Universität St.Gallen
Institut für Law and Economics

Gutachten betreffend Beteiligung des Kantons Bern an der BLS AG

vom 3. November 2023

im Auftrag der

Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD),
Generalsekretariat, Reiterstrasse 11, 3013 Bern,

durch

Prof. Dr. Peter Hettich, LL.M., RA,
Professor für Öffentliches Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen,
Institut für Law and Economics (ILE-HSG), Varnbüelstrasse 19, 9000 St. Gallen,

sowie

Maximilian Schöller, M.A. in Law & Economics
Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität St. Gallen, ILE-HSG, und

Annick Pietzonka, B.A. in Law & Economics
Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität St. Gallen, ILE-HSG

Inhaltsverzeichnis

1 Ausgangslage und Auftrag 1
2 Ergebnisse 2
2.1 Grundsätzliche Bemerkungen 2
2.1.1 Organisationsfreiheit der Kantone 2
2.1.2 BLS AG als gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft nach Art. 620 ff. OR 2
2.1.3 Massgeblichkeit der bundesrechtlichen Bestimmungen über die Aktiengesellschaft 3
2.1.4 Verbleibende Spielräume im kantonalen Recht 3
2.2 Einfluss auf Strategie- oder Geschäftsentscheidungen 3
2.2.1 Generelles zur Einflussnahme durch den Regierungsrat auf die Gesellschaft 3
2.2.2 Konkrete Überlegungen betreffend Anträge zum VE BLSG 4
2.3 Auskunfts- und Einsichtsrechte 6
2.3.1 Auskunfts- und Einsichtsrechte gegenüber dem Kanton im Allgemeinen 6
2.3.2 Auskunfts- und Einsichtsrechte im Rahmen der Oberaufsicht des Grossen Rates 6
3 Rechtliche Erwägungen 8
3.1 Einfluss auf Strategie- oder Geschäftsentscheidungen 8
3.1.1 Aktionärsrechtliche Einflussmöglichkeiten des Kantons (Einflussmöglichkeiten des Kantons in seiner Rolle als Aktionär) 8
3.1.1.1 Schaffung eines strategischen Rahmens 8
3.1.1.2 Einfluss auf die strategischen Entscheidungen des Verwaltungsrats 9
3.1.2 Weisungsrecht des Kantons 11
3.1.2.1 Innenverhältnis (zwischen Gemeinwesen und Vertreter) 12
3.1.2.2 Aussenverhältnis (zwischen Vertreter und Aktiengesellschaft) 14
3.1.3 Haftung 18
3.1.4 Staatsinterne Zuständigkeit 20
3.2 Auskunfts- und Einsichtsrechte 21
3.2.1 Umfang Informationsrechte von Minderheitsaktionären 21
3.2.2 Umfang der Informationsrechte von Mehrheitsaktionären 23
3.2.3 Informationsrechte des Gemeinwesens bei gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften 25
3.2.4 Wahrnehmung der Oberaufsicht durch die Legislative 28
3.2.4.1 Personelle Dimension: Adressat der Oberaufsicht 28
3.2.4.2 Sachliche Dimension: Reichweite der Oberaufsicht 29
3.2.4.3 Zeitliche Dimension: Zeitpunkt der Oberaufsicht 31
3.2.4.4 Der Begriff der Oberaufsicht in der Berner Verfassung 31
Literaturverzeichnis 33

1 Ausgangslage und Auftrag

Die BLS AG ist eine gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft im Sinne von Art. 762 Abs. 2 OR. Der Kanton Bern hält an der BLS AG einen Aktienanteil von 55,75 % (Kapital und Stimmen; Stand 31. Dezember 2022). Weitere wichtige Aktionäre sind der Bund mit 21,70 % sowie Kantone und Gemeinden, namentlich der Kanton Wallis, der 7,36 % Aktienanteil hält. Natürliche und juristische Personen halten als Minderheitsaktionäre 6,13 %. Die BLS AG wird damit grossmehrheitlich durch die öffentliche Hand getragen. Bei der BLS Netz AG besitzt der Bund die Mehrheit des Kapitals mit 50,05%. Der Kanton Bern hält 16,50%, die BLS AG 33,40% und die SBB 0,05% (Stand 31. Dezember 2022). Der vorliegende Vorentwurf zu einem Gesetz über die Beteiligung des Kantons an der BLS AG und an der BLS Netz AG (VE BLSG) soll die Beteiligung des Kantons an der BLS AG und an der BLS Netz AG regeln.

Die Statuten der BLS AG räumen dem Kanton Bern das Recht ein, ein Mitglied in den maximal 9-köpfigen Verwaltungsrat der BLS AG abzuordnen. Auch der Kanton Wallis hat das Recht, ein Verwaltungsratsmitglied abzuordnen. Ferner hat die Schweizerische Eidgenossenschaft das Recht, einen Vertreter zur Wahl in den Verwaltungsrat der BLS AG vorzuschlagen.

Im Zusammenhang mit aufgedeckten Unregelmässigkeiten beim Bezug von Abgeltungen der öffentlichen Hand durch die BLS AG forderte die Geschäftsprüfungskommission des Grossen Rates des Kantons Bern (GPK), dass die Beteiligung des Kantons Bern an der BLS AG in einem Gesetz zu regeln sei. Die Kantonsverfassung verlangt, dass Art und Umfang von bedeutenden kantonalen Beteiligungen in einem Gesetz zu regeln sind. Die GPK strebt insbesondere an, dass der Regierungsrat einen verstärkten Einfluss auf die BLS AG ausübt und dass auch die Einflussmöglichkeiten des Grossen Rates als Oberaufsichtsbehörde verbessert werden.

Die GPK geht gestützt auf ein Gutachten von Prof. Müller und Dr. Friedrich aus dem Jahr 2021 davon aus, dass dem Kanton Bern durch kantonales öffentliches Recht Einfluss- und Informationsrechte gegenüber der BLS AG eingeräumt werden können, die über die allgemeinen Aktionärsrechte und das Abordnungsrecht hinausgehen. Die GPK und andere Teilnehmer der Vernehmlassung stellen Änderungs- und Ergänzungsanträge, mit denen diese Einfluss- und Informationsrechte sichergestellt werden sollen.

Mit dem vorliegenden Gutachten soll geklärt werden, ob solche Einfluss- und Informationsrechte mit übergeordnetem Recht, namentlich mit der Bundesverfassung und den aktienrechtlichen Bestimmungen, vereinbar sind. Dabei wird vor allem auf die BLS AG als mehrheitlich vom Kanton Bern beherrschter Gesellschaft eingegangen.

2 Ergebnisse

2.1 Grundsätzliche Bemerkungen

2.1.1 Organisationsfreiheit der Kantone

Dem Gemeinwesen steht für die Wahrnehmung der ihm aufgetragenen Aufgaben eine Vielzahl von Instrumenten zur Verfügung, darunter auch die Errichtung bzw. die Führung von öffentlichen Unternehmen. Die unternehmerische Tätigkeit des Staates kann in verschiedene Rechts- und Organisationsformen gekleidet werden: Wirtschaftliche Aktivitäten können sowohl die hierarchisch geordnete Zentralverwaltung als auch verselbständigte Körperschaften entfalten. Die Wahl der Rechtsform ist regelmässig abhängig von politischen Zweckmässigkeitsüberlegungen: Die Ausrichtung der Leistungserbringung an politischen Erfordernissen rückt die Zentralverwaltung und die öffentlich-rechtliche Anstalt in den Vordergrund; unternehmerische Spielräume und wirtschaftliche Effizienz lassen sich eher in den Rechtsformen schaffen, die das Privatrecht zur Verfügung stellt.

Der Kanton Bern ist für die Wahl der Rechtsform seiner öffentlich-rechtlichen Unternehmen nicht an die Gefässe gebunden, die ihm das Bundeszivilrecht zur Verfügung stellt (illustrativ hierzu Art. 59 ZGB). So erfasst allein der Begriff der Anstalt eine Vielzahl von Gebilden, die sich in Organisation und Tätigkeitsfeld sehr unterscheiden können. Der Kanton ist auch befugt, in den Organisationserlassen seiner öffentlichen Unternehmen von den bundesrechtlichen Bestimmungen über die Aktiengesellschaft abzuweichen und entsprechend sog. spezialgesetzliche Aktiengesellschaften zu errichten (Art. 763 OR). Die Errichtung solch spezialgesetzlicher Aktiengesellschaften bedingt jedoch, dass der Kanton die subsidiäre Haftung für deren Verbindlichkeiten übernimmt; die Abweichung vom OR führt also zu einer «Staatsgarantie». Auf diese Freiheiten in der Organisation der kantonalen Verwaltung muss nicht weiter eingegangen werden, da es hier um die Regelung einer bereits bestehenden Beteiligung an der schon bestehenden BLS AG geht.

2.1.2 BLS AG als gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft nach Art. 620 ff. OR

Die BLS AG ist im Handelsregister des Kantons Bern unter der UID CHE-112.898.515 als Aktiengesellschaft gemäss Art. 620 ff. OR eingetragen. Die Gesellschaft macht von der Möglichkeit Gebrauch, dem Kanton Bern und dem Kanton Wallis statutarisch das Recht zur Abordnung eines Vertreters in den Verwaltungsrat zu ermöglichen (Art. 762 OR); die BLS AG ist entsprechend ungeachtet der Eigentumsverhältnisse als gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft zu qualifizieren. Bei der Gründung der BLS hat man sich somit für die Form einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft entschieden. Mit einem kantonalen Erlass kann diese Rechtsform nicht mehr ohne weiteres geändert werden (zur hier nicht zur Diskussion stehenden Übernahme einer privatrechtlichen Aktengesellschaft durch eine Körperschaft vgl. Ziff. 3.1.2.2).

Freilich ist der Kanton Bern befugt, das Bundeszivilrecht durch polizeiliche und sozialpolitische Vorschriften zu ergänzen (hierzu Art. 6 ZGB), wodurch sich korrespondierende Befugnisse der Aufsicht ergeben. In diesem Zusammenhang ist vorliegend vor allem auf die rechtliche Ordnung im Bereich des Personenverkehrs und des öffentlichen Verkehrs zu verweisen, die der Bund gestützt auf Art. 87 und 92 BV geschaffen hat. Auf diese Ordnung muss vorliegend nicht weiter eingegangen werden, da das BLSG offenkundig regeln möchte, wie der Kanton der BLS AG in seiner Eigenschaft als Aktionär gegenübertritt. Das BLSG soll, wie im Ingress durch Verweis auf

Art. 95 Abs. 2 Bst. c der Kantonsverfassung deutlich gemacht wird, die Art und den Umfang dieser bedeutenden kantonalen Beteiligung regeln.

2.1.3 Massgeblichkeit der bundesrechtlichen Bestimmungen über die Aktiengesellschaft

Damit ergeben sich die Rechte und Pflichten des Kantons Bern als staatlichem Mehrheitsaktionär der BLS AG ausschliesslich aus den bundesrechtlichen Bestimmungen über die Aktiengesellschaft. Die Rechte und Pflichten des vom Kanton Bern abgeordneten Vertreters im Verwaltungsrat ergeben sich betreffend die BLS AG ausschliesslich aus Art. 762 OR. An dieser Stelle ist zu erwähnen, dass im aktienrechtlichen Schrifttum durchaus unterschiedliche Auffassungen über die Stellung und Befugnisse von Grossaktionären, insbesondere von staatlichen Grossaktionären, vertreten werden. Diese unterschiedlichen Auffassungen beruhen jedoch auf unterschiedlichen Auslegungen des Aktienrechts, und stützen sich nicht auf allfällig bestehendes kantonales öffentliches Recht. Entsprechend ist das BLSG als bundesrechtswidrig zu qualifizieren, soweit es die aktienrechtlichen Bestimmungen zu modifizieren versucht (soweit das Bundesrecht lediglich repliziert wird, hätte das kantonale Recht keinen eigenständigen Bedeutungsgehalt).

2.1.4 Verbleibende Spielräume im kantonalen Recht

Die Bestimmungen über die Aktiengesellschaft enthalten keine Regeln dahingehend, wie sich der Kanton Bern in seiner Eigenschaft als Aktionär gegenüber der BLS AG bzw. als Inhaber des Abordnungsrechts gegenüber der Gesellschaft organisiert. Der kantonale Gesetzgeber ist entsprechend frei zur Bezeichnung der Behörde, die die Aktionärsrechte ausübt und die die Abordnung und Instruktion des kantonalen Vertreters vornimmt (sprich: die «Eignerinteressen» wahrnimmt). In diesem Zusammenhang kann der Gesetzgeber der betreffenden Behörde auch inhaltliche Vorgaben machen, wobei Adressat dieser Vorgaben nicht die Gesellschaft, sondern die Behörde ist, die die Aktionärsrechte wahrnimmt und die die abgeordneten Staatsvertreter instruiert. Die Oberaufsicht beschränkt sich entsprechend auf die Prüfung der Art und Weise, wie die vom Kanton bezeichnete Stelle ihre Aufgaben wahrnimmt; die Oberaufsicht über die Gesellschaft ist damit nahezu zwangsläufig vermittelt durch die Behörde, die vom Kanton mit der Wahrung der Aktionärsinteressen beauftragt ist.
Die gutachterlichen Fragen sind nach dem Gesagten entsprechend den oben generisch wiedergegebenen, rechtlichen Vorgaben zu beantworten.

2.2 Einfluss auf Strategie- oder Geschäftsentscheidungen

2.2.1 Generelles zur Einflussnahme durch den Regierungsrat auf die Gesellschaft

Gemäss Art. 7 VE BLSG übt der Regierungsrat die Rechte aus, die dem Kanton als Aktionär zustehen. In dieser Rolle kann der Regierungsrat zusammen mit anderen Aktionären, jedoch aufgrund des qualifizierten Mehrs nicht allein, den statutarischen Zweck der BLS AG und der BLS Netz AG festlegen. Er legt so den strategischen Rahmen des Unternehmens fest. Ein direkter bestimmender Einfluss auf die Strategie- und Geschäftsentscheidungen ergibt sich dadurch freilich nicht. Die aktienrechtliche Literatur diskutiert solche Einflussbefugnisse häufig im Zusammenhang von Konzernverhältnissen, wo die Vereinbarkeit von Weisungen der Konzernobergesellschaft an die Konzernuntergesellschaft mit der zwingenden Pflicht des Verwaltungsrates zur Oberleitung der Gesellschaft diskutiert wird. Solche konzernrechtlichen Befugnisse sind jedoch

vorliegend nicht auf die BLS AG übertragbar, deren Aktionariat neben dem Kanton Bern ja zahlreiche weitere Personen und Körperschaften aufweist.
Mit der Stellung als Mehrheitsaktionär einher geht die Möglichkeit, über die Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrates Einfluss auf die Tätigkeit der Gesellschaft zu nehmen (Art. 698 OR). Die gewählten Verwaltungsräte können, müssen aber nicht, zur Mehrheitsaktionärin in einem arbeits-, auftrags- oder dienstrechtlichen Verhältnis stehen. Als solche stehen sie in einem doppelten Pflichtennexus, der im gesellschaftsrechtlich vorgezeichneten Ermessensspielraum Weisungen ermöglicht, welche aber eine Grenze in der Wahrung der Gesellschaftsinteressen findet. Weitreichende Weisungsrechte verortet das Schrifttum gegenüber den nach Art. 762 OR direkt abgeordneten (also nicht gewählten) Verwaltungsräten; ob diese Weisungen gegenüber entsandten Mitgliedern des Verwaltungsrates ebenso das Gesellschaftsinteresse wahren müssen, ist umstritten, aber vorliegend nicht weiter relevant: Die genannten Weisungsrechte bestehen gegenüber den entsprechend gewählten oder abgeordneten Verwaltungsräten direkt, nicht aber gegenüber der Gesellschaft. Der mehrköpfig besetzte Verwaltungsrat der Gesellschaft ist frei, die Wünsche der vom Gemeinwesen gewählten oder abgeordneten Mitglieder des Verwaltungsrates mittels Mehrheitsentscheid im Verwaltungsrat zu übergehen (Art. 713 OR).
Als Adressat einer hoheitlichen Festlegung von Rechten und Pflichten kommt die Gesellschaft im Rahmen von aufsichtsrechtlichen Beziehungen infrage. Soweit es um die Ausübung der dem Kanton zukommenden Aktionärsrechte geht, kann die Gesellschaft selbst nicht Adressatin von Weisungen sein. Ein kantonaler Erlass kann diesbezüglich die bundesrechtlichen Bestimmungen betreffend die Aktiengesellschaft nicht übersteuern. **Entsprechend wäre ein kantonaler Erlass, der dem Regierungsrat einen direkten bestimmenden Einfluss auf Strategie- oder Geschäftsentscheidungen der BLS AG einräumt, als bundesrechtswidrig zu qualifizieren.** Die Gesellschaft könnte sich gegen entsprechende (hoheitliche) Anordnungen des Regierungsrates, die wohl in der Rechtsform der Verfügung ergehen müssten, zur Wehr setzen. Setzt der Verwaltungsrat entsprechende Anordnungen des Regierungsrates zum Schaden der Gesellschaft um, greifen die Haftungsfolgen des Aktienrechts.

2.2.2 Konkrete Überlegungen betreffend Anträge zum VE BLSG

Im Innenverhältnis ist der Kanton frei, einen Willen hinsichtlich der Eignerstrategie («mit welchem Zweck wird die Beteiligung gehalten?») zu bilden; der Gesetzgeber muss diese Frage nicht dem Ermessen der Exekutive überlassen, sondern kann die Exekutive vielmehr formellrechtlich binden. Entsprechend ist es zulässig, Art. 2 BLSG mit einer **ordnungspolitischen Vorgabe** dahingehend zu ergänzen, dass der Kanton mit seiner Beteiligung Einfluss nimmt, dass die BLS AG in weiteren Bereichen [als in den im Gesetz zu umschreibenden Geschäftsbereichen] nur tätig ist, wenn diese im direkten Zusammenhang stehen mit dem Grundauftrag; ferner ist es zulässig, dass der Kanton Einfluss nimmt, dass solche weiteren Aktivitäten in Tochterunternehmen ausgelagert werden. Betont werden muss an dieser Stelle, dass eine solche Vorgabe – anders als im Falle der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften – die Gesellschaft selbst nicht zu binden vermag: Adressat der Norm ist vorliegend der Regierungsrat, der Bindungen hinnehmen muss betreffend die Art und Weise, wie er die Aktionärsrechte gegenüber der Gesellschaft wahrnimmt und die Instruktionen gegenüber dem abgeordneten Verwaltungsrat vornimmt. Ferner ist festzuhalten, dass die Festlegung der Organisation der Gesellschaft nicht der Generalversammlung aufgetragen ist, sondern eine unübertragbare und unentziehbare Aufgabe des Verwaltungsrates darstellt (Art. 716a OR). Der Kanton kann seine Wünsche hinsichtlich Tätigkeit und Organisation der BLS AG

damit vor allem über seinen abgeordneten Vertreter in den Gesamt-Verwaltungsrat einbringen: **Der Verwaltungsrat als mehrköpfiges Gremium entscheidet jedoch nach eigenem Ermessen über entsprechende Anträge, kann sich also über die Vorgaben des Kantons hinwegsetzen, ohne widerrechtlich zu handeln.**

Vorgaben betreffend Pflicht zur **Verhandlung von Gesamtarbeitsverträgen und betreffend Einsitz des Personals im Verwaltungsrat** finden sich typischerweise in den Organisationserlassen spezialgesetzlicher Aktiengesellschaften des Bundes (Schweizerische Post, Swisscom, SBB). Auch die Organisationserlasse öffentlich-rechtlicher Anstalten können entsprechende Bestimmungen vorsehen. Bemerkenswert ist, dass der Bund betreffend GAV lediglich eine Verhandlungspflicht und keine Abschlusspflicht vorsieht (Art. 9 Abs. 2 POG); eine Abschlusspflicht, wie vorliegend angedacht, könnte die davon betroffenen Gesellschaften in eine missliche Verhandlungsposition bringen und überdies die negative Koalitionsfreiheit der Gesellschaften verletzen. Der Kanton Bern hat aber ohnehin nicht die Befugnis, für die vorgeschlagenen Vorgaben die Gesellschaften direkt ins Recht zu fassen; vielmehr ist die Regelung der Anstellungsverhältnisse Sache der betreffenden Gesellschaften. Wiederum ist festzuhalten, dass der Kanton seine Wünsche hinsichtlich Ausgestaltung der Arbeitsverhältnisse der BLS AG (und BLS Netz AG) vor allem über seinen abgeordneten Vertreter in den Verwaltungsrat einbringen kann, dass der Verwaltungsrat aber nicht in einer Rechtspflicht steht, dies umzusetzen. Ebenso kann das kantonale Recht nicht einer bestimmten Gruppe Anspruch auf Einsitz in den Verwaltungsrat einräumen; der Kanton in seiner Rolle als Aktionär kann aber darauf hinwirken, dass ein Personalvertreter anlässlich der Generalversammlung in den Verwaltungsrat gewählt wird. **Soweit die BLS AG und BLS Netz AG mit gesetzlichen Vorgaben zum Personal direkt verpflichtet werden sollen, erweist sich der Ergänzungsvorschlag als bundesrechtswidrig.**

Betreffend Aufsicht ist es wichtig festzuhalten, dass die Aufsicht über die Transportunternehmen im Bereich Personenverkehr weitgehend durch den Bund vorgegeben ist, sich also die kantonalen Befugnisse in diesem Rahmen entfalten. Ansonsten ist die Aufsicht über die BLS AG und BLS Netz AG nicht eine Aufsicht, die vergleichbar wäre mit der Aufsicht des Regierungsrates über die Zentralverwaltung (Art. 87 BV). **Die Aufsicht über die dezentrale Verwaltung gestaltet sich nach den für diese Organisationen anwendbaren Rechtsnormen, vorliegend also nach den vom Bundesgesetzgeber erlassenen aktienrechtlichen Bestimmungen.** Als Mehrheitsaktionär hat der Kanton Bern in diesem Sinne weitreichende Möglichkeit, die Geschäftsführung der BLS AG zu «beaufsichtigen». In diesem Sinne kann der kantonale Gesetzgeber dem Regierungsrat ohne weiteres auftragen, gegenüber der BLS AG und BLS Netz AG Interessenkonflikte und Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden (typischerweise betreffend die Trennung von Aufsichts- und Eignerinteressen im internen Verhältnis gegenüber den verselbständigten Aufgabenträgern).

Die Festlegung der Lohn- und Vergütungspolitik im Unternehmen bildet Teil der Befugnisse zur Selbstverwaltung der Aktiengesellschaft. Bemerkenswert mit Blick auf gleichgerichtete Massnahmen auf Bundesebene erscheint, dass der Bundesgesetzgeber seine Grundsätze betreffend die Löhne und die Vertragsbedingungen des obersten Kaders auf bundesnahe Unternehmen in Privatrechtsform nur «sinngemäss» angewendet sehen möchte (Art. 6a Abs. 6 BPG). In seiner Botschaft hält der Bundesrat dazu fest (BBl 2002 7506 f.): «Mit dieser indirekten Erfassung der privatrechtlichen Unternehmen wird dem Umstand Rechnung getragen, dass die Festlegung von Löhnen und dgl. Im Privatrecht der privatautonomen Gestaltung durch die zuständigen Gesellschaftsorgane obliegt und dass es einen Systembruch bedeuten würde, wenn der Bundesrat über solche Fragen Verordnungsrecht erlassen könnte. Der Bundesrat kann aber in seiner Eigenschaft

als Vertreter des Mehrheitsaktionärs durch eine entsprechende Gestaltung der Statuten und allenfalls noch durch den Abschluss von Verträgen mit dem Unternehmen dafür sorgen, dass die Grundsätze über die Kaderlöhne bzw. Verwaltungsratshonorare usw. eingehalten werden. Sollte ein privatrechtliches Unternehmen diese Grundsätze dennoch missachten, bleibt dem Bundesrat als ultima ratio die Möglichkeit, den Verwaltungsrat abzuberufen.» Hier ist in Erinnerung zu rufen, dass der Bundesgesetzgeber an sich kompetent wäre, die Bestimmungen über die Aktiengesellschaft in diesem Bereich zu modifizieren; dem Kanton fehlt dagegen diese Kompetenz. **Eine Vorgabe an den Regierungsrat, eine bestimmte Lohn- und Vergütungspolitik in einer privatrechtlich organisierten Aktiengesellschaft direkt durchzusetzen, ist daher bundesrechtswidrig.**

2.3 Auskunfts- und Einsichtsrechte

2.3.1 Auskunfts- und Einsichtsrechte des Kantons gegenüber der BLS AG

Die Auskunfts- und Einsichtsrechte des Aktionärs (auch des Mehrheitsaktionärs) betreffend die Angelegenheiten der Gesellschaft bzw. die Geschäftsbücher und Akten sind durch die bundesrechtlichen Bestimmungen über die Aktiengesellschaft vorgegeben. **Ein kantonaler Erlass kann dem Regierungsrat bzw. dem Grossen Rat des Kantons Bern gegenüber der BLS AG entsprechend kein Auskunfts- und Einsichtsrecht einräumen, das über das Aktienrecht hinausgeht**; eine entsprechende kantonale Vorgabe ist bundesrechtswidrig. An dieser Stelle ist zu erinnern, dass der Kanton sehr weitreichende Informationsrechte gegenüber dem von ihm entsandten Verwaltungsrat geltend machen kann; der Kanton ist ferner als Ausfluss seiner Organisationsautonomie befugt festzulegen, wer die betreffenden Informationsrechte geltend machen kann, wobei der abgeordnete Verwaltungsrat die Geheimhaltung der offengelegten Informationen gegenüber kantonalen Organen jederzeit einfordern darf.

Im aktienrechtlichen Schrifttum wird die Frage diskutiert, ob **Mehrheitsaktionäre** hinsichtlich der Informationen betreffend die Gesellschaft privilegiert werden dürfen. Soweit ein solcher privilegierter Informationszugang gewährt wird, erfolgt dieser jedoch basierend auf einem Entscheid der Organe der Gesellschaft, die diese Informationen nach Massgabe des Aktienrechts offenlegen; eine entsprechende **generell-abstrakte Vorgabe im kantonalen Recht, wonach dem Kanton privilegierte Informationen in jedem Fall offengelegt werden müssen, erscheint demgegenüber bundesrechtswidrig**. Bei der vorliegenden gegebenen Struktur des Aktionariates scheitert eine informationelle Bevorzugung des Kantons Bern überdies am Gebot der Gleichbehandlung der Aktionäre: Mit dem Kanton Wallis und dem Bund sind bei der BLS AG Aktionäre mit ähnlicher Beteiligungshöhe und Interessenlage vorhanden. An dieser Stelle offenbart sich einmal mehr der Unterschied zu den Bundesunternehmen, wo der Bundesgesetzgeber frei ist, durch Statuierung weitreichender Informationsansprüche die Privatrechtsordnung selbst bei einer börsenkotierten Aktiengesellschaft zu modifizieren (illustrativ hier Art. 6 Abs. 3 TUG[1]).

2.3.2 Auskunfts- und Einsichtsrechte im Rahmen der Oberaufsicht des Grossen Rates

Der Kanton Bern ist frei, im Rahmen der Kantonsverfassung die **Oberaufsicht des Grossen Rates** über andere Träger öffentlicher Aufgaben zu regeln; Art. 95 Abs. 3 KV BE sieht hier eine

[1] BG über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes vom 30. April 1997 (TUG; SR 784.11).

«angemessene Mitwirkung» bei der dem Regierungsrat obliegenden Aufsicht vor. Der Struktur nach ist die Oberaufsicht des Grossen Rates daher eine nachträgliche, indirekte Oberaufsicht: Einerseits folgt sie der Aufsicht des Regierungsrates zeitlich nach; andererseits wird die Oberaufsicht über dezentrale Aufgabenträger durch den Regierungsrat vermittelt. Ferner kann auch die Oberaufsicht nicht die bundesrechtlichen Vorschriften betreffend die Aktiengesellschaft aushebeln: Strukturiert der Kanton Bern die Oberaufsicht also im Falle der BLS AG begleitend, so treten auch die zuständigen Organe des Grossen Rates an die BLS AG in ihrer Eigenschaft als Aktionärsvertreter – also nicht hoheitlich – heran. Mit anderen Worten entscheidet die BLS AG über den Umfang der Preisgabe von Informationen an die Organe des Grossen Rates nach Massgabe des Aktienrechts, und eben nicht nach Massgabe des kantonalen öffentlichen Rechts. **Auskunfts- und Mitwirkungspflichten, die den aktienrechtlichen Rahmen sprengen, sind bundesrechtswidrig.**

Die Mitwirkungspflichten im Rahmen der Aufsicht des Bundes und des Kantons über die Transportunternehmen im Bereich des Personenverkehrs gestalten sich nach den hierfür einschlägigen Bestimmungen und stehen daher ausserhalb des Regelungsbereichs des BLSG.

3 Rechtliche Erwägungen

3.1 Einfluss auf Strategie- oder Geschäftsentscheidungen

3.1.1 Aktionärsrechtliche Einflussmöglichkeiten des Kantons (Einflussmöglichkeiten des Kantons in seiner Rolle als Aktionär)

Wenn das Gemeinwesen eine ihm obliegende öffentliche Aufgabe an eine Aktiengesellschaft überträgt, kann es als Aktionär Einfluss auf deren Umsetzung nehmen. Die Einflussmöglichkeiten bestimmen sich dabei nach den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften und den Statuten der jeweiligen Gesellschaft.

3.1.1.1 Schaffung eines strategischen Rahmens

Das Gemeinwesen hat als Aktionär die Möglichkeit, den strategischen Rahmen der Gesellschaft zu setzen und damit das Aktionsfeld der Gesellschaftsorgane massgeblich zu begrenzen. Dieser Rahmen wird sowohl durch die statutarische Zweckbestimmung als auch durch die Ausgestaltung der Grundstruktur der Gesellschaft bestimmt.[2]

Als Aktionär obliegt es dem Gemeinwesen, im Rahmen der Generalversammlung gemeinsam mit anderen Aktionären die Statuten der Aktiengesellschaft festzulegen und anzupassen (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 OR).[3] Der Zweck der Gesellschaft ist dabei zwingender Bestandteil der Statuten (Art. 626 Abs. 1 Ziff. 2 OR). Mit der Kompetenz zur Zwecksetzung kann die Generalversammlung massgeblichen Einfluss auf den strategischen Rahmen einer Aktiengesellschaft nehmen.[4] Der statutarische Zweck einer Aktiengesellschaft prägt deren Geschäftstätigkeit.

Bei der privatrechtlichen Aktiengesellschaft ist generell von einer gewinnstrebigen Geschäftsführung auszugehen. Werden mit einer Aktiengesellschaft öffentliche Interessen ohne eine Gewinnorientierung verfolgt, ist dies im Rahmen des statutarischen Gesellschaftszwecks entsprechend zu bestimmen.[5] Wenn die Gewinnstrebigkeit als Endzweck beibehalten wird, positioniert sich das Interesse der Gesellschaft zwischen den Polen der Gewinnmaximierung und Gemeinwohlförderung. Dieses Spannungsfeld, welches auch zu konfligierenden Zielen führen kann, stellt eine Herausforderung für die Verwaltungsratsmitglieder einer gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft dar.[6]

Ferner bietet sich im Rahmen der statutarischen Zweckbestimmung die Möglichkeit, den Handlungsspielraum der Organe zu begrenzen und auf diese Weise Einfluss auf Strategie- und Geschäftsentscheide zu nehmen. So ergibt sich aus dem Gesellschaftszweck für die Organe in positiver Hinsicht eine Richtschnur für ihre Tätigkeit. In negativer Hinsicht begrenzt sie dieselbe insofern, als dass über den Gesellschaftszweck hinausgehende Handlungen nicht vom Gutglaubensschutz Dritter gedeckt sind.[7] So kann der Staat als Aktionär gemeinsam mit anderen die

---

[2] GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten, §8, Rz. 231; POLTIER, entreprises, 220 f.

[3] BÖCKLI, Aktienrecht, §8, Rz. 11 spricht in diesem Zusammenhang vom «Kern der Machtbefugnisse der Generalversammlung».

[4] vgl. FORSTMOSER, Organisation, §9, Rz. 61 ff.

[5] STÖCKLI, Interessenkonflikte, 114.

[6] BUOB, Aktiengesellschaften, Rz. 416; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht, §1, Rz. 58.

[7] BÖCKLI, Aktienrecht, §1, Rz. 302 ff.; GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten, §8, Rz. 232 f.; DUBS/TRUFFER, BSK OR II, Art. 698, Rz. 15a.

strategischen Richtlinien setzen, die von den Organen berücksichtigt werden müssen.[8] Er kann den Gesellschaftszweck weit fassen und damit den Organen der Gesellschaft einen erheblichen Verhaltensspielraum einräumen, oder er kann den Gesellschaftszweck eng umschreiben und damit rote Linien setzen.[9] Darüber hinaus lassen sich öffentliche Interessen als Teil des statutarischen Gesellschaftszwecks verankern.[10] Das vermeidet mögliche Konflikte zwischen öffentlichem und Gesellschaftsinteresse. Die Auslagerung in eine privatwirtschaftliche Aktiengesellschaft ist oft von Wirtschaftlichkeitserwartungen geprägt, was eine gewinnorientierte Führung fördert. Da die öffentliche Hand sich vornehmlich auf die Erfüllung ihrer Aufgaben konzentriert und private Gesellschaften Gewinnmaximierung anstreben, ist es wichtig, die öffentlichen Interessen deutlich in den Statuten festzulegen.[11]

Zusätzlich hat das Gemeinwesen die Möglichkeit, über die Statuten die Grundstruktur der Aktiengesellschaft zu prägen, welche wiederum die strategische Ausrichtung beeinflusst. Ein wesentlicher Aspekt dieser Grundstruktur ist die Kapitalausstattung der Gesellschaft. Wenn die Gesellschaft mit geringem Kapital ausgestattet wird, muss sich der Verwaltungsrat für strategische Investitionen womöglich erst an die Generalversammlung wenden. Weiter können die Statuten die Beziehung der Gesellschaft zu anderen Unternehmen festlegen. Möglich wären zum Beispiel Regelungen für eine Einordnung in einen Konzern oder spezifische Bestimmungen zu Fusionen oder Spaltungen. Schliesslich kann die Generalversammlung innerhalb des Rahmens des dispositiven Aktienrechts in den Statuten detaillierte Vorgaben zur Gestaltung, Organisation, Arbeitsweise und Vergütung des Verwaltungsrates festlegen.[12]

Um als Aktionär die beschriebenen Einflussmöglichkeiten auszuüben, bedarf es einer entsprechenden Stimmkraft in der Generalversammlung. Generell hat die Generalversammlung ihre Entscheide nach dem Mehrheitsprinzip zu fassen (Art. 703 OR), während es für wichtige Beschlüsse eines qualifizierten Quorums bedarf (Art. 704 OR). Für eine Abänderung des Gesellschaftszwecks bedarf es damit einer zwei Drittel Mehrheit der vertretenen Stimmen und die Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 1 OR). Konkret hält der Kanton Bern an der BLS AG die absolute Mehrheit und kann somit einfache Entscheidungen der Generalversammlung massgeblich prägen. Jedoch benötigt er zur Änderung des Gesellschaftszwecks die Zustimmung weiterer Aktionäre.

3.1.1.2 Einfluss auf die strategischen Entscheidungen des Verwaltungsrats

Über die Schaffung des strategischen Rahmens hinaus gehören die Entscheidungen über die Strategie einer Aktiengesellschaft zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats: Gemäss Art. 716a OR ist er für die «Oberleitung der Gesellschaft» zuständig.

Weisungen des Gemeinwesens an Verwaltungsräte können mit den in Art. 716a OR festgelegten unübertragbaren und unentziehbaren Pflichten des Verwaltungsrates kollidieren. Die Frage, inwieweit Akteure ausserhalb des Verwaltungsrats auf dessen Entscheidungen einwirken können,

---

[8] GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten, §8, Rz. 233.

[9] BÖCKLI, Aktienrecht, §1, Rz. 303, 305: «Die Generalversammlung kann damit den Verwaltungsrat gewissermassen an die Kandare nehmen».

[10] GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten, §8, Rz. 235.

[11] STÖCKLI, Behördenmitglieder, 308 ff. spricht in diesem Zusammenhang von einer herausragenden Bedeutung der öffentlichen Zweckprogrammierung; STÖCKLI, Interessenkonflikte, 114 f.; MÜLLER/FRIEDRICH, Gutachten 2021, Rz. 83; zum deutschen Recht s. MANN, Gesellschaft, 183.

[12] GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten, §8, Rz. 237 ff.

wird in der Literatur intensiv und kontrovers diskutiert, insbesondere im Kontext des Konzernrechts. Im Zentrum dieser Debatte steht, ob und wie weit ein beherrschender Aktionär – in der Regel die Konzernmuttergesellschaft oder deren Organe – in die strategischen Entscheidungen der von ihr kontrollierten Tochtergesellschaft eingreifen darf. Dabei gilt es jeweils zu klären, unter welchen Bedingungen solch ein Eingriff erfolgen kann, ohne gegen die in Art. 716a OR festgelegte, zwingende Kompetenzordnung zu verstossen und dem Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft unrechtmässig seine zustehende Kompetenz zu entziehen. In der Konzernrechtsdiskussion wird seit langem erörtert, wie weit die Organe einer Muttergesellschaft die strategischen Entscheidungen ihrer Tochtergesellschaft beeinflussen dürfen, ohne die Oberleitungsfunktion zu übernehmen. Diese Fragestellung, oft als «Konzernparadox» im schweizerischen Gesellschaftsrecht bezeichnet,[13] hat verschiedene Lösungsansätze in der Fachliteratur hervorgebracht. Einige Experten, die die «Paradoxthese» vertreten, sehen eine Gesetzesänderung als einzige Lösung.[14] BÖCKLI hingegen glaubt an eine Lösung durch teleologische Reduktion.[15] Obwohl Art. 716a OR die Abtretung für die dort genannten Aufgaben dem Wortlaut folgend ausschliesse, sei es nicht der Sinn und Zweck der Bestimmung «die Beschränkung der fünf Kernkompetenzen auf Residualaufgaben im spezifischen Fall einer Konzernuntergesellschaft auszuschliessen.»[16] Die *ratio legis* der Bestimmung bestehe darin, Kompetenzunklarheiten bei einer selbstständig geführten Aktiengesellschaft zu vermeiden. Die Frage der Kompetenzverteilung zwischen der Ober- und der Untergesellschaft betreffe indessen nicht mehr den Regelungsbereich der Bestimmung.[17] Durch die Kompetenzattraktion der Obergesellschaft kommt zwangsläufig ein Kompetenzverlust der Leitungsebene der Untergesellschaft. Deren verbleibenden Residualkompetenzen beschränken sich auf die Sicherstellung, dass die festgelegten Konzernziele in Übereinstimmung mit den lokalen Bedingungen und Rechtsvorschriften umgesetzt werden.[18]

---

[13] Das «Konzernparadox» bezeichnet die Diskrepanz zwischen der rechtlichen Struktur der Aktiengesellschaft in der schweizerischen Rechtsordnung und der realen Geschäftswelt. In der Praxis zielt die Konzernstruktur darauf ab, Unternehmen unter eine gemeinsame wirtschaftliche Leitung zu stellen. Dennoch behandelt das Gesellschaftsrecht diese Unternehmen weiterhin als unabhängige AGs. Nach Art. 716a Abs. 1 OR ist die höchste Führung einer Aktiengesellschaft fest in den Händen des Verwaltungsrats, einschliesslich der Strategiebestimmung. Das Ausmass, in dem ein Mutterunternehmen diese Funktion beeinflussen kann, ohne gegen diese Bestimmung zu verstossen, wird in der aktienrechtlichen Literatur kontrovers diskutiert.

[14] Die sog. Paradoxthese wird auf DRUEY, Paradoxe, 80 ff. zurückgeführt; für diese Position federführend FORSTMOSER, Corporate Governance, 160 m.w.H.: «Hinweise dafür, dass die in OR 717 und 716a aufgeführten Pflichten bei Gesellschaften, die in einen Konzern integriert sind, nicht oder nur modifiziert gelten sollen, gibt es im Gesetz nicht»; vgl. FORSTMOSER, Haftung, 139, wonach es dem Gesetzgeber obliegt, zu beurteilen, wann und in welchem Umfang die Konzerninteressen den eigenen Interessen der Tochtergesellschaft vorangestellt werden dürfen und welche Konsequenzen dies für die Minderheitsaktionäre und die Gläubiger der Gesellschaft hat.

[15] BÖCKLI, Aktienrecht, §7, Rz. 88 ff.

[16] BÖCKLI, Aktienrecht, §7, Rz. 90 mit Hinweisen auf die Entstehungsgeschichte des Aktienrechts.

[17] BÖCKLI, Aktienrecht, §7, Rz. 92.

[18] BÖCKLI, Aktienrecht, §9, Rz. 591 ff.; zu den Residualaufgaben des Verwaltungsrats einer im Konzern eingeordneten Untergesellschaft siehe §7, Rz. 93 ff.; ebenso BÜHLER, Informationsversorgung, 159 f.; Vertreter des sog. Unterwerfungskonzepts gehen indessen noch weiter und halten es für möglich, dass eine Tochtergesellschaft vollständig den Interessen des Konzerns untergeordnet wird, ohne dass entsprechende residuale Kompetenzen beim Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft verbleiben; siehe dazu kritisch MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Verwaltungsrat, Rz. 9.17 ff.

Die vorherrschende Meinung in der Rechtslehre und die Rechtsprechung des Bundesgerichts stützen sich auf die Theorie des *doppelten Pflichtennexus*.[19] Hierbei wird berücksichtigt, dass Verwaltungsratsmitglieder einerseits eine Loyalitätspflicht gegenüber den sie delegierenden Personen oder Gruppen haben und andererseits eine gesellschaftsrechtliche Treuepflicht einhalten müssen. Weitgehend unbestritten ist dabei, dass im Kollisionsfall die Gesellschaftsinteressen Vorrang haben. Währenddessen sind Weisungen zulässig, solange sie innerhalb des gesellschaftsrechtlich zugestandenen Ermessensspielraums bleiben.[20] Wenn ein Verwaltungsratsmitglied den Weisungen eines Aktionärs folgt und dabei die Interessen der Gesellschaft verletzt, muss es, abhängig von den Mehrheitsverhältnissen, mit einer Abberufung durch die Generalversammlung sowie mit haftungsrechtlichen Konsequenzen rechnen. Dies gilt auch, wenn das Gemeinwesen die Gesellschaft beherrscht und nur in einem minimalen Umfang Drittbeteiligungen bestehen.[21]
Die Klärung der anhaltenden Debatte im Bereich des Konzernrechts ist für die Beantwortung der vorliegend gestellten Fragen nicht von zentraler Bedeutung.[22] Obwohl BÖCKLI es für vertretbar hält, dass in einem Konzernverhältnis strategische Entscheidungen an die Konzernmutter delegiert werden, betont er, dass dies unzulässig ist, wenn neben dem dominierenden Aktionär auch Minderheitsaktionäre existieren. Im aktuellen Kontext sind nicht nur der Kanton Bern, sondern auch der Kanton Wallis, der Bund sowie weitere natürliche und juristische Personen und Körperschaften beteiligt.[23] In Anbetracht dieser Minderheitsaktionäre ist die Anwendbarkeit konzernrechtlicher Grundsätze auf die BLS AG nicht gegeben, und als Konsequenz die aktienrechtliche Kompetenzordnung von Art. 716a OR uneingeschränkt massgebend.

3.1.2 Weisungsrecht des Kantons

Wie bereits beschrieben, hat der Kanton vorliegend allein schon aufgrund seiner Aktionärsstellung erhebliche Einflussmöglichkeiten bei der Strategie- und Geschäftsentscheidung der von ihm kontrollierten Gesellschaft. Ein zentrales Instrument hierbei ist die personelle Besetzung des Verwaltungsrats. Neben der Befugnis, die Verwaltungsräte im Rahmen der Generalversammlung zu wählen, ist es gemäss Art. 762 OR möglich, dass dem Gemeinwesen im Rahmen der Statuten das Recht eingeräumt wird, direkt einen Vertreter in den Verwaltungsrat oder die Revisionsstelle zu entsenden, ohne den herkömmlichen Wahlvorgang der Generalversammlung durchlaufen zu

---

[19] VON DER CRONE, Aktienrecht, Rz. 1521; BUOB, Aktiengesellschaft, Rz. 305; FORSTMOSER/JAAG, Staat, Rz. 71; KUNZ, Konzernverträge, 173; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht, §16, Rz. 774; HASLEBACHER, Arm's Length Principle, 65; HÖCHNER, Oberaufsicht, 122; POLEDNA/SCHWEIZER, Einsitznahme, 351; kritisch dazu BÖCKLI, Aktienrecht, §7, Rz. 96 sowie SETHE, Haftung, 437; SETHE., Regelung, 387, jeweils mit dem Hinweis, dass die Theorie zwei zentrale Schwächen aufweise. Einerseits sei sie «zu wenig streng, denn auch im Rahmen des Ermessens müssen Entscheidungen im besten Gesellschaftsinteresse getroffen werden. […] Andererseits [sei] die Theorie viel zu streng. Denn sie berücksichtigt nicht, dass das Konzerninteresse es erfordern kann, auch solche Weisungen zu befolgen, die dem Interesse der Einzelgesellschaft zuwiderlaufen, dem Konzern insgesamt aber dienen.»; In BGE 113 II 52, 57, E. 2a stellt das BGer fest, dass bei der Beurteilung der Einhaltung der Sorgfaltspflicht ein strenger Massstab anzulegen ist, «wenn Verwaltungsräte nicht im Interesse der Gesellschaft, sondern […] in demjenigen von Aktionären oder von Drittpersonen handeln»; ebenso BGE 130 III 213, 219, E. 2.2.2.

[20] WATTER/ROTH PELLANDA, BSK OR II, Art. 717, Rz. 17a.

[21] SCHINDLER, Befangenheit, 177 f.

[22] Siehe dazu GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten, §6, Rz. 177 ff.

[23] BLS AG, Finanzbericht 2022, 44.

müssen. Das Gemeinwesen hat zudem das Recht, solche Vertreter bei Bedarf abzuberufen. In diesem Zusammenhang ist von sog. *gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften* die Rede.[24] Die Möglichkeit, des Gemeinwesens seinen entsandten Vertretern Weisungen zu erteilen, wird in der Lehre als effektivstes Einwirkungsrecht angesehen, da es ihm einen permanenten Einfluss auf die Unternehmensstrategie eröffnet.[25]

Während dem Aktienrecht Vorgaben zur Einflussnahme der Aktionäre (seien diese öffentliche Körperschaften oder nicht) auf regulär gewählte Verwaltungsräte entnommen werden können (siehe Abschnitt 3.1.1.2), muss im Zusammenhang von Art. 762 OR betreffend entsandte Verwaltungsräte differenziert werden: Zu betrachten ist einerseits das Verhältnis zwischen dem jeweiligen Abgeordneten und seinem entsendenden Gemeinwesen («Innenverhältnis»), andererseits das Verhältnis zwischen dem Abgeordneten als Mitglied des Verwaltungsrats und eben dieser Aktiengesellschaft («Aussenverhältnis»).[26]

3.1.2.1 Innenverhältnis (zwischen Gemeinwesen und Vertreter)

Das Weisungsrecht im Innenverhältnis ergibt sich aus dem Rechtsverhältnis zwischen dem Gemeinwesen und seinem Vertreter. Wie dieses Verhältnis konkret ausgestaltet ist, hängt davon ab, wen das Gemeinwesen in den Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft entsendet. Es kann entweder privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich begründet sein.[27]

---

[24] Vgl. FORSTMOSER/JAAG, Staat, Rz. 35; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht, §1 Rz. 54 ff. mit dem Hinweis auf die uneinheitliche Terminologie. So würden regelmässig auch die Nationalbank sowie die Swisscom als gemischtwirtschaftliche Gesellschaften bezeichnet.

[25] STÖCKLI, Behördenmitglieder, 441; MANN, Gesellschaft, 198; GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten, §9, Rz. 314 f.

[26] BUOB, Aktiengesellschaften, Rz. 387; vgl. dazu bereits Botsch. Rev. OR 1928, 266: «Bei Ordnung derjenigen Verhältnisse, welche sich aus der Beteiligung des Gemeinwesens an einer Aktiengesellschaft und bei sogenannten gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen ergeben, muss grundsätzlich zwischen dem privatrechtlichen und dem öffentlichen Rechte scharf unterschieden werden. Das öffentliche Recht kann bestimmen, dass das Gemeinwesen durch seine Vertreter in der Verwaltung eines Aktienunternehmens, [die] mit den öffentlichen Interessen verknüpft sind, vertreten sein soll. […]. Dem öffentlichen Rechte ist weiter die Ordnung des Verhältnisses zwischen dem Gemeinwesen und den von ihm bestellten Vertretern überlassen, wobei die Vertretung kraft öffentlicher Stellung oder auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses, Dienstvertrag, Auftrag, Vollmacht, bestellt werden kann. Im [E]inzelnen sind hierüber verschiedene Modalitäten gedenkbar, und es kann insbesondere die — interne — Verantwortlichkeit gegenüber dem Gemeinwesen verschieden geordnet werden, je nachdem die abgeordneten Vertreter auf verbindliche Weisungen verpflichtet oder in ihren Entschliessungen frei sein sollen. Auch über diese Verhältnisse ist in diesem Gesetze nichts zu bestimmen. Durch das Gesetz zu ordnen sind dagegen der Grundsatz der Beteiligung des Gemeinwesens, die Rechtsstellung der von ihm abgeordneten Mitglieder und die Frage der Verantwortlichkeit.»

[27] WERNLI/RIZZI, BSK OR II, Art. 762, Rz. 15; vgl. GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten, §5, Rz. 186; POLTIER, entreprises, 286; FORSTMOSER/JAAG, Staat, Rz. 174 welche in diesem Fall von einem Auftragsverhältnis gemäss Art. 394 ff. OR ausgehen. Ob das Rechtsverhältnis zwischen dem Gemeinwesen und dem entsandten Verwaltungsrat privatrechtlicher Natur sein kann, ist in der Literatur umstritten. Ein solches kommt allenfalls in Frage, wenn das Gemeinwesen einen Dritten mit der Wahrnehmung der Position im Verwaltungsrat beauftragt. Ablehnend STÖCKLI, Behördenmitglieder, 420 f.; BUOB, Aktiengesellschaften, Rz. 295, wonach das Rechtsverhältnis ausschliesslich öffentlich-rechtlicher Natur ist.

Wenn in den Verwaltungsrat entsandte Vertreter Behördenmitglieder sind, basieren ihre Rechte und Pflichten gegenüber dem Gemeinwesen typischerweise auf der jeweiligen Verfassung oder auf organisationsrechtlichen Vorschriften. Diese Behördenmitglieder, die zur Vertretung der Interessen des Gemeinwesens in den Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft geschickt werden, handeln in ihrer amtlichen Funktion. Sie wurden nicht (unbedingt) aus eigenem Antrieb Teil dieses Gremiums, sondern aufgrund ihrer Position als Mitglied einer Behörde. Daher ist ihre Vertretung im Verwaltungsrat einer solchen Gesellschaft integraler Bestandteil ihrer Aufgaben im Rahmen ihres Dienstverhältnisses.[28] Meist definieren diese Vorschriften auch die Weisungsrechte des Gemeinwesens gegenüber seinen Behördenmitgliedern.[29] Dies gilt grundsätzlich auch für Parlamentarier, wenn sie vom Parlament als Vertreter in den Verwaltungsrat berufen werden. Wird jedoch ein Parlamentarier von der Exekutive als Vertreter bestimmt, verbindet sich zu diesen öffentlich-rechtlichen Aspekten auch ein auftragsrechtlicher.[30]

Handelt es sich beim abgeordneten Vertreter indessen um einen Angestellten der Verwaltung, so wird zwischen dem Gemeinwesen als Arbeitgeber und der betroffenen Person ein Arbeitsvertrag bestehen. Die Einzelheiten dieses Arbeitsverhältnisses sind in der Regel im Rahmen des kantonalen Personalrechts geregelt. In der Regel zeichnen sich diese Verträge durch eine besondere Nähe des Arbeitnehmers zum Gemeinwesen aus. Es gehört damit zu den Dienstpflichten des jeweiligen Angestellten, die öffentlichen Interessen des Gemeinwesens im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit zu berücksichtigen. Wird der Angestellte durch das Gemeinwesen als seinem Arbeitgeber in den Verwaltungsrat einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft entsandt, hat er auch im Rahmen dieser Mandatsausübung die Interessen des Gemeinwesens zu vertreten. Zu seinen Amtspflichten gehört nicht zuletzt die Gehorsamspflicht gegenüber den Weisungen einer übergeordneten Verwaltungsinstanz.[31]

Beauftragt das Gemeinwesen einen Dritten das Mandat im Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft wahrzunehmen, wird es mit diesem einen Mandatsvertrag abschliessen. Im Rahmen eines Auftrags oder eines auftragsähnlichen Vertrags wird dieser verpflichtet, die Interessen des Gemeinwesens bei der Ausübung seines Verwaltungsratsmandats entsprechend zu berücksichtigen.[32] Ob zwischen dem Gemeinwesen und dem beauftragten Dritten ein privatrechtliches oder ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis anzunehmen ist, gilt als umstritten.[33]

In Bezug auf das Innenverhältnis, sprich das Rechtsverhältnis zwischen dem Gemeinwesen und dem entsandten Verwaltungsratsmitglied, kommt dem Gesetzgeber ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu. Adressat dieser Bestimmungen ist dabei jedoch der Entsandte bzw. das Organ des Gemeinwesens, welches für die Instruktionen desselben verantwortlich ist und nicht die Gesellschaft selbst.

---

[28] STÖCKLI, Behördenmitglieder, 415.

[29] BUOB, Aktiengesellschaften, Rz. 287 ff.

[30] BUOB, Aktiengesellschaften, Rz. 290; STÖCKLI, Behördenmitglieder, 420 mit dem Hinweis, dass es zu empfehlen sei, die Rechte und Pflichten des Staatsbediensteten im Rahmen seiner Tätigkeit als Entsandtem zusätzlich zum Pflichtenheft oder in einem zusätzlichen Vertrag zu regeln und verweist dabei auch Beispiele wie Solothurn, Waadt und Wallis. Konsequenterweise hat gemäss POLTIER, entreprises, 287 das Gemeinwesen gegenüber entsandten Parlamentariern kein Weisungsrecht.

[31] BUOB, Aktiengesellschaften, Rz. 291 ff.; ebenso STÖCKLI, Behördenmitglieder, 416.

[32] BUOB, Aktiengesellschaften, 294 f.

[33] Für ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis STÖCKLI, Behördenmitglieder 420 f.; BUOB, Aktiengesellschaften, Rz. 295.

3.1.2.2 Aussenverhältnis (zwischen Vertreter und Aktiengesellschaft)

Das Aussenverhältnis, sprich die Rechtsstellung des entsandten Vertreters in der Gesellschaft, ist durch das Gesellschaftsrecht zwingend vorgegeben und die Besonderheiten der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft in Art. 762 OR entsprechend normiert. Es stellt sich vorliegend die Frage, ob die Bestimmung dem Gemeinwesen Einflussmöglichkeiten auf die gemischtwirtschaftliche Gesellschaft bietet, die über die bereits dargestellten Aktionärsrechte hinausgehen. Insbesondere die Reichweite eines auf Art. 762 OR basierenden Weisungsrechts wird in der Literatur kontrovers diskutiert.[34]

Einige Autoren verweisen bei dieser Frage auf Art. 762 Abs. 3 OR. Danach haben die abgeordneten Verwaltungsräte ab dem Zeitpunkt ihrer Entsendung dieselben Rechte und Pflichten wie diejenigen, die anlässlich der Generalversammlung gewählt wurden. Ein gesetzliches Weisungsrecht des Gemeinwesens lässt sich nach dieser Lehrmeinung aus Art. 762 OR nicht ableiten.[35]

Die herrschende Lehre bejaht heute indessen den Bestand eines Weisungsrechts und stützt sich bei der Argumentation auf die Haftungsfolge der Entsendung für das Gemeinwesen. Entsendet das Gemeinwesen Vertreter in den Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft, haftet es anstelle der Entsandten für Schäden, die durch deren Pflichtverletzungen verursacht wurden (Art. 762 Abs. 4 OR). Ohne dieses Weisungsrecht würde allein die Entsendung des Verwaltungsrates zur Haftung führen, ohne dass das Gemeinwesen die Möglichkeit hätte, sich durch den Nachweis einer sorgfältigen Auswahl zu entlasten. Das Weisungsrecht wahrt somit das im schweizerischen Haftpflichtrecht verankerte Prinzip, dass Einflussnahme und Haftung Hand in Hand gehen. Nur wenn dem Gemeinwesen die Möglichkeit zugestanden wird, auf die Entscheidungen der Gesellschaft Einfluss zunehmen, kann es für die daraus resultierenden Konsequenzen die Verantwortung übernehmen.[36]

Währenddessen bleibt der Umfang des Weisungsrechts des Gemeinwesens Gegenstand einer anhaltenden Debatte. Ein Teil der Lehre sieht das Weisungsrecht inhaltlich durch die aktienrechtlich bestimmte Organstellung begrenzt. Zwar sieht Art. 762 OR eine abweichende Haftungsregelung vor – bei der Frage der Pflichtverletzung sind dem Verweis von Abs. 3 folgend, allein die Bestimmungen des Aktienrechts massgebend.[37] Die Weisungen des Gemeinwesens sind so zu gestalten,

---

[34] Vgl. zum Meinungsstand BUOB, Aktiengesellschaften, Rz. 404; STÖCKLI, Behördenmitglieder, 460 ff.; WERNLI/RIZZI, BSK OR II, Art. 762, Rz. 23 f.

[35] LIPS-RAUBER, Rechtsbeziehung, 68 f.; vgl. VON PLANTA, Haftung 50 f. m.w.H. wonach Art. 762 Abs. 3 OR zu einer Gleichstellung des Gemeinwesens mit privaten Aktionären führe. Im Rahmen des Gesellschaftsinteresses könne zwar Raum für die Verfolgung öffentlicher Interessen bestehen, jedoch kein gesellschaftsrechtlich relevantes Weisungsrecht.

[36] BUOB, Aktiengesellschaften, Rz. 432 ff.: Der haftungsrechtliche Grundsatz wird insofern durchbrochen, als dass sich die Haftung des Gemeinwesens nicht nach dem *eigenen* Verhalten, sondern nach dem *des Vertreters* bemisst. Es ist der Vertreter, der seine Pflicht verletzt und das Gemeinwesen, welches an dessen Stelle haftet. Ferner ist es für die Haftung des Gemeinwesens unerheblich, ob die Einflussnahme tatsächlich stattgefunden hat. Art. 762 Abs. 4 führt damit zu einer Organisationshaftung, bei welcher im Unterschied zu Art. 55 OR dem Gemeinwesen die Exkulpation nicht offensteht; vgl. GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten, Rz. 341; STÖCKLI, Behördenmitglieder, 463 f.; ferner STOFFEL, Beamte, 239 f.: «Die Einräumung des Entsendungsrechts unter gleichzeitigem Ausschluss von Weisungen der öffentlichen Hand an ihre Vertreter kann verglichen werden mit einer Zielsetzung, zu deren Realisierung das wichtigste Mittel verboten wird.»; ebenso MÜLLER/FRIEDRICH, Gutachten 2021, Rz. 79 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, Rz. 174.

[37] BUOB, Aktiengesellschaften, Rz. 407.

als wäre es selbst Mitglied des Verwaltungsrats. Es kann dem Vertreter konkrete Vorgaben zur Stimmabgabe machen und dabei sein eigenes Ermessen an die Stelle des Ermessens des Vertreters setzen. Dementsprechend findet es seine inhaltliche Grenze im statutarischen Zweck der Gesellschaft.[38] MÜLLER und FRIEDRICH weisen darauf hin, dass das Gemeinwesen durch das innenrechtliche Verhältnis die Möglichkeit hat, verbindliche Weisungen zu erteilen. Eine allfällige Begrenzung dieser Befugnis ergebe sich aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip. Dementsprechend sei «im Normalfall die primäre Zuständigkeit des Verwaltungsrats zu respektieren» und «nur zurückhaltend auf die Festlegung der strategischen Ausrichtung Einfluss [zu] nehmen».[39] Andere Ansichten gehen beim Umfang des Weisungsrechts noch einen Schritt weiter. Danach besteht das Weisungsrecht des Gemeinwesens auch dann, wenn die entsprechende Umsetzung durch den entsandten Verwaltungsrat der Gesellschaft schaden könnte.[40]

Letztlich gilt es zu klären, ob durch den Erlass öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen die Weisungsbindung der entsandten Verwaltungsräte erweitert werden könnte. Kann das Gemeinwesen also innerhalb des durch das Gesellschaftsrecht vorgegebenen Rahmens Weisungen erteilen, oder besteht gar die Möglichkeit, durch öffentlich-rechtliche Bestimmungen die aktienrechtlichen Vorgaben zu übersteuern? Sollte der Gesetzgeber Bestimmungen erlassen, die den aktienrechtlichen Regelungen widersprechen, entsteht ein Normenkonflikt zwischen dem Aktienrecht und dem öffentlich-rechtlichen Spezialgesetz. Bei der Auflösung dieses Konflikts spielt es eine entscheidende

---

[38] BUOB, Aktiengesellschaften, Rz. 443 ff.: «Das Gemeinwesen kann (…) den Vertreter im Rahmen des Gesellschaftszwecks ganz allgemein auf die bestmögliche Wahrung des öffentlichen Interesses (…) verpflichten»; gl. M. GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten, §9, Rz. 342; STÖCKLI, Behördenmitglieder, 467: «Die Weisungsbefolgungspflicht des entsandten Vertreters findet demnach auch hier ihre Grenze in den Organpflichten, die gegenüber der Gesellschaft bestehen. Es darf aber nicht ausser Acht gelassen werden, dass die an der Gesellschaft beteiligte öffentlich-rechtliche Körperschaft faktisch die Möglichkeit hat, gesellschaftsschädigende Interessen in den Verwaltungsrat einzubringen, sofern der Vertreter gewillt ist, ihre Weisungen ungeachtet eines entgegengesetzten Gesellschaftsinteresses im Verwaltungsrat zur Geltung zu bringen. Ein solches Verhalten kann aber eine Haftung der öffentlichrechtlichen Körperschaft auslösen.»; ZEN-RUFFINEN/BAUEN, conseil, §1, Rz. 68 ff.: «Le devoir de fidélité envers la société (et l'intérêt de la société) devant prévaloir, l'administrateur ne pourra en particulier donner suite aux instructions de la corporation de droit public que dans les limites de ses devoirs d'administrateur envers la société.»; vgl. bereits STOFFEL, Beamte, 266 ff.; SCHUCANY, Komm., Art. 762, 211.

[39] MÜLLER/FRIEDRICH, Gutachten 2021, Rz. 80.

[40] FORSTMOSER/JAAG, Staat, Rz. 73; FORSTMOSER/KÜCHLER, Vertreter, 41; SCHÜRMANN, Rechtsfragen, 344; HÄNNI, OFK OR, Art. 762, Rz. 12, welcher u.a. unter Verweis auf GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten, §9, Rz. 338 und STÖCKLI, Behördenmitglieder 460 ff. diese Position als h. L. bezeichnet. Es gilt jedoch wie vorliegend zwischen dem *Bestand* und dem *Umfang* des Weisungsrechts zu differenzieren. Während die h.L. den Bestand des Weisungsrechts bejaht, sehen einige Autoren den Umfang des Weisungsrechts im Zweck der Gesellschaft begrenzt. Vgl. GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten, §9, Rz. 342: «Nicht gefolgt werden kann m.E. dagegen der in der Lehre vertretenen Ansicht, dass die dem abgeordneten Staatsvertreter erteilten Weisungen auch dann verbindlich seien, wenn sie den Interessen der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft zuwiderlaufen.» Ferner STÖCKLI, Behördenmitglieder, 467: «Als Ergebnis ist festzuhalten, dass auch der entsandte Vertreter nach Art. 762 OR an Weisungen der entsendenden öffentlich-rechtlichen Körperschaft gebunden werden darf. Die Weisungsbefolgungspflicht des Staatsvertreters findet allerdings ihre Grenze in den Organpflichten, die der Gesellschaft gegenüber bestehen. Dies bedeutet, dass der Staatsvertreter befugt ist, die Befolgung gesellschaftsschädigender Weisungen der öffentlich-rechtlichen Körperschaft zu verweigern.»

Rolle, ob die speziellen Regelungen auf Bundes- oder Kantonsebene basieren. Wenn sich der Bundesgesetzgeber dafür entscheidet, von den gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen abzuweichen, hat gemäss dem lex specialis Grundsatz die Spezialregelung grundsätzlich Vorrang. Bei kantonalen Spezialgesetzen sieht die Rechtslage anders aus; die Kantone müssen ausserhalb von Art. 763 OR die Vorgaben des Bundesrechts einhalten.[41]

Gemäss den zivilrechtlichen Vorgaben des Bundes sind auch kantonale Bestimmungen, die für bestimmte strategische Entscheidungen die Zustimmung kantonaler Vertreter verlangen, als unzulässig zu betrachten.[42] In diesem Licht erscheint §10 des Flughafengesetzes ZH als bundesrechtswidrig, da er vorschreibt, dass bestimmte Entscheidungen nicht ohne die Zustimmung der vom Kanton entsandten Verwaltungsratsmitglieder getroffen werden dürfen. Das BGer äussert sich zur Thematik, allerdings in anderem Sachzusammenhang, skeptisch und stellt klar: «Das Aktienrecht enthält keine Grundlage, welche es der Körperschaft des öffentlichen Rechts erlauben würde, über die in Art. 762 Abs. 1 OR vorgesehenen Entsendung eines Vertreters in den Verwaltungsrat oder in die Revisionsstelle hinaus die Gesellschaft zur Einführung eines Vetorechts des Entsendeten zu verpflichten. Vielmehr sieht Art. 762 Abs. 3 OR vor, dass die abgeordneten Mitglieder des Verwaltungsrats (bzw. der Revisionsstelle) die gleichen Rechte und Pflichten haben wie die von der Generalversammlung gewählten.»[43]

Art. 762 OR regelt nur das Entsenden und Abberufen von den Mitgliedern des Verwaltungsrates. Sind diese einmal entsandt, verfügen sie über dieselben Rechte, wie die übrigen Mitglieder, welche durch Wahl der Generalversammlung bestimmt wurden.[44] Die Materialien zur praktisch deckungsgleichen Vorgängerbestimmung[45] bestätigen, dass der historische Gesetzgeber nicht die Absicht hatte, dem Gemeinwesen ein weitergehendes Weisungsrecht einzuräumen.[46]

Es stellt sich damit die Frage ob und inwiefern das Bundesprivatrecht dem kantonalen Gesetzgeber Spielraum lässt, durch öffentlich-rechtliche Regelungen das Aktienrecht zu übersteuern: Gemäss Art. 6 ZGB werden die Kantone in der Schaffung öffentlichen Rechts durch das Bundeszivilrecht nicht beschränkt. Das Bundesgericht setzt jedoch Grenzen: Für die Zulässigkeit kantonaler Regelungen muss sichergestellt sein, dass der Bund die betreffende Materie nicht abschliessend geregelt hat, die kantonalen Bestimmungen auf einem schutzwürdigen öffentlichen Interesse basieren und nicht gegen den Sinn und Zweck der relevanten Bundesvorschriften verstossen.[47] Das BGer verfügt bei der Beurteilung dieser Voraussetzungen über einen erheblichen rechtspolitischen Ermessensspielraum, da es die Verletzung des Vorrangs des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV) mit voller Kognition prüft (Art. 72 ff. BGG).[48] Ob eine bestimmte Materie durch den

---

[41] STÖCKLI, Behördenmitglieder, 470 f.; ferner FREUDIGER, Anstalt, 127 ff.

[42] VOGEL, Luftfahrtinfrastruktur, Rz. 8.49; HETTICH, Infrastrukturverfassung, Rz. 29.

[43] BGer 1C_22/2010 vom 06.10.2010, E. 3.3.3.

[44] Art. 762 Abs. 3 OR; WERNLI/RIZZI, BSK OR II, Art. 762, Rz. 4.

[45] Zu den entsprechenden Änderungen siehe Botsch. Rev. OR 1983, 938 f.; Seitdem können ausschliesslich Mitglieder in den Verwaltungsrat *oder* die Revisionsstelle entsendet werden. Zudem entfiel die in Abs. 3 vorgesehene Befreiung zur Hinterlegung der Pflichtaktie für entsandte Mitglieder, da durch die Abschaffung der Pflichtaktien diese Regelung hinfällig wurde.

[46] Botsch. Rev. OR 1928, 266 f.; zur Entstehungsgeschichte von Art. 762 OR siehe ferner STÄMPFLI, Aktiengesellschaft, 109 ff.

[47] BGE 143 I 403, E. 7.1; BGE 137 I 135, E. 2.5.2; BGE 122 I 18, E. 2a aa.; BGE 120 Ia 89, E. 2b; BGE 110 Ia 111, E. 3b; BGE 104 Ia 105, E. 4a; LARDELLI/VETTER, BSK ZGB I, Art. 6, Rz. 10; KLEY/SEFEROVIC, OFK ZGB, Art. 6, Rz. 2; MARTI, CHK, Art. 6, Rz. 4; KOLLER, BK ZGB, Art. 6, Rz. 200 ff.

[48] LARDELLI/VETTER, BSK ZGB I, Art. 6, Rz. 12; KOLLER, BK ZGB, Art. 6, Rz. 200.

Bundesgesetzgeber umfassend geregelt wurde, ist im jeweiligen Einzelfall mittels Auslegung zu ermitteln.[49] Es ist dabei zu klären, ob das Gesetz dem kantonalen Gesetzgeber allenfalls einen entsprechenden Regelungsspielraum belassen hat. Nach der Rechtsprechung des BGer sind kantonale öffentlich-rechtliche Vorschriften auch dann möglich, wenn der Bund einen gewissen Bereich zwar geregelt hat, die kantonalen Vorschriften aber einen anderen Zweck verfolgen. Der Bundesgesetzgeber muss die Regelung eines bestimmten Bereichs ausschliessen.[50] Kantonale öffentlich-rechtliche Regelungen sind dort ausgeschlossen, wo das Bundeszivilrecht eine Materie bereits umfassend regelt.[51] Hierzu zählt beispielsweise die Regelung der Handelsgesellschaften.[52] Da die bundesrechtliche Kodifikation des Gesellschaftsrechts grundsätzlich abschliessend ist, können die Kantone die Organisationstypen nicht imitieren, abwandeln oder kombinieren.[53] Ferner regeln Art. 762 f. OR umfassend auf welche Weise ein Gemeinwesen auf die Tätigkeit einer Aktiengesellschaft Einfluss nehmen kann. Will der kantonale Gesetzgeber von den dargelegten Regeln des Aktienrechts abweichen, bleibt ihm die Möglichkeit eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft (Art. 763 OR) zu errichten. Hierfür muss das kantonale Spezialgesetz die Grundzüge der Organisation, die Herkunft und Verwendung des Kapitals sowie Zweck und Haftungsverhältnisse klären. Die Mitwirkung der Behörde in der Verwaltung muss über das Abordnungsrecht gemäss Art. 762 OR hinausgehen, wobei eine reine Aufsicht nicht ausreicht. Zudem muss der Kanton, sofern die Gesellschaft nicht vor dem 1. Januar 1883 gegründet wurde, die subsidiäre Haftung für deren Verbindlichkeiten übernehmen.[54] Die Gründung einer kantonalen spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft ist im BLSG nicht vorgesehen; es geht um die Regelung einer bereits eingegangenen Beteiligung an einer bestehenden privatrechtlichen Aktiengesellschaft. Geregelt wäre die Übernahme einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft durch eine Körperschaft des öffentlichen Rechts

---

[49] Für eine beispielhafte Aufzählung von Fallgruppen siehe KOLLER, BK ZGB, Art. 6, Rz. 212 ff.

[50] BGE 143 I 403, E. 7.1; BGE 138 I 435 E. 3.1; KOLLER, BK ZGB, Art. 6, Rz. 204: «Die Kantone verlieren ihre Regelungszuständigkeit nur, wenn das Bundesrecht in einem bestimmten Bereich einen sowohl *umfassenden* als auch *ausschliesslichen* Charakter hat».

[51] LARDELLI/VETTER, BSK ZGB I, Art. 6, Rz. 5: Viele Sachbereiche sind heute durch das Bundesrecht umfassend geregelt und dem öffentlichen Interesse wird in umfassender Weise Rechnung getragen. Spezialgesetze definieren den Bereich und die Voraussetzungen, unter welchen die Kantone öffentlich-rechtliche Bestimmungen erlassen können. Vor diesem Hintergrund ist auch Art. 762 f. zu betrachten.

[52] MARTI, CHK ZGB, Art. 6, Rz. 5; MARTI, ZK ZGB, Art. 6-B-IV-1-3, Rz. 283; STÖCKLI, Behördenmitglieder 289; In der Lehre wird vielfach auf den fortlaufenden Funktionsverlust von Art. 6 Abs. 1 ZGB im Zuge des Ausbaus des Bundesrechts hingewiesen; siehe dazu KOLLER, BK ZGB 1-9, Art. 6 ZGB, Rz. 121, 126.

[53] HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1702.

[54] WERNLI/RIZZI, BSK OR II, Art. 763, Rz. 2 ff.; STÖCKLI, Behördenmitglieder, 153 f.; SCHAUB, Vereinbarkeit, 148 ff. betrachtet dieses Erfordernis als unzulässigen Eingriff des Bundes in die Organisationsautonomie der Kantone. Er argumentiert, dass es sich bei den spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften um eine Organisationsform der kantonalen Verwaltung handelt. Die Gründung einer solchen Gesellschaft falle somit unter die verfassungsrechtlich geschützte Organisationsautonomie der Kantone. Dies gelte auch, wenn die kantonale Aktiengesellschaft eine gewinnorientierte (Neben-)Tätigkeit ausübt. Denn eine solche Tätigkeit sei, angesichts des verfolgten öffentlichen Interesses, möglicherweise nur nebensächlich und könne allein die unternehmerische Aktivität des Gemeinwesens nicht legitimieren. In diesem Sinne schreibt Art. 763 OR verbindlich vor, wie der Kanton seine Verwaltungsträger organisieren soll. Zu solchen Vorgaben sei der Bund verfassungsrechtlich jedoch nicht befugt.

durch Art. 751 OR: Die Übernahme erfordert die Zustimmung von mindestens zwei Drittel der vertretenen Stimmen und der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte.[55]
Die Gründung einer spezialgesetzlichen kantonalen Aktiengesellschaft unterscheidet sich von Konstellationen, in welchen sich der Kanton für die privatrechtliche Aktiengesellschaft als Organisationsform für ein öffentliches Unternehmen entscheidet und durch den Erlass kantonaler Bestimmungen auf dessen Organisation Einfluss nimmt. Spezialgesetzliche Aktiengesellschaften sind Gebilde des öffentlichen Rechts und stellen somit auch keine Modifikation des Gesellschaftsrechts des Bundes dar.[56] Entscheidet sich der Kanton indessen eine privatrechtliche Aktiengesellschaft zu gründen, verlässt er den Boden des öffentlichen Rechts und ist an die gesellschaftsrechtlich vordefinierte Gesellschaftsformen gebunden. Er kann diese nicht modifizieren, indem er sich konkret durch den Erlass öffentlich-rechtlicher Bestimmungen über das Zivilrecht hinausgehende Einwirkungsrechte sichert.[57]
Sofern der kantonale Gesetzgeber mit dem BLSG versucht, die gesellschaftsrechtlich vordefinierte Gesellschaftsform der Aktiengesellschaft zu modifizieren, bewegt er sich damit nicht mehr im Rahmen seiner kantonalen Organisationsfreiheit und verletzt übergeordnetes Bundesrecht. Während die Pflicht zu Verhandlung von Gesamtarbeitsverträgen und betreffend Einsitz des Personals im Verwaltungsrat bei spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften oder öffentlich-rechtlichen Anstalten möglich ist, greift eine solche Bestimmung, sofern sie eine privatrechtliche Aktiengesellschaft adressiert, in deren gesellschaftsrechtlich definierte Organisationsbereich ein. Es obliegt der Gesellschaft bzw. ihrer Organe zu entscheiden, ob sie einen GAV abschliessen oder ob sie einen Verwaltungsratsposten durch einen Personalvertreter der Gesellschaft besetzen. Dem Gemeinwesen bleibt lediglich die Möglichkeit, im Rahmen des Innenverhältnisses[58] und seiner aktienrechtlich definierten Eignerrolle auf diese Entscheidungen in den zuständigen Gremien Einfluss zu nehmen.[59] Es ist zu betonen, dass der Bund, obwohl er generell Regelungen abweichend von den allgemeinen Bestimmungen des Bundesprivatrechts durch eine spezielle Regelung erlassen kann, im Postorganisationsgesetz (Art. 9 Abs. 2 POG) oder im Telekommunikationsunternehmensgesetz (Art. 16 abs. 2 TUG) lediglich eine *Verhandlungs*pflicht und keine *Abschluss*pflicht vorsieht. Die Abschlusspflicht könnte auch unter Berücksichtigung der grundrechtlich geschützten negativen Koalitionsfreiheit der Gesellschaft kritisch betrachtet werden und die Gesellschaft in unvorteilhafte Verhandlungspositionen versetzen.

3.1.3 Haftung

Das Gemeinwesen haftet nicht automatisch für die durch einen gewählten Verwaltungsrat verursachte Schäden, sofern keine einschlägige öffentlich-rechtliche Haftungsbasis vorliegt.[60] Wenn das Gemeinwesen aber als Aktionär Aufgaben im Zuständigkeitsbereich des Verwaltungsrates übernimmt und Strategie- und Geschäftsentscheidungen beeinflusst, kann sich daraus eine Haftung aufgrund faktischer Organschaft ergeben.[61] Faktische Organe sind Personen, die Entscheidungen

[55] TSCHÄNI, BSK OR II, Art. 751, Rz. 1 ff.
[56] SCHAUB, Vereinbarkeit, 157.
[57] SCHAUB, Vereinbarkeit, 163 f. mit dem Hinweis auf das Urteil 1C_22/2010 vom 6. Oktober 2010.
[58] Vgl. 3.1.2.1.
[59] Vgl. 3.1.1.
[60] GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten, §9, Rz. 312.
[61] Vgl. Regierungsrat, Vortrag vom 08.03.2023, 8, 16 f.

fällen, die normalerweise den offiziellen Organen der Gesellschaft vorbehalten sind und somit massgeblich die Willensbildung der Gesellschaft beeinflussen.[62] Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist für die Haftung als faktisches Organ erforderlich, «dass die nach der internen Organisation tatsächlich mit der Leitung der Gesellschaft befasste Person in eigener Entscheidbefugnis die sich daraus ergebenden Pflichten zu erfüllen hat, sie also selbstständig und eigenverantwortlich handelt. Eine blosse Mithilfe bei der Entscheidung genügt demgegenüber für eine Organstellung nicht.» Erforderlich, wenn auch nicht ausreichend sei dabei, «dass die tatsächlich als Organ handelnde Person den durch die Verletzung einer entsprechenden Pflicht eingetretenen Schaden verhindern kann.»[63] Die Geschäftsführung kann dabei direkt oder indirekt erfolgen. Von einer indirekten oder mittelbaren Befassung mit der Geschäftsführung ist die Rede, wenn diese durch einen weisungsabhängigen Dritten wahrgenommen wird. Für die Qualifikation als faktisches Organ ist die Differenzierung indessen unerheblich.[64]

Nimmt das Gemeinwesen auf die im Rahmen der Generalversammlung gewählten Verwaltungsräte Einfluss und versucht damit entsprechende Strategie- oder Geschäftsentscheide der Gesellschaft zu erwirken, handelt es als faktisches Organ und macht sich (sofern die übrigen Haftungsvoraussetzungen erfüllt sind) haftbar.

Ebenso ergibt sich bei den nach Art. 762 OR entsandten Verwaltungsräten die direkte und primäre Haftung des Gemeinwesens aus Absatz 4. Das Gemeinwesen ist für Schäden, die durch die pflichtwidrige Handlung der entsandten Verwaltungsräte verursacht werden, verantwortlich. Aufgrund der solidarischen Haftung der Verwaltungsratsmitglieder kann diese Bestimmung zu erheblichen finanziellen Belastungen für das Gemeinwesen führen.[65] Gegen den abgeordneten Vertreter können keine Haftungsansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit entstehen. Dieser kann selbst aktienrechtlich unzulässigen Weisungen des Gemeinwesens folgen, ohne eine persönliche Verantwortlichkeit fürchten zu müssen. Damit haftet das Gemeinwesen gemäss Art. 762 Abs. 4 OR nicht neben, sondern anstelle seiner abgeordneten Vertreter, sofern dieser eine Pflicht verletzt.[66]

Die Aktionärsrechte des Gemeinwesens bieten Einflussmöglichkeiten, ohne dass daraus Haftungsfolgen entstehen. Nutzt das Gemeinwesen jedoch sein Abordnungsrecht gemäss Art. 762 Abs. 1 OR, erweitern sich seine Einflussmöglichkeiten durch die entsandten Verwaltungsräte, insbesondere bei strategischen und geschäftlichen Entscheidungen. Jedoch bringt diese intensivere Beteiligung für das Gemeinwesen auch haftungsrechtliche Konsequenzen mit sich: Bei pflichtwidrigem Handeln des entsandten Verwaltungsratsmitglieds haftet das Gemeinwesen für entstandene Schäden.[67]

---

[62] GERICKE/WALLER, BSK OR II, Art. 754, Rz. 5; BGE 128 III 92, E. 3a.; BGE 117 II 570 E. 3; vgl. BGE 136 III 14, E. 2.4: «Pour qu'une personne soit reconnue comme administrateur de fait, il faut qu'elle ait eu la compétence durable de prendre des décisions excédant l'accomplissement des tâches quotidiennes, que son pouvoir de décision apparaisse propre et indépendant et qu'elle ait été ainsi en situation d'empêcher la survenance du dommage.»

[63] BGer 4A_306/2009 vom 08.02.2010, E. 7.1.1 m.w.H.

[64] VETTER/GUTZWILLER, Faktische Organschaft, 225.

[65] WERNLI/RIZZI, BSK OR II, Art. 762, Rz. 20.

[66] BUOB, Aktiengesellschaften, Rz. 435.

[67] GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten, §9, Rz. 312.

3.1.4 Staatsinterne Zuständigkeit

Ein verselbständigter Aufgabenträger steht regelmässig unter der (direkten) Aufsicht der Regierung, während das Parlament lediglich die Rolle der Oberaufsicht wahrnimmt (diese Unternehmen sind im Schrifttum auch als «Regierungsunternehmen» bezeichnet). Alternativ kann der Schwerpunkt der Aufsicht beim Parlament liegen, wobei dann eine parlamentarische Aufsichtskommission für das öffentliche Unternehmen zuständig ist (bezeichnet als «Parlamentsunternehmen»). Oftmals zeigen sich in der Praxis Mischformen, die den staatlichen Organen unterschiedliche Einwirkungs- und Kontrollrechte zugestehen.[68]

Das Einräumen von direkten Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten für das Parlament bedingt eine geteilte Verantwortung zwischen den verschiedenen Organen des Gemeinwesens und erhöht den politischen Einfluss auf den Aufgabenträger. Aus den genannten Gründen favorisiert STÖCKLI die Wahrnehmung der Aufsicht durch die Regierung. Die Rolle des Parlaments sollte sich auf die Oberaufsicht – sprich auf die Aufsicht über die Aufsichtstätigkeit der Regierung, beschränken.[69] GUTZWILLER betont zudem, dass die Parlamentsarbeit im Wesentlichen öffentlich ist, wodurch Geheimhaltungsinteressen öffentlicher Unternehmen nicht mehr gewährleistet seien.[70]

Im Fall des Kantons Bern wurde eine Richtlinie zur Führung, Steuerung und Aufsicht anderer Träger öffentlicher Aufgaben und Beteiligungen im öffentlichen Interesse veröffentlicht. Sie bezieht sich auf Art. 95 Abs. 3 der KV, laut dem der Regierungsrat in erster Linie die Aufsicht über andere Träger öffentlicher Aufgaben hat. Parallel dazu obliegt dem Grossen Rat die Oberaufsicht. Gemäss Art. 95 Abs. 3 KV muss das Gesetz die angemessene Mitwirkung des Grossen Rates in der Aufsicht sicherstellen.[71] Die Regierung trägt somit die primäre politische Verantwortung.[72] Die vom Parlament wahrgenommene Oberaufsicht fokussiert auf die Kontrolle des Regierungsrates. Jedoch geht damit kein direktes Weisungsrecht an den Regierungsrat einher,[73] und seine Beschlüsse können nicht aufgehoben oder geändert werden. Die parlamentarische Kontrolle dient vor allem der Kritik und dem Anstoss für mögliche Anpassungen.[74] Laut Art. 95 Abs. 3 KV ist ausdrücklich eine angemessene Mitwirkung vorgesehen. BOLZ erwähnt exemplarisch die

[68] STÖCKLI, Behördenmitglieder, 225 ff.; GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten, §5, Rz. 153.

[69] STÖCKLI, Behördenmitglieder, 229 f.

[70] GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten, §5, Rz. 155; dies gelte insbesondere dann, «[…] wenn der Staat Einblick in privilegierte strategierelevante Informationen verlangt, die aus Gründen der Geheimhaltung weder anderen Aktionären (sofern vorhanden) noch der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden. Wenn der Staat Zugang zu solchen vertraulichen Informationen erhalten soll, ist sicherzustellen, dass dieser Zugang nicht nur in sachlicher, sondern auch in adressatenmässiger Hinsicht auf das Notwendige beschränkt wird.»

[71] Public Corporate Governance Richtlinien, 15; vgl. ferner 17: «Zuvorderst in der Aufsichtspflicht steht der Regierungsrat. Sekundär in der Aufsichtsverantwortung steht das Parlament bzw. die mit dieser Aufgabe betraute Geschäftsprüfungskommission (GPK). Die Funktion der GPK besteht primär darin, zu kontrollieren, ob die Aufsicht des Regierungsrates funktioniert. Im Normalfall reichen die Oberaufsichtsbefugnisse (inkl. die Einsichts- und Auskunftsrechte) so weit wie diejenigen der Regierung (Akzessorietät). Im Krisenfall stehen der parlamentarischen Oberaufsicht aber ausnahmsweise auch weiterreichende Befugnisse zu.»

[72] MÜLLER/FRIEDRICH, Gutachten 2021, Rz. 69.

[73] Vgl. NUSPLIGER, Regierung, 153 mit dem Hinweis, dass ein Weisungsrecht des Parlaments nur dann besteht, wenn ein solches direkt der Verfassung oder dem Gesetz zu entnehmen ist.

[74] Verfassungskommission BE Entwurf, 107.

Beteiligung bei Wahlen, Entscheidungskompetenzen oder der Besetzung des VR. Die genaue Definition von Pflichten und Zuständigkeiten sollte gesetzlich festgelegt werden.[75]
Nicht ausgeschlossen ist auch, dass das Stimmvolk in die Weisungserteilung involviert wird.[76] Gemäss §19 Flughafengesetzes ZH müssen bestimmte Weisungen des Regierungsrates an die abgeordneten Vertreter im Verwaltungsrat zuerst vom Kantonsrat genehmigt werden. Ein solcher Beschluss des Kantonsrats kann einem fakultativen Referendum unterzogen werden.[77] Auch in diesem Fall erfolgt jedoch keine direkte Weisung durch den Kantonsrat.

3.2 Auskunfts- und Einsichtsrechte

Ohne Einblick in die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft kann das Gemeinwesen als Aktionär seine Investition in die Gesellschaft nicht sachgerecht beurteilen.[78] Informationsrechte sind ferner unerlässlich für die Willensbildung in der GV sowie die Durchsetzung von individuellen Aktionärsrechten. In Anlehnung an obige Ausführungen muss dabei zwischen dem Rechtsverhältnis des Gemeinwesens zum Vertreter im Verwaltungsrat und dem gesellschaftsrechtlich definierten Verhältnis zur Gesellschaft unterschieden werden. Für das Ausmass der erlaubten Informationsweitergabe ist nicht die interne Rechtsbeziehung, sondern das organschaftliche Rechtsverhältnis entscheidend.[79] Das Gesellschaftsrecht bestimmt, welche Informationen ein Verwaltungsratsmitglied mit den Aktionären teilen darf.[80] Hier setzt vor allem die Pflicht zur Gleichbehandlung der Aktionäre nach Art. 717 Abs. 2 OR der Möglichkeit der Privilegierung eines Aktionärs Grenzen.

3.2.1 Umfang Informationsrechte von Minderheitsaktionären

Dem schweizerischen Aktienrecht liegt ein dreistufiges Informationskonzept zugrunde.[81] Zunächst wird die Gesellschaft verpflichtet, den Aktionären die für die Ausübung der Aktionärsrechte in der Generalversammlung notwendigen Informationen zur Verfügung zu stellen (Geschäfts- und Revisionsbericht). Hält der Aktionär die ihm zur Verfügung gestellten Informationen für unzureichend, so kann er anlässlich einer ordentlichen oder ausserordentlichen Generalversammlung gegenüber dem Verwaltungsrat sein Auskunftsrecht ausüben.[82] Nach Ausübung des Auskunfts- oder ggf. des Einsichtsrechts hat der Aktionär das Recht, eine Sonderprüfung zu verlangen (Art. 697d OR). Dieses Informationskonzept wurde in der Aktienrechtsrevision 2020

[75] BOLZ, Art. 95 KV, 503.
[76] STÖCKLI, Behördenmitglieder, 446.
[77] Am 19. Mai 2021 forderte der Regierungsrat den Kantonrat auf, seiner der Pistenverlängerung zustimmenden Weisung zuzustimmen. Die Kommission für Energie, Verkehr und Umwelt (KEVU) entschied am 28. März 2023, dem Antrag des Zürcher Regierungsrats zuzustimmen. Am 28. August gab auch der Kantonsrat grünes Licht. Nachdem jedoch gegen den Entscheid des Kantonsrats ein Referendum eingeleitet wurde, liegt die finale Entscheidung nun beim Zürcher Stimmvolk. Die entsprechende Volksabstimmung ist für 2024 geplant. Siehe dazu FLUGHAFEN ZÜRICH, Pistenverlängerungen – Fakten und Hintergründe, 6.
[78] Vgl. BGE 133 II 453, 456 f., E. 7.2.
[79] GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten, §9, Rz. 319.
[80] BUOB, Aktiengesellschaften, Rz. 336 f.
[81] Vgl. BGE 133 II 453, 456 f., E. 7.2; STÖCKLI, Informationsrechte, 227 f.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, §16, Rz. 320 verweisen indessen auf ein vierstufiges Informationskonzept.
[82] TRIGO TRINDADE, CR CO, Art. 697, Rz. 16; KUNZ, BK OR, Art. 696-697g, Rz. 39.

grundsätzlich beibehalten, wobei es zu punktuellen Anpassungen gekommen ist.[83] Von Interesse ist vorliegend die zweite Stufe: Das *Auskunfts-* und *Einsichtsrecht*.

Das *Auskunftsrecht* berechtigt, Informationen über die Angelegenheiten der Gesellschaft zu erhalten, soweit diese für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich sind (Art. 697 Abs. 1 OR).[84] Der Begriff der Angelegenheiten der Gesellschaft ist weit auszulegen.[85] Die Erforderlichkeit ist dann gegeben, wenn ein aktuelles Rechtsschutzinteresse besteht sowie zwischen der Frage und der Gesellschaft, den Traktanden oder Aktionärsklagen ein Sachzusammenhang besteht.[86] Bei Auskunftsbegehren, welche dem Informationsanspruch eines Durchschnittsaktionärs entsprechen, vermutet das Bundesgericht das Vorliegen der Erforderlichkeit.[87] Dennoch sind die Themen der Auskunft nicht auf die Traktandenliste beschränkt.[88] Vorbehalten bleiben Geschäftsgeheimnisse oder Auskünfte, die die schutzwürdigen Interessen der Gesellschaft gefährden (Art. 697 Abs. 4 OR). Vorstehende Begriffe werden extensiv ausgelegt.[89] Die Abwägung zwischen dem Interesse der Aktionäre nach Information und dem der Gesellschaft an Geheimhaltung der Geschäftsgeheimnisse muss im Einzelfall vorgenommen werden. Bei absoluten Geschäftsgeheimnissen ist eine Abwägung ausgeschlossen.[90] Während in der älteren Rechtsprechung und Lehre faktisch ein Vorrang des Gesellschaftsinteresses galt, muss nun dessen wahrscheinliche Gefährdung konkret dargelegt werden.[91] Dennoch besteht gemäss KÄGI weiterhin eine Bevorzugung der Gesellschaftsinteressen.[92] Anders scheint dies BÖCKLI zu sehen, wonach heute eine Auskunftsverweigerung die Ausnahme darstellt, welche dem Aktionär schriftlich zu begründen ist.[93]

Gegenstand des Auskunftsrechts ist grundsätzlich «alles, was Gegenstand des Geschäftsberichts sein kann».[94] Es ist jedoch nicht ausschliesslich auf diesen oder die Traktandenliste beschränkt. Das Themenspektrum ist breit gefächert, wobei sicherzustellen ist, dass die Informationen gesellschaftsspezifisch sind. Dies kann beispielsweise Fragen zur Personalpolitik, Strategie oder Umstrukturierungen einschliessen.[95] Namentlich haben Aktionäre einen Anspruch auf Informationen zur Vergütungshöhe von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung – dieser Anspruch kann auch

[83] Zu den Anpassungen siehe BÖCKLI, Aktienrecht, §8, Rz. 260 f.; FISCHER, Neues Aktienrecht, 11 f.
[84] So auch Botsch. Änderung OR 2017, 539 ff..
[85] TRIGO TRINDADE, CR CO, Art. 697, Rz. 23.
[86] WEBER, BSK OR II, Art. 697, Rz. 7; KÄGI, OFK OR, Art. 697, Rz. 11 f., welchem zufolge durch das BGer fälschlicherweise die Beweislast beim Aktionär angenommen wird., so auch TRIGO TRINDADE, CR CO, Art. 697, Rz. 29; PAULI PEDRAZZINI, CR CO, Art. 697a, Rz. 15 f.
[87] BGE 132 III 71 E. 1.3.1, 76; BÖCKLI, Aktienrecht, §8, Rz. 268 u. 303 f. zu dieser sog. «Zweistufentheorie».
[88] KUNZ, BK OR, Art. 696-697g, Rz. 41.
[89] WEBER, BSK OR II, Art. 697, Rz. 8.
[90] KÄGI, OFK OR, Art. 697, Rz. 14.
[91] WEBER, BSK OR II, Art. 697, Rz. 10; im Urteil BGE 109 II 47 wurden die Voraussetzungen des Interessennachweises der Gesellschaft verschärft. Nunmehr wird verlangt, dass seine Gefährdung des Gesellschaftsinteresses durch konkrete Vorbringen behauptet wird und zudem als wahrscheinlich erachtet werde muss.
[92] KÄGI, OFK OR, Art. 697, Rz. 6 m.w.H.
[93] BÖCKLI, Aktienrecht, §8, Rz. 274.
[94] WEBER, BSK OR II, Art. 697, Rz. 12.
[95] BÖCKLI, Aktienrecht, §8, Rz. 265 m.w.H.

nicht gestützt auf Art. 697 Abs. 4 verweigert werden.[96] Auch Auskünfte zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft können verlangt werden.[97] Flächendeckende Auskunftsbegehren sprengen jedoch den Rahmen.[98] Einschränkungen bestehen in Bezug auf die Handhabung stiller Reserven, wo nur nach der Gesetzmässigkeit gefragt werden kann, und in Bezug auf das Aktienbuch.[99]
Das *Einsichtsrecht* besteht bei Erreichung eines 5% Quorums. Dieses weitergehende Informationsrecht besteht unabhängig vom Auskunftsrecht und kann im Gegensatz zu diesem jederzeit angerufen werden.[100] Aktionäre die (zusammen) mindestens 5% des Aktienkapitals oder der Stimmen vertreten, können die Geschäftsbücher und Akten einsehen – unter denselben Verweigerungsgründen wie oben (Art. 697a Abs. 1 u. 3 OR).[101] Grundsätzlich besteht bei Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen die Pflicht für den Verwaltungsrat, die Einsicht zu gewähren.[102] Die Begriffe der Geschäftsbücher und Akten werden extensiv ausgelegt,[103] das Aktienbuch als Ganzes gehört dabei wohl nicht dazu.[104] Inbegriffen sind hingegen alle Protokolle vergangener Generalversammlungen.[105]

3.2.2 Umfang der Informationsrechte von Mehrheitsaktionären

Die Gewährung der Auskunfts- und Einsichtsrechte hat den Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre zu achten (Art. 717 Abs. 2 OR). Lehre und Rechtsprechung sind sich weitgehend einig, dass es sich um eine relative Gleichbehandlung handelt.[106] Aktionäre sind somit nur unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln. In der Lehre zeichnen sich zwei Diskussionsschwerpunkte diesbezüglich ab: über den *Bestand* sowie den *Umfang* der Informationsrechte. Beide müssen im Lichte des Gleichbehandlungsgebots betrachtet werden. Das relative

---

[96] Botsch. Änderung OR 2017, 541: Der Vorentwurf sah vor, dass der VR einer nicht-kotierten Gesellschaft von sich aus an der GV die Aktionäre über die Vergütungen, Darlehen und Kredite gemäss OR 734a-734c informieren muss. Im Rahmen der Vernehmlassung entfiel diese Bestimmung. Es sei indessen unbestritten, dass die Personalpolitik Gegenstand des Auskunftsrecht sei und Aktionäre zumindest Informationen über die jährlichen Gesamtvergütungen des VR und der Geschäftsleitung erfahren könnten.

[97] KUNZ, BK OR, Art. 696-697g, Rz. 40.

[98] BÖCKLI, Aktienrecht, §8, Rz. 267 .m.w.H.

[99] BÖCKLI, Aktienrecht, §8, Rz. 272 ff. mit dem Hinweis auf BGer 4C_24/2002 vom 29.04.2002; WEBER, BSK OR II, Art. 697, Rz. 13 f.; KÄGI, OFK, Art. 697, Rz. 18 ff.

[100] TRIGO TRINDADE, CR CO, Art. 697, Rz. 55; KÄGI, OFK OR, Art. 697, Rz. 3 u. 7; WEBER, BSK OR II, Art. 697, Rz. 16; KUNZ, BK OR, Art. 696-697g, 37, 49.

[101] Vgl. Botsch. Änderung OR 2017, 542; TRIGO TRINDADE, CR CO, Art. 697, Rz. 66.

[102] KUNZ, BK OR, Art. 696-697g, Rz. 50; JUTZI/MEIER, Neuerungen, 63.

[103] BGE 132 III 71 E. 1.2, 75; Botsch. Änderung OR 2017, 541; KÄGI, OFK OR, Art. 697, Rz. 20

[104] -HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht, §16, Rz. 337, sofern die Einsicht nicht den eigenen Eintrag betrifft. Der Aktionär kann jedoch in den Inhalt des Aktienbuchs einsehen, sofern er darlegen kann, dass dies für die Ausübung seiner Aktionärsrechte erforderlich ist. Tatsächlich dürfte dies nur selten der Fall sein.

[105] BÖCKLI, Aktienrecht, §8, Rz. 283; WEBER, BSK OR II, Art. 697, Rz. 16; KÄGI, OFK OR, Art. 697, Rz. 21.

[106] BÖCKLI, Aktienrecht, §9, Rz. 732; VON DER CRONE, Aktienrecht, Rz. 747; PETER/CAVADINI, CR CO, Art. 717, Rz. 19; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht, §16, Rz. 225; CHAPUIS, OFK OR, Art. 717, Rz. 12; BÜHLER, Informationsversorgung, 166; WATTER/ROTH PELLANDA, BSK OR II, Art. 717, Rz. 23; BÜHLER, ZK OR, Art. 717, Rz. 254; vgl. bereits grundlegend BGE 69 II 246 E. 1, 246 sowie BGE 117 II 290 E. 6b.bb, 312; BGE 69 II 247 E. 1, 250.

Gleichbehandlungsgebot stellt den generellen *Bestand* des Informationsrechts nicht infrage: Dies wird damit begründet, dass das Aktienrecht für gewisse Aktionärsrechte (bspw. das Recht auf Auskunft) nicht an die Kapitalbeteiligung, sondern die Aktionärsstellung anknüpft. [107]
Ob der *Umfang* der Informationsrechte erweitert werden kann, ist umstritten.[108] Die Lehre ist sich besonders hinsichtlich dem Umfang erweiterter Informationsrechte für Grossaktionäre uneinig.[109] Eine Privilegierung der Grossaktionäre im Sinne von weitergehenden Informationsrechten erscheint vor diesem Hintergrund problematisch. Eine solche ist nur dann zulässig, wenn besondere Umstände diese rechtfertigen.[110] Auch die Gewährung dauerhafter Informationsvorteile aufgrund einer massgebenden Beteiligung sei gemäss BÖCKLI mit dem Gleichbehandlungsgebot nicht vereinbar.[111] BÖCKLI betont ferner, dass das 2020 eingeführte Recht eines Aktionärs, der über mindestens 10% Kapitalbeteiligung verfügt, auf Auskunft zu einer Ungleichbehandlung der Aktionäre führt. Denn diese Aktionäre erhalten bereits vor der nächsten Generalversammlung Informationen, die anderen Aktionären erst zu diesem Zeitpunkt zugänglich gemacht werden.[112] Dies ist mit Blick auf den Umstand nachvollziehbar, dass aufgrund der Abwahlmöglichkeit eine faktische Abhängigkeit des Verwaltungsrats vom Mehrheitsaktionär besteht.
Die Privilegierung des Informationszugangs erscheint aktienrechtlich zulässig, wenn die Privilegierung (1) im Interesse der Gesellschaft ist, (2) ein sachlicher Grund[113] für die Ungleichbehandlung vorliegt und (3) die Gewährung verhältnismässig, erforderlich und nicht übermässig ist.[114] Darüber hinaus muss gewährleistet sein, dass die privilegiert zugänglichen Informationen (4) nicht zum Nachteil der anderen Aktionäre genutzt werden können.[115]
Gemäss BÜHLER ist eine entsprechende Privilegierung verhältnismässig, da ein Aktionär seine Anteile im Bewusstsein über das im Aktienrecht vorherrschende Mehrheitsprinzip erworben hat.[116] Anlass zu Diskussionen gibt vor allem die Voraussetzung des sachlichen Grundes: Im gleichen Atemzug mit dem sachlichen Grund oder z.T. als separate Voraussetzung wird in der Lehre das Gesellschaftsinteresse aufgeführt.[117] Zu deren Konkretisierung können die Corporate Governance Empfehlungen des Swiss Code of Best Practice beigezogen werden.[118] Wie in Abschnitt 3.1.1.1 aufgeführt, bietet sich die Verankerung des öffentlichen Interesses im statutarischen

---

[107] VON DER CRONE, Aktienrecht, Rz. 747; PETER/CAVADINI, CR CO, Art. 717, Rz. 20 f.; so auch MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht, §16, Rz. 226; WEBER, BSK OR II, Art. 697, Rz. 6.

[108] WEBER, BSK OR II, Art. 697, Rz. 3; TRIGO TRINDADE, CR CO, Art. 697, Rz. 8; KÄGI, OFK, Art. 697, Rz. 5 u. 17 f.

[109] WATTER/ROTH PELLANDA, BSK OR II, Art. 717, Rz. 30; BÖCKLI, Aktienrecht, §9, Rz. 751 ff.

[110] WEBER, BSK OR II, Art. 697, Rz. 6; PETER/CAVADINI, CR CO, Art. 717, Rz. 20 f.; vgl. dazu ferner MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht, §16, Rz. 230; BÖCKLI, Aktienrecht, §9, Rz. 732; HARTMANN/SINGER, Ankeraktionäre, 544 ff.; SALOME, secteur public, 578; strenger TRIGO TRINDADE, CR CO, Art. 697, Rz. 38.

[111] BÖCKLI, Aktienrecht, §9, Rz. 753.

[112] BÖCKLI, Aktienrecht, §9, Rz. 746.

[113] «Sachlich ist ein Grund dann, wenn er in einer für Dritte nachvollziehbaren Weise zwischen verschiedenen Aktionärsgruppen differenziert.» (BÜHLER, ZK OR, Art. 717, Rz. 276).

[114] WATTER/ROTH PELLANDA, BSK OR II, Art. 717, Rz. 23; BÜHLER, ZK OR, Art. 717, Rz. 275; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht, §16, Rz. 227 ff..

[115] BÖCKLI, Aktienrecht, §9, Rz. 732; WATTER/ROTH PELLANDA, BSK OR II, Art. 717, Rz. 30.

[116] BÜHLER, ZK OR, Art. 717, Rz. 256.

[117] HARTMANN/SINGER, Ankeraktionäre, 545; BÖCKLI, Aktienrecht, §9, Rz. 732.

[118] WATTER/ROTH PELLANDA, BSK OR II, Art. 717, Rz. 1a; <https://economiesuisse.ch/de/publikationen/swiss-code>.

Gesellschaftszweck an, damit das Auskunftsrecht entsprechend dieser Gemeinwohlorientierung ausgelegt werden kann.

Gemäss VON DER CRONE kann eine beschränkte Liquidität einer Beteiligung eine Privilegierung von Grossaktionären rechtfertigen.[119] Dies gilt insbesondere auch bei Aktionären mit Organstellung, da deren Treuepflicht dem Missbrauch weitergehender Informationen vorbeugt.[120] In der Lehre zeichnet sich jedoch Zurückhaltung ab, die grosse Beteiligung eines Aktionärs für sich alleine als sachlichen Grund zu akzeptieren, welcher eine Abweichung vom Gebot der Gleichbehandlung der Aktionäre rechtfertigt.[121] Damit würde eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots durch die Hintertür ermöglicht.

Über die Gewährung von Informationen entscheidet der Verwaltungsrat nach eigenen bzw. aktienrechtlichen Massstäben.[122] Die dafür notwendige Abwägung verschiedener Gesichtspunkte und Interessen kann nicht generell-abstrakt durch kantonales öffentliches Recht vorgegeben werden, ohne Art. 697 ff. OR zu widersprechen. Die Gesellschaft hat insbesondere das aktienrechtliche Gleichbehandlungsgebot zu respektieren, auch wenn ihr das Gemeinwesen in seiner Eigenschaft als Aktionär gegenübertritt.[123] Hier unterscheidet sich die kantonale Ebene massgeblich von der Bundesebene, wo der Bundesgesetzgeber z.B. mit Art. 6 Abs. 3 TUG eine gesetzliche Grundlage schaffen konnte, welche einen privilegierten Informationsfluss des Staates gegenüber der Gesellschaft ermöglicht.[124]

3.2.3 Informationsrechte des Gemeinwesens bei gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften

Die bisherigen Ausführungen zeigen, dass es unter gewissen Voraussetzungen aktienrechtlich zulässig sein kann, dass eine Gesellschaft ihren Grossaktionären einen privilegierten Informationszugang gewährt. Im vorliegenden Fall ist die Mehrheitsbeteiligung des Kantons an der BLS AG nicht der einzige Anknüpfungspunkt, der Anlass für eine informationelle Vorzugsbehandlung bilden kann.

Ein grosser Teil der Lehre leitet das Informationsrecht des entsendenden Gemeinwesens aus der Haftungsfolge gemäss Art. 762 OR ab.[125] Da das Gemeinwesen für Handlungen oder Unterlassungen seiner Abgeordneten haftet, müssen diese dem Gemeinwesen umfassend Auskunft geben. Dies führt zu einer Beschränkung der ansonsten gültigen Verschwiegenheitspflicht.[126]

---

[119] VON DER CRONE, Aktienrecht, Rz. 752; vgl. auch Weber, BSK OR II, Art. 697, Rz. 6, welcher eine «Verpflichtung eines Grossaktionärs, seine Aktien für eine bestimmte Zeit zu halten», als mögliche Rechtfertigung für eine privilegierende Informierung nennt.

[120] BÜHLER, ZK OR, Art. 717, Rz. 277.

[121] WEBER, BSK OR II, Art. 697, Rz. 6.

[122] Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, §8, Rz. 268 ff.; ferner STÖCKLI, Informationsrechte, 230, welcher den Verwaltungsrat als «[o]berste[n] Geheimnisträger und Geheimnisherr» bezeichnet..

[123] Vgl. VGE 2020/196 vom 25. Januar 2023, E. 5.3, 39.

[124] Botsch. Rev. FMG, 6661.

[125] Anders MÜLLER/FRIEDRICH, Gutachten 2021, Rz. 125, welche den öffentlichen Unternehmenszweck als Hauptgrund für die Rechtfertigung einer Informations-Privilegierung sehen.

[126] WERNLI/RIZZI, BSK OR II, Art. 762, Rz. 25; vgl. STÄMPFLI, Aktiengesellschaft, 143: «Man könnte durchaus auch in der statutarischen Ermächtigung des Gemeinwesens, Verwaltungsräte nach Art. 762 OR zu entsenden, eine stillschweigende Lockerung der Verschwiegenheitspflicht durch die Gesellschaft annehmen. Eine solche könnte aber nur in den Grenzen des

GUTZWILLER verweist neben der Haftungsfolge auf die Offenlegung der staatlichen Einflussnahme in den Statuten. Da das Entsendungsrecht des Gemeinwesens einer Grundlage in den Gesellschaftsstatuten bedarf, sei die staatliche Einflussnahme offensichtlich. Der privilegierte Informationszugang des Gemeinwesens führe zu keiner Verletzung des Gleichbehandlungsgebots, da Art. 762 OR als lex specialis dem allgemeinen Aktienrecht vorgehe.[127]
Ein Teil des Schrifttums relativiert vor diesem Hintergrund den Gleichbehandlungsgrundsatz der Aktionäre.[128] Zu berücksichtigen sei die besondere Rolle, welche das Gemeinwesen als Eigner einer gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft einnimmt. Das Gemeinwesen verfolge mit seiner Beteiligung an einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft primär ein öffentliches Interesse.[129] Das Entsendungsrecht ermögliche dem Gemeinwesen, auf die Erfüllung einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe Einfluss zu nehmen.[130] Im Unterschied zu privaten Aktionären könne sich das Gemeinwesen nicht ohne Weiteres aus seiner Beteiligung zurückziehen. Es gleiche damit einem Aktionär, der sich verpflichtet hat, Aktien langfristig zu halten. Laut STÖCKLI rechtfertigt dies einen privilegierten Informationszugang für das Gemeinwesen, um die verfassungsrechtlich vorgesehene Aufgabenkontrolle auszuüben.[131] Zu Recht unterscheidet das Verwaltungsgericht des Kantons Bern an dieser Stelle den Informationszugang des Gemeinwesens in seiner Eigenschaft als Aktionär vom Informationsanspruch, der sich aus dessen Funktion als Aufsichtsbehörde ergibt: In der Wahrnehmung der Wirtschaftsaufsicht ist entsprechend keine Umgehung des Aktienrechts zu erblicken.[132]

Gesellschaftsinteresses vermutet werden.»; so auch WENNINGER, Schweigepflicht, 158, welche jedoch verlangt, dass der Zweck der Berichterstattung die fraglichen Informationen erfordern muss.

[127] GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten, §12, Rz. 504 f., mit dem Hinweis, dass es – wenn auch nicht rechtlich erforderlich – begrüssenswert wäre, wenn das Informationsprivileg in den Statuten unmittelbar zum Ausdruck kommt. .

[128] MÜLLER/FRIEDRICH, Gutachten 2021, Rz. 84; BUOB, Aktiengesellschaften, Rz. 447.

[129] Wenn das Gemeinwesen eine reine Finanzbeteiligung anstrebt, ist ein privilegierter Informationszugang von vornherein ausgeschlossen. S. dazu GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten, §12, Rz. 439.

[130] Zu den Einflussmöglichkeiten siehe vorstehend Abschnitt 3.1; vgl. ferner STÄMPFLI, Aktiengesellschaft, 142 f. nach welchem eine statutarische Ermächtigung i.S.v. Art. 762 OR eine «stillschweigende Lockerung der Verschwiegenheitspflicht» beinhalte; ferner dazu GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten, §12, Rz. 503 wonach ein Weisungsrecht der öffentlich-rechtlichen Körperschaft, ohne Kenntnis der dafür notwendigen Informationen sinnlos wäre.

[131] STÖCKLI, Behördenmitglieder, 373 f.; gl. M. MÜLLER/FRIEDRICH, Gutachten 2021, Rz. 124: «Damit fehlt es offensichtlich an den «gleichen Voraussetzungen», die eine informationelle Gleichbehandlung sämtlicher Aktionäre verlangen würde. Vielmehr unterscheidet sich die Interessen- und Verantwortlichkeitslage des Staats grundlegend von jener privater Aktionäre. Bereits der Zivilgesetzgeber hatte offensichtlich diesen besonderen Typus «öffentlicher» Aktiengesellschaften in Rechnung, was sich in Art. 620 Abs. 3 OR sowie in Art. 762 OR widerspiegelt. Die Auskunfts- und Einsichtsrechte des Staats als Grossaktionär dürfen und müssen folglich umfang- und inhaltsmässig so gestaltet sein, dass er seine Aufsichts- und Kontrollaufgaben erfüllen kann. Ist er zu diesem Zweck auf zeitnahe, umfassende und möglichst «ungefilterte» Informationen über die Geschäftstätigkeit und die Geschäftsentwicklung des Unternehmens angewiesen, dürfen diese ihm nicht vorenthalten werden.»; so auch SALOME, secteur public, 579.

[132] So sei auch ausgeschlossen, «dass die kantonalrechtlichen Aufsichts- und Einsichtsbefugnisse der Finanzkontrolle gegen Sinn und Geist des Bundesrechts verstossen» (VGE 2020/196 vom 25. Januar 2023, E. 5.4, 41).

Einen privilegierten Informationszugang verschafft sich das Gemeinwesen also in erster Linie durch die Entsendung eines Vertreters in den Verwaltungsrat der Gesellschaft (Art. 762 OR). Da das Gemeinwesen wie bereits oben dargelegt zu Weisungen berechtigt ist, muss es Zugang zu den für die Erteilung sachgerechter Weisungen erforderlichen Informationen haben. Die herrschende Lehre geht daher von einer Lockerung der Geheimhaltungspflicht des entsandten Vertreters aus.[133] Die aus der Treuepflicht (Art. 717 OR) abgeleitete Verschwiegenheitspflicht ist in diesem Verhältnis beschränkt. STÄMPFLI kritisiert dies basierend auf dem Wortlaut von Art. 762 Abs. 3 OR demgemäss alle Verwaltungsräte den gleichen Pflichten unterstehen.[134] Dem kann entgegnet werden, dass unter diesen Umständen die Auferlegung der Haftung dem Verwaltungsrat anstelle des Gemeinwesens konsequenter gewesen wäre.[135] Um den aktienrechtlichen Geheimnisschutz zu gewährleisten, muss als Pendant zur Lockerung der Verschwiegenheitspflicht die Vertraulichkeit beim Informationsadressaten gewährleistet sein.[136] Eine entsprechende Geheimhaltungspflicht kann gemäss STÖCKLI auch vertraglich vereinbart werden.[137] So muss auch die Berichterstattung gemäss GUTZWILLER «auf das Exekutivorgan der abordnenden Körperschaft beschränkt werden».[138] BIAGGINI weist darauf hin, dass vor allem Aufsichtskommissionen in Geheimbereichen tätig werden könnten[139]; dies ist für die Oberaufsicht von Relevanz. Im Resultat spricht sich die h. L. für die Zulässigkeit einer Berichterstattung des Entsandten an das entsendende Gemeinwesen aus.[140] Bezüglich Umfang befürwortet die h. L. ein unbeschränktes Informationsrecht (einschliesslich der Geschäftsgeheimnisse), welches durch die Ausdehnung der Verschwiegenheitspflicht auf das entsendende Gemeinwesen gerechtfertigt sei.[141] Zusätzlich fange die Haftung des Gemeinwesens (Art. 762 Abs. 4 OR) ein allfälliges Gefährdungspotential übermässiger Informationsweitergaben zum Nachteil der Minderheitsaktionäre ab.

---

133 STÖCKLI, Behördenmitglieder, 482 ff.; ebenso BUOB, Aktiengesellschaften, Rz. 446 ff.; WERNLI/RIZZI, BSK OR II, Art. 762, Rz. 25; MÜLLER/FRIEDRICH, Gutachten 2021, Rz. 84; vgl. STÄMPFLI, Aktiengesellschaft, 143: «Man könne durchaus auch in der statutarischen Ermächtigung des Gemeinwesens, Verwaltungsräte nach Art 762 OR zu entsenden, eine stillschweigende Lockerung der Verschwiegenheitspflicht durch die Gesellschaft annehmen. Eine solche könnte aber nur in den Grenzen des Gesellschaftsinteresses vermutet werden.»

134 STÄMPFLI, Aktiengesellschaft, 145.

135 FORSTMOSER/KÜCHLER, Vertreter, 41.

136 WENNINGER, Schweigepflicht, 159; STÖCKLI, Behördenmitglieder, 382; vgl. VGE 2020/196 vom 25. Januar 2023, E. 6.5.3, 48, welches den Geheimnisschutz selbst bei umfassender Offenlegungspflicht der BLS AG gegenüber der Finanzkontrolle als gewährleistet ansah, da Letztere einer Geheimhaltungspflicht unterliegt.

137 STÖCKLI, Informationsrechte, 231 f.

138 GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten, §12, Rz. 501; so auch bereits WENNINGER, Schweigepflicht, 158 f.

139 BIAGGINI, OFK BV, Art. 169, Rz. 19, 21.

140 POLTIER, CR CO, Art. 762, Rz. 25 ff.; GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten, §9, 336; STÄMPFLI, Aktiengesellschaft, 145; BUOB, Aktiengesellschaften, Rz. 447; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, Rz. 45.

141 BUOB, Aktiengesellschaften, Rz. 447; WERNLI/RIZZI, BSK OR, Art. 762, Rz. 25; STÖCKLI, Behördenmitglieder, 483; WENNINGER, Schweigepflicht, 158; POLTIER, CR CO, Art. 762, Rz. 27; differenziert HÖCHNER, Oberaufsicht, 133, gemäss welcher zumindest die absoluten Geschäftsgeheimnisse vor der Informationsherausgabe geschützt seien.

Weil die Beratungen des Grossen Rats in Bern öffentlich sind (Art. 11 Abs. 1 GRG BE), kann die Wahrung der Geschäftsgeheimnisse nicht gewährleistet werden.[142] Dies trifft aber nicht für die Verhandlungen des Regierungsrats als Exekutivorgan oder die Aufsichtskommissionen zu, womit diese als Empfänger von Informationen betreffend die Gesellschaft vorgesehen werden könnten.

3.2.4 Wahrnehmung der Oberaufsicht durch die Legislative

Im Aktienrecht gilt die «Hauptregel der rechtmässigen Selbstverwaltung einer Aktiengesellschaft»[143]. Die Möglichkeit einer Oberaufsicht durch den Grossen Rat wird dadurch nicht ausgeschlossen, aber in ihrem Umfang beschränkt. Die nachfolgenden Ausführungen nehmen auch Bezug zur Oberaufsicht im Bund, erscheinen aber teilweise auch auf die kantonale Ebene übertragbar.[144] Folgende Kapitel gliedern sich nach der personellen (Adressat), sachlichen (Reichweite) und zeitlichen (Zeitpunkt) Dimension der Oberaufsicht und schliessen mit einer Analyse des Begriffs der Oberaufsicht in der Berner Verfassung.

3.2.4.1 Personelle Dimension: Adressat der Oberaufsicht

Auf Bundesebene ist entgegen dem Wortlaut der Bundesverfassung nur der Bundesrat (nicht die Bundesverwaltung) direkter Adressat der Oberaufsicht.[145] Die parlamentarische Oberaufsicht wird indirekt ausgeübt. Die zuständigen Organe der parlamentarischen Oberaufsicht überprüfen, wie der Bundesrat seine Politik gegenüber den beaufsichtigten Unternehmen durchsetzt.[146] Somit haben sich Auskunft- und Einsichtsbegehren an diesen zu richten. Es handelt sich somit um eine indirekte Oberaufsicht des Parlaments, da dieses nicht selbst die strategischen Ziele festlegt, sondern im Nachgang (in Ausnahmefällen begleitend) die Kontrolltätigkeit der Exekutive überprüft.[147] Die Oberaufsicht über dezentrale Aufgabenträger wird nach dieser Konzeption, der auch der Kanton Bern zu folgen scheint, grundsätzlich durch den Bundes- bzw. Regierungsrat vermittelt.

Auf Bundesebene ist es der Bundesrat, der die primäre politische Verantwortung für die bundesnahen Unternehmen trägt. Damit ist er Adressat der parlamentarischen Oberaufsicht.[148] Unmittelbare Einflussnahme des für die Oberaufsicht zuständigen Parlaments auf die beaufsichtigten Unternehmen beschränkt sich auf Feststellungen und Empfehlungen.[149] Eine direkt an ein privates Unternehmen (UBS) gerichtete Empfehlung sieht BIAGGINI als «eine den Rahmen der

---

[142] Allg. in Bezug auf Parlamente STÖCKLI, Behördenmitglieder, 382; SALOME, secteur public, 579, 591: «qui leur permet d'obtenir de la part de leur représentant tous les renseignements sur les activités de la société».

[143] Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, §9, Rz. 128, wonach ein faktisches Organ gegen ebendiese Hauptregel verstösst.

[144] MOOR/POLTIER, droit administratif, 610 f., welche nach Erwähnung von Art. 169 Abs. 1 BV weiter ausführen: «La même compétence appartient respectivement aux parlements cantonaux et communaux.»; weiterführend ferner HÖCHNER, Oberaufsicht, 138. .

[145] Botsch. BV 96, 396; BIAGGINI, OFK BV, Art. 169, Rz. 6; NEUENSCHWANDER, CR Cst., Art. 169, Rz. 9 f.

[146] Siehe dazu GPK-S Bericht zu PostAuto Schweiz AG, 7207.

[147] HÄGGI FURRER/MERKER, BSK BV, Art. 169, Rz. 17; s. dazu auch HÖCHNER, Oberaufsicht, 108 f.

[148] EHRENZELLER, SGK BV, Art. 169, Rz. 83; HÖCHNER, Oberaufsicht, 238.

[149] HÄGGI FURRER/MERKER, BSK BV, Art. 169, Rz. 53; s. dazu GPK-N/S UBS, 3423 in dem die GPK - obgleich mit «Empfehlung» übertitelt - die UBS zu diversen Massnahmen auffordert.

Oberaufsicht klar sprengende» Massnahme.[150] Vorbehalten sind hier die sog. «Parlamentsunternehmen» (dazu Abschn. 3.1.4), deren Existenz jedoch in historischen Gegebenheiten und nicht in Überlegungen bzgl. Teilung der Verantwortung zwischen den Staatsgewalten begründet ist.[151]
Ein direkter Zugang des Parlaments zu beaufsichtigten privatrechtlich organisierten Unternehmen erscheint daher als eher ungewöhnlich. Der Bundesrat weist in seiner Stellungnahme darauf hin, dass die Aufsichtsbehörden sich bei der Informationsbeschaffung jederzeit an die Eignerstellen wenden können.[152] MÜLLER/FRIEDRICH machen hier geltend, dass die Organe der parlamentarischen Oberaufsicht im Krisenfall auch direkt mit den Organen der ausgegliederten Verwaltungseinheiten verkehren können sollen.[153] Dieser Verkehr, sofern er gesetzlich vorgesehen ist, basiert jedoch bei einer öffentlichen Unternehmung in der Rechtsform der Aktiengesellschaft auf den aktienrechtlichen Bestimmungen, und kann daher inhaltlich nicht über den Verkehr der Eignerstellen hinausgehen (siehe sogleich).

3.2.4.2 Sachliche Dimension: Reichweite der Oberaufsicht

Die Oberaufsicht über öffentliche Unternehmen im Bund dient der Sicherstellung des Gemeinwohls, der Wahrung der finanziellen Interessen und der Reputation des Bundes. Dabei ist die Oberaufsicht sachlich durch die Autonomie des betroffenen Verwaltungsträgers begrenzt.[154] Bei verselbständigten Einheiten in Form einer Aktiengesellschaft müssen deren Organisationsnormen eingehalten werden. Daraus ergibt sich, dass die Oberaufsicht sachlich nicht über das hinausgehen kann, was das Aktienrecht erlaubt: Das Aktienrecht geht also kantonalem öffentlichen Recht vor (s. dazu Abschn. 3.1.2.2).[155] Letzteres darf insbesondere nicht in die «innere Organisation und die Abläufe einer Aktiengesellschaft» eingreifen.[156] Dazu gehört bspw. die Festlegung der Lohn- und Vergütungspolitik, welche dem Gesamtverwaltungsrat obliegt.[157] So sieht auch BÖCKLI in Art. 762 OR eine «singuläre Ausnahme von der Selbstverwaltung der Aktiengesellschaft»[158]. Das kantonale Recht unterliegt im Rahmen der Oberaufsicht denselben Beschränkungen wie bei der Aufsicht durch den Regierungsrat. Externe Kontrollinstrumente sind gemäss POLTIER dann ausgeschlossen, wenn nebst dem in Frage stehenden Gemeinwesen die privatrechtliche AG von anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaften derselben Ebene kooperativ getragen wird.[159] Eine

---

[150] BIAGGINI, OFK BV, Art. 169, Rz. 20.

[151] Anschaulich mit dem Beispiel der ZKB und Freiburger Kantonalbank STÖCKLI, Behördenmitglieder, 227 ff.

[152] Stellungnahme BR zu GPK-S Bericht zu PostAuto Schweiz AG, 18, in welcher für die Informationsbeschaffung auf den Zugang zu den Eignerstellen verwiesen wird.

[153] MÜLLER/FRIEDRICH, Gutachten 2021, Rz. 100 ff.

[154] EHRENZELLER, SGK BV, Art. 169, Rz. 80; ferner BIAGGINI, OFK BV, Art. 169, Rz. 3, nach welchem «gesetzlich festgelegte Autonomiesphären» insbesondere bei «bewusst entpolitisierten» Aufgabenträgern zu respektieren seien.

[155] STÖCKLI, Behördenmitglieder, 226.

[156] BOLZ/LIENHARD/GREUTER, Einflussnahme, 79.

[157] VON DER CRONE/JENTSCH, Vergütungslandschaft, 399.

[158] BÖCKLI, Aktienrecht, §9, Rz. 58; Dies gilt vorbehalten der Ausnahme, wo die Wirtschaftsaufsicht nach Massgabe des kantonalen Rechts erfolgt, wie dies im Rahmen von Subventions- oder Konzessionsvergaben der Fall ist (POLTIER, CR CO, Art. 762, Rz. 6).

[159] POLTIER, entreprises, 277: «on imagine mal, en effet , qu'une collectivité puiss exercer des prérogatives de puissance publique à l'égard d'une autre collectivité de même rang et cela dans un contexte coopératif»; gl.M. STÖCKLI, Behördenmitglieder, 295.

solche Konstellation liegt bei der BLS AG aufgrund der Beteiligung des Kantons Wallis und des Bundes vor.

Eingeschränkt ist demnach auch die Möglichkeit der Informationsbeschaffung im Rahmen der Oberaufsicht. Hier seien gemäss HÄGGI/FURRER/MERKER die auf die gewählte Privatrechtsform anwendbaren Vorschriften zu beachten.[160] So unterliegt der Umfang des Einsichtsrechts immanenten Schranken: Die Information muss für die Wahrnehmung der Oberaufsicht erforderlich sein und darf nicht zu einer Verwischung der Verantwortlichkeiten («Überregierung») führen.[161] Das aktienrechtliche Gleichbehandlungsgebot steht einem weitreichenden Informationszugang entgegen.[162] Der Oberaufsicht dienen in der Regel die durch die Exekutive erstellten Berichte zur Erreichung der strategischen Ziele, was die Autonomie der Unternehmen wahrt.[163]

Im Unterschied zur Oberaufsicht über verselbständigte Einheiten erreicht im Bund jene über den Bundesrat und die Bundesverwaltung eine höhere Intensität.[164] Aber auch gegenüber der Regierung gilt im Bund, dass das Parlament deren Entscheide nicht abändern oder aufheben und auch nicht an ihrer Stelle handeln kann.[165] Weiter steht den Instanzen der Oberaufsicht weder ein Weisungsrecht noch ein unmittelbares Durchsetzungsrecht gegenüber der Regierung zu.[166] Zulässig ist hingegen die Prüfung der Geschäftsberichte der Regierung, die Abgabe von Kritik und Empfehlungen sowie die Kontrolle derer Umsetzung.[167] Die Einflussmöglichkeiten sind somit in der Regel politischer Natur; bspw. durch Nutzung des parlamentarischen Instrumentariums, der Rechtssetzungs- sowie Budgetbefugnisse.[168] Dem entspricht auch die Botschaft zur Bundesverfassung von 1996, welche als zulässige Einflussnahmen «Interpellationen, Einfache Anfragen, Rechenschaftsberichte, Auskünfte in parlamentarischen Kommissionen oder in den Ratsplena, Inspektionen und eigentliche Untersuchungen»[169] auflistet.

---

[160] HÄGGI FURRER/MERKER, BSK BV, Art. 169, Rz. 21.

[161] dazu BIAGGINI, OFK BV, Art. 169, Rz. 24; EHRENZELLER, SGK BV, Art. 169, Rz. 61.

[162] HÄGGI FURRER/MERKER, BSK BV, Art. 169, Rz. 21; gl.M. GUTZWILLER, Einflussmöglichkeiten, §12, Rz. 478: «Allerdings ist zu beachten, dass das (bundesrechtlich geregelte) Aktienrecht implizit bestimmte Vorgaben für die Weiterleitung von privilegierten strategierelevanten Informationen durch Organmitglieder macht, die (…) für diejenigen Aktiengesellschaften gelten, an denen sich der Staat beteiligt hat (…). Von diesen bundesrechtlichen Vorgaben können die Kantone – ausser im Falle von Art. 763 OR – nicht mittels kantonalen Rechts abweichen».

[163] GPK-S Bericht zu PostAuto Schweiz AG, 7207.

[164] BIAGGINI, OFK BV, Art. 169, Rz. 13.

[165] MASTRONARDI/SCHINDLER/LOUIS, SGK BV, 3. Aufl., Art. 169, Rz. 6; BIAGGINI, OFK BV, Art. 169, Rz. 2; NEUENSCHWANDER, CR Cst., Art. 169, Rz. 6.

[166] HÄGGI FURRER/MERKER, BSK BV, Art. 169, Rz. 6; POLTIER, entreprises, 300 f.; BIAGGINI, OFK BV, Art. 169, Rz. 2; NEUENSCHWANDER, CR Cst., Art. 169, Rz. 6; MASTRONARDI/SCHINDLER/LOUIS, SGK BV, 3. Aufl., Art. 169, Rz. 6 ff., denen zufolge ein «weitreichendes Weisungsrecht (…) der gewaltengliedrigen Machtteilungskonzeption der Bundesverfassung widersprechen» würde.

[167] HÄGGI FURRER/MERKER, BSK BV, Art. 169, Rz. 6; BIAGGINI, OFK BV, Art. 169, Rz. 4 u. 18, NEUENSCHWANDER, CR Cst., Art. 169, Rz. 46 ff.

[168] BGE 141 I 172 E. 4.4.2, 180 f.; so auch NEUENSCHWANDER, CR Cst., Art. 169, Rz. 4, die von einem «contrôle politique» spricht; MASTRONARDI/SCHINDLER/LOUIS, SGK BV, 3. Aufl., Art. 169, Rz. 6.

[169] Botsch. BV 96, 396.

3.2.4.3 Zeitliche Dimension: Zeitpunkt der Oberaufsicht

Die Lehre ist sich weitgehend einig, dass die Oberaufsicht in der Regel nachträglich, d.h. nach Ausübung oder Unterlassung der Aufsichtsbefugnisse durch die Regierung, zu erfolgen hat.[170] Dies gilt im Bund insbesondere bei bundesnahen Unternehmen mit weitreichender Autonomie.[171] In eng umschriebenen Fällen kann auch eine früher anknüpfende Oberaufsicht zulässig sein.[172] Diese ist dann zulässig, wenn sich die Oberaufsicht auf einen lang andauernden Prozess bezieht und wenn ein Zuwarten zur Verletzung des verfassungsmässigen Auftrags führen würde.[173] Anlass zu einer begleitenden Kontrolle bieten auch die Untätigkeit der Regierung oder Verwaltung, die Fällung wichtiger Zwischenentscheide sowie Geschäfte mit grosser Tragweite.[174] Dass dies dem Willen des Gesetzgebers entspricht, ergibt sich aus dem Bericht der SPK-N: «Es wird darauf verzichtet, die Oberaufsicht ausdrücklich als *mitschreitende* Oberaufsicht zu charakterisieren. Es ist selbstverständlich, dass die Oberaufsicht überall mitschreitende Elemente haben kann (…)».[175] So verlangt auch der hohe Grad der Verselbständigung eines Verwaltungsträgers gemäss MÜLLER/FELLER bereits bei der (direkten) Aufsicht nach einer reaktiv-retrospektiven Beaufsichtigung anstelle einer aktiv-prospektiven Führung.[176]

3.2.4.4 Der Begriff der Oberaufsicht in der Berner Verfassung

Der Begriff der «Oberaufsicht» (Art. 78 Abs. 1 KV BE) in der Berner Verfassung wird in den Materialien eng umschrieben. Die Oberaufsicht sei eine «indirekte, über mehrere Stufen laufende Aufsicht», welche weder ein allgemeines Weisungsrecht gegenüber der Exekutive beinhaltet noch die Befugnis, Beschlüsse der Regierung aufzuheben.[177] Eine Weisungskompetenz müsste auf Verfassungs- oder Gesetzesstufe geregelt sein.[178] Adressat von Weisungen sei der Regierungsrat und nicht direkt die verselbständigten öffentlichen Unternehmen.

Auch die Erwähnung einer «angemessene(n) Mitwirkung des Grossen Rates» bei der Aufsicht des Regierungsrates (Art. 95 Abs. 3 KV BE) vermag keine eigenständigen weitergehenden Informationsrechte zu begründen. Den Materialien zufolge besteht diese Mitwirkung aus der Zusprechung von «Wahl- oder Entscheidkompetenzen» sowie der Möglichkeit der «Einsitznahme von

---

[170] NEUENSCHWANDER, CR Cst., Art. 169, Rz. 10 ff.; MASTRONARDI/SCHINDLER/LOUIS, SGK BV, 3. Aufl., Art. 169, Rz. 45; HÖCHNER, Oberaufsicht, 234.

[171] Vgl. EHRENZELLER, SGK BV, Art. 169, Rz. 67 u. 84.

[172] NEUENSCHWANDER, CR Cst., Art. 169, Rz. 25 f.

[173] NEUENSCHWANDER, CR Cst., Art. 169, Rz. 26; BIAGGINI, OFK BV, Art. 169, Rz. 4.

[174] MASTRONARDI/SCHINDLER/LOUIS, SGK BV, 3. Aufl., Art. 169, Rz. 14; HÄGGI FURRER/MERKER, BSK BV, Art. 169, Rz. 10 f.; NEUENSCHWANDER, CR Cst., Art. 169, Rz. 26; Grundsätzlich damit übereinstimmend MÜLLER/FRIEDRICH, Gutachten 2021, Rz. 99 f. wobei deren Ausführungen einer klaren Abgrenzung zu einer vorauslaufenden Oberaufsicht entbehren. Eine solche wäre denn gemäss h. L. auch nicht zulässig. Denn dies bärge nicht nur die Gefahr der Verwischung der Verantwortlichkeiten, sondern stünde auch der historischen Auslegung der Bestimmung entgegen, da bereits die Diskussion einer begleitenden Aufsicht zu starkem Widerstand seitens des Bundesrats führten (Botsch. BV 96, 396: «Begleitende Kontrollen wären faktisch Mitentscheidungen im Kompetenzbereich der Regierung, würden somit Verantwortlichkeiten verwischen und die gewaltenteilige Grundordnung der Verfassung unterlaufen.»).

[175] Ber. N zu PG, 3540.

[176] MÜLLER/FELLER, Verwaltungsorganisationsrecht, Rz. 131.

[177] Verfassungskommission BE Entwurf, 107; so auch MÜLLER/FELLER, Verwaltungsorganisationsrecht, Rz. 130: «Aufsicht über die regierungsrätliche Aufsicht».

[178] Verfassungskommission BE Entwurf, 107.

Mitgliedern des Parlaments in Verwaltungsräten».[179] Mit der Mitwirkung sichert sich die kantonale Legislative also Rechte, die sich das Bundesparlament analog in Art. 28 ParlG i.V.m. 8 Abs. 5 RVOG gesichert hat. Aufgrund der privatrechtlichen Organisation der BLS AG ist die Oberaufsicht aber zwangsläufig von geringerer Intensität als im Fall der Verwaltung. Der Kanton Bern geht im Grundsatz von einer nachschreitenden indirekten Oberaufsicht aus.

[179] Verfassungskommission BE Entwurf, 117.

Literaturverzeichnis

AEBI-MÜLLER REGINA et al. (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung und Personenrecht, Bd. 1, Bern 2012. (zit. BK ZGB, Art., Rz.)

BREITSCHMIED PETER/JUNGO ALEXANDRA (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Bd. 1, 3. Aufl., Zürich 2016. (zit. CHK, Art., Rz.)

BAUMANN MAX et al. (Hrsg.), Art. 1-7 ZGB, Einleitung, 3. Aufl., Zürich 1998. (zit. ZK ZGB, Art., Rz.)

BIAGGINI GIOVANNI, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017. (zit. OFK BV, Art., Rz.)

BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich/Genf 2022. (zit. Aktienrecht)

BOLZ URS, II. Die neue Verfassung Artikel für Artikel, Art. 95, in: Kälin Walter/Bolz Urs (Hrsg.), Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, Bern 1995, 499 ff. (zit. Art. 95 KV)

BOLZ URS/LIENHARD ANDREAS/GREUTER HANS, 1. Teil, II. Weitere Beiträge, Einflussnahme der Politik auf städtische Aktiengesellschaften / 1. - 3., in: (svvor) Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht - Staatshaftungsrecht - öffentliches Dienstrecht, Bern 2018, 67 ff. (zit. Einflussnahme)

BÜHLER CHRISTOPH B., Informationsversorgung im Konzern, Rechtliche Rahmenbedingungen für den Austausch von Finanzinformationen zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft, in: Weber Rolf et al. (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Hans Caspar von der Crone, Zürich 2017, 153 ff. (zit. Informationsversorgung)

BUOB FRANZISKA, Aktiengesellschaften mit staatlicher Beteiligung: Einflussmöglichkeiten und vermögensrechtliche Haftungsrisiken des Staates als Aktionär, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2008. (zit. Aktiengesellschaften)

DRUEY JEAN-NICOLAS, Die Drei Paradoxe des Konzernrechts, in: von Büren Roland (Hrsg.), Aktienrecht 1992-1997, Versuch einer Bilanz, Festschrift für Rolf Bär, Bern 1998 (zit. Paradoxe)

EHRENZELLER BERNHARD et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014. (zit. SGK BV, 3. Aufl., Art., Rz.)

EHRENZELLER BERNHARD et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023. (zit. SGK BV, Art., Rz.)

FISCHER DAMIAN A., Neues Aktienrecht, Ready for Take-off, AJP 2023, 3 ff. (zit. Neues Aktienrecht)

FORSTMOSER PETER, Corporate Governance in verbundenen Unternehmen, in: Amstutz Marc (Hrsg.), Die vernetzte Wirtschaft, Symposien zum Schweizer Recht, Zürich 2004. (zit. Corporate Governance)

FORSTMOSER PETER, Haftung im Konzern, in: Baer Charlotte M. (Hrsg.), Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Bern 2000, 89 ff. (zit. Haftung)

FORSTMOSER PETER, Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, Rechtliche Ordnung und Umsetzung in der Praxis, Zürich/Basel/Genf 2011. (zit. Organisation)

FORSTMOSER PETER/JAAG TOBIAS, Der Staat als Aktionär, in: Druey Jean Nicolas/Forstmoser Peter (Hrsg.), Schriften zum neuen Aktienrecht, Zürich 2000. (zit. Staat)

FORSTMOSER PETER/KÜCHLER MARCEL, «Vertreter» im Verwaltungsrat und ihr Recht auf Weitergabe von Information, in: Sethe Rolf et al., Kommunikation: Festschrift für Rolf H. Weber, Bern 2011, 35 ff. (zit. Vertreter)

FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1995. (zit. Aktienrecht)

FREUDIGER PATRICK, Anstalt oder Aktiengesellschaft?, in: Hausheer Heinz (Hrsg.), Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Bern 2016. (zit. Anstalt)

GEISER THOMAS/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl., Basel 2022. (zit. BSK ZGB I, Art., Rz.)

GUTZWILLER ROMAN, Die Einflussmöglichkeiten des Staates auf die Strategie einer Aktiengesellschaft mit staatlicher Beteiligung, Zürich/St. Gallen 2017. (zit. Einflussmöglichkeiten)

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich 2020. (zit. Verwaltungsrecht)

HANDSCHIN LUKAS (Hrsg.), Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat, Mängel in der Organisation, Art. 698-726 und 731b OR, 3. Aufl., Zürich 2018, 1062 ff. (zit. ZK OR, Art., Rz.)

HARTMANN JÜRG E./ILONA SINGER, Gross- und Ankeraktionäre von kotierten und nichtkotierten Publikums-Aktiengesellschaften, GesKR 4/2012, 539 ff. (zit. Ankeraktionäre)

HASLEBACHER KIRIL R.R., Das Arm's Length Principle im schweizerischen Recht, Die Grenzen des Konzerneinflusses, ex ante 2023, 64 ff. (zit. Arm's Length Principle)

HETTICH PETER, Infrastrukturverfassung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin, Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. III, 2283 ff. (zit. Infrastrukturverfassung)

HÖCHNER CLAUDIA, Parlamentarische Oberaufsicht über öffentliche Unternehmen des Bundes, Analyse und Folgerungen im Kontext der Aufsicht und Steuerung durch den Bundesrat, Bern 2020. (zit. Oberaufsicht)

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WATTER ROLF (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016. (zit. BSK OR II, Art., Rz.)

JUTZI THOMAS/MEIER QUIRIN, Übersicht über die Neuerungen im Aktienrecht, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Das neue Aktienrecht – insbesondere Aspekte aus der notariellen Praxis, Bern 2023. (zit. Neuerungen)

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/STEPHAN WOLF/AMSTUTZ MARK/FANKHAUSER ROLAND (Hrsg.), OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2023. (zit. OFK OR, Art., Rz.)

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/STEPHAN WOLF/AMSTUTZ MARK/FANKHAUSER ROLAND (Hrsg.), ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 4. Aufl., Zürich 2021. (zit. OFK ZGB, Art., Rz.)

KUNZ PETER V., Konzernverträge, Möglichkeiten sowie Risiken, GesKR 2017, 172 ff. (zit. Konzernverträge)

LIPS-RAUBER CHRISTINA, Die Rechtsbeziehung zwischen dem beauftragten fiduziarischen Verwaltungsrat und dem Fiduzianten, Diss. Zürich, Zürich 2005 (zit. Rechtsbeziehung)

MANN THOMAS, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, Zur Fortentwicklung des Rechtsformenspektrums für öffentliche Unternehmen, Tübingen 2002. (zit. Gesellschaft)

MARTENET VINCENT/DUBEY JACQUES (Hrsg.), Commentaire Rommand de la Constitution fédérale, Basel 2021. (zit. CR Cst., Art., Rz.)

MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 13. Aufl., Bern 2023 (zit. Gesellschaftsrecht)

MOOR PIERRE/POLTIER ETIENNE, Droit administratif, Vol. II: Les actes administratifs et leur contrôle, 3. Aufl., Bern 2011. (zit. droit administratif)

MÜLLER MARKUS/FELLER RETO, 1. Kapitel: Verwaltungsorganisationsrecht, in: Müller Markus/Feller Reto (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2021. (zit. Verwaltungsorganisationsrecht)

MÜLLER MARKUS/FRIEDRICH UELI, Umfang der Aufsicht und Oberaufsicht über andere Träger öffentlicher Aufgaben im Kanton Bern (Art. 78 KV, Art. 95 KV), Gutachten zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Grossen Rates des Kantons Bern vom 03.05.2021 (zit. Gutachten 2021)

MÜLLER ROLAND/LIPP LORENZ/PLÜSS ADRIAN, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, Bd. 1, 5. Aufl., Zürich 2021. (zit. Verwaltungsrat)

NOBEL PETER/MÜLLER CHRISTOPH, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Aktienrecht, Kommentar der ersten Stunde, 1. Aufl., Bern 2023. (zit. BK OR, Art., Rz.)

NUSPLIGER KURT, Regierung und Parlament, in: Kälin Walter/Bolz Urs (Hrsg.), Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, Bern 1995, 149 ff.

POLEDNA TOMAS/SCHWEIZER SAMUEL, Einsitznahme von Exekutivmitgliedern in Verwaltungsräten von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, Interessenkonflikte als Grenze, ZBl 2014, 347 ff. (zit. Einsitznahme)

POLTIER ETIENNE, Les entreprises d'économie mixte, Etude de droit suisse et de droit comparé, Diss. Lausanne, Zürich 1983. (zit. entreprises)

SALOME ISABELLE, Corporate governance et secteur public, RDS 122/2003, 569 ff. (zit. secteur public)

SCHAUB LUKAS, Die Vereinbarkeit von Art. 763 OR mit der kantonalen Organisationsautonomie, eine kritische Betrachtung, SVVOR 2017, 143 ff. (zit. Vereinbarkeit)

SCHINDLER BENJAMIN, Die Befangenheit der Verwaltung, Der Ausstand von Entscheidträgern der Verwaltung im Staats- und Verwaltungsrecht von Bund und Kantonen, Diss. Zürich, Zürich 2002 (zit. Befangenheit)

SCHUCANY EMIL, Kommentar zum Schweizerischen Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1960 (zit. Komm.)

SCHÜRMANN LEO, Rechtsfragen zur Haftung von Mitgliedern des Regierungsrates als Verwaltungsräte in öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, insbesondere nach zugerischem Recht, ZBl 1990, 337 ff. (zit. Rechtsfragen)

SETHE ROLF, Die Regelung von Interessenkonflikten im Aktienrecht de lege lata und de lege ferenda, SZW 2018, 375 ff. (zit. Regelung)

SETHE ROLF, Haftung für eine fehlerhafte Konzernfinanzierung, in: Portmann Wolfgang et al. (Hrsg.), Gedenkschrift für Claire Huguenin, Zürich 2020 (zit. Haftung)

STÄMPFLI MICHAEL, Die gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft, Ihre Willensbildung und Organisation, Bern 1991 (zit. Aktiengesellschaft)

STÖCKLI ANDREAS, Behördenmitglieder in den obersten Führungs- und Aufsichtsgremien von öffentlichen Unternehmen, Bern 2012. (zit. Behördenmitglieder)

STÖCKLI ANDREAS, Informationsrechte des Staats als Aktionär, in: Markus Gredig et al. (Hrsg.), Peters Dreiblatt, Festschrift für Peter Hänni, Bern 2010, 218 ff. (zit. Informationsrechte)

STÖCKLI ANDREAS, Interessenkonflikte und Haftungsrisiken in der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft, recht 2015, 111 ff. (zit. Interessenkonflikte)

STOFFEL ARMIN, Beamte und Magistraten als Verwaltungsräte von gemischt-wirtschaftlichen Aktiengesellschaften, Diss. St. Gallen, Diessenhofen 1975. (zit. Beamte)

TERCIER PIERRE/AMSTUTZ MARC/TRIGO TRINDADE RITA (Hrsg.), Code des obligations II, Commentaire Romand, 2. Aufl., Basel 2017. (zit. CR CO, Art., Rz.)

VETTER MEINRAD/GUTZWILLER ROMAN, Faktische Organschaft im Konzern, GesKR 2/2010, 224 ff. (zit. Faktische Organschaft)

VOGEL STEFAN, Luftfahrtinfrastruktur, in: Biaggini Giovanni et al. (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2015, 363 ff. (zit. Luftfahrtinfrastruktur)

VON DER CRONE HANS CASPAR, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020. (zit. Aktienrecht)

VON DER CRONE HANS CASPAR/JENTSCH VALENTIN, Aktuelle Entwicklungen in der Vergütungslandschaft des Finanzplatzes Schweiz, SZW 5/2012, 377 ff. (zit. Vergütungslandschaft)

VON PLANTA ANDREAS, Die Haftung des Hauptaktionärs, Diss. Basel, Basel 1981 (zit. Haftung)

WENNINGER RENATE MELANIE, Die aktienrechtliche Schweigepflicht, Diss. Zürich, Zürich 1983. (zit. Schweigepflicht)

ZEN-RUFFINEN MARIE NOËLLE/BAUEN MARC, Le conseil d'administration, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. conseil)

Materialien

Bericht der SPK-N vom 1. März 2001, Parlamentarische Initiative – Parlamentsgesetz (PG), BBl 2001 3467 ff. (zit. Ber. N zu PG)

BLS AG, Finanzbericht 2022, Abgerufen unter <https://geschaeftsbericht.bls.ch/wp-content/uploads/2023/04/Finanzbericht_2022_BLS_AG_Deutsch.pdf>. (zit. BLS AG, Finanzbericht 2022)

Botsch. über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 745 ff. (zit. Botsch. Rev. OR 1983)

Botsch. über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 ff. (zit. Botsch. BV 96)

Botsch. zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweizerischen Obligationenrechts vom 21. Februar 1928, BBl 2284 205 ff. (zit. Botsch. Rev. OR 1928)

Botsch. zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017 399 ff. (zit. Botsch. Änderung OR 2017)

Botsch. zur Revision des Fernmeldegesetzes vom 6. September 2017, BBl 2017 6559 ff. (Botsch. Rev. FMG)

Flughafen Zürich (Hrsg.), Pistenverlängerungen – Fakten und Hintergründe, abgerufen unter <https://www.flughafen-zuerich.ch/de/unternehmen/flughafen-zuerich/flughafen-entwicklung/aktuelle-bauprojekte/pistenverlaengerungen-28-und-32> (=> Pistenverlängerungen – Fakten und Hintergründe (pdf)).

GPK-N/S Bericht, Die Behörden unter dem Druck der Finanzkrise und der Herausgabe von UBS-Kundendaten an die USA vom 30. Mai 2010, BBl 2011 3099. (zit. GPK-N/S UBS)

GPK-S Bericht zu Buchungsunregelmässigkeiten bei der PostAuto Schweiz AG – Erwägungen aus Sicht der parlamentarischen Oberaufsicht vom 12. November 2019, BBl 2020 7193. (zit. GPK-S Bericht zu PostAuto Schweiz AG)

Kanton Bern (Hrsg.), Bau- und Verkehrsdirektion, Vortrag vom 08.03.2023, Gesetz über die Beteiligung des Kantons an der BLS AG und an der BLS Netz AG (BLSG). (zit. Regierungsrat, Vortrag vom 08.03.2023)

Kanton Bern (Hrsg.), Finanzdirektion, Richtlinien über die Führung, Steuerung und Aufsicht von anderen Trägern öffentlicher Aufgaben und Beteiligungen im öffentlichen Interesse, Public Corporate Governance – Richtlinien Kanton Bern vom 18. Mai 2022. (zit. Public Corporate Governance Richtlinien)

Stellungnahme BR zum GPK-S Bericht zu PostAuto Schweiz AG: Buchungsunregelmässigkeiten bei der PostAuto Schweiz AG – Erwägungen aus Sicht der parlamentarischen Oberaufsicht vom 19. Februar 2020, abgerufen unter <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/60352.pdf>. (zit. Stellungnahme BR zu GPK-S Bericht zu PostAuto Schweiz AG)

Verfassungskommission Kanton Bern (Hrsg.), Die neue Verfassung: Totalrevision der Staatsverfassung des Kantons Bern, Entwurf: gemeinsamer Antrag von Verfassungskommission und Regierungsrat, Vortrag der Verfassungskommission zuhanden des Grossen Rates, Bern 1992. (zit. Verfassungskommission BE Entwurf)