svvor asdpo

Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht
www.svvor.ch
Association suisse du droit public de l'organisation
www.asdpo.ch

Jahrbuch
2011

Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht

Annuaire
2011

Droit public de l'organisation – responsabilité des collectivités publiques – fonction publique

Stämpfli Verlag AG Bern

Die Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht (SVVOR) legt hiermit den sechsten Band ihrer Jahrbuchreihe vor. Mit der in den Vorjahren begründeten Tradition bezweckt sie auch in diesem Jahr, den raschen Wandel des Verwaltungsorganisationsrechts wissenschaftlich zu begleiten und Fragen zu den dogmatischen und praktischen Entwicklungen in den Bereichen Verwaltungsorganisationsrecht, öffentliches Dienstrecht und Staatshaftungsrecht darzustellen und zu erörtern. Das Jahrbuch gliedert sich in drei Teile: Der erste Teil setzt sich aus aktuellen wissenschaftlichen Beiträgen von ausgewiesenen Spezialisten zusammen. Der zweite Teil legt die Gerichts- und Verwaltungspraxis des Bundes und der Kantone konzis dar. Im dritten Teil werden schliesslich die gesetzgeberischen Aktivitäten im Bereich des Verwaltungsorganisationsrechts auf Bundes- und Kantonsebene aufgezeigt.

L'Association suisse du droit public de l'organisation (ASDPO) a l'honneur et le privilège de présenter la sixième édition de son annuaire. Les buts poursuivis par cette tradition sont inchangés : il s'agit d'apporter l'éclairage des milieux universitaires sur les changements parfois abrupts qui frappent le droit public de l'organisation, mais également de présenter, de documenter et d'étudier scientifiquement des questions touchant aux développements théoriques et pratiques dans les domaines du droit public de l'organisation, du droit de la fonction publique et du droit de la responsabilité des collectivités publiques. La première partie se compose de contri-butions scientifiques d'actualité rédigées par des spécialistes reconnus. La deuxième partie présente de manière concise la pratique administrative et judiciaire de la Confédération et des cantons. La troisième partie est consacrée aux récents dévelop-pements législatifs dans le domaine du droit de l'organisation au niveau fédéral et donne également pour la première fois un aperçu des développements principaux au niveau cantonal.

Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht

Droit public de l'organisation – responsabilité des collectivités publiques – fonction publique

Jahrbuch / Annuaire
2011

Stämpfli Verlag AG Bern
Stämpfli Editions SA Berne

Dieses Buch ist urheberrechtlich geschützt. Jede Form der Weitergabe an Dritte (entgeltlich oder unentgeltlich) ist untersagt. Die Datei enthält ein verstecktes Wasserzeichen, in dem die Daten des Downloads hinterlegt sind.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek
La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse http://dnb.d-nb.de.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z. B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2012

© Stämpfli Editions SA Berne · 2012

Gesamtherstellung:
Stämpfli Publikationen AG, Bern

Réalisation intégrale:
Stämpfli Publications SA, Berne

Printed in Switzerland

ISBN E-Book 978-3-7272-5884-8
ISBN Print 978-3-7272-8955-2

Vorwort

Die Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht (SVVOR) bezweckt mit der Publikation ihrer Jahrbücher, den anhaltenden Wandel des Verwaltungsorganisationsrechts wissenschaftlich zu begleiten und Fragen zu den dogmatischen und praktischen Entwicklungen auf dem Gebiet des Verwaltungsorganisationsrechts, des öffentlichen Dienstrechts sowie des Staatshaftungsrechts darzustellen, zu dokumentieren und wissenschaftlich zu erörtern.

Der vorliegende sechste Band umfasst im ersten, wissenschaftlichen Teil zunächst drei Beiträge zum Verwaltungsorganisationsrecht: Georg Müller und Stefan Vogel beschäftigen sich mit Fragen der Aufsicht und der Oberaufsicht über verselbständigte Träger öffentlicher Aufgaben und erarbeiten dabei die Grundlagen für die parlamentarische Aufsicht in diesem Bereich. Pierre Tschannen und Thomas Locher behandeln ein spezifisches Problem zur Kompetenzabgrenzung bei Massnahmen, die sich auf Gewässer und Strassen beziehen. Im Staatshaftungsrecht wird sodann der bemerkenswerte Entscheid des VerwGer BE zum Problem der mangelhaften baupolizeilichen Aufsicht von Peter Hänni und Raphaël Mahaim kommentiert. Schliesslich sind wir froh darüber, dass das öffentliche Dienstrecht Gegenstand ist von mehreren wertvollen Beiträgen zu ganz verschiedenen Fragen: Eva Maria Belser, Martin Farner, Vincent Grandjean, Peter Helbling, Karine Lempen und Tomas Poledna äussern sich in kompetenter Weise zu aktuellen Fragestellungen in diesem Bereich. Damit wird gleichzeitig sichergestellt, dass die an der letzten wissenschaftlichen Tagung der SVVOR vorgetragenen Überlegungen einem weiteren Publikum zugänglich gemacht werden.

Der anschliessende zweite Teil dokumentiert die Gerichts- und Verwaltungspraxis im Bereich des Verwaltungsorganisationsrechts, des öffentlichen Dienstrechts sowie des Staatshaftungsrechts, während der dritte Teil die neuesten gesetzgeberischen Entwicklungen auf Bundes- und Kantonsebene zum Veraltungsorganisationsrecht nachzeichnet. Damit wird die *bewährte Struktur* des Jahrbuchs beibehalten. Wie üblich kommen ausgewiesene Spezialistinnen und Spezialisten der genannten Rechtsgebiete zu Wort und vermitteln einen gesamthaften Überblick über die damit verbundenen Rechtsfragen. Die SVVOR ist überzeugt, mit diesem Jahrbuch eine Lücke zu schliessen, vor allem durch die Aktualität der Beiträge und die Kompaktheit ihrer Präsentation. Wissenschaftlichkeit und Praxisbezug gewährleisten den für die Benutzerinnen und Benutzer angestrebten Mehrwert. Wir sind deshalb überzeugt, dass auch der Jahrgang 2011 den berechtigten Erwartungen der Leserinnen und Leser gerecht werden wird.

An dieser Stelle gebührt allen Autorinnen und Autoren unser herzlicher Dank für ihren grossen Einsatz, mit dem die Herausgabe dieses Werkes überhaupt möglich geworden ist. Gleiches gilt für die Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht, die das Jahrbuch finanziell unterstützt. Ferner geht unser Dank auch an unseren Partner, die Stämpfli

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
SVVOR (Hrsg.): Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, 2012

Verlag AG Bern, mit der uns eine sehr enge und angenehme Zusammenarbeit verbindet.

Schliesslich ist einmal mehr auf das unermüdliche Engagement von Frau Riccarda Melchior hinzuweisen, die nicht nur für die termingerechte Herausgabe und die Koordination verantwortlich zeichnete sondern die Beiträge auch in eine drucktechnisch einwandfreie Form gebracht hat.

Freiburg, im April 2012 Peter Hänni, Präsident SVVOR

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
SVVOR (Hrsg.): Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, 2012

Préface

Avec la publication de ses annuaires, l'Association suisse du droit public de l'organisation (ASDPO) s'est fixé pour objectif d'accompagner scientifiquement les incessantes fluctuations du droit de l'organisation administrative et de présenter – en les documentant et en les commentant de manière critique – un certain nombre de questions touchant aux développements pratiques et dogmatiques dans les domaines du droit de l'organisation administrative, du droit de la fonction publique et de la responsabilité de l'Etat.

La première partie – scientifique – de cette sixième édition de l'annuaire comporte trois contributions relatives au droit de l'organisation administrative : Georg Müller et Stefan Vogel se penchent sur des questions relatives à la (haute) surveillance sur les prestataires de tâches publiques organisés de manière indépendante, et, dans ce contexte, ils élaborent les prolégomènes d'une surveillance parlementaire. De leur côté, Pierre Tschannen et Thomas Locher étudient un problème spécifique touchant à la répartition des compétences dans le cas de mesures qui concernent les eaux et les routes. Enfin, dans le domaine de la responsabilité de l'Etat, Peter Hänni et Raphael Mahaim commentent le fameux arrêt du tribunal administratif bernois relatif aux lacunes en matière de police des constructions. Par ailleurs, nous sommes très heureux que le service public fasse l'objet de contributions de valeur éclairant la diversité de ses facettes : Eva Maria Belser, Martin Farner, Vincent Grandjean, Peter Helbling, Karine Lempen et Tomas Poledna expriment des avis autorisés sur des questions d'actualité touchant à ce sujet. Cela permet de garantir par la même occasion que les considérations exprimées lors du dernier colloque de l'ASDPO soient accessibles à un large public.

La deuxième partie de l'Annuaire illustre la pratique administrative et judiciaire dans le domaine du droit de l'organisation administrative, du droit de la fonction publique et celui de la responsabilité de l'Etat, alors que la troisième partie répertorie les dernières nouveautés de la législation relatives au droit de l'organisation administrative au niveau de la Confédération et des cantons. En d'autres termes, rien ne change dans *cette structure de l'Annuaire,* qui a largement fait ses preuves. Comme à l'accoutumée, des spécialistes renommés prennent la plume pour offrir un panorama complet des questions juridiques liées à cette problématique. L'ASDPO est convaincue que cet annuaire permet de combler une lacune, notamment grâce à l'actualité des contributions et à la concision de leur présentation. La rigueur scientifique de l'annuaire et son côté pragmatique représentent une véritable plus-value pour ses utilisateurs. Nous sommes dès lors convaincus que l'édition 2011 satisfera elle aussi toutes les attentes de ses lecteurs et de ses lectrices.

Il convient ici de remercier très sincèrement tous les auteurs pour l'engagement sans faille dont ils ont fait preuve, ce qui a permis la publication de cet ouvrage. Il en va de même pour l'Association suisse du droit

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
SVVOR (Hrsg.): Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, 2012

public de l'organisation, qui a apporté son soutien financier. Nos remerciements s'adressent également à notre partenaire, les Editions Stämpfli SA à Berne, avec lesquelles nous avons la satisfaction d'entretenir une collaboration étroite et fructueuse.

Pour conclure, il convient une fois de plus de saluer à sa juste valeur l'infatigable engagement de Mme Riccarda Melchior, qui ne s'est pas seulement chargée de la coordination et du respect des délais, mais qui a également assuré la mise au propre définitive des textes en vue de leur publication.

Fribourg, avril 2012 Peter Hänni, Président de l'ASDPO

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
SVVOR (Hrsg.): Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, 2012

Inhaltsverzeichnis
Table des matières

1. Teil / 1ère Partie

I. Das Verwaltungsorganisationsrecht / Le droit public de l'organisation

GEORG MÜLLER/STEFAN VOGEL

Rechtsgutachten betreffend Aufsicht und Oberaufsicht über verselbstständigte Träger von öffentlichen Aufgaben, insbesondere Regionale Spitalzentren 5

OBERAUFSICHTSKOMMISSION DES KANTONS BERN

Untersuchung der Vorkommnisse am Spitalzentrum Biel AG – Bericht und Antrag der Oberaufsichtskommission an den Grossen Rat vom 6. Dezember 2011 25

PIERRE TSCHANNEN/THOMAS LOCHER

Massnahmenzuständigkeit und Kostentragungspflicht bei Kreuzungen zwischen Strasse und Gewässer – Gutachten im Auftrag der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) 57

II. Das Staatshaftungsrecht / Le droit de la responsabilité des collectivités publiques

PETER HÄNNI/RAPHAËL MAHAIM

Baupolizeiliche Aufsichtspflichten und Staatshaftung – der Fall Adelboden und die Folgen 95

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
SVVOR (Hrsg.): Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, 2012

III. Das öffentliche Dienstrecht / La fonction publique

EVA MARIA BELSER
Religiöse Symbole im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis..... 113

MARTIN FARNER
Das neue St. Galler Personalgesetz..... 129

VINCENT GRANDJEAN
La liberté d'expression et le devoir de réserve dans la fonction publique : Le point de vue de la pratique..... 151

PETER HELBLING
Die Abweisung der Bewerbung verlangt eine beschwerdefähige Verfügung - Besprechung des BVGE 2010/53 (A-2757/2009) vom 12. Oktober 2010..... 155

KARINE LEMPEN
La jurisprudence récente en matière de loi sur l'égalité entre femmes et hommes..... 165

TOMAS POLEDNA
Mobbing (harcèlement psychologique) im öffentlichen Personalrecht..... 173

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
SVVOR (Hrsg.): Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, 2012

2. Teil / 2ème Partie

Die Rechtsprechung / La jurisprudence

I. Das Verwaltungsorganisationsrecht / Le droit public de l'organisation

PETER HÄNNI

Die Gerichtspraxis des Bundesgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts und der kantonalen Gerichte
La jurisprudence du tribunal fédéral, du tribunal administratif fédéral et des tribunaux cantonaux 183

II. Das Staatshaftungsrecht / Le droit de la responsabilité des collectivités

PETER HÄNNI

Die Gerichtspraxis des Bundesgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts und der kantonalen Gerichte
La jurisprudence du tribunal fédéral, du tribunal administratif fédéral et des tribunaux cantonaux 187

III. Das öffentliche Dienstrecht / La fonction publique

PETER HÄNNI

Die Gerichtspraxis des Bundesgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts und der kantonalen Gerichte
La jurisprudence du tribunal fédéral, du tribunal administratif fédéral et des tribunaux cantonaux 201

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
SVVOR (Hrsg.): Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, 2012

3. Teil / 3ème Partie

Die Entwicklung der Gesetzgebung im Bereich des Verwaltungsorganisationsrechts / Développement de la législation dans le domaine du droit public de l'organisation

THOMAS SÄGESSER

Entwicklungen im Regierungs- und Verwaltungsorganisationsrecht des Bundes für das Jahr 2011 285

ANDREAS STÖCKLI/THOMAS MEIER

Ausgewählte Entwicklungen im Verwaltungsorganisationsrecht der Kantone im Jahr 2011 337

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
SVVOR (Hrsg.): Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, 2012

Autorenverzeichnis
Liste des auteurs

EVA MARIA BELSER

Prof. Dr. iur., Professorin für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Freiburg

MARTIN FARNER

lic. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Zürich

VINCENT GRANDJEAN

lic. iur., Chancelier de l'Etat de Vaud

PETER HÄNNI

Prof. Dr. iur., Professor für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Freiburg

PETER HELBLING

lic. iur., Rechtsanwalt, Worb

KARINE LEMPEN

Dr. iur., Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes, chargée de cours à l'Université de Genève

THOMAS LOCHER

lic. iur., Rechtsanwalt, Assistent an der Universität Bern

RAPHAËL MAHAIM

MLaw, Doktorand an der Universität Freiburg

THOMAS MEIER

MLaw, dipl. Assistent an der Universität Freiburg

GEORG MÜLLER

Prof. Dr. iur., em. Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht und Gesetzgebungslehre an der Universität Zürich

OBERAUFSICHTSKOMMISSION DES KANTONS BERN

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
SVVOR (Hrsg.): Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, 2012

TOMAS POLEDNA

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Titularprofessor an der Universität Zürich

THOMAS SÄGESSER

Dr. iur., Rechtsanwalt, Hinterkappelen bei Bern

ANDREAS STÖCKLI

MLaw, Rechtsanwalt, Assistent an der Universität Freiburg

PIERRE TSCHANNEN

Prof. Dr. iur., Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Bern

STEFAN VOGEL

PD Dr. iur., Rechtsanwalt, Privatdozent für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Verwaltungswissenschaft an der Universität Zürich

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
SVVOR (Hrsg.): Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, 2012

1. Teil / 1ère Partie

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
SVVOR (Hrsg.): Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, 2012

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
SVVOR (Hrsg.): Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, 2012

I. Das Verwaltungsorganisationsrecht / Le droit public de l'organisation

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
SVVOR (Hrsg.): Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, 2012

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
SVVOR (Hrsg.): Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, 2012

Rechtsgutachten betreffend Aufsicht und Oberaufsicht über verselbstständigte Träger von öffentlichen Aufgaben, insbesondere Regionale Spitalzentren

Von Prof. Dr. GEORG MÜLLER und PD Dr. STEFAN VOGEL, Rechtsanwalt

Inhalt

1. Ausgangslage 5
2. Unterscheidung von Aufsicht und Oberaufsicht 7
   - 2.1. Oberaufsicht des Grossen Rats 7
   - 2.2. Aufsicht des Regierungsrates 8
   - 2.3. Verhältnis von Oberaufsicht und Aufsicht 9
3. Aufsicht und Legalitätsprinzip 10
4. Die Aktiengesellschaft als Organisationsform für Träger von öffentlichen Aufgaben 11
5. Aufsicht und Oberaufsicht über verselbstständigte Träger von öffentlichen Aufgaben nach Art. 95 KV 12
   - 5.1. Im Allgemeinen 12
   - 5.2. Aktiengesellschaften 13
     - a) Beschränkung auf die Mittel des Aktienrechts 13
     - b) Auskunfts- und Einsichtsrecht nach Art. 697 OR 13
     - c) Informationsfluss über personelle Vertreter 16
     - d) Andere Kontrollmöglichkeiten 17
   - 5.3. Rechtsformen des öffentlichen Rechts 18
   - 5.4. Besondere Massnahmen zur Geheimhaltung der Informationen 19
6. Aufsicht und Oberaufsicht über die Regionalen Spitalzentren im Besonderen 20
   - 6.1. Spitalversorgungsgesetz 20
   - 6.2. Spitalversorgungsverordnung 21
   - 6.3. Steuerungs- und Aufsichtskonzept 21
7. Zusammenfassende Beantwortung der Rechtsfragen 22

1. Ausgangslage

Mit Schreiben vom 10. Mai 2011 erteilte die Oberaufsichtskommission des Grossen Rats des Kantons Bern den Unterzeichnenden den Auftrag zur Ausarbeitung eines Rechtsgutachtens betreffend Aufsichtspflichten und Einsichtsrechte bei den Regionalen Spitalzentren und weiteren ausgelagerten Trägern öffentlicher Aufgaben. Der Gegenstand des Gutachtens wird wie folgt umschrieben:

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
SVVOR (Hrsg.): Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, 2012

1. *Bereich der Aufsicht durch Regierungsrat und Direktionen (insbesondere Gesundheits- und Fürsorgedirektion): Rechtliche Beurteilung der Aufsichtspflichten des Regierungsrats und der Direktionen (v.a. der Gesundheits- und Fürsorgedirektion), insbesondere diejenigen, die sich gemäss Kantonsverfassung, Spitalversorgungsgesetz und Eigentümerstrategie des Kantons bezüglich der Regionalen Spitalzentren (RSZ) gemäss Spitalversorgungsgesetz (SpVG) ergeben.*

   Dabei stehen insbesondere auch die folgenden Fragen im Vordergrund:
   - *Kann aus den verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Aufsichtspflichten abgeleitet werden, dass der Regierungsrat, die Gesundheits- und Fürsorgedirektion oder allenfalls auch die Finanzdirektion zur angemessenen Wahrnehmung ihrer Aufsichtsfunktionen auch auf Protokolle des Verwaltungsrats müssen zugreifen können?*
   - *Welche Aufsichtsmassnahmen können zur Wahrnehmung der Aufsichtsfunktion, ohne Zugriff auf Protokolle des Verwaltungsrats, vom Regierungsrat, der Gesundheits- und Fürsorgedirektion oder der Finanzdirektion sonst erwartet werden, z.B. in Bezug auf direkte Kontaktnahmen mit dem Verwaltungsrat?*
   - *Falls eine Einsichtnahme im Sinne einer generellen Beurteilung grundsätzlich nicht möglich wäre: Welches sind die Möglichkeiten, wenn der von der Generalversammlung gewählte (vom Regierungsrat als Vertreter des Mehrheits- oder Alleinaktionärs designierte) Verwaltungsrat wegen internen Streitigkeiten faktisch handlungsunfähig wird?*
   - *Gibt es rechtliche Möglichkeiten, um eine Einsichtnahme des Regierungsrats in Protokolle des Verwaltungsrats zu sichern (z.B. durch eine entsprechende Ausgestaltung der Statuten oder einen entsprechenden Beschluss des Verwaltungsrates)?*

2. *Bereich, Umfang und Grenzen der parlamentarischen Oberaufsicht über «andere Träger öffentlicher Aufgaben» (Art. 95 KV) in Form von Aktiengesellschaften.*

   Dabei steht insbesondere auch die folgende Frage im Vordergrund:
   - *Rechtliche Beurteilung der Frage, ob ein Organ der parlamentarischen Oberaufsicht in Protokolle des Verwaltungsrates von Aktiengesellschaften Einsicht nehmen kann (generell), konkret auch im interessierenden Fall der Spitalzentrum Biel AG (SZB AG). Am Aktienkapital der SZB AG ist der Kanton Bern mit 7,75 Mio. Fr. beteiligt, die Stiftung Kinderspital Wildermeth mit CHF 20'000.*

3. *Bereich, Umfang und Grenzen der parlamentarischen Oberaufsicht über «andere Träger öffentlicher Aufgaben» (Art. 95 KV) in Bezug auf die übrigen Rechtsformen.*

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
SVVOR (Hrsg.): Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, 2012

Dabei steht insbesondere auch die folgende Frage im Vordergrund:
- *Rechtliche Beurteilung der Frage, ob ein Organ der parlamentarischen Oberaufsicht in Protokolle der strategischen Führungsorgane Einsicht nehmen kann.*

4. *Einzelfragen*
   - *Wäre es zulässig, die Möglichkeit zur Einsichtnahme in Protokolle des Verwaltungsrats durch den Regierungsrat bereits im Spitalversorgungsgesetz festzuschreiben?*
   - *Handelt es sich bei der vom Kanton Bern gewählten Praxis (Regionale Spitalzentren als Aktiengesellschaften, mit dem Kanton als Allein- oder Mehrheitsaktionär; Verzicht des Kantons auf Einsitznahme von Kantonsvertretungen in den Verwaltungsräten) aus aufsichtsrechtlicher Sicht um ein sinnvolles Vorgehen?*

Für die Ausarbeitung des Gutachtens wurden den Verfassern folgende Dokumente zur Verfügung gestellt:

- Erläuterungen zum Spitalversorgungsgesetz und zur Spitalversorgungsverordnung
- Eigentümerstrategie
- Leistungsverträge des Kantons mit der SZB AG von 2008-2011 sowie Spitalliste 2005 inkl. entsprechender RRB.

2. Unterscheidung von Aufsicht und Oberaufsicht

2.1. Oberaufsicht des Grossen Rats

Nach Art. 78 KV beaufsichtigt der Grosse Rat die Regierung und die Geschäftsführung der obersten Gerichte und führt die Oberaufsicht über die Verwaltung und die anderen Träger öffentlicher Aufgaben. Er hat diese Aufgaben weitgehend der Oberaufsichtskommission übertragen (Art. 22 Abs. 2 des Gesetzes über den Grossen Rat [Grossratsgesetz; GRG] vom 8. November 1988 [BSG 151.21]).

Die parlamentarische Oberaufsicht dient in erster Linie der Geltendmachung der *politischen Verantwortlichkeit* von Regierungsrat und Verwaltung. Sie zielt nicht auf die Korrektur laufender Geschäfte ab, sondern auf eine Standortbestimmung im Hinblick auf die Erfüllung von Staatsaufgaben. Eine solche Gesamtschau erfordert eine gewisse Distanznahme des Grossen Rats und der Oberaufsichtskommission vom einzelnen Sachgeschäft.[1] Im Rahmen der Oberaufsicht dürfen Erlasse und Verfügungen der beaufsichtig-

[1] GEORG MÜLLER, Die Aufsicht über die selbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalten im Kanton Zürich, in: ZBl 2009, S. 474 f.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
SVVOR (Hrsg.): Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, 2012

ten Behörden und Amtsstellen nicht aufgehoben und ihnen auch keine verbindlichen Weisungen für ihr künftiges Verhalten erteilt werden.[2]

Parlament und Oberaufsichtskommission können Entscheidungen, Handlungen und Unterlassungen der Regierung, der Verwaltung und der Justiz auf ihre *Recht- und Zweckmässigkeit, Effizienz und Wirksamkeit* hin prüfen und zustimmend oder kritisch dazu Stellung nehmen. Sie sind auch befugt, die Kritik mit rechtlich unverbindlichen Empfehlungen für das künftige Verhalten zu verbinden.[3] Daneben besteht die Möglichkeit, mittels parlamentarischer Vorstösse vom Regierungsrat Änderungen von Erlassen oder von Einzelakten im Zuständigkeitsbereich des Parlamentes zu verlangen.

Die parlamentarische Oberaufsicht kann ihren Zweck, die politische Verantwortlichkeit von Regierung und Verwaltung zu realisieren, nur dann erreichen, wenn ein *Gegenstand der Verantwortung* vorliegt. Sie muss an einen Akt anknüpfen, für den die beaufsichtigte Instanz die Verantwortung trägt. Oberaufsicht ist deshalb *grundsätzlich nachträglich*. Das bedeutet jedoch nur, dass die verantwortlichen Organe Gelegenheit haben müssen, ihr Verhalten zu rechtfertigen, bevor das Parlament dazu Stellung nimmt. Es soll verhindert werden, dass die Oberaufsichtskommission und der Grosse Rat auf einen im Gang befindlichen Entscheidungsprozess im Regierungsrat oder in der Verwaltung Einfluss nehmen, weil sie dadurch mitverantwortlich für den Entscheid werden und ihre Unabhängigkeit bei der Beurteilung der Ergebnisse verlieren.[4]

Dagegen ist es zulässig, im Rahmen der Oberaufsicht zu prüfen, warum gewisse Anordnungen nicht oder noch nicht getroffen oder Handlungen nicht oder noch nicht vorgenommen worden sind. Der Grosse Rat darf sich auch *Informationen über hängige Geschäfte und laufende Verfahren* beschaffen, um bereits erledigte Geschäfte besser beurteilen zu können. Die Beobachtung der Verwaltung «an der Arbeit» kann Voraussetzung für eine zutreffende Würdigung des Ergebnisses dieser Arbeit sein; sie darf allerdings nicht zu einer «Mitregierung» des Parlaments führen.[5]

2.2. Aufsicht des Regierungsrates

Nach Art. 87 Abs. 1 und 2 KV führt der Regierungsrat die kantonale Verwaltung. Er sorgt für eine rechtmässige, bürgernahe und wirkungsvolle Verwaltungstätigkeit. Zur Erfüllung dieser Aufgaben dient auch die Aufsicht über die ihm unterstellten Einheiten. Der Regierungsrat muss dem Grossen Rat jährlich, oder so oft es dieser verlangt, über die Tätigkeit der Verwaltung Rechenschaft ablegen (Art. 87 Abs. 4 KV).

[2] KURT NUSPLIGER, Regierung und Parlament, in: Walter Kälin/Urs Bolz (Hrsg.), Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, Bern 1995, S. 153 f.
[3] MÜLLER (Anm. 1), S. 479.
[4] NUSPLIGER (Anm. 2), S. 154.
[5] MÜLLER (Anm. 1), S. 481.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
SVVOR (Hrsg.): Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, 2012

Die regierungsrätliche Aufsicht hat eine andere Funktion und andere Wirkungen als die Oberaufsicht des Grossen Rats. Sie ist *Bestandteil des Führungsprozesses* und soll dem Regierungsrat erlauben, korrigierend in die Erledigung der Regierungs- und Verwaltungsangelegenheiten einzugreifen. Die Aufsicht umfasst alle Handlungen, Unterlassungen und Entscheidungen der Verwaltung und der anderen Träger von öffentlichen Aufgaben. Massstäbe sind dabei – wie bei der Oberaufsicht – die *Recht- und Zweckmässigkeit sowie die Effizienz und Wirksamkeit*.

Die Aufsicht kann präventiv, begleitend oder repressiv sein. Zu den Mitteln der *präventiven* Aufsicht gehören die Genehmigung von Akten, die Einsitznahme in den Organen der beaufsichtigten Träger von öffentlichen Aufgaben, die Mitwirkung bei der Aufgaben- und Finanzplanung sowie Wahlbefugnisse und Weisungsrechte. Als *begleitend* wird die Aufsicht bezeichnet, wenn sie sich auf Geschäfte bezieht, die noch nicht abgeschlossen sind. *Repressive* Aufsicht liegt vor, wenn Aufsichtsorgane Entscheidungen, Handlungen oder Unterlassungen beurteilen und entweder korrigierend eingreifen oder dazu – positiv oder kritisch – Stellung nehmen, allenfalls Weisungen für das künftige Verhalten abgeben oder sogar Sanktionen gegenüber den beaufsichtigten Organen ergreifen.[6]

2.3. Verhältnis von Oberaufsicht und Aufsicht

Oberaufsicht und Aufsicht haben zwar den *gleichen Gegenstand* und werden nach *denselben Massstäben* ausgeübt. Sie konkurrenzieren sich aber nicht, sondern ergänzen sich, indem das Parlament eine distanziert-politische Beurteilung vornimmt, während der Regierungsrat seine Aufsicht im Rahmen der Verwaltungsführung ausübt.[7]

Oberaufsicht des Parlaments und Aufsicht des Regierungsrates verhalten sich nach herrschender Lehre *akzessorisch* bzw. *kongruent* zueinander.[8] Das Recht und die Pflicht zur Oberaufsicht können mit anderen Worten nicht weiter gehen als die Aufsichtskompetenz des Regierungsrates.[9]

[6] MÜLLER (Anm. 1), S. 475, mit weiteren Hinweisen.

[7] MÜLLER (Anm. 1), S. 480; ALEXANDER RUCH, Die parlamentarische Kontrolle der mittelbaren Verwaltung im Bund, in: ZBl 1992, S. 243 ff.

[8] REGINA KIENER, Die Informationsrechte der parlamentarischen Komissionen, Diss., Bern 1994, S. 229; RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Basel 2009, Rz. 2363.

[9] Die Stellungnahme der Oberaufsichtskommission zur Motion 014-2011 (zu Ziff. 1) ist diesbezüglich etwas missverständlich, weil bei der Aufsichts*praxis* des Regierungsrats angeknüpft wird, an welche man sich nicht gebunden fühle. Im Rahmen der grundsätzlich vorhandenen Aufsichtsbefugnisse des Regierungsrats steht es dem Grossen Rat und seinen Kommissionen selbstverständlich frei, vom Regierungsrat zu verlangen, dass er von seinen Kompetenzen in einem bestimmten Sinne Gebrauch mache. Weiter gehende Massnahmen kann das Parlament weder verlangen, noch selbst vornehmen.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
SVVOR (Hrsg.): Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, 2012

Die parlamentarische Oberaufsicht ist grundsätzlich eine *indirekte* Kontrolle.[10] Primärer Ansprechpartner des Parlaments ist die *Regierung*. Das kommt auch in den Bestimmungen über die Informationsrechte der parlamentarischen Kommissionen (Art. 34 ff. GRG) deutlich zum Ausdruck. Der direkte Verkehr mit den Verwaltungseinheiten und anderen Trägern öffentlicher Aufgaben ist nur möglich, soweit dies die gesetzliche Regelung (Art. 34 ff. GRG) vorsieht.

An sich hat es der Gesetzgeber in der Hand, von der eben geschilderten Ordnung abzuweichen und dem Parlament bzw. seinen Aufsichtsorganen weiter führende direkte Kontrollen zu ermöglichen. Zu beachten sind dabei jedoch die Vorgaben des Bundesrechts und der Kantonsverfassung. Zudem dürfen spezielle Regelungen nicht im Widerspruch stehen zu den Grundsätzen, die der Gesetzgeber für die Organisation und Führung bestimmter Träger von öffentlichen Aufgaben festgelegt hat.[11]

3. Aufsicht und Legalitätsprinzip

Die Aufsichtstätigkeit steht in einem komplexen Verhältnis zum Legalitätsprinzip. Sie dient in weitem Masse dazu, die Gesetzmässigkeit des Verwaltungshandelns zu gewährleisten. Deshalb ist es nicht sinnvoll, die inhaltliche Ausgestaltung der Aufsicht allzu detailliert zu regeln. Parlament und Regierung werden üblicherweise schon auf Verfassungsstufe mit der (Ober-)Aufsicht über die Verwaltung betraut. Die Verpflichtung, über die gehörige Erfüllung einer Aufgabe zu wachen, ergibt sich zudem bereits aus der Sachkompetenz in einem bestimmten Bereich. Nach herrschender Lehre müssen daher die *Aufsichtsmittel nicht explizit und abschliessend auf Gesetzesstufe festgelegt* werden.

Erhöhte Anforderungen sind indessen an die gesetzliche Grundlage der Aufsicht über *dezentrale und privatrechtliche Verwaltungsträger* zu stellen.[12] Diese verfügen in der Regel über eine gewisse Autonomie, stehen also in einem gelockerten Verhältnis zur Regierung. Deshalb müssen Gegenstand, Umfang und Mittel der Aufsicht im einschlägigen Erlass konkretisiert werden.

Für eigentliche Notfälle wird vereinzelt die *Polizeigeneralklausel* (Art. 91 KV) als mögliche Grundlage für Interventionen der Regierung gegenüber unabhängigen Verwaltungsträgern diskutiert.[13] Der Rückgriff auf die Polizeigeneralklausel erscheint uns allerdings nicht überzeugend. Zudem ist zweifelhaft, ob diese Möglichkeit auch bei privatrechtlich organisierten Aufgabenträgern besteht.

[10] ANDREAS LIENHARD, Steuerung und Kontrolle ausgelagerter Verwaltungsträger durch das Parlament, in: Parlament 2008, Nr. 3, S. 8.

[11] Siehe dazu auch hinten, Ziff. 5.2.-5.3.

[12] STEFAN SCHULTHESS/RENÉ WIEDERKEHR, Aufsicht und Legalitätsprinzip, in: ZBl 2009, S. 189, 199 ff.

[13] NADINE MAYHALL, Aufsicht und Staatshaftung, Diss., Freiburg 2008, S. 109 f.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
SVVOR (Hrsg.): Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, 2012

4. Die Aktiengesellschaft als Organisationsform für Träger von öffentlichen Aufgaben

Dass es dem Gemeinwesen *erlaubt* ist, sich zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben auch privatrechtlicher Organisationsformen, insbesondere der Aktiengesellschaft, zu bedienen, ist heute unbestritten. Als *Vorteile* solcher formeller Privatisierungen werden meist die *Flexibilisierung und Entpolitisierung der Aufgabenerfüllung* genannt. Diese Ziele können allerdings in der Regel auch mit dem Einsatz von öffentlich-rechtlichen Organisationsformen erreicht werden. Immerhin lässt sich mit einer Privatisierung die Verselbstständigung eines Aufgabenträgers auch äusserlich wirksam unterstreichen. Zudem kann auf etablierte, funktionstaugliche Strukturen und Abläufe gegriffen werden, was den Rechtssetzungsaufwand vermindert und die Rechtssicherheit erhöht.

Die massive *Ausweichbewegung ins private Organisationsrecht*, welche in der Schweiz wie auch in vielen anderen Staaten in der jüngeren Vergangenheit stattfand, lässt sich damit allein jedoch kaum erklären. Die Privatisierungswelle der letzten Jahre entspringt – jedenfalls sofern die Träger der öffentlichen Aufgaben zu 100 % in staatlicher Hand bleiben – in aller Regel nicht fundierten Überlegungen, sondern ist in weiten Teilen das Ergebnis einer «irrationalen modischen Präferenz»[14].

Es ist hier nicht der Ort, diese Entwicklung zu kritisieren. Indessen darf es nicht verwundern, wenn man feststellt, dass *Lehre und Praxis zum Aktienrecht* für Probleme, welche spezifisch Träger von öffentlichen Aufgaben betreffen, zum Teil *keine adäquaten Antworten* bereit halten.[15] Dabei sind die Möglichkeiten der öffentlichen Hand, die privatrechtlichen Organisationsformen bedürfnisgerecht an staats- und verwaltungsrechtliche Vorgaben und Abläufe anzupassen, beschränkt. Dies gilt in besonderem Masse für Kantone und Gemeinden, die – anders als der Bund – nicht in das Bundeszivilrecht eingreifen dürfen. Die Aktiengesellschaft erweist sich somit als eher wenig geeignete Organisationsform für Verwaltungsaufgaben, welche eine intensive Steuerung und Kontrolle durch das Gemeinwesen benötigen.

[14] THOMAS MANN, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, Zur Fortentwicklung des Rechtsformenspektrums für öffentliche Unternehmen, Habil., Tübingen 2002, S. 172, 266. – Auch der Vortrag des Regierungsrates an den Grossen Rat betreffend das Spitalversorgungsgesetz (SpVG) bildet diesbezüglich keine Ausnahme: Als massgebliche Vorteile der AG werden die «Allianzfähigkeit» und «Umstrukturierbarkeit» genannt und etwas später ausgeführt, dass letztlich «unerheblich» sei, welche Rechtsform gewählt werde (S. 25 f.).

[15] Zusatzbericht des Bundesrates zum Corporate-Governance-Bericht – Umsetzung der Beratungsergebnisse des Nationalrates vom 25. März 2009, BBl 2009, 2679.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
SVVOR (Hrsg.): Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, 2012

5. Aufsicht und Oberaufsicht über verselbstständigte Träger von öffentlichen Aufgaben nach Art. 95 KV

5.1. Im Allgemeinen

Gemäss Art. 95 Abs. 3 KV BE stehen auch die «anderen» Träger öffentlicher Aufgaben unter der Aufsicht des Regierungsrates, wobei das Gesetz für eine angemessene Mitwirkung des Grossen Rates zu sorgen hat.

Die Intensität der Steuerungs- und Kontrollbefugnisse des Regierungsrates und damit der parlamentarischen Oberaufsicht hängt vom *Grad der den verselbstständigten Trägern durch den Gesetzgeber eingeräumten Autonomie* ab. Dezentrale Aufgabenträger werden gemeinhin gebildet, um einen bestimmten Aufgabenkomplex mit grösserer (unternehmerischer) Selbstständigkeit zu erfüllen. Die Autonomie ist niemals Selbstzweck, sondern steht im Dienst einer möglichst sachgerechten staatlichen Aufgabenerfüllung.[16]

Je nach Aufgabe variieren Grad und Ausgestaltung der Autonomie erheblich.[17] Die Steuerungs- und Kontrollbefugnisse des Regierungsrates und die daran anknüpfende Oberaufsicht des Parlaments sind für die verselbstständigten Träger nach *Massgabe ihrer Eigenheiten* (Zweck der Dezentralisierung, Art der übertragenen Aufgabe, Rechtsform des Trägers) unterschiedlich auszugestalten. Autonomie und Aufsicht stehen in einem wechselseitigen Verhältnis zueinander.[18] Der Gesetzgeber sollte sie deshalb nicht generell, sondern im jeweiligen (Spezial-)Erlass, welcher die Grundlage für einen bestimmten Träger bzw. Trägertypus bildet, umschreiben.[19] Dabei führen die organisatorische Ausgliederung einer Verwaltungseinheit und die damit verbundene Reduktion der regierungsrätlichen Aufsicht auch zu einer Einschränkung der Oberaufsicht, ist doch der Gegenstand der parlamentarischen Oberaufsicht über die verselbstständigten Einheiten die Ausübung der Steuerungs- und Kontrollbefugnisse des Regierungsrates und der ihm unterstellten Organe.[20]

Von der Aufsicht und Oberaufsicht nach Art. 95 Abs. 3 KV zu unterscheiden ist die behördliche *Kontrolle der Tätigkeiten von Organisationen zum Schutz bestimmter Rechtsgüter* (z.B. Sicherheit, Umwelt, Gesundheit, Treu und Glauben im Geschäftsverkehr). Solche Kontrollen müssen in einem Gesetz vorgesehen sein. Wird die staatlich kontrollierte Tätigkeit von einem verselbstständigten Träger öffentlicher Aufgaben ausgeübt, so kommt es zu einer Kumulation von spezieller Fachaufsicht und allgemeiner Auf-

16 MAYHALL *(*Anm. 13), S. 107.
17 MÜLLER (Anm. 1), S. 476 f.
18 SCHULTHESS/WIEDERKEHR (Anm. 12), S. 200.
19 GEORG MÜLLER/STEFAN VOGEL, Oberaufsicht der Bundesversammlung über verselbständigte Träger von Bundesaufgaben, in: ZBl 2010, S. 668.
20 Dazu bereits vorne Ziff. 2.3.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
SVVOR (Hrsg.): Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, 2012

sicht nach Art. 95 Abs. 3 KV. Das trifft auch für die Träger der regionalen Spitalversorgung zu, die nach Art. 70 des Spitalversorgungsgesetzes (SpVG) vom 5. Juni 2005 (BSG 812.11) – wie alle Erbringer von Spital- und Rettungsleistungen – der kantonalen Aufsicht unterstellt sind; die zuständige Stelle der Gesundheits- und Fürsorgedirektion überprüft, ob die Leistungserbringer die gesetzlichen Voraussetzungen für ihre Tätigkeit erfüllen und ihre Leistungen in guter Qualität erbringen.[21] Die Amtsstellen, welche die Kontrolle über die Tätigkeiten ausüben, unterstehen ihrerseits der (Ober-)Aufsicht des Regierungsrates und des Grossen Rates.

Das Verhältnis der Fachaufsicht über bestimmte Tätigkeiten zur allgemeinen Aufsicht über die Verwaltung und andere Träger von öffentlichen Aufgaben ist je nach der zu beaufsichtigenden Tätigkeit und der anwendbaren Gesetzgebung unterschiedlich. Für den Bereich der Spitalversorgung wird im Kanton Bern der Fachaufsicht eine prioritäre Stellung eingeräumt.[22]

5.2. Aktiengesellschaften

a) Beschränkung auf die Mittel des Aktienrechts

Die Aufsicht über privatisierte Aufgabenträger wird primär mit Hilfe der gesellschaftsrechtlichen Mitwirkungs- und Kontrollrechte ausgeübt.[23] Die Wahl einer privatrechtlichen Organisationsform führt deshalb zu einer gewissen Distanzierung von Parlament und Regierung und damit zu einem Kontrollverlust der genannten Organe.[24] Aus diesem Grund eignen sich private Rechtsformen nur für Aufgabenträger, welche über einen relativ hohen Autonomiegrad verfügen.

b) Auskunfts- und Einsichtsrecht nach Art. 697 OR

Art. 697 OR räumt dem Aktionär unter gewissen Voraussetzungen einerseits ein *Recht auf Auskunft* über Angelegenheiten der Gesellschaft und andererseits ein *Recht auf Einsicht* in Unternehmensdokumente ein. Während das Recht auf Auskunft anlässlich der Generalversammlung geltend gemacht werden muss, kann ein Gesuch um Einsicht grundsätzlich jederzeit gestellt

[21] Vgl. Art. 39 und 56 ff. des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG) vom 18. März 1994 (SR 832.10); siehe auch hinten, Ziff. 6.1.

[22] Dazu hinten Ziff. 6.

[23] URS PHILIPP ACHERMANN, Privatisierung im öffentlichen Verkehr, Diss., Zürich 2008, S. 224. In diesem Sinne auch Ziff. A.8 (3) der Eigentümerstrategie des Kantons Bern bezüglich der Regionalen Spitalzentren (RSZ) gemäss Spitalversorgungsgesetz (SpVG) vom 16. März 2011.

[24] ISABELLE HÄNER, Privatisierung der öffentlichen Dienste: parlamentarische Einflussnahme und Oberaufsicht, in: Parlament 2001, Nr. 3, S. 8; ANDREAS STÖCKLI, Informationsrechte des Staats als Aktionär, in: Markus Gredig u.a. (Hrsg.), Peters Dreiblatt, Föderalismus/Grundrechte/Verwaltung, Festschrift für Peter Hänni zum 60. Geburtstag, Bern 2010, S. 221.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
SVVOR (Hrsg.): Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, 2012

werden.[25] Die laufende Aktienrechtsrevision betrifft auch die Regelung von Art. 697 OR, wobei gemäss dem Entwurf des Bundesrats für das Einsichtsrecht aber keine grossen Änderungen beabsichtigt sind.[26]

Das *Bundesgericht* legt den Begriff der Geschäftsbücher und Korrespondenzen und damit das Einsichtsrecht weit aus. Es versteht darunter alle bei der Gesellschaft vorhandenen schriftlichen Unterlagen, die für die Ausübung der Aktionärsrechte unter Einschluss der Beurteilung der Lage der Gesellschaft von Bedeutung sind.[27] Auskunfts- und Einsichtsrecht bestehen aber nur insoweit, als sie zur Wahrnehmung der Aktionärsrechte erforderlich sind.[28] Informationen können verweigert werden, wenn sie Geschäftsgeheimnisse oder andere schutzwürdige Interessen der Gesellschaft tangieren. Bei Gesellschaften mit kleinem Aktionärskreis wird das Informationsrecht tendenziell grosszügiger umschrieben als bei Publikumsgesellschaften.[29] Erteilung oder Verweigerung der Einsichtnahme stehen im pflichtgemässen Ermessen des entscheidenden Organs.[30] Zu beachten ist dabei das *Gebot der Gleichbehandlung der Aktionäre*.[31] Art. 717 Abs. 2 OR verpflichtet den Verwaltungsrat, Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln. Zuständig zum Entscheid ist primär der Verwaltungsrat als oberster Geheimnisherr der Gesellschaft (Art. 717 Abs. 1 OR), wobei er die Einsichtnahme zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen auch dann verweigern können muss, wenn die Generalversammlung ein entsprechendes Gesuch befürwortet.[32]

Die Statuten dürfen nicht von zwingendem Gesellschaftsrecht abweichen. Die dem Aktionär nach Art. 697 OR zustehenden Auskunfts- und Einsichtsrechte können daher auf statuarischem Weg nicht erweitert werden, weil die Entscheidkompetenz des Verwaltungsrats in diesem Bereich gewahrt bleiben muss.[33] Vereinzelte Autoren bejahen die Möglichkeit der öffentlichen Hand, den Informationsaustausch mit dem Verwaltungsrat in einer Vereinbarung oder in einem Organisationsreglement vorzusehen.[34] Der

25 PETER FORSTMOSER, Informations- und Meinungsäusserungsrechte des Aktionärs, in: Alain Hirsch u.a. (Hrsg.), Rechtsfragen um die Generalversammlung, Zürich 1997, S. 100; STÖCKLI (Anm. 24), S. 227 f.

26 Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl 2008, 1672.

27 BGE 132 III 71, 75.

28 BGE 132 III 71, 75 f.

29 FORSTMOSER (Anm. 25), S. 106; FELIX HORBER, Die Informationsrechte des Aktionärs, Zürich 1995, Rz. 849 ff.

30 FORSTMOSER (Anm. 25), S. 99.

31 PETER FORSTMOSER/MARCEL KÜCHLER, «Vertreter» im Verwaltungsrat und ihr Recht auf Weitergabe von Information, in: Rolf Sethe u.a. (Hrsg.), Kommunikation, Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Bern 2011, S. 52 ff.

32 FORSTMOSER (Anm. 25), S. 100.

33 FORSTMOSER (Anm. 25), S. 99; STÖCKLI (Anm. 24), S. 227.

34 ANDREAS MÜLLER, Grundlegende Überlegungen zur Privatisierung öffentlicher Spitäler, in: Privatisierung und Wettbewerb im Gesundheitsrecht, Zürich 2000, S. 33; STÖCKLI (Anm. 24), S. 232, 239.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
SVVOR (Hrsg.): Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, 2012

Verwaltungsrat kann allerdings nicht gezwungen werden, eine entsprechende Reglementsbestimmung zu erlassen; zudem hat er die Möglichkeit, sie jederzeit wieder zu ändern. Das Problem dürfte sich deshalb auf diesem Weg kaum lösen lassen. Der Abschluss einer *Vereinbarung über die Einsichtnahme* zwischen dem Trägergemeinwesen, der Gesellschaft und allfälligen weiteren Aktionären scheint dagegen möglich, jedenfalls sofern keine absoluten Geschäftsgeheimnisse betroffen sind.[35] Vor allem bei einer 100 %-igen Beherrschung dürfte sich der Verwaltungsrat einem Einsichtsbegehren des Aktionärs schon rein faktisch kaum verschliessen können. Der kantonale Gesetzgeber kann jedenfalls keine generelle Informationspflicht, welche im Widerspruch zu Art. 697 OR steht, vorschreiben.

In der Stellungnahme zur Motion 014-2011 vertritt die Oberaufsichtskommission die Auffassung, dass *Verwaltungsratsprotokolle generell nicht unter das Einsichtsrecht* fallen. In der Tat geht das Begehren, diese Dokumente offenzulegen, ausserordentlich weit, betrifft es doch gleichsam das «Nervenzentrum» einer Gesellschaft. Ein lediglich formell privatisiertes öffentliches Unternehmen kann gegenüber dem staatlichen Träger allerdings kaum eine geschützte «Privatsphäre» für sich in Anspruch nehmen. Im Vordergrund steht vielmehr der *Funktionsschutz* der Organe, muss man sich doch fragen, ob sich die Mitglieder des Verwaltungsrates in den Sitzungen noch frei äussern werden, wenn sie damit rechnen müssen, dass ihre Stellungnahmen dem Aktionär bekannt werden. Sind an der Aktiengesellschaft neben der öffentlichen Hand weitere Aktionäre beteiligt, muss diesen bewusst sein, dass der Staat verpflichtet ist, die Beachtung der öffentlichen Interessen, welche seine Beteiligung rechtfertigen, in genügendem Masse abzusichern. Deshalb ist es u.E. nicht ausgeschlossen, eine solche Einsichtnahme bei staatlich beherrschten Aktiengesellschaften zu ermöglichen, jedenfalls sofern alle Beteiligten einverstanden sind.

Ob es sich bei der Einsichtnahme in Verwaltungsratsprotokolle – namentlich im Hinblick auf die Corporate Governance[36] – auch um eine *sinnvolle Massnahme* handelt, ist damit freilich noch nicht gesagt. Zudem ist den *Voraussetzungen der Einsichtnahme* ausreichend Beachtung zu schenken. Auf den Gleichbehandlungsgrundsatz wurde bereits hingewiesen. Daneben ist gegebenenfalls die Geheimhaltung sicherzustellen.[37]

Die Inanspruchnahme von Informationsprivilegien macht die öffentliche Hand noch nicht zu einem faktischen Organ der Gesellschaft. Die Einsichtnahme in Verwaltungsratsprotokolle durch einen Aktionär greift jedoch stark in die Organisation der Gesellschaft ein. Es besteht eine erhebliche Gefahr, dass es auf diesem Weg zu einer Einmischung in Entscheidprozesse

[35] *Absolute* Geschäftsgeheimnisse sind solche, zu deren Geheimhaltung die Gesellschaft gegenüber Dritten verpflichtet ist. Dies im Gegensatz zu *relativen* Geheimnissen, die im Interesse der Gesellschaft verschwiegen werden. Vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER (Anm. 31), S. 55 f.

[36] Siehe dazu den Bericht des Bundesrates zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben (Corporate-Governance-Bericht) vom 13. September 2006, BBl 2006, 8268.

[37] Dazu Ziff. 5.4.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
SVVOR (Hrsg.): Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, 2012

kommt.[38] Damit bewegt sich das Trägergemeinwesen zumindest in einem *Grenzbereich zum faktischen Organstatus*. Von Bedeutung ist dies weniger im Hinblick auf die möglichen haftungsrechtlichen Folgen, sondern vielmehr in *steuerungstechnischer* Hinsicht. Macht sich das Trägergemeinwesen Verwaltungsratsprotokolle zugänglich, öffnet es damit einen *Zugang zur operativen Steuerungsebene*. Es relativiert also die mit Art. 36 ff. SpVG und der dort getroffenen Wahl der Aktiengesellschaft angestrebte «Trennung von strategischen und operativen Entscheidkompetenzen»[39], was *inkonsequent und damit systemwidrig* erscheint. Eine verstärkte staatliche Steuerung der Vorgänge innerhalb der RSZ-Verwaltungsräte würde deshalb wohl eine Anpassung des SpVG bedingen.

c) Informationsfluss über personelle Vertreter

Der Verzicht auf eine Einsitznahme von Regierungs- oder Behördenvertretern im Verwaltungsrat führt insofern zu einer Stärkung der Aufsicht, als diese *von der operativen Stufe sauber getrennt wird und dadurch an Kontur gewinnt*. Bei einer Entsendung von Behördenmitgliedern oder der Mandatierung von staatlichen Vertretern kommt die öffentliche Hand dagegen unmittelbar zu *Informationen über den Geschäftsgang* und kann sich in *Entscheide argumentativ* einbringen.[40] Häufig wird übersehen, dass hinter den zwei Ansätzen auch *unterschiedliche Steuerungsansätze* stehen.[41]

Die Entsendung eines Staatsvertreters in den Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft entspricht der Figur des *fiduziarischen Verwaltungsrats*.[42] Sofern dieser seine Funktion nicht im Rahmen eines öffentlichen Dienstverhältnisses ausübt, wird bei der Wahl ein Mandatsvertrag geschlossen. Es stellt sich die Frage, inwieweit sich der Kanton auf diesem Weg Weisungs-, Auskunfts- und Informationsrechte ausbedingen darf. Das auftragsrechtliche Auskunftsrecht nach Art. 400 Abs. 1 OR bzw. die personalrechtliche Einbindung kollidiert hier mit der Treuepflicht des Verwaltungsrats nach Art. 717 Abs. 1 OR.[43]

Wird einem Gemeinwesen ein *Entsenderecht nach Art. 762 OR* eingeräumt, gehen Teile der Lehre von einer zumindest konkludenten Zustim-

[38] PETER BÖCKLI/CHRISTOPH B. BÜHLER, Der Staat als faktisches Organ einer von ihm beherrschten privaten Aktiengesellschaft, in: Edgar Philippin u.a. (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de François Dessemontet, Lausanne 2009, S. 29 ff.

[39] Vortrag SpVG (Anm. 14), S. 25.

[40] STEFAN VOGEL, in: Urs Glaus/Heinrich Honsell (Hrsg.), Gebäudeversicherung, Systematischer Kommentar, Basel 2009, 1. Kapitel Grundlagen, Abschnitt 3: Organisation, Rz. 14 ff.; Corporate-Governance-Bericht (Anm. 36), S. 8271.

[41] Dazu bereits Ziff. 5.3. b.

[42] FORSTMOSER/KÜCHLER (Anm. 31), S. 44 ff.; STÖCKLI (Anm. 24), S. 236.

[43] CHRISTINA LIPS-RAUBER, Die Rechtsbeziehung zwischen dem beauftragten fiduziarischen Verwaltungsrat und dem Fiduzianten, Diss., Zürich 2005, S. 85 ff.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
SVVOR (Hrsg.): Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, 2012

mung zu einer Durchbrechung der Schweigepflicht aus.[44] Andere Autoren bejahen eine Lockerung der Schweigepflicht für staatliche Vertreter gegenüber dem verantwortlichen Gemeinwesen ganz allgemein.[45]

Bei einer Einpersonen-Aktiengesellschaft sind die Interessen des Aktionärs generell stärker zu gewichten.[46] Bei Mehrpersonen-Aktiengesellschaften muss das Gebot auf informationelle Gleichbehandlung beachtet werden. Soweit erforderlich sind die Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft zu gewährleisten.[47] Ist der statutarische Zweck der Gesellschaft auf die Wahrung öffentlicher Interessen ausgerichtet, spricht dies eher gegen eine Geheimhaltung gegenüber staatlichen Stellen, zumindest soweit es um relative Geschäftsgeheimnisse geht.[48] Es kann sich jedoch aufdrängen, den Kreis der Adressaten eng zu halten.[49]

Gemäss Ziff. A.7 (1) der Eigentümerstrategie *verzichtet* der Kanton Bern bei den RSZ darauf, Vertreter des Kantons in die Verwaltungsräte zu entsenden oder die gewählten Verwaltungsräte zu mandatieren. Dies entspricht dem Steuerungskonzept des SpVG, wonach sich der Kanton nicht direkt in operative Fragen einmischt. Wenn diese strikte Abgrenzung überdacht werden sollte, wäre eine *Beteiligung des Staates an der Unternehmensleitung* über Vertreter im Verwaltungsrat nach unserer Ansicht der *strukturell konsequentere* Weg und weiter führenden Informationsrechten vorzuziehen.

d) Andere Kontrollmöglichkeiten

Es ist anerkannt, dass sich die öffentliche Hand gewisse Kontrollrechte ausbedingen darf, wenn sie einer Aktiengesellschaft eine *Konzession* erteilt oder eine *Subvention* gewährt.[50] Zudem kann der Staat auf dem Wege der Gesetzgebung gewisse Tätigkeiten zum Schutz bestimmter Rechtsgüter einer Kontrolle unterstellen.[51] Dies gilt auch für den Fall, dass er daneben als Aktionär einen beherrschenden Einfluss hat. Aufgaben- und gesellschaftsbezogener Rechtskreis sind jedoch zu trennen. Insbesondere dürfen die im Konzessions- oder Subventionsverhältnis oder im betreffenden Spe-

[44] ENRICO MAGRO, Interessenvertretung des Gemeinwesens im Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft unter Berücksichtigung anderer Körperschaftsformen, Diss., Zürich 1999, S. 124; FORSTMOSER/KÜCHLER (Anm. 31), S. 59 f.

[45] PETER NOBEL, Einflussmöglichkeiten des Gemeinwesens auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verwaltungsexterne Rechtsträger, in: Tobias Jaag (Hrsg.), Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Zürich 2000, S. 162.

[46] LIPS-RAUBER (Anm. 43), S. 88.

[47] LIPS-RAUBER (Anm. 43), S. 88; MAGRO (Anm. 44), S. 126 f.; STÖCKLI (Anm. 24), S. 260.

[48] LIPS-RAUBER (Anm. 43), S. 93 f.

[49] Dazu auch hinten Ziff. 5.4.

[50] Kontrolle und Aufsicht des Bundesrates über die «halbstaatlichen» Unternehmungen, Gutachten BJ vom 7. Februar 1990, VPB 1990, Nr. 36, S. 244; HÄNER (Anm. 24), S. 7; MAYHALL (Anm. 13), S. 105; ETIENNE POLTIER, Les entreprises d'économie mixte, Diss., Zürich 1983, S. 277 f.; STÖCKLI (Anm. 24), S. 256 f.

[51] Vorne, Ziff. 5.1.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
SVVOR (Hrsg.): Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, 2012

zialgesetz vorgesehenen Kontrollrechte nicht dazu benutzt werden, um die gesellschaftsrechtlichen Vorgaben zu umgehen, sondern benötigen eine eigenständige Rechtfertigung.

5.3. Rechtsformen des öffentlichen Rechts

Bei den verselbstständigten Trägern von Verwaltungsaufgaben in Privatrechtsform steht die Aktiengesellschaft im Vordergrund. Andere privatrechtliche Rechtsformen sind in der Praxis selten. Deshalb sollen im Folgenden nur Alternativen des *öffentlichen Rechts* und hier insbesondere die (selbstständige und unselbstständige) *Anstalt* untersucht werden.

Die gewählte Rechtsform lässt nur bedingt Rückschlüsse auf die einem Aufgabenträger eingeräumte Autonomie und das in diesem Zusammenhang erforderliche bzw. zulässige Mass an Aufsicht zu. Wie gesehen sind die Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten der Kantone im Bereich des *Privatrechts* jedoch beschränkt, selbst wenn das Bedürfnis nach einer aufsichtsrechtlichen Intervention an sich ausgewiesen wäre. Diese Schranken bestehen im *öffentlichen Recht* nicht.[52] Anders als bei privatrechtlich organisierten Aufgabenträgern verfügt der kantonale Gesetzgeber bei öffentlich-rechtlichen Organisationsformen über die volle Organisationshoheit. Mit anderen Worten können – im Rahmen der Verhältnismässigkeit – grundsätzlich *beliebige Aufsichtsmittel* vorgesehen werden, sofern diese nicht mit einem verfassungsrechtlich garantierten Autonomiestatus kollidieren und der Gesetzgeber sich *systemkonform* verhält[53], d.h. keine Widersprüche zwischen dem Zweck der Auslagerung der Aufgabe und der Intensität der Aufsicht entstehen. Entsprechend handelt es sich bei der Anstalt um ein ausgesprochen *flexibel einsetzbares Gebilde*.

Im öffentlichen Recht werden bestimmte Aufsichtsmittel auch *ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage* zugelassen. Höher sind die Anforderungen allerdings bei verselbstständigten Einheiten. Hier hat die gesetzliche Regelung der Aufsichtsbefugnisse *detaillierter* auszufallen als bei der Zentralverwaltung.[54] Dies betrifft in erster Linie die Zweckmässigkeitskontrolle. Anders verhält es sich, wenn es darum geht, einen rechtswidrigen Zustand zu beseitigen, da eine derartige Situation auch durch eine sehr weitreichende Autonomie nicht gerechtfertigt werden kann.[55] Namentlich bei eklatanten Missständen und eindeutigen Rechtsverstössen kann sich eine Intervention des Regierungsrates gegenüber verselbstständigten Aufgabenträgern somit auch auf allgemeine aufsichtsrechtliche Prinzipien stützen.

Die *Auskunfts- und Einsichtsