung eines BLS-Beteiligungsgesetzes. Der Regierungsrat empfahl damals einen vorläufigen Verzicht auf die Ausarbeitung einer Gesetzesvorlage. Er wollte die Ausarbeitung eines BLS-Beteiligungsgesetzes entsprechend der weiteren Entwicklung in der Eisenbahnlandschaft zu einem späteren Zeitpunkt wieder prüfen. Der Grosse Rat folgte in der Novembersession 2018 dem Antrag des Regierungsrates, den Vorstoss als Postulat zu überweisen, und schrieb diesen ab.

Nachdem die BLS AG im abgeltungsberechtigten Personenverkehr in erheblichem Umfang Rückzahlungen für zu viel bezogene Abgeltungen von Bund und Kanton leisten musste, bestimmte die Geschäftsprüfungskommission des Grossen Rates (GPK) die BLS AG als Prüfgegenstand im Rahmen ihres Konzepts «Ausübung der Oberaufsicht über andere Träger öffentlicher Aufgaben». In ihrem Bericht vom 12. August 2021 (2019.PARL.242-87) empfahl sie insbesondere auch die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für die Beteiligung des Kantons an der BLS AG. Namentlich seien folgende Punkte im Gesetz zu regeln: Die spezifische staatliche Aufgabe, die der Kanton mit seiner Beteiligung an der BLS AG und an deren Tochterunternehmen wahrnehmen will; die Vorkehrungen zur Vermeidung von Interessen- und Zielkonflikten; die Mitwirkungspflicht der BLS AG und ihrer Tochterunternehmen bei Prüfungen durch kantonale Aufsichtsorgane; die Aufsicht durch den Regierungsrat und die Mitwirkung des Grossen Rates, einschliesslich Eckwerte und Instrumente zur Wahrnehmung der Eigner-Aufsicht gegenüber der BLS AG und ihren Tochterunternehmen.

2.2.2 Verfassungsauftrag

Die Kantonsverfassung verlangt, dass Art und Umfang von bedeutenden kantonalen Beteiligungen in einem Gesetz zu regeln sind (Art. 95 Abs. 2 Bst. c KV[2]). Ebenfalls gesetzlich zu regeln sind Art und Umfang der Übertragung einer öffentlichen Aufgabe, sofern diese eine bedeutende Leistung zum Gegenstand hat oder zur Einschränkung von Grundrechten oder zur Erhebung von Abgaben ermächtigt (Art. 95 Abs. 2 Bst. d KV).

Der Regierungsrat hat in seinen sogenannten Public Corporate Governance-Richtlinien (PCG-Richtlinien)[3] die Träger öffentlicher Aufgaben bzw. Unternehmen mit Kantonsbeteiligung in ein Dreikreisemodell eingeteilt. Entscheidend für die Einteilung sind die Grösse (Bilanzsumme, Umsatzerlös, Vollzeitstellen), der Beteiligungsanteil des Kantons, die finanziellen Erträge, die Beiträge des Kantons, die Bedeutung für den Kanton und das Risiko für den Kanton. Die Intensität der Führung, Steuerung und Aufsicht wird auf die einzelnen Kreise abgestimmt. Die bedeutsamsten Beteiligungen sind im Kreis 1 eingeteilt. Für diese besteht in aller Regel eine spezialgesetzliche Grundlage. Dies gilt etwa für die Berner Kantonalbank BEKB AG, die Bedag Informatik AG, die BKW AG und die Universität Bern.

Auch die BLS AG ist einschliesslich der BLS Netz AG im Kreis 1 eingeteilt. Diese Beteiligungen sind für den Kanton gleich bedeutsam wie die anderen Unternehmungen im Kreis 1. An der BLS Netz AG ist der Kanton zwar nur mit einem Minderheitsanteil direkt beteiligt. Er kann aber als Mehrheitsaktionär der BLS AG, die den BLS-Konzern leitet, auch auf die BLS Netz AG erheblichen Einfluss ausüben. Zudem ist die von der BLS Netz AG unterhaltene Bahninfrastruktur bedeutsam für die Verwirklichung der Ziele, die der Kanton mit seiner Beteiligung an der BLS AG anstrebt. Entsprechend dem Verfassungsauftrag sind daher Art und Umfang der jeweiligen Beteiligung des Kantons an der BLS AG und an der BLS Netz AG im Gesetz festzulegen.

[2] Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV; BSG 101.1)
[3] Aktuelle Version vom 18. Mai 2022, in Kraft seit 1. Juli 2022

Die Vorlage orientiert sich dabei an den bestehenden Verhältnissen, denn sie hat nicht zum Ziel, diese zu verändern. Vielmehr soll sie die bestehenden Beteiligungen des Kantons an der BLS AG und an der BLS Netz AG auf das nötige gesetzliche Fundament stellen und gleichzeitig Transparenz über die Ausübung der Beteiligungsrechte schaffen.

2.3 Die Rolle des Kantons in der BLS AG und in der BLS Netz AG

2.3.1 Der Kanton als Anteilseigner

Dem Kanton gehört ein Aktienanteil von 55,75 Prozent an der BLS AG. Als Eigner dieses Aktienanteils («Anteilseigner», manchmal auch kurz als «Eigner» bezeichnet) hat der Kanton gegenüber der BLS AG Aktionärsrechte. Er übt seine Rechte, auch die Eigneraufsicht, mit den dafür im Aktienrecht vorgesehenen Instrumenten aus. Entsprechendes gilt auch im Verhältnis zur BLS Netz AG, an welcher der Kanton direkt und indirekt (via die BLS AG) beteiligt ist.

Zu den Aktionärsrechten gehört zunächst das Stimmrecht an der Generalversammlung, also das Recht, über Beschlüsse wie Wahlen in den Verwaltungsrat, Décharge o.ä. mitzubestimmen. Ferner hat der Kanton als Aktionär einen Anspruch auf Auskunftserteilung, der allerdings auf Informationen beschränkt ist, die für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich sind. Mehrheitsaktionäre haben die selben Rechte wie die übrigen Aktionäre. Ihre Stimme hat aber bei Beschlüssen der Generalversammlung mehr Gewicht. Viele Beschlüsse werden mit einfacher Mehrheit gefasst und können somit vom Mehrheitsaktionär entschieden werden. Aufgrund dessen pflegt die Unternehmensleitung oft einen engen Kontakt mit dem Mehrheitsaktionär. Dabei ist der Verwaltungsrat aber verpflichtet, die Aktionäre «unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln» (Art. 717 Abs. 2 OR[4]).

Die aktienrechtlichen Vorschriften erlauben, dass dem Kanton gegenüber der Aktiengesellschaft insofern ein Sondervorteil eingeräumt wird, als er in den Gesellschaftsstatuten berechtigt wird, Vertreter in den Verwaltungsrat abzuordnen, wenn ein öffentliches Interesse an der Gesellschaft besteht.[5] Die Statuten der BLS AG und der BLS Netz AG räumen dem Kanton Bern ein solches Abordnungsrecht ein. Gestützt darauf kann der Kanton eine Kantonsvertreterin bzw. einen Kantonsvertreter in den Verwaltungsrat beider Gesellschaften entsenden. Er handhabt dies so, dass die selbe Person in beide Verwaltungsräte abgeordnet wird. Der Kanton entscheidet ohne Mitwirkung der übrigen Aktionäre über die Abordnung und Abberufung dieses Verwaltungsratsmitglieds. In dieser Hinsicht hat der Kanton ein Sonderrecht, das gewöhnlichen Aktionären nicht zusteht. Die Art und Weise der Ausübung dieses Rechts kann durch das kantonale Recht geregelt werden. Der Kanton hat diesbezüglich in der Verordnung über die Kantonsvertreterinnen und Kantonsvertreter vom 24. August 1994[6] allgemeine Regeln über die Amtsdauer und die Amtsausübung aufgestellt. Diese sehen vor, dass die Kantonsvertreterinnen und Kantonsvertreter im Verwaltungsrat die Interessen des Kantons wahren und dafür bei besonders wichtigen Geschäften Instruktionen der zuständigen Direktion (im Falle der BLS AG und der BLS Netz AG ist dies die Bau- und Verkehrsdirektion BVD) einholen. Ausserdem sollen sie die zuständige Direktion bei festgestellten Mängeln und wichtigen Ereignissen informieren; in Fragen der Finanzaufsicht wenden sie sich direkt an die Finanzkontrolle. Der Regierungsrat kann weitere Weisungen über die Ausübung des Abordnungsrechts und die Amtsausübung durch abgeordnete Verwaltungsratsmitglieder (Kantonsvertreterinnen und –vertreter) erlassen. Er hat dazu in den PCG-Richtlinien nähere Regelungen getroffen. Nach diesen auferlegt sich der Kanton eine gewisse Zurückhaltung bei der Interessenvertretung durch abgeordnete Mitglieder in Verwaltungsräten. Die Interessenvertretung wird im Grundsatz nicht (mehr) durch Mitglieder des Regierungsrates ausgeübt. Der Regierungsrat hat für die Kantonsvertreterin oder den Kantonsvertreter im

[4] SR 220
[5] Art. 762 Abs. 1 OR
[6] BSG 153.15

Verwaltungsrat der BLS AG ein Anforderungsprofil festgelegt, das die für diese Funktion nötigen fachlichen und persönlichen Kompetenzen umschreibt. Die nach diesen Kriterien bestimmte Person wird als Kantonsvertreterin bzw. Kantonsvertreter in die Verwaltungsräte der BLS AG und der BLS Netz AG abgeordnet.

2.3.2 Der Kanton als Besteller

Nach Artikel 81a der Bundesverfassung (BV[7]) sorgen Bund und Kantone für ein ausreichendes Angebot an öffentlichem Verkehr auf Schiene, Strasse, Wasser und mit Seilbahnen in allen Landesgegenden. Dafür werden die für ein ausreichendes Angebot an öffentlichem Verkehr nötigen Transportleistungen bei den dafür konzessionierten Transportunternehmen bestellt.

Angebote des regionalen Personenverkehrs (RPV) werden von Bund und Kantonen gemeinsam bestellt. Bei der BLS AG bestellen der Bund und verschiedene Kantone, darunter der Kanton Bern, Bahnleistungen im Regionalverkehr. Auch bei der BLS-Tochter Busland AG bestellt der Kanton gemeinsam mit dem Bund Leistungen des Regionalverkehrs; im Ortsverkehr tritt er als alleiniger Besteller auf. Die Verkehrsangebote werden in einem sogenannten «Bestellverfahren» vereinbart und abgegolten. Der Kanton Bern nimmt daher gegenüber der BLS AG auch die Rolle eines «Bestellers» ein. Dies im Unterschied zur BLS Netz AG, deren Infrastrukturleistungen allein vom Bund bestellt werden.

Die Bestellerfunktion umfasst Einflussmöglichkeiten beim Aushandeln der im Bestellprozess abzuschliessenden Angebotsvereinbarungen. Diese werden im Kanton Bern vom Amt für öffentlichen Verkehr und Verkehrskoordination (AÖV) in Koordination mit den Mitbestellern (Bund und gegebenenfalls Nachbarkantone) ausgehandelt. Für das bestellte Angebot an Transportleistungen werden Abgeltungen entrichtet, welche die Differenz zwischen den Kosten für das Bereitstellen des bestellten Leistungsangebots und den Einnahmen abdecken sollen. Die Abgeltungen werden jeweils im Voraus auf Basis von Planrechnungen (Offerten) abschliessend festgelegt.

Mit der Bestellung von ÖV-Transportleistungen wird die öffentliche Aufgabe, dieses Angebot im öffentlichen Verkehr bereitzustellen, an das Transportunternehmen übertragen. Das Transportunternehmen wird insoweit zu einem Träger öffentlicher Aufgaben. Das Verhältnis zwischen dem Besteller bzw. (bei gemeinsamen Bestellungen von Bund und Kanton) den Bestellern und dem Träger dieser öffentlichen Aufgabe wird im Wesentlichen durch die bundesrechtlichen Vorgaben zum Bestellprozess sowie den Leistungsauftrag vorgegeben.

2.3.3 Doppelrolle des Kantons als Anteilseigner und Besteller

Der Kanton nimmt gegenüber der BLS eine Doppelrolle ein. Einerseits ist er Mehrheitsaktionär der BLS AG, andererseits ist er zusammen mit dem Bund der wichtigste Besteller von Verkehrsleistungen. Als (Mit-)Besteller abgeltungsberechtigter Leistungen hat der Kanton ein Interesse daran, dass die vereinbarten Transportleistungen möglichst wirtschaftlich erbracht werden und die ungedeckten Kosten und damit die Abgeltungen möglichst tief gehalten werden können. Als Anteilseigner der BLS AG ist er demgegenüber daran interessiert, dass das Unternehmen gut wirtschaftet und die Abgeltungen der öffentlichen Hand ausreichend sind. Das heisst, innerhalb des Kantons bestehen bezüglich der Bestellung von Verkehrsleistungen bei der BLS verschiedene, einander teils widersprechende Interessen. Dieser Rollenkonflikt ergibt sich aus der Doppelfunktion des Kantons im Verhältnis zur BLS AG. Die Kantonsverfassung sieht explizit vor, dass sich der Kanton an Trägern öffentlicher Aufgaben auch selber beteiligen und damit eine solche Doppelrolle einnehmen kann. Auch das Gesetz über den öffentlichen Verkehr sieht in

[7] Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)

Artikel 2 Absatz 3 vor, dass der Kanton gegenüber Transportunternehmungen eine Doppelrolle als Besteller und Eigner einnehmen und beide Funktionen auch miteinander verknüpfen kann, da beide Rollen als Mittel zum selben verkehrspolitischen Zweck gelten. Der Rollenkonflikt des Kantons bei der BLS AG ist somit systembedingt und lässt sich nicht vollständig auflösen. Der Kanton hat daher organisatorische Massnahmen ergriffen, um das Konfliktpotenzial zu mildern. Die beiden Rollen als Anteilseigner und als Besteller sind innerhalb der BVD klar getrennt: Das Generalsekretariat nimmt die Eignervertretung wahr, das AÖV übt die Bestellerfunktion aus. Mit der Kantonsvertretung im Verwaltungsrat ist eine externe, unabhängige Person betraut, die durch das Generalsekretariat instruiert wird. Der Kanton trägt mit dieser organisatorischen Massnahme der bundesrechtlichen Vorgabe Rechnung, wonach im abgeltungsberechtigten Personenverkehr keine Personen im Verwaltungsrat Einsitz haben dürfen, die direkt am Bestellvorgang beteiligt oder in einer am Bestellprozess beteiligten Verwaltungseinheit tätig sind. Eine gewisse Nähe verbleibt, zumal die beiden Rollen von derselben Direktion wahrgenommen werden. Die Rollen werden aber klar getrennt, indem das Generalsekretariat die mit seiner Beteiligung verfolgte Strategie und das Konzept für die Eigneraufsicht in vom Regierungsrat genehmigten und somit verbindlichen Dokumenten festhält. Auf der Bestellerseite sorgen die bundesrechtlichen Vorgaben für klare Vorgaben für das dafür zuständige AÖV. Das Generalsekretariat ist im Bestellprozess nicht involviert.

2.3.4 Urteil des Verwaltungsgerichts in Sachen BLS AG und Finanzkontrolle

Im Zusammenhang mit der Affäre um zu viel bezogene Abgeltungen verlangte die Finanzkontrolle des Kantons Bern von der BLS AG Einsicht in Geschäftsunterlagen. Es ging dabei um die Kontrolle von Abgeltungen für den regionalen Personenverkehr, die der BLS AG von der öffentlichen Hand entrichtet wurden. Gestützt auf das Kantonale Finanzkontrollgesetz bestätigte das Verwaltungsgericht mit Urteil 2020/196 vom 25. Januar 2023 das Auskunfts- und Einsichtsbegehren der Finanzkontrolle gegenüber der BLS AG.

Das Urteil des Verwaltungsgerichts befasst sich also mit dem Recht der Finanzkontrolle gegenüber der BLS AG auf Auskunft und Einsicht in Geschäftsunterlagen im Zusammenhang mit der Ausrichtung kantonaler Leistungen (Abgeltungen). Das Verwaltungsgericht behandelt auch das Verhältnis dieses subventionsrechtlichen Auskunfts- und Einsichtsrechts zu den Einflussmöglichkeiten und Auskunftsrechten, die der Kanton gestützt auf die Beteiligung an der BLS AG hat: In den Erwägungen 5.3 und 5.4 des Urteils legt das Verwaltungsgericht dar, dass die auf die Kantonsbeteiligung an der BLS AG gestützten Rechte nach anderen Regeln zu beurteilen sind als die Auskunftsansprüche der Finanzkontrolle bezüglich Abgeltungen. In seiner Rolle als Aktionär sei der Kanton an die privatrechtliche Organisations- und Zuständigkeitsordnung gemäss Artikel 620 ff. OR gebunden. Nach wohl herrschender Lehre dürfe sich der Kanton keine «Sonderrechte» bzw. im Aktienrecht nicht vorgesehene Steuerungsinstrumente vorbehalten. Stattdessen habe er als Aktionär die Aufsicht primär über das Stimmrecht an der Generalversammlung und gegebenenfalls über ein abgeordnetes Verwaltungsratsmitglied auszuüben. Soweit hingegen nicht die Beteiligung des Kantons an der BLS AG, sondern die Ausrichtung von Staatsbeiträgen oder anderen kantonalen Leistungen Gegenstand der Aufsicht bilde, könne das öffentliche Recht den Leistungsempfängern spezielle Mitwirkungs- und Auskunftspflichten auferlegen.

Das Gesetz über die Beteiligung des Kantons Bern an der BLS AG und an der BLS Netz AG betrifft, wie sein Titel besagt, den Aspekt der Beteiligung als Aktionär und abordnungsberechtigtes Gemeinwesen. Gemäss dem Urteil des Verwaltungsgerichts ist diesbezüglich die im Aktienrecht festgelegte Organisations- und Zuständigkeitsordnung verbindlich und kann nicht um «Sonderrechte» des Kantons ergänzt werden.

2.4 Rolle des Bundes in der BLS AG und in der BLS Netz AG

Der Bund verfügt in den Bereichen der Eisenbahninfrastruktur und der regelmässigen und gewerbsmässigen Personenbeförderung u.a. auf Eisenbahnen, auf der Strasse und auf dem Wasser über ein gesetzliches Monopol. Er erteilt Konzessionen an Eisenbahn- und andere Transportunternehmen. Ferner schliesst er Leistungsvereinbarungen über Infrastrukturleistungen ab, tritt also gegenüber der BLS Netz AG als Besteller auf. Zudem bestellt der Bund gemeinsam mit dem Kanton Leistungen im Bereich des abgeltungsberechtigten Personenverkehrs bei der BLS AG und der BLS-Tochter Busland AG.

Als Konzessionsgeber und Besteller von Transport- bzw. Infrastrukturleistungen befindet sich der Bund gegenüber der BLS AG und der BLS Netz AG in einer einflussreichen Position. Hinzu kommt, dass er an der BLS AG einen Minderheitsanteil und an der BLS Netz AG sogar einen Mehrheitsanteil hält, die ihm die entsprechenden Aktionärsrechte (Stimmrecht an der GV, Auskunftsrecht etc.) verschaffen. Zudem räumen ihm die Statuten sowohl der BLS AG als auch der BLS Netz AG ein Recht auf Abordnung von Verwaltungsratsmitgliedern ein.

Obwohl der Bund Mehrheitsaktionär der BLS Netz AG ist und damit einen bestimmenden Einfluss auf die meisten GV-Entscheidungen ausüben kann, ist die BLS Netz AG in den BLS-Konzern integriert und steht unter der einheitlichen Leitung durch die BLS AG. Dies ist möglich, weil der Bund die einheitliche Leitung durch die BLS AG akzeptiert. Die Integration des Infrastrukturbereichs ist sinnvoll und auch bei den anderen schweizerischen Transportunternehmungen üblich.

2.5 Einflussmöglichkeiten und Aufsichtsrecht des Kantons

2.5.1 Als Anteilseigner

Wenn dem Kanton im Verhältnis zur BLS AG eine Rolle als «Eigner» zugeschrieben wird, darf dies nicht als absolutes Beherrschungsrecht im Sinne des sachenrechtlichen Eigentums missverstanden werden. Dem Kanton gehört nicht die BLS AG, sondern ein Aktienanteil an der BLS AG. Dieser berechtigt ihn im entsprechenden Umfang und unter Beachtung der Vorschriften des Aktienrechts zur Wahrnehmung der Aktionärsrechte gegenüber der BLS AG. Seine Beteiligung an der BLS AG gibt dem Kanton nicht das Recht, die BLS AG beliebig zu «steuern» und ihr bzw. ihren Organen Befehle zu erteilen. Vielmehr übt er seine Rechte, auch die Eigneraufsicht, mit den dafür im Aktienrecht vorgesehenen Instrumenten aus (vgl. die Erläuterungen zu den Artikeln 6, 7 und 8). Entsprechendes gilt auch im Verhältnis zur BLS Netz AG, an welcher der Kanton direkt und indirekt beteiligt ist.

Seine Aktionärsstellung und sein Stimmenanteil verschaffen dem Kanton die im Aktienrecht vorgesehenen Einflussmöglichkeiten, das heisst die Rechte, die einem Aktionär gegenüber einer Aktiengesellschaft zustehen. Die BLS AG und die BLS Netz AG wurden als Aktiengesellschaften nach Artikel 620 ff. OR gegründet. Dies unterscheidet die BLS AG und die BLS Netz AG organisatorisch von spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften wie beispielsweise der Schweizerischen Post oder der SBB oder einigen schweizerischen Kantonalbanken (nicht der BEKB), die durch öffentliches Recht des Bundes bzw. der Kantone geregelt sind. Im Gegensatz zu diesen liegt der BLS AG und der BLS Netz AG kein Gründungserlass des öffentlichen Rechts zugrunde. Die Einflussmöglichkeiten des kantonalen Gesetzgebers sind durch das Bundesprivatrecht stark eingeschränkt. Die Stellung des Kantons als Aktionär der BLS AG und der BLS Netz AG wird durch die aktienrechtlichen Bestimmungen des Bundes geregelt. Da der Bund im Bereich des Privatrechts über eine ausschliessliche Rechtsetzungskompetenz verfügt (Art. 122 Abs. 1 BV), können darüber keine abweichenden oder ergänzenden kantonalrechtlichen Regelungen getroffen werden.

Es wäre demnach falsch, das BLSG als «Gründungserlass» oder «Organisationserlass» zu verstehen. Gründung und Organisation privatrechtlicher Aktiengesellschaften sind durch das Aktienrecht des Bundes geregelt. Die Gründung erfolgt mittels Vertrag. Die Organisation richtet sich nach dem Gründungsvertrag, den Statuten und den aktienrechtlichen Vorschriften des Bundes. Es besteht insoweit kein Raum für kantonale Erlasse. Im BLSG ist dementsprechend nicht zu regeln, welche Rechte dem Kanton als Anteilseigner (Aktionär) der BLS AG und der BLS Netz AG zustehen.

Hingegen kann der Kanton regeln, in welchem Umfang er Anteilsrechte (Aktien) halten will und wer über den Kauf oder Verkauf von Anteilen beschliesst. Ebenfalls kann er näher regeln, wie er die ihm zustehenden Rechte gegenüber der BLS AG und der BLS Netz AG ausüben will. Kantonales Recht einschliesslich Weisungen, Strategiepapiere etc. kann sich mit der Art und Weise befassen, in welcher der Kanton die im Obligationenrecht vorgesehenen Aktionärsrechte ausübt. Der Umfang der bundesrechtlich vorgegebenen Aktionärsrechte bildet dabei die Grenze. Dem kantonalen Gesetzgeber ist es beispielsweise verwehrt, dem Kanton als Aktionär weitergehende Auskunftsrechte oder ein Weisungsrecht gegenüber der Geschäftsleitung einzuräumen. Die «Beherrschung» der BLS AG durch den Kanton infolge der Mehrheitsbeteiligung wird also durch die aktienrechtlichen Regeln eingegrenzt.

2.5.2 Als Besteller

Gemäss kantonalem Verfassungsrecht unterstehen Träger öffentlicher Aufgaben der Aufsicht des Regierungsrates (Art. 78 und Art. 95 Abs. 3 KV). Art und Umfang der Übertragung einer öffentlichen Aufgabe sind im Gesetz zu regeln, sofern diese eine bedeutende Leistung zum Gegenstand hat oder zur Einschränkung von Grundrechten oder zur Erhebung von Abgaben ermächtigt (Art. 95 Abs. 2 Bst. d KV).

Die BLS AG und die BLS Netz AG erbringen bedeutende Leistungen im öffentlichen Verkehr. Da die Übertragung von Infrastrukturaufgaben in die ausschliessliche Kompetenz des Bundes fällt, handelt es sich im Falle der BLS Netz AG nicht um eine kantonale öffentliche Aufgabe, sondern um eine solche des Bundes. Entsprechend nimmt der Kanton keine Aufsicht hinsichtlich der Übertragung von Eisenbahn-Infrastrukturaufgaben wahr. Transportleistungen der BLS AG werden im Bereich des regionalen Personenverkehrs von Bund und Kantonen gemeinsam bestellt. Bund und Kantone legen in gegenseitiger Absprache fest, welche Angebote zu welchen ungedeckten Kosten (Abgeltungen) gemeinsam bestellt werden. Der Kanton Bern hat im Bestellverfahren die Federführung. Diese Rolle nimmt das AÖV eigenständig wahr und vermischt diese nicht mit Eignerinteressen. Die Aufdeckung der Ungereimtheiten bei der Berechnung der Erlöse in den Offerten hat gezeigt, dass die Funktionstrennung sichergestellt ist.

Mit gemeinsamen Bestellungen im abgeltungsberechtigten regionalen Personenverkehr wird eine gemeinsame öffentliche Aufgabe von Bund und Kanton an die Transportunternehmen übertragen. Entsprechend ist auch die Aufsicht durch den Regierungsrat und den Grossen Rat über die BLS AG als Trägerin gemeinsamer öffentlicher Aufgaben von Bund und Kanton eingeschränkt, da den kantonalen Behörden im Kompetenzbereich des Bundes grundsätzlich keine Aufsichtsfunktion zukommen kann. Das Personenbeförderungsrecht des Bundes sieht eine umfassende Aufsichtskompetenz des Bundesamts für Verkehr (BAV) vor, welche die Einhaltung der bundesrechtlichen Vorgaben zum Bestellprozess – u.a. bei gemeinsamen Bestellungen von Bund und Kanton – umfasst. Den Kantonen verbleibt beim Vollzug nur ein relativ enger Autonomiebereich. Im Konflikt um die Abgeltungen an die BLS AG im regionalen Personenverkehr hat sich gezeigt, dass die Verantwortlichkeiten bezüglich Aufsicht einer Klärung bedürfen.

Kantonale Vorschriften zur Aufsicht über Träger öffentlicher Aufgaben können aber nur dort greifen, wo der Kanton eigene Aufgaben wahrnimmt bzw. über Autonomie verfügt. Seinen Autonomiebereich im Verhältnis zum Bund kann der Kanton nicht selber festlegen. Für eine klarere Abgrenzung der Verantwort-

lichkeiten zwischen Bund und Kanton im regionalen Personenverkehr muss daher im Bundesrecht gesorgt werden. Diesbezügliche Bestrebungen sind im Gang. Die GPK empfiehlt dem Regierungsrat in ihrem Bericht, sich für eine klarere Aufgabenteilung mit dem BAV einzusetzen.

Aus diesen Gründen ist nicht vorgesehen, im BLSG eine Regelung über die Tragweite der Aufsichtskompetenz des Regierungsrates gegenüber der BLS AG zu treffen. Die Aufsichtskompetenz der Finanzkontrolle richtet sich nach dem totalrevidierten Finanzkontrollgesetz,[8] welches nach dem Aufsichtsbereich, der Anlass für eine Prüfung gibt, differenziert. Das Verwaltungsgericht hat sich im Urteil vom 25. Januar 2023[9] mit den Kompetenzen der Finanzkontrolle bei der Staatsbeitragsprüfung und den diesbezüglichen Pflichten der BLS AG befasst. Eine Staatsbeitragsprüfung betrifft das Verhältnis des Kantons zur BLS AG als Beitragsempfängerin. Dafür ist die Prüfungstiefe im Finanzkontrollgesetz anders definiert, als wenn es um die Eigenschaft des Kantons als Aktionär der BLS AG geht, die mit dem vorliegenden Beteiligungsgesetz geregelt wird. Bei Trägern öffentlicher Aufgaben und Organisationen, an denen der Kanton beteiligt ist, beschränkt sich die Finanzaufsicht auf die Überprüfung der Wahrnehmung der Aufsichts- und Controllingaufgaben durch die zuständigen kantonalen Stellen.

Nichtsdestotrotz ist der Kanton gefordert, sich im Falle von Ungereimtheiten in seiner Funktion als Mehrheitsaktionär einzubringen und die in Ziffer 2.3.1 dargestellten Rechte geltend zu machen. Er ist ja auch in seiner Funktion als Beteiligungsinhaber zur Wahrnehmung öffentlicher Interessen verpflichtet und hat insbesondere ein grosses Interesse an der Vermeidung von Reputationsschäden. Er muss daher als Mehrheitsaktionär darauf hinwirken, dass das Unternehmen Ungereimtheiten aufarbeitet und die nötigen Massnahmen ergreift, damit diese nicht mehr vorkommen.

Das Aktienrecht lässt es zu, dass der Kanton auch zur Wahrnehmung seiner Bestellerinteressen bzw. als Instrument der Aufsicht über Träger öffentlicher Aufgaben auf seine Aktionärsrechte zurückgreift. Aktionäre dürfen bei der Wahrnehmung ihrer Rechte eigene Absichten verfolgen, die nicht mit dem Unternehmensinteresse übereinstimmen müssen. Der Kanton kann demnach seine der Aktionärsstellung entfliessenden Rechte (z.B. Auskunftsrecht, Einfluss auf die Zusammensetzung des Verwaltungsrats, Déchargeverweigerung, aktienrechtliche Sonderuntersuchung) einsetzen, um seine Bestellerinteressen zu verfolgen. Dies allerdings im Bewusstsein, dass damit eine aus Sicht der Governance grundsätzlich verpönte Vermischung der Eigner- und der Bestellerrolle des Kantons stattfindet. In jedem Fall fällt ausser Betracht, dass der Kanton unter Berufung auf sein öffentlich-rechtliches Aufsichtsrecht eine Ausweitung seiner gesellschaftsrechtlichen Auskunfts- und Einflussrechte geltend macht. Dies würde gegen das Aktienrecht verstossen.

2.6 Kantonsinteressen und Gesellschaftsinteressen

In den meisten Situationen stimmen die Kantonsinteressen und die Interessen der BLS AG bzw. der BLS Netz AG überein. Interessenkonflikte können aber beispielsweise auftreten, wenn das vom Kanton mit seiner Beteiligung verfolgte öffentliche Interesse mit der Gewinnorientierung der Gesellschaft in Konflikt gerät. Bei Gesellschaften, die vom Kanton mit einer öffentlichen Aufgabe betraut worden sind und subventioniert werden, kommen zudem auch Interessen des Kantons als Vertragspartner der Gesellschaft sowie als Aufsichtsbehörde ins Spiel. In solchen Konfliktsituationen befindet sich das vom Kanton abgeordnete Verwaltungsratsmitglied in einem Dilemma, da es gleichzeitig zur Wahrung der Gesellschaftsinteressen und der Interessen des Kantons verpflichtet ist. Das Bundesrecht lässt es zu, dass der Kanton in solchen Situationen durchsetzt, dass das abgeordnete Verwaltungsratsmitglied den Kantonsinteressen den Vorzug gibt. Im Gegenzug wird allerdings der Kanton haftbar, wenn der Gesellschaft, ihren Aktionären oder den Gläubigern dadurch ein Schaden entsteht.

[8] Kantonales Finanzkontrollgesetz vom 7. März 2022 (KFKG; BSG 622.1), in Kraft ab 1. Januar 2023
[9] VGE 2020/196 vom 25. Januar 2023, vgl. vorne Ziffer 2.3.4

Die GPK hat in ihrem Untersuchungsbericht zur BLS AG die organisatorische Nähe der Ämter, welche die Eigner- und die Bestellerrolle ausüben, beanstandet. Sie empfiehlt dem Regierungsrat organisatorische Anpassungen, um Interessenkonflikte möglichst zu vermeiden. Insbesondere sei die Schaffung eines kantonsinternen Kompetenzzentrums für Beteiligungen, das für alle grossen Beteiligungen des Kantons die Wahrnehmung der Eigner-Aufsicht wahrnehmen würde, zu prüfen. Die Finanzdirektion hat die Frage nach dem geeigneten Betreuungsmodell für alle grossen kantonalen Beteiligungen aufgegriffen und abgeklärt, ob ein Handlungsbedarf besteht. Im Rahmen einer Aussprache hat der Regierungsrat im Dezember 2022 mögliche Optimierungen des aktuellen Betreuungsmodells diskutiert. Er hat festgelegt, dass die Rolle der Finanzdirektion als «Mitberichtsdirektion» im Rahmen des Beteiligungsmanagements geschärft bzw. präzisiert werden soll. Weitergehende Anpassungen im Sinne eines kantonsinternen Kompetenzzentrums sind nicht vorgesehen.

Die Vorlage nimmt die Stossrichtung auf, wonach zwischen der Wahrnehmung der Eigner- und der Bestellerfunktion eine klare Trennung erfolgen soll. Sie greift dafür auf das bereits bisher verwendete Instrument der sogenannten Eignerstrategie zurück. Mit der Eignerstrategie umschreibt der Regierungsrat die Absichten, die er mit seinen Beteiligungen an der BLS AG und der BLS Netz AG verfolgt. Er weist darin auf den potentiellen Rollenkonflikt zwischen der auf nachhaltige Aufgabenerfüllung ausgerichteten Gewährleisterrolle und der vorab auf Rentabilität ausgerichteten Eignerrolle des Kantons hin. Wenn der Kanton zusätzlich die Bestellerrolle einnimmt, besteht ein zusätzliches Konfliktpotenzial. Gemäss der Eignerstrategie werden die übergeordneten politischen Ziele in der Regel höher gewichtet als die Interessen, die sich aus den Rollen des Anteilseigners und des Bestellers ergeben. Diese übergeordneten Ziele sollen nun im Zweckartikel des BLSG durch den Gesetzgeber verbindlich festgelegt werden. Der Regierungsrat soll verpflichtet werden, diese Ziele in der Eignerstrategie zu konkretisieren und zu gewichten. Ferner soll er organisatorische und konzeptuelle Massnahmen zur Vermeidung von Rollenkonflikten und zur Wahrnehmung der Eigneraufsicht treffen. Mit diesen Instrumenten wird die Art und Weise, wie der Kanton seine Beteiligungsrechte gegenüber der BLS AG und der BLS Netz AG einsetzt, allgemeingültig umschrieben. Wenn sich im Einzelfall Fragen stellen, bei denen eine Beeinflussung durch den Rollenkonflikt droht, geben diese Instrumente den richtigen Weg vor.

Im Rahmen der Auftragserteilung an die Kantonsvertreterin oder den Kantonsvertreter in den Verwaltungsräten der BLS AG und der BLS Netz AG werden die mit der Beteiligung verfolgten Ziele und deren Konkretisierung und Gewichtung in der Eignerstrategie auch diesen überbunden. Die Kantonsvertreterin bzw. der Kantonsvertreter soll sich im Übrigen eine eigene, unabhängige Meinung darüber bilden, wie die Eignerinteressen am besten wahrzunehmen sind. Bei Auftreten eines konkreten Interessenkonflikts empfiehlt die PCG-Richtlinie, das Vorgehen mit der zuständigen Direktion abzusprechen bzw. sich von dieser instruieren zu lassen.

3. Grundzüge der Neuregelung

3.1 Art und Umfang der Beteiligung

Entsprechend dem Verfassungsauftrag regelt die Vorlage die Art der Beteiligung an der BLS AG und der BLS Netz AG (Halten eines Aktienanteils) und deren Umfang. Auf eine exakte Fixierung des Aktienanteils des Kantons wird verzichtet, da ansonsten auch geringfügige An- und Verkäufe von Aktien eine Gesetzesänderung bedingen würden. Stattdessen wird ein Beteiligungsrahmen festgelegt, innerhalb dessen der Regierungsrat über Aktienkäufe und –verkäufe entscheidet. Der Beteiligungsrahmen orientiert sich eng am bestehenden Zustand.

An der BLS AG sind nebst dem Kanton Bern und anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaften (Bund, andere Kantone, Gemeinden) auch Private mit geringfügigen Anteilen beteiligt. Die Aktien der BLS AG

werden heute nur noch ausserbörslich gehandelt. Der Kanton Bern hält zurzeit einen Mehrheitsanteil an der BLS AG (55,75 Prozent). Dies verschafft ihm in Kombination mit dem Aktionärbindungsvertrag für die BLS Netz AG die konzernrechtliche Kontrolle über den ganzen BLS-Konzern (vgl. Art. 963 Abs. 2 OR). Der Verlust der Mehrheitsbeteiligung an der BLS AG hätte entsprechend weitreichende Konsequenzen. Daher soll eine allfällige Entscheidung über das Aufgeben der Mehrheitsbeteiligung dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben. Der Regierungsrat soll insoweit in eigener Kompetenz über Aktienverkäufe bestimmen können, als der Mehrheitsanteil (über 50 Prozent an Kapital und Stimmen) erhalten bleibt. Nach oben wird die Grenze bei 70 Prozent festgelegt. Dies entspricht gerundet dem Anteil, der nicht durch den Bund, andere Kantone oder Gemeinden gehalten wird.

Bei der BLS Netz AG ist der Spielraum für die Festlegung des Beteiligungsrahmens enger. An der BLS Netz AG sind nebst dem Kanton und der BLS AG nur der Bund und die SBB beteiligt. Die Aktionäre sind – mit Ausnahme der SBB – durch einen Aktionärbindungsvertrag miteinander verbunden. Das Aktionariat der BLS Netz AG ist damit grundsätzlich äusserst stabil. Im Aktionärbindungsvertrag ist vorgesehen, dass der Bund seinen Anteil erhöhen kann, womit der Anteil des Kantons von den jetzigen 16,5 Prozent auf 11 Prozent sinken würde. Um dieser Eventualität Rechnung zu tragen, soll der Beteiligungsrahmen an der BLS Netz AG zwischen den jetzigen 16,5 Prozent und 11 Prozent festgelegt werden. Innerhalb dieses Rahmens entscheidet der Regierungsrat über Zeitpunkt und Mass einer Veränderung der Beteiligungshöhe. Soll der Beteiligungsrahmen über- oder unterschritten werden, liegt die Entscheidung beim Gesetzgeber.

3.2 Beteiligungszweck

Der Erlass des BLSG bietet auch die Gelegenheit, die Ziele zu umschreiben, die der Kanton mit seinen Beteiligungen an der BLS AG und der BLS Netz AG verfolgt. Damit wird Transparenz geschaffen. Die gesetzlich festgelegten Ziele bilden die Leitlinie, an der sich der Regierungsrat bei der Ausübung der aus der Beteiligung fliessenden Rechte (Aktionärsrechte, Abordnung der Kantonsvertretung in den Verwaltungsräten) orientiert. Damit wird das Anliegen der GPK umgesetzt, dass die spezifische staatliche Aufgabe, die der Kanton mit seinen Beteiligungen an der BLS AG und an der BLS Netz AG wahrnehmen will, gesetzlich geregelt werden soll.

Ein Zweckartikel für den Monopolbereich im Sinne der Motion 252-2022 «Eindämmung wettbewerbsverzerrender Konkurrenz durch Staatsbetriebe» ist im BLSG nicht angebracht. Die Motion verlangt u.a., dass für den Monopolbereich von Unternehmen, an denen der Kanton Bern beteiligt ist, ein Zweckartikel einzuführen ist bzw. dieser möglichst präzise zu gestalten ist. Der Zweckartikel des BLSG umschreibt aber den Zweck der Beteiligung des Kantons an der BLS AG und der BLS Netz AG und nicht den Gesellschaftszweck der BLS AG bzw. der BLS Netz AG. Im Übrigen verfügt im Bereich der Eisenbahninfrastruktur und der Personenbeförderung der Bund über ein Monopol. Inwieweit die BLS AG und die BLS Netz AG in einem Monopolbereich oder im Wettbewerb tätig sind, ergibt sich aus der Konzessionsvergabe durch den Bund und die bundesrechtlichen Grundlagen.

3.3 Ausübung der Rechte

Die Zuständigkeit für die Ausübung der aus der Beteiligung fliessenden Rechte wird dem Regierungsrat zugewiesen. Er nimmt die Aktionärsrechte wahr und übt das Sonderrecht, Kantonsvertretungen in die Verwaltungsräte der BLS AG und der BLS Netz AG abzuordnen, aus. Das Gesetz bildet den Rahmen, der den Handlungsspielraum des Regierungsrats definiert.

Mit seinem Recht auf Abordnung einer Kantonsvertretung in die Verwaltungsräte der BLS AG und der BLS Netz AG verfügt der Kanton über ein mit dem Aktienrecht kompatibles Sonderrecht. Dieses besteht,

solange die Statuten der BLS AG und der BLS Netz AG es vorsehen. Der Kanton soll sich dafür einsetzen, dass ihm dieses Sonderrecht erhalten bleibt. Gemäss der Vorlage setzt sich daher der Kanton als Aktionär für die Beibehaltung seines Rechts, Vertreterinnen und Vertreter in den Verwaltungsrat der BLS AG und der BLS Netz AG abzuordnen, ein.

Ansonsten wird auf starre Festlegungen im Gesetz zur Ausübung der Aktionärsrechte und des Abordnungsrechts verzichtet. Der Kanton bewegt sich mit seinen Beteiligungen an der BLS AG und der BLS Netz AG und insbesondere mit seinem Recht, eine Kantonsvertretung in die Verwaltungsräte abzuordnen, in einem rechtlichen und politischen Spannungsfeld, das auch Haftungsrisiken für den Kanton birgt. Der Regierungsrat muss bei der Ausübung der Aktionärsrechte und des Abordnungsrechts die konkreten Umstände einbeziehen können und über entsprechende Flexibilität verfügen. Verlangt wird aber, dass der Regierungsrat mit geeigneten Governance-Instrumenten festlegt, wie er die Rechte des Kantons ausüben und die gesetzlich festgelegten Ziele verfolgen wird. Insbesondere soll er eine Eignerstrategie formulieren und Konzepte zur Vermeidung von Rollenkonflikten und zur Wahrnehmung der Eigneraufsicht festlegen. Es handelt sich hierbei um bewährte Governance-Instrumente, welche auch in den PCG-Richtlinien des Regierungsrates bereits vorgesehen sind und konkretisiert werden. Sie stellen keine Rechtssätze dar, sondern interne Festlegungen des Regierungsrates, die als Weisungen gegenüber den betroffenen Amtsstellen verbindlich sind.

4. Erlassform

Nach Artikel 95 Absatz 2 Buchstabe c KV sind Art und Umfang von bedeutenden kantonalen Beteiligungen in einem Gesetz zu regeln. Die Bestimmungen über die Beteiligungen des Kantons an der BLS AG und an der BLS Netz AG sind demnach in Form eines formellen Gesetzes zu erlassen.

5. Rechtsvergleich

Die privatrechtliche Organisationsform der BLS AG und der BLS Netz AG prägt ihr Verhältnis zum Kanton als (Mehrheits-)Aktionär massgeblich. Dieses Verhältnis bestimmt sich in erster Linie nach dem Aktienrecht, d.h. nach Bundesrecht. Privatrechtliche Aktiengesellschaften werden – auch wenn die öffentliche Hand an ihnen beteiligt ist – durch einen privatrechtlichen Vertrag gegründet und durch privatrechtliche Statuten organisiert. Sie unterscheiden sich damit fundamental von Transportunternehmen in einer Rechtsform des öffentlichen Rechts wie öffentlich-rechtliche Anstalten (bspw. Verkehrsverbund Luzern, Basler Verkehrs-Betriebe) oder spezialgesetzlichen, d.h. öffentlich-rechtlichen Aktiengesellschaften (bspw. SBB). Bei diesen muss das Bundesprivatrecht nicht beachtet werden; Gründung und Organisation werden in einem öffentlich-rechtlichen Erlass geregelt. Dadurch hat der Gesetzgeber einen ganz anderen Gestaltungsspielraum, als wenn er sich an einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft beteiligt. Aufgrund dieses tiefgreifenden Unterschieds eignen sich Regelungen zu öffentlich-rechtlich organisierten Transportunternehmen nicht zum Rechtsvergleich mit dem Gesetz über die Beteiligung des Kantons Bern an der BLS AG und an der BLS Netz AG.

Mit der BLS AG vergleichbar ist die Rhätische Bahn (RhB). Sie ist wie die BLS AG als privatrechtliche Aktiengesellschaft organisiert. Der Kanton Graubünden hält einen Anteil von 51,3 Prozent an der RhB. Die Bündner Regierung hat in einer Eignerstrategie die mit der Beteiligung an der RhB verfolgten Ziele festgelegt und auch den Informationsaustausch bzw. die Berichterstattung an die zuständige Behörde geregelt. Gemäss Artikel 32 Absatz 1 des Gesetzes über den öffentlichen Verkehr im Kanton Graubünden sichert sich der Kanton bei der Gewährung von Beiträgen ein angemessenes Mitspracherecht in den Aufsichtsorganen der unterstützten Transportunternehmen oder eine entsprechende Kontrolle über die Verwendung der gewährten Beiträge. Bis vor kurzem gaben die Statuten der RhB dem Kanton Graubünden sowie dem Bund das Recht, je zwei Kantonsvertreter in den Verwaltungsrat abzuordnen. Das Recht

zur Abordnung von Kantons- und Bundesvertretern wurde jedoch an der ordentlichen Generalversammlung am 10. Juni 2022 abgeschafft. Die RhB wird somit künftig nur noch ordentlich gewählte Verwaltungsratsmitglieder haben. Der Kanton Graubünden hat damit auf eine Sonderbehandlung verzichtet und nimmt gegenüber der RhB nunmehr die Stellung eines gewöhnlichen (Mehrheits-)Aktionärs ein.

Der Kanton Aargau ist an der Aargau Verkehr AG (AVA) mit 45 Prozent beteiligt und hat dafür eine Eigentümerstrategie festgelegt. Sie enthält Zielfestlegungen mit Messindikatoren und Regelungen zur Berichterstattung. Eine Kantonsvertretung im Verwaltungsrat ist offenbar nicht vorgesehen.

An der Schweizerischen Südostbahn AG (SOB) sind der Bund mit 35,8 Prozent, der Kanton St. Gallen mit 19,2 Prozent und der Kanton Schwyz mit 5,8 Prozent beteiligt. Sie haben eine gemeinsame Eignerstrategie festgelegt, die als Führungsinstrument gegenüber dem Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung dient. Die Eignerstrategie legt detailliert strategische, unternehmerische, wirtschaftliche und soziale Ziele fest, über deren Stand der Verwaltungsrat den Anteilseignern Bericht zu erstatten hat. Die Eignerstrategie hält zudem ausdrücklich fest, dass die SOB aufgrund der Beteiligung von Bund und Kantonen bei Bestellprozessen und der Konzessionsvergabe nicht bevorzugt behandelt wird.

6. Umsetzung, geplante Evaluation des Vollzugs

Mit dem BLSG soll die von der Verfassung geforderte gesetzliche Grundlage für den Status quo geschaffen werden. Die Beteiligungen des Kantons an der BLS AG und an der BLS Netz AG erfahren dadurch keine Veränderung. Die mit den Beteiligungen verfolgten Ziele werden mit Erlass des Gesetzes zwar erstmals verbindlich festgeschrieben, bleiben jedoch in den Grundzügen unverändert.

Artikel 7 verpflichtet den Regierungsrat, die gesetzlich festgelegten Ziele in einer Eignerstrategie zu konkretisieren und zu gewichten. Er soll organisatorische und konzeptuelle Massnahmen ergreifen, um Rollenkonflikte zu vermeiden und die Eigneraufsicht wahrzunehmen. Auch diese Governance-Instrumente sind nicht neu; der Kanton verfügt bereits über eine Eignerstrategie und ein Aufsichtskonzept für seine Beteiligungen an der BLS AG und an der BLS Netz AG, welche durch weitere Instrumente des Beteiligungscontrollings, namentlich die PCG-Richtlinien, ergänzt werden. Diese Instrumente müssen situationsadäquat gehandhabt und wenn nötig aktualisiert oder verfeinert werden. Die Evaluation des Vollzugs erfolgt im Rahmen der Oberaufsicht des Grossen Rates über die Regierung (Art. 78 KV).

7. Erläuterungen zu den Artikeln

Artikel 1 – Gegenstand

Gegenstand des Gesetzes ist das Verhältnis zwischen dem Kanton und den Gesellschaften, an denen er Beteiligungen hält, d.h. an der BLS AG und an der BLS Netz AG. Nicht zu regeln sind Gründung und Organisation dieser beiden Gesellschaften. Da es sich um privatrechtliche Aktiengesellschaften handelt, gilt für ihre – bereits erfolgte – Gründung und Organisation das Privatrecht des Bundes.

Die aktienrechtlichen Vorschriften des Bundesrechts regeln auch das Funktionieren der Aktiengesellschaften (Führung, Einflussmöglichkeiten der Aktionäre etc.). Der Kanton kann diese Regeln nicht abändern, jedoch kann er festlegen, wie er die ihm als Aktionär zukommenden Rechte ausüben will. Sein Einfluss hängt dabei wesentlich vom Umfang seiner Beteiligung ab. Das BLSG befasst sich mit der Frage, wie viele Beteiligungsanteile der Kanton halten soll und wie er die ihm daraus entfliessenden Rechte wahrnimmt. Dies entspricht dem Gesetzgebungsauftrag in Artikel 95 Absatz 2 Buchstabe c KV.

Das BLSG befasst sich nicht mit Fragen des Transport- und des Eisenbahnrechts (inkl. Infrastruktur). Diese sind in anderen Erlassen geregelt, massgeblich auf bundesrechtlicher Ebene.

Artikel 2

Obwohl von der Verfassung nicht explizit gefordert, ist der Zweck der Beteiligungen gesetzlich festzulegen. Der vom Gesetzgeber definierte Beteiligungszweck bildet die Grundlage für die Art und Weise, wie der Kanton seine Rechte gegenüber der BLS AG und der BLS Netz AG ausübt. Er dient dem Regierungsrat als Leitplanke bei der Festlegung der Eignerstrategie und im Einzelfall für die Stimmabgabe an der Generalversammlung, ferner auch bei der Wahl, der Instruktion und der Aufsicht über die vom Kanton abgeordneten Verwaltungsratsmitglieder. Insbesondere beim Auftreten von Interessenkonflikten gibt der gesetzlich festgelegte Zweck die übergeordneten Ziele vor, an denen sich das Handeln des Kantons zu orientieren hat.

Mit Artikel 2 Absatz 1 der Vorlage bekennt sich der Kanton dazu, bei der Wahrnehmung seiner Beteiligungsrechte an der BLS AG und an der BLS Netz AG auf die Gewährleistung eines angemessenen Angebots im öffentlichen Verkehr hinwirken zu wollen. Die Sicherstellung eines ausreichenden Angebots an öffentlichem Verkehr ist eine gemeinsame Aufgabe von Bund und Kantonen (Art. 81a BV, Art. 28 Abs. 1 PBG[10]). Der Kanton Bern nimmt diese Verantwortung in erster Linie wahr, indem er bei Transportunternehmen Transportleistungen bestellt. Er trägt aber auch als Teilhaber (Anteilseigner) an der BLS AG und an der BLS Netz AG dazu bei, dass im Regionalverkehr ein kostengünstiges und gleichzeitig qualitativ gutes Angebot an Transportleistungen verfügbar ist.

Die Nennung eines angemessenen Angebots als Gewährleistungsziel knüpft an die Formulierung Artikel 3 Absatz 1 des Gesetzes über den öffentlichen Verkehr[11] an. Dies schafft einen Bezug zum dort in Artikel 1 Absatz 1 hervorgehobenen volkswirtschaftlichen und sozialpolitischen Aspekt der Angebotsbestimmung und zum Ziel der Wirtschaftlichkeit. Auf eine Wiederholung dieser Grundsätze im BLSG kann damit verzichtet werden.

Gemäss Artikel 2 Absatz 2 leisten die Kantonsbeteiligungen an der BLS AG und an der BLS Netz AG zudem auch einen Beitrag zur Erreichung der mobilitätspolitischen, umweltpolitischen, klimapolitischen und raumplanerischen Ziele des Kantons.

Der Regierungsrat hat im Juli 2022 eine überarbeitete Gesamtmobilitätsstrategie verabschiedet. Mit dieser soll ein nachhaltiges Mobilitätssystem realisiert werden, das zur wirtschaftlichen Entwicklung und gesellschaftlichen Entfaltung beiträgt und gleichzeitig die Erhaltung der Lebensgrundlagen sicherstellt. Die Gesamtmobilitätsstrategie umfasst verschiedene Handlungsfelder im Bereich der Raum- und der Verkehrsplanung mit den Stossrichtungen, Verkehr zu «vermeiden», «verlagern», «verträglich gestalten» und «vernetzen». Dabei wird u.a. der Attraktivität und Zweckmässigkeit des ÖV-Angebots erhebliche Bedeutung beigemessen. Mit der Erbringung von Infrastruktur- und Transportleistungen im öffentlichen Verkehr, aber auch im Freizeit- und Tourismusverkehr und im Güterverkehr werden die Gesellschaften des BLS-Konzerns vor allem von den Stossrichtungen «Verlagern» (namentlich von der Strasse auf die Schiene) und «Vernetzen» (bspw. durch verkehrsmittelübergreifende Angebote) der Gesamtmobilitätsstrategie erfasst und bieten dort erhebliches Umsetzungspotenzial. Mit der Zweckumschreibung werden die Beteiligungen des Kantons an der BLS AG und der BLS Netz AG in die Mobilitätspolitik eingebettet. Die umwelt- und klimapolitischen Zielsetzungen gehen über die Mobilitätsstrategie hinaus und umfassen beispielsweise auch den Naturschutz und das allgemeine Ressourcensparen und –schonen, insbesondere im Hinblick auf die Herausforderungen des Klimawandels. Die raumplanerischen Ziele kommen insbesondere im Zusammenhang mit der Erschliessungsfunktion der BLS AG im öffentlichen Regionalverkehr zum Tragen, die zu einer geordneten Besiedlung und damit zur haushälterischen Nutzung des Bodens beiträgt.

[10] Bundesgesetz über die Personenbeförderung vom 20. März 2009 (Personenbeförderungsgesetz, PBG; SR 745.1)
[11] BSG 762.4

Artikel 3

Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, den Umfang der Beteiligung des Kantons an der BLS AG abzustecken (Art. 95 Abs. 2 Bst. c KV). Die Beteiligung liegt aktuell bei 55,75 Prozent. Sie soll mit dem Erlass des BLSG nicht verändert werden. Würde aber der Beteiligungsumfang im Gesetz exakt auf die aktuelle Quote von 55,75 Prozent fixiert, so würde jegliche Veränderung, also Aktienkäufe oder –verkäufe durch den Kanton, vorab den langwierigen Prozess der Gesetzgebung durchlaufen müssen. Dies ist weder praktikabel noch sinnvoll; der Gesetzgeber sollte nur bei einschneidenden Veränderungen bemüht werden. Vorgeschlagen wird daher die Festlegung eines Beteiligungsrahmens. Der Kanton soll an der BLS AG mit einem Anteil von über 50 Prozent, höchstens aber mit einem Anteil von 70 Prozent beteiligt sein. Sind Aktienkäufe oder –verkäufe in einem grösseren Umfang geplant, ist eine Gesetzesänderung nötig.

Die Mindestbeteiligung von «über 50 Prozent» sichert dem Kanton die Stimmenmehrheit an der Generalversammlung, welche u.a. über die Genehmigung der Konzernrechnung befindet und die Mitglieder des Verwaltungsrats und der Revisionsstelle wählt. Dies entspricht dem Einfluss, den der Kanton mit seiner heutigen Beteiligung hat. Eine Erhöhung der Beteiligung ist zurzeit nicht geplant. Die Vorlage sieht jedoch auch eine gewisse Flexibilität nach oben vor. Mit der Obergrenze von 70 Prozent wird klargestellt, dass die heutigen Anteile von Bund, anderen Kantonen und Gemeinden (gesamthaft 29,06 Prozent) respektiert werden sollen. Zudem könnte sich der Kanton mit einer Beteiligung von 70 Prozent an der Generalversammlung auch bei Beschlüssen, die eine qualifizierte Mehrheit voraussetzen, jeweils durchsetzen. Eine noch höhere Beteiligung wäre kaum mit zusätzlichen Vorteilen verbunden und würde sich daher unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht lohnen.

Artikel 4

Die BLS Netz AG gehört dem Bund (50,05 Prozent), der BLS AG (33,4 Prozent), dem Kanton Bern (16,5 Prozent) und der SBB (0,05 Prozent). Der Bund hat nicht nur aufgrund seines Mehrheitsanteils, sondern auch angesichts seiner weiteren Funktionen als Konzessionsgeber und Infrastrukturbesteller eine starke Stellung. Die drei grossen Aktionäre sind durch einen Aktionärbindungsvertrag verbunden, welcher als Basis für die Integration der BLS Netz AG in den BLS-Konzern dient. Unter solchen Gegebenheiten sind die Beteiligungsquoten sehr stabil; Veränderungen erfolgen, wenn überhaupt, in Absprache mit den Partnern des Aktionärbindungsvertrags.

Gemäss den Vereinbarungen im aktuellen Aktionärbindungsvertrag fasst der Bund eine Erhöhung seines Beteiligungsanteils an der BLS Netz AG ins Auge, wofür der Kanton und die BLS AG ihre Unterstützung zugesichert haben. Falls es zur Umsetzung dieses Ansinnens kommt, würde der Beteiligungsanteil des Kantons an der BLS Netz AG von den heutigen 16,5 Prozent auf 11 Prozent sinken. Der vorgesehene Beteiligungsrahmen von mindestens 11 und höchstens 16,5 Prozent spiegelt diese Situation wieder. Er schafft die gesetzliche Grundlage für die Beibehaltung der aktuellen Beteiligung, deckt aber auch die Veränderungen bei der allfälligen Erhöhung des Bundesanteils ab, falls diese aktuell wird. Eine grössere Flexibilität erscheint bei der BLS Netz AG nicht angezeigt, da die engen Bindungen mit den anderen Aktionären wenig Spielraum belassen.

Artikel 5

Innerhalb des gesetzlich abgesteckten Beteiligungsrahmens soll der Regierungsrat über Aktienkäufe und –verkäufe entscheiden. Mit der Kompetenzdelegation wird dem Regierungsrat auch die Ausgabenbefugnis für entsprechende Aktienkäufe erteilt. In die Zuständigkeit des Regierungsrates fällt auch die Umteilung von BLS-Aktien in das Finanzvermögen, die vorgängig zu einer allfälligen Aktienveräusserung erfolgen muss.

Bei seiner Entscheidung über Veränderungen der Beteiligungshöhe innerhalb des gesetzlichen Rahmens ist der Regierungsrat an die in Artikel 2 festgelegten Ziele gebunden.

Artikel 6

Bei privatrechtlichen Aktiengesellschaften wie der BLS AG und der BLS Netz AG richtet sich das Verhältnis zwischen Aktionär und Gesellschaft nach den Vorschriften des Aktienrechts. Das gilt auch, wenn der Kanton Aktionär ist. Dem Kanton kommen in seiner Funktion als Aktionär bzw. (Anteils-)«Eigner» alle Rechte zu, welche auch den anderen Aktionären zustehen, u.a. insbesondere das Stimm- und Wahlrecht an der Generalversammlung und das Auskunftsrecht. Der Umfang der Aktionärsrechte ist bundesrechtlich vorgegeben und kann durch kantonales Recht nicht abgeändert werden. Die Vorlage begnügt sich daher mit einem Verweis auf die aktienrechtlichen Vorschriften.

Die Stellung des Kantons unterscheidet sich von derjenigen der anderen Aktionäre dadurch, dass ihm die Statuten der BLS AG und der BLS Netz AG ein Recht auf Abordnung einer Vertreterin oder eines Vertreters in den jeweiligen Verwaltungsrat einräumen. Das Bundesprivatrecht erlaubt dies, wobei der Kanton für das Handeln des abgeordneten Verwaltungsratsmitglieds auch haftbar werden kann. Die Beibehaltung des Abordnungsrechts liegt im Interesse des Kantons, da es die in Artikel 2 festgelegten Zwecke unterstützt. Daher soll sich der Kanton als Aktionär für die Beibehaltung des Abordnungsrechts einsetzen. Mit seiner Mehrheitsbeteiligung an der BLS AG kann der Kanton dort die Beibehaltung des Abordnungsrechts gewährleisten. An der BLS Netz AG hat der Kanton keinen Mehrheitsanteil. Er kann aber und soll daher auch mit anderen Mitteln als der Stimmabgabe darauf hinwirken, dass das Abordnungsrecht auch in der BLS Netz AG erhalten bleibt.

Die Aktionäre sind nicht verpflichtet, bei der Ausübung ihrer Aktionärsrechte die Interessen der BLS AG bzw. der BLS Netz AG zu berücksichtigen. Bei Wahlgeschäften und anderen Traktanden an der Generalversammlung geben sie ihre Stimme nach ihrem Gutdünken ab, im Falle des Kantons gemäss den in Artikel 2 festgelegten Zielsetzungen. Nach Artikel 697 OR ist jeder Aktionär berechtigt, an der Generalversammlung vom Verwaltungsrat Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft und von der Revisionsstelle über die Durchführung und das Ergebnis ihrer Prüfung zu verlangen. Die Auskunft wird ihnen erteilt, soweit sie für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist. Gemäss der am 1. Januar 2023 in Kraft tretenden Aktienrechtsrevision wird das Auskunftsrecht insbesondere von Grossaktionären nicht börsenkotierter Gesellschaften erweitert, sie dürfen auch ausserhalb der Generalversammlung vom Verwaltungsrat Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen. Für sie wird auch die Einsichtnahme in die Geschäftsbücher und Korrespondenzen erleichtert. Die Einsicht muss aber nur insoweit gewährt werden, als sie für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist und soweit keine Geschäftsgeheimnisse oder anderen schutzwürdigen Interessen der Gesellschaft gefährdet werden. Über diese gesetzlichen Rahmenbedingungen hinausgehende Auskünfte dürfen auch Grossaktionäre nicht verlangen.

Dem Kanton kann auch kein Recht eingeräumt werden, über strategische oder unternehmerische Entscheidungen zu bestimmen. Er kann lediglich seinem abgeordneten Verwaltungsratsmitglied Weisungen über die Stimmabgabe im Verwaltungsrat erteilen. Der Gesamtverwaltungsrat wird dadurch nicht gebunden und kann auch anders entscheiden. Diese bundesrechtlichen Rahmenbedingungen können durch kantonales Recht nicht abgeändert werden.

Artikel 7

Für die Ausübung der Aktionärsrechte und die Abordnung und allfällige Abberufung der Kantonsvertretung in den Verwaltungsräten der BLS AG und der BLS Netz AG ist der Regierungsrat das geeignete Organ. Ihm wird daher die entsprechende Kompetenz zugewiesen.

Die GPK empfiehlt in ihrem Untersuchungsbericht vom 12. August 2021, dass im BLSG auch die Aufsicht durch den Regierungsrat und die Mitwirkung des Grossen Rates, inkl. Eckwerte und Instrumente zur Wahrnehmung der Eigner-Aufsicht, geregelt werden sollen. Artikel 7 setzt dieses Anliegen um.

Der Kanton bewegt sich mit seinen Beteiligungen und abgeordneten Kantonsvertretungen in der BLS AG und der BLS Netz AG in einem Spannungsfeld zwischen der Einbringung von Kantonsinteressen und der Respektierung der Gesellschaftsinteressen und der Interessen der übrigen Aktionäre und der Gläubiger. Der richtige Umgang mit potenziellen Interessenkonflikten ist auch haftungsrechtlich von Relevanz, weshalb eine sorgfältige, situativ angepasste Risikoabwägung erforderlich ist. Starre Handlungsanweisungen wären daher fehl am Platz. Die Einflussmöglichkeiten müssen flexibel gehandhabt werden können. Gleichzeitig soll aber gewährleistet werden, dass den in Artikel 2 festgelegten Zwecken auch nachgelebt wird.

Der Regierungsrat soll daher zur Umsetzung dieser Ziele eine Eignerstrategie festlegen und organisatorische und konzeptuelle Massnahmen treffen, um Rollenkonflikte zu vermeiden und die Eigneraufsicht zu gewährleisten. Es handelt sich um bewährte Governance-Instrumente, die auch in Artikel 16 f. des Finanzhaushaltsgesetzes vom 15. Juni 2022 (FHG)[12] vorgesehen sind und die der Kanton auch bereits anwendet. Mit der Eignerstrategie sollen die im Gesetz definierten Ziele konkretisiert und gewichtet werden. Sie dient dem Regierungsrat als Leitlinie bei konkret anstehenden Entscheidungen. Aufgrund des engen sachlichen Zusammenhangs ist zurzeit die Eignerstrategie für die BLS AG und die BLS Netz AG in einem Dokument zusammengefasst. Die neue Regelung schliesst dies nicht aus.

Mit dem Begriff der Eigneraufsicht ist die Wahrnehmung der Auskunftsrechte und Einflussmöglichkeiten gemeint, die dem Kanton als Aktionär (Anteilseigner) gestützt auf das Aktienrecht des Bundes zustehen. Sie soll gewährleisten, dass der Kanton seine Rechte (Stimm- und Wahlrecht an der GV, Abordnungsrecht) so einsetzen kann, dass die in Artikel 2 festgelegten Ziele optimal gefördert werden. Zentrales Instrument der Eigneraufsicht ist die Regelung der Berichterstattung (wann, wie oft, an wen etc.).

Oft wird die Eigneraufsicht mit der öffentlich-rechtlichen Aufsicht über die Träger öffentlicher Aufgaben verwechselt oder vermischt. Der Kanton kann seine auf das Aktienrecht gestützten Rechte auch zur Wahrnehmung seiner öffentlich-rechtlichen Aufsichtskompetenzen einsetzen (vgl. oben zu Art. 6), und diese können insoweit auch in das Aufsichtskonzept einfliessen. Allerdings werden mit der Eigneraufsicht und der Aufsicht über Träger öffentlicher Aufgaben unterschiedliche, manchmal sogar widersprüchliche Absichten verfolgt (vgl. oben Ziff. 2.6). Der Regierungsrat muss den Umgang mit Situationen, in denen verschiedene Rolleninteressen des Kantons aufeinandertreffen, in seine Governance-Instrumente einbeziehen. Vorab bieten sich dafür organisatorische Massnahmen an, die verhindern, dass die Rollen von Eigner und Besteller von denselben Personen wahrgenommen werden. Im Bereich des abgeltungsberechtigten Regionalverkehrs wird eine personelle Trennung zwischen Bestellerfunktion und Einsitz im Verwaltungsrat durch das Bundesrecht vorgeschrieben. Im Kanton verlangt die PCG-Richtlinie nicht nur eine personelle, sondern auch eine organisatorische Trennung zwischen Eigner- und Bestellerrolle. Diese ist auch im kantonalen Organisationsrecht umgesetzt: Für die Wahrnehmung der Eignerfunktion ist das Generalsekretariat der BVD zuständig, für den Bestellprozess das AÖV (vgl. vorne Ziff. 2.3.3).

Mit der Verteilung der Eigner- und der Bestellerrolle auf verschiedene Ämter werden Rollenkonflikte abgemildert, jedoch nicht aus der Welt geschafft. Auch mit anderen organisatorischen Massnahmen, namentlich mit der Schaffung eines zentralen Kompetenzzentrums für Kantonsbeteiligungen, könnte nicht verhindert werden, dass innerhalb des Kantons ein Interessenkonflikt bestehen bleibt. Dem allfälligen Auftreten von Interessenkonflikten ist daher auch im Rahmen der konzeptuellen Festlegungen des Regierungsrates Rechnung zu tragen. Dabei wird es hauptsächlich darum gehen, dass der Regierungsrat über den Interessenkonflikt rechtzeitig informiert wird und seine Handlungsmöglichkeiten umfassend wahrnehmen kann. Wie konkret vorzugehen ist (bspw. ob der Kantonsvertreterin oder dem Kantonsvertreter Weisungen über die im Verwaltungsrat zu vertretende Haltung erteilt werden sollen) muss durch den Regierungsrat im Einzelfall unter Abwägung der involvierten Interessen entschieden werden. Als Leitlinie dient dem Regierungsrat der Zweckartikel, an dem ihn der Grosse Rat im Rahmen seiner Aufsicht gemäss Artikel 78 KV messen wird.

[12] BSG 620.0

Artikel 8

Das Verhältnis zwischen dem Kanton und dem von ihm abgeordneten Verwaltungsratsmitglied richtet sich nach der Verordnung über die Kantonsvertreterinnen und Kantonsvertreter vom 24. August 1994 (BSG 153.15). Bei externen (also nicht beim Kanton angestellten) Abgeordneten wird ein schriftlicher Mandatsvertrag abgeschlossen, in dem der Kanton seine Erwartungen an den oder die Abgeordnete genauer festhält. Ist die Kantonsvertreterin oder der Kantonsvertreter beim Kanton angestellt, können diese Erwartungen im Pflichtenheft formuliert werden.

Damit der Kanton dem abgeordneten Verwaltungsratsmitglied allenfalls nötige Weisungen erteilen kann, muss er über die Gesellschaftsangelegenheiten in geeigneter Weise informiert werden. Der Informationsbedarf des Regierungsrates kann je nach Situation und Thema variieren. Deshalb wird darauf verzichtet, Art, Frequenz und Umfang der Information im Gesetz näher zu definieren. Artikel 8 Absatz 1 beschränkt sich daher auf die Festlegung, dass die abgeordneten Verwaltungsratsmitglieder den Regierungsrat in geeigneter Weise über die Gesellschaftsangelegenheiten informieren. Es obliegt dem Regierungsrat, mit dem abgeordneten Verwaltungsratsmitglied die Modalitäten der Berichterstattung näher zu regeln und dafür zu sorgen, dass er die Informationen erhält, die zur Wahrnehmung der Kantonsinteressen nötig sind.

Der Kanton hat grundsätzlich die Möglichkeit, über die abgeordneten Verwaltungsratsmitglieder auch an Informationen zu gelangen, die über sein Auskunftsrecht als Aktionär hinausgehen. Allerdings kann der Kanton haftbar werden, wenn das abgeordnete Verwaltungsratsmitglied damit die Interessen der Gesellschaft verletzt und der Gesellschaft, ihren Aktionären oder Gläubigern einen Schaden zufügt. Dies gilt insbesondere, wenn das abgeordnete Verwaltungsratsmitglied dabei auf Weisung des Kantons gehandelt hat. Zur Begrenzung des Haftungsrisikos bestimmt Absatz 2, dass der Regierungsrat vertrauliche Informationen, die ihm die abgeordneten Verwaltungsratsmitglieder mitteilen, geheim zu halten hat. Die Informationsrechte und –pflichten nach der Grossratsgesetzgebung bleiben vorbehalten.

Die Oberaufsichtskompetenz des Grossen Rates ergibt sich direkt aus der Kantonsverfassung und muss im Beteiligungsgesetz nicht wiederholt werden. Die Oberaufsicht bezieht sich auf die korrekte Aufgabenwahrnehmung durch den Regierungsrat und kann dementsprechend keine Auskunftsrechte umfassen, die dem Regierungsrat selber gegenüber der BLS AG und der BLS Netz AG nicht zustehen. Die Geheimhaltung vertraulicher Informationen ist auch im Rahmen der Oberaufsicht zu gewährleisten.

In jüngerer Vergangenheit hat die Frage zu Diskussionen geführt, mit welcher Prüfungstiefe die Finanzkontrolle die Beteiligung des Kantons an der BLS AG überwacht und welche Auskünfte demnach der Finanzkontrolle zu erteilen sind. Dieser Frage hat sich der Gesetzgeber bereits im Rahmen der Totalrevision des Kantonalen Finanzkontrollgesetzes (KFKG; BSG 622.1) angenommen, die am 1. Januar 2023 in Kraft getreten ist. Die Aufsicht durch die Finanzkontrolle beschränkt sich demnach bei Unternehmen mit Kantonsbeteiligung und bei Trägern öffentlicher Aufgaben auf die Überprüfung der Wahrnehmung der Aufsichts- und Controllingaufgaben durch die zuständigen kantonalen Stellen.

Soweit nicht die Beteiligung, sondern der Empfang kantonaler Leistungen Gegenstand der Finanzaufsicht bildet, gelten andere Regeln: Bei der Kontrolle von Abgeltungen an die BLS AG für den regionalen Personenverkehr hat die Finanzkontrolle weitergehende Auskunftsrechte und Einsichtsrechte gegenüber der BLS AG (vgl. dazu Ziff. 2.3.4).

8. Verhältnis zu den Richtlinien der Regierungspolitik (Rechtsetzungsprogramm) und anderen wichtigen Planungen

Nach den Richtlinien der Regierungspolitik 2019-2022 soll der Kanton beim Bewältigen von Herausforderungen im Umweltbereich eine führende Rolle spielen und gute Rahmenbedingungen für eine nachhaltige Entwicklung schaffen. Das BLSG unterstützt diese Ziele, indem hinsichtlich der Beteiligungen an der BLS AG und der BLS Netz AG der Verfassungsauftrag erfüllt und mehr Transparenz geschaffen wird. Der Erlass des BLSG steht im Einklang mit den Richtlinien der Regierungspolitik, ohne darin ausdrücklich vorgesehen zu sein. Inhaltlich steht die Vorlage im Einklang mit den kürzlich erfolgten Revisionen des Kantonalen Finanzkontrollgesetzes und des Finanzhaushaltgesetzes und ergänzt diese auf sinnvolle Art.

9. Finanzielle Auswirkungen

Die Vorlage verändert weder die Beteiligungen des Kantons an der BLS AG und an der BLS Netz AG noch deren Bewertung. Sie schafft eine gesetzliche Grundlage für den Status quo und hat somit keine direkten finanziellen Auswirkungen.

10. Personelle und organisatorische Auswirkungen

Die Vorlage hat keine personellen oder organisatorischen Auswirkungen.

11. Auswirkungen auf die Gemeinden

Die Vorlage hat keine Auswirkungen auf die Gemeinden.

12. Auswirkungen auf die Volkswirtschaft

Die Beurteilung anhand der Regulierungscheckliste hat ergeben, dass die Vorlage keine relevanten Auswirkungen auf die administrative oder finanzielle Belastung von Unternehmen oder auf die Volkswirtschaft insgesamt hat.

13. Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens

Das Vernehmlassungsverfahren für das BLSG wurde von 9. März bis 12. Juni 2023 durchgeführt. Die Teilnahme war sowohl konventionell als auch elektronisch über die Plattform «e-Mitwirkung» möglich. Es wurden 17 schriftliche Vernehmlassungen eingereicht und 17 Personen und Organisationen nahmen elektronisch an der Vernehmlassung teil. Insgesamt gingen damit 34 Rückmeldungen ein. Davon verzichteten 15 auf inhaltliche Bemerkungen oder stimmten der Vorlage zu. Inhaltliche Rückmeldungen betrafen im Wesentlichen den Regelungsgegenstand des BLSG, den Beteiligungszweck, den Umfang der Beteiligung an der BLS AG, die Einflussnahme und Aufsicht durch den Regierungsrat und die Oberaufsicht durch den Grossen Rat. Es wurden diverse Anträge zur Änderung und Ergänzung des BLSG eingebracht. Einige Forderungen betreffend Einflussnahme auf Strategie- und Geschäftsleitungsentscheide der BLS AG und betreffend Auskunft- und Einsichtsrechte weckten Zweifel hinsichtlich der Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht. Dazu wurde ein Gutachten bei Prof. Dr. Peter Hettich, Professor für öffentliches Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen, eingeholt. Der Gutachter kam bei seiner Beurteilung

zu klaren Antworten, wobei er sich auf zahlreiche Quellen in der juristischen Lehre abstützte. Das Gutachten diente als Orientierung bei der Auswertung der Vernehmlassung und der Überarbeitung der Vorlage.

13.1 Regelungsgegenstand

Die FDP, der Gewerbeverband Berner KMU und der Handels- und Industrieverein vertreten die Ansicht, dass trotz Verfassungsauftrag auf das Gesetz verzichtet werden könne. Die Mehrheit der Vernehmlassungseingaben begrüsst jedoch explizit oder implizit die Schaffung eines Beteiligungsgesetzes für die BLS AG und die BLS Netz AG.

Der Vorschlag der Grünen, die BLS AG per Gesetz in eine öffentlich-rechtliche Anstalt umzuwandeln, wäre mit dem übergeordneten Recht nicht vereinbar. Die Prüfung der geeigneten Rechtsform ist in Fällen sinnvoll, in denen der Kanton eine neue Organisation der dezentralen Verwaltung schafft. Beim BLSG geht es aber um eine bestehende Kantonsbeteiligung an einer bereits bestehenden privatrechtlichen Aktiengesellschaft. Der Kanton kann hier nicht mehr zwischen verschiedenen Organisationsformen wählen; dieser Entscheid ist bereits bei der Gründung der BLS AG gefallen. Als privatrechtliche Aktiengesellschaft untersteht die BLS AG den privatrechtlichen Vorschriften über Aktiengesellschaften und über die Voraussetzungen für eine Änderung der Rechtsform. Eine nachträgliche Verstaatlichung durch kantonales Gesetz ist nicht möglich.

Die GPK schlägt eine Ergänzung in Artikel 1 vor, wonach die Kantonsbeteiligung an der BLS AG «als gemischtwirtschaftlichem Unternehmen» geregelt wird. Die gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften sind im Aktienrechte geregelt. Gemäss Art. 762 OR ergibt sich die gemischtwirtschaftliche Natur der BLS AG und der BLS Netz AG aus dem statutarisch eingeräumten Abordnungsrecht zugunsten des Kantons. Eine Grundlage im kantonalen Recht ist nicht nötig. Sie hätte auch keine Rechtswirkungen. Die Ergänzung wurde daher nicht übernommen.

13.2 Zweck der Beteiligung

Artikel 2 der Vorlage regelt den Zweck, den der Kanton mit seinen Beteiligungen an der BLS AG und an der BLS Netz AG verfolgt. Der Beteiligungszweck ist nicht zu verwechseln mit dem Gesellschaftszweck, der in den jeweiligen Gesellschaftsstatuten festgelegt ist und nicht per Gesetz verändert oder fixiert werden kann. Im BLSG kann der Zweck der BLS AG und der BLS Netz AG also nicht geregelt werden; der Zweckartikel des BLSG bezieht sich allein auf die Kantonsbeteiligung.

Verschiedene Vernehmlassungsteilnehmende (GPK, SP, GLP, Regionalkonferenz Emmental) betonen, dass die Gewährleistung eines guten und bezahlbaren ÖV-Angebots, insbesondere auch in ländlichen Gebieten, von zentraler Bedeutung sei. Um diesem Anliegen Rechnung zu tragen, wurde Artikel 2 der Vorlage umgestellt. In Artikel 2 Absatz 1 wird nun hervorgehoben, dass die Kantonsbeteiligung an der BLS AG und an der BLS Netz AG der Gewährleistung eines angemessenen Angebots im öffentlichen Regionalverkehr dient. Der verwendete Begriff «angemessenes Angebot» folgt der Terminologie im öffentlichen Transportrecht. Danach bezieht sich die Angemessenheit auf die Angebotsgestaltung und auch auf die Tarifgestaltung. Die an das öffentliche Transportrecht angepasste Terminologie nimmt damit die Anliegen zur Angebotsqualität und zur Tarifgestaltung auf.

Artikel 2 Absatz 2 nennt die weitergehenden politischen Ziele, in welche die Kantonsbeteiligung an der BLS AG und an der BLS Netz AG eingebettet ist. Die EVP verlangt, dass neben den mobilitätspolitischen, umweltpolitischen und raumplanerischen Zielen des Kantons auch die Klimapolitik als Beteiligungszweck genannt wird. Klimaschutz ist ein Verfassungsauftrag (Artikel 31a KV). Eine spezifische

Nennung auch der Klimapolitik ist daher sinnvoll. Artikel 2 Absatz 2 wurde entsprechend ergänzt. Auch mit dieser Ergänzung orientiert sich die Zweckumschreibung am Bestehenden. Die Befürchtung des Gewerbeverbands Berner KMU, dass die Zweckumschreibung künftig als Finanzierungsgrundlage für neue staatliche Aufgaben herangezogen wird, ist unbegründet. Andere Vernehmlassungsteilnehmende vertreten die Meinung, dass der Beteiligungszweck mit der Nennung der erwähnten Politikbereiche ungenügend definiert werde und stärker konkretisiert werden sollte, zum Beispiel indem auf bestimmte Strategiepapiere und Berichte Bezug genommen wird (GPK, GLP, Regionalkonferenz Emmental). Eine zu enge Zweckdefinition muss aber vermieden werden, denn dadurch bestünde das Risiko, dass der Regierungsrat bei neu auftretenden Problemen nicht flexibel reagieren kann. Strategiepapiere und Berichte spiegeln den aktuellen Stand der Politik wieder, schliessen aber zukünftige Entwicklungen nicht ein. Mit der beantragten Eingrenzung würden künftige Unsicherheiten geschaffen und die Reaktionsmöglichkeiten auf heute noch nicht bekannte Entwicklungen eingeschränkt. Deshalb wird an der allgemein gehaltenen Umschreibung in Artikel 2 Absatz 2 festgehalten. Aus analogen Gründen wird auch die Forderung von GPK und GLP nicht übernommen, wonach ergänzend festzuhalten sei, dass der Kanton sich gegen Geschäftstätigkeiten des BLS-Konzerns ohne direkten Zusammenhang mit dem Grundauftrag einbringen und darauf hinwirken soll, dass Aktivitäten ausserhalb des Grundauftrags in Tochtergesellschaften ausgelagert werden. Der Regierungsrat kann auch ohne gesetzliche Festlegung auf diese Ziele hinwirken, wenn es im Interesse des Kantons ist. Das Gesetz ist jedoch auf eine lange Zeitdauer angelegt und es ist nicht absehbar, ob die vorgeschlagene enge Anleitung zur Einflussnahme auch künftig im Interesse des Kantons wäre.

Die GPK fordert eine Ergänzung von Artikel 2, wonach die Erreichung des Grundversorgungsziels den anderen Interessen des Kantons vorgeht. Damit könnten aber Unsicherheiten und Interessenkonflikte nicht aus der Welt geschafft werden. Eine nachhaltige Sicherstellung der Grundversorgung hängt von der wirtschaftlichen Stabilität der BLS AG ab. Deshalb müsste auch mit der geforderten Ergänzung im Einzelfall abgewogen werden, welches Vorgehen im besten Interesse des Kantons ist. Die Ergänzung würde somit keinen Zusatznutzen bringen und ist daher verzichtbar.

13.3 Umfang der Beteiligung an der BLS AG

Hinsichtlich des Beteiligungsumfangs an der BLS AG gehen die Meinungen auseinander. Die FDP und der Gewerbeverband Berner KMU erachten es als unnötig, eine Mehrheitsbeteiligung des Kantons an der BLS AG vorzuschreiben. Die FDP beantragt einen Beteiligungsrahmen von 33,4 Prozent (Sperrminorität bei wichtigen GV-Entscheiden) bis 60 Prozent. Die Regionalkonferenz Emmental warnt in allgemeiner Art vor einer Erhöhung des Beteiligungsanteils, da damit der Fokus mehr auf das gute Wirtschaften gelegt würde und nicht auf die gute ÖV-Erschliessung in allen Landesgegenden. Die SP begrüsst explizit, dass die BLS AG mehrheitlich im Besitz des Kantons Bern bleiben soll. Die gesetzliche Festlegung einer Maximalbeteiligung erachtet sie als unnötig. Auch der SEV Gewerkschaft des Verkehrspersonals sowie der Gewerkschaftsbund beantragen, dass lediglich die Mehrheitsbeteiligung festgeschrieben werden soll und auf eine Obergrenze der Beteiligung zu verzichten sei.

Es besteht zurzeit keine Absicht, den Umfang der Kantonsbeteiligung an der BLS AG wesentlich zu ändern. Der Beteiligungsrahmen soll dem Regierungsrat eine gewisse Flexibilität für Aktienkäufe und –verkäufe geben, während grundlegende Veränderungen der Beteiligung das Einverständnis des Gesetzgebers voraussetzen sollen. Eine grundlegende Veränderung nach unten würde erfolgen, wenn die Mehrheitsbeteiligung aufgegeben würde. Auch die FDP und der Gewerbeverband Berner KMU beantragen nicht, dass dieser Schritt jetzt vorgenommen werden soll. Er kann daher einem späteren Entscheid des Gesetzgebers vorbehalten werden. Bei einer oberen Begrenzung des Beteiligungsrahmens mit 60 Prozent würde schon eine relativ bescheidene Vergrösserung der jetzigen Beteiligung von 55,75 Prozent ein Gesetzgebungsverfahren nötig machen. Dies erscheint übertrieben, da eine so geringfügige Vergrösserung des Mehrheitsanteils keine wesentliche Veränderung bedeuten würde. Der vorgesehene Spielraum

bis 70 Prozent vermeidet übermässigen Gesetzgebungsaufwand und wird daher beibehalten. Mit einer allfälligen, heute nicht geplanten Beteiligungserhöhung auf 70 Prozent würde der Kanton eine qualifizierte Mehrheit erreichen. Eine noch weitergehende Erhöhung würde nur unter besonderen Umständen Sinn ergeben. Hinzu kommt, dass andere Gemeinwesen (Bund, andere Kantone und Gemeinden) an der BLS AG mit knapp 30 Prozent beteiligt sind. Eine Beteiligungserhöhung über 70 Prozent hinaus würde daher über den «courant normal» hinausgehen und soll dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben.

13.4 Unternehmensstrategie und Geschäftsleitungsentscheide

Das Funktionieren einer gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft ist im Aktienrecht geregelt. Aufgrund der ausschliesslichen Rechtsetzungskompetenz des Bundes auf dem Gebiet des Privatrechts kann der Kanton diese Vorschriften nicht ändern. Damit ist es dem Kanton insbesondere verwehrt, im Gesetz bestimmte Strategie- oder Geschäftsleitungsentscheide des BLS-Konzerns vorwegzunehmen oder kantonalen Behörden die Kompetenz einzuräumen, solche Entscheidungen anstelle der Gesellschaftsorgane zu treffen. Gemäss dem Gutachten von Prof. Dr. Peter Hettich wäre eine solche Regelung bundesrechtswidrig. Die Forderungen der SP, des Gewerkschaftsbunds und des SEV Gewerkschaft des Verkehrspersonals nach gesetzlichen Vorgaben oder Garantien zur Aushandlung von Gesamtarbeitsverträgen, zum Einsitz des Personals im Verwaltungsrat und zur Lohn- und Vergütungspolitik können deshalb nicht umgesetzt werden, da sie gegen übergeordnetes Recht verstossen würden.

Ebenfalls nicht mit übergeordnetem Recht vereinbar wäre die vom SEV Gewerkschaft des Verkehrspersonals und vom Gewerkschaftsbund beantragte Regelung im BLSG, wonach die BLS Netz AG Teil des BLS-Konzerns bleiben müsse. Seine Beteiligung an der BLS AG erlaubt es dem Kanton nicht, über die Konzernstrategie der BLS AG zu bestimmen. Dies hat das Gutachten von Herrn Prof. Dr. Hettich bestätigt. Im Übrigen ist der Bund ist mit 50,05 % an der BLS Netz AG beteiligt. Die Integration der BLS Netz AG in den BLS-Konzern ist daher abhängig von den diesbezüglichen Absichten des Bundes.

Unzulässig wäre auch die von der GPK und der GLP geforderte Bestimmung, welche dem Kanton bzw. dem Regierungsrat die Kompetenz für Strategieentscheidungen der BLS AG zuweisen will, die sich negativ auf den Unternehmenswettbewerb auswirken können. Eine solche Vorschrift wäre nicht nur bundesrechtswidrig, sondern im Übrigen auch unnötig. Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen sind durch das Kartellgesetz des Bundes (KG; SR 251) untersagt.

Im Gesetz dürfen also keine Strategie- oder Geschäftsleitungsentscheide des BLS-Konzerns vorweggenommen oder kantonalen Behörden die Kompetenz eingeräumt werden, solche Entscheidungen anstelle der Gesellschaftsorgane zu treffen. Der Regierungsrat kann und soll aber über seine Kantonsvertreterin bzw. seinen Kantonsvertreter ausgehend von der Eignerstrategie Einfluss auf Strategie- und Geschäftsleitungsentscheide des BLS-Konzerns nehmen. Er kann der Kantonsvertreterin bzw. dem Kantonsvertreter Instruktionen über die Stimmabgabe bei Strategieentscheidungen des Verwaltungsrates erteilen. In diesem Fall hat die Kantonsvertreterin bzw. der Kantonsvertreter nicht nur entsprechend abzustimmen, sondern sich darüber hinaus dafür einzusetzen, im Verwaltungsrat eine entsprechende Mehrheit zu finden. Auf diesem Weg kann der Kanton seine Anliegen einbringen. Sollte sich aber keine Mehrheit im Verwaltungsrat finden lassen, so kann der Kanton seine Vorgaben nicht einseitig durchsetzen. Die Instruktion des Regierungsrats ist für die Kantonsvertreterin bzw. den Kantonsvertreter bindend, aber nicht für den Gesamt-Verwaltungsrat bzw. für die BLS AG.

13.5 Governance durch den Kanton

Nach Ansicht der GPK, der GLP und der SP soll näher geregelt werden, welcher Instrumente sich der Regierungsrat bei der Wahrnehmung der Eigneraufsicht bedienen soll (Aufsichtskonzept, Controllinggespräche, Häufigkeit und Intensität der Information durch das abgeordnete Verwaltungsratsmitglied, periodische Überprüfung der Beteiligung), statt dass diese wie in der Vernehmlassungsvorlage nur inhaltlich umschrieben werden.

Die zentralen Governance-Instrumente hat der Kanton einheitlich für alle Beteiligungen in den PCG-Richtlinien festgelegt. Da die Governance-Gepflogenheiten mit den weiteren Entwicklungen mithalten müssen, werden diese auch stetig weiterentwickelt. Eine Festlegung oder weitere Konkretisierung von Steuerungs- und Controllinginstrumenten in einem speziellen Beteiligungsgesetz wie dem BLSG ist daher weder sinnvoll noch effizient: Die Einheitlichkeit der Governance-Instrumente wäre nicht mehr gewährleistet. Ohnehin würde die BLS AG durch Vorgaben des Gesetzgebers an den Regierungsrat nicht gebunden. Es würde lediglich der Regierungsrat in seiner Handlungsfähigkeit eingeschränkt, was nicht wünschbar ist. Entgegen den Anträgen verzichtet daher die Vorlage auf konkrete Vorgaben, verpflichtet den Regierungsrat aber in Artikel 7 Buchstaben c und d zu konzeptuellen und organisatorischen Massnahmen, insbesondere zum Zweck der Vermeidung von Rollenkonflikten. Artikel 7 baut damit auf bewährten Governance-Instrumenten auf (PCG-Richtlinien, Eignerstrategie, Aufsichtskonzept etc., vgl. Art. 17 FHG), in denen u.a. der Umgang mit Interessenkonflikten und das Anstreben sozialverträglicher Arbeitsbedingungen und massvoller Vergütungen der Führungsorgane bereits heute vorgesehen ist. Da die Governance-Gepflogenheiten mit den weiteren Entwicklungen mithalten müssen, wird lediglich die zentrale Eignerstrategie in Artikel 7 explizit aufgeführt. Dass das abgeordnete Verwaltungsratsmitglied zur Umsetzung der Eignerstrategie verpflichtet wird, ist eine Selbstverständlichkeit und muss entgegen dem Antrag der Stadt Bern nicht ausdrücklich erwähnt werden. Die PCG-Richtlinien sehen vor, dass mit kantonsexternen Kantonsvertreterinnen und –vertretern schriftliche Mandatsverträge abzuschliessen sind. Durch den Verzicht auf eine weitergehende Fixierung der anzuwendenden Governance-Instrumente wird ein sinnvoller Handlungsspielraum bewahrt, der insbesondere auch eine Weiterentwicklung des kantonalen Beteiligungsmanagements erlaubt (vgl. Empfehlung 5 des GPK-Berichts vom 12. August 2021).

Der Regierungsrat kann Art und Umfang der Berichterstattung durch das abgeordnete Verwaltungsratsmitglied festlegen. Aus dem zugrundeliegenden Arbeits- oder Auftragsverhältnis ist abzuleiten, dass das abgeordnete Verwaltungsratsmitglied den Regierungsrat von sich aus informieren muss, wenn heikle Fragen auftreten. Gemäss der herrschenden Lehre macht die Informationspflicht des abgeordneten Verwaltungsratsmitglieds bei vertraulichen Informationen nicht halt. Als Pendant muss der Regierungsrat die Vertraulichkeit wahren (vgl. Gutachten Hettich, Ziff. 3.2.3). Die in der Vernehmlassungsvorlage gewählte Formulierung, wonach die abgeordneten Verwaltungsratsmitglieder den Regierungsrat «in geeigneter Weise» über die Gesellschaftsangelegenheiten informieren, ermöglicht dem Regierungsrat, die Kommunikation mit dem abgeordneten Verwaltungsratsmitglied den Verhältnissen anzupassen, z.B. indem er sich in heiklen Situationen häufiger und detaillierter informieren lässt. Zudem belässt die gewählte Formulierung Handlungsspielraum im Hinblick auf die Weiterentwicklung des Beteiligungsmanagements (vgl. Empfehlung 5 des GPK-Berichts vom 12. August 2021).

13.6 Aufsicht und Oberaufsicht

Verschiedene Vernehmlassungsteilnehmende erachten die Vorlage als ungenügend in Bezug auf die Aufsicht und die Oberaufsicht über die BLS AG. Die Finanzkontrolle, die EVP und die SVP beanstanden, dass sich im BLSG keine Bestimmungen zur Finanzaufsicht finden. Die GPK und die GLP fordern vor dem Hintergrund der Abgeltungsaffäre, dass genauer zu regeln sei, wie der Regierungsrat die Ausübung der Beteiligungsrechte wahrnehmen soll, insbesondere im Hinblick auf mögliche Interessen- bzw. Rollenkonflikte. Das Urteil des Verwaltungsgerichts habe gezeigt, dass der Kanton sehr wohl eine Aufsicht über

die BLS AG als Trägerin öffentlicher Aufgaben wahrnehmen könne. Nach Ansicht der GPK soll im BLSG ausdrücklich erwähnt werden, dass der Regierungsrat die Aufsicht über die BLS AG ausübt. GPK, GLP, EVP, und SP fordern zudem, dass die Mitwirkung des Grossen Rates im BLSG geregelt wird.

Die Aufsicht des Kantons gegenüber der BLS AG knüpft an verschiedene Sachverhalte an: Erstens an die Beteiligung des Kantons an der BLS AG als gemischtwirtschaftlichem Unternehmen, zweitens an die Übertragung öffentlicher Aufgaben und drittens an den Empfang von kantonalen Abgeltungen.

Beim BLSG handelt es sich um ein Beteiligungsgesetz. Es setzt den Verfassungsauftrag um, dass Art und Umfang von bedeutenden kantonalen Beteiligungen in einem Gesetz zu regeln sind (Art. 95 Abs. 2 Bst. c KV). Die aus der Beteiligung fliessenden Auskunfts- und Mitwirkungsrechte sind im Aktienrecht geregelt. Aufgrund der ausschliesslichen Rechtsetzungskompetenz des Bundes kann der Kanton die aktienrechtlichen Regeln nicht abändern. Er kann insbesondere die Auskunfts- und Mitwirkungsrechte, die sich aus der Beteiligung ergeben, nicht erweitern. Der Kanton kann also gestützt auf seine Beteiligung an der BLS AG keinen privilegierten Informationsanspruch geltend machen und es kann ihm auch im BLSG kein Auskunftsprivileg eingeräumt werden; eine solche Vorschrift wäre bundesrechtswidrig. Dies geht aus dem Gutachten von Prof. Dr. Hettich vom 3. November 2023 hervor, das sich auf die herrschende juristische Lehre stützt. Auch das Verwaltungsgericht hat im Urteil 2020/196 vom 25. Januar 2023 in Erwägung 5.3 festgehalten, dass sich der Kanton nach der wohl herrschenden Lehrmeinung keine Sonderrechte vorbehalten darf, die im Aktienrecht nicht vorgesehen sind. Die Finanzaufsicht beschränkt sich hinsichtlich der Beteiligung an der BLS AG und an der BLS Netz AG auf die Überprüfung der Wahrnehmung der Aufsichts- und Controllingaufgaben durch die zuständigen Stellen (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts 2020/196 vom 25. Januar 2023 E. 5.3). Die diesbezügliche Regelung findet sich in Artikel 14 Absatz 3 KFKG. Es ist nicht nötig, auch im BLSG die Finanzaufsicht hinsichtlich der Beteiligung an der BLS AG zu regeln. Eine solche Doppelregelung könnte zu Widersprüchlichkeiten und Rechtsunsicherheit führen und ist daher zu vermeiden.

Auch im Rahmen der aktienrechtlichen Schranken kann der Regierungsrat gegenüber dem abgeordneten Verwaltungsratsmitglied sehr weitreichende Informationsrechte geltend machen. Dabei muss er allerdings aufgrund der aktienrechtlichen Treuepflicht des abgeordneten Verwaltungsratsmitglieds die Vertraulichkeit gewährleisten. Dies wird in Artikel 8 der Vorlage widergespiegelt. Nach Artikel 95 Absatz 3 KV muss das Gesetz für eine angemessene Mitwirkung des Grossen Rates sorgen. Diese Oberaufsicht und die Informationsrechte des Grossen Rates sind im Grossratsgesetz[13] geregelt. Der Gesetzgebungsauftrag ist damit erfüllt. Es ist nicht nötig, die Oberaufsicht bzw. die Mitwirkung des Grossen Rates noch einmal separat für die BLS AG zu regeln. Ein solches Vorgehen würde zu unerwünschten und unnötigen Doppelspurigkeiten mit der Grossratsgesetzgebung führen und ist daher abzulehnen.

Aufgrund der Öffentlichkeit der grossrätlichen Beratungen dürfen vertrauliche Informationen nicht an den Grossen Rat als Gesamtgremium weitergereicht werden. Die Oberaufsicht erfordert dies in der Regel auch nicht, da sie nicht die Funktion hat, das Micromanagement nachzuverfolgen. Soweit die Oberaufsicht im Einzelfall dennoch vertrauliche Informationen betrifft, kann sie durch eine grossrätliche Aufsichtskommission wahrgenommen werden, welche dann aber die Vertraulichkeit gewährleisten muss. Die diesbezüglichen Rechtsgrundlagen im Grossratsgesetz genügen, weshalb das BLSG darüber keine eigenen Vorschriften enthält.

Für die Übertragung öffentlicher Aufgaben an die BLS AG bildet das Personentransportrecht des Bundes die gesetzliche Grundlage. Die Bestellung von Transportleistungen im Bereich des abgeltungsberechtigten regionalen Personenverkehrs erfolgt durch Bund und Kanton gemeinsam. Dies führt zu Unsicherheiten darüber, wie weit die kantonale Aufsichtskompetenz reicht. Der Kanton ist zur Aufsicht zuständig, soweit *kantonale* öffentliche Aufgaben übertragen werden. Eine Klärung im BLSG ist nicht möglich, da nur

[13] Gesetz über den Grossen Rat vom 4. Juni 2013 (Grossratsgesetz, GRG; BSG 151.21)

der Bund bestimmen kann, wie weit die Bundeskompetenzen reichen und ab welchem Punkt der Kanton zuständig ist. Entsprechend der diesbezüglichen Empfehlung der GPK setzt sich der Regierungsrat dafür ein, dass der Bund eine bessere Kompetenzabgrenzung vornimmt. Im BLSG kann der Wunsch nach einer Klärung nicht erfüllt werden. Mit einer Wiederholung der bereits in der Kantonsverfassung vorgeschriebenen Aufsichtsfunktion des Regierungsrates über Träger (kantonaler) öffentlicher Aufgaben im BLSG würde nichts dazugewonnen. Die Doppelrolle des Kantons als Besteller und Eigner ist unvermeidlich. Wie damit umzugehen ist, regelt die Vorlage in Artikel 7. Auch die Mitwirkung durch den Grossen Rat betrifft lediglich die innerkantonale Zuständigkeitsordnung. Mit Regeln über die Mitwirkung des Grossen Rates bei der Aufsicht über die BLS AG kann daher keine Klarheit in die Kompetenzabgrenzung zum Bund gebracht werden. Die Mitwirkung des Grossen Rates ist im Grossratsgesetz hinreichend umschrieben. Eine Wiederholung dieser Regelung im BLSG ist nicht nötig und eine von der Grossratsgesetzgebung abweichende Regelung speziell für die BLS AG ist nicht sinnvoll.

Die Finanzaufsicht in Bezug auf Abgeltungen ist in Artikel 14 Absatz 2 KFKG geregelt. Gemäss dem Urteil des Verwaltungsgerichts 2020/196 vom 25. Januar 2023 sind die Aufsichts- und Auskunftsrechte des Kantons, die sich aus der Ausrichtung von Abgeltungen ergeben, nicht an die aktienrechtlichen Grenzen gebunden. Das Urteil des Verwaltungsgerichts hat gezeigt, dass die Finanzkontrolle ihre Aufsicht bezüglich an die BLS AG geleisteter Abgeltungen gestützt auf die Rechtsgrundlage im Kantonalen Finanzkontrollgesetz durchsetzen kann (vgl. auch Ziff. 2.3.4). Es besteht daher kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf.

14. Antrag

Der Regierungsrat beantragt dem Grossen Rat, das Gesetz über die Beteiligung des Kantons an der BLS AG und an der BLS Netz AG (BLSG) zu beschliessen.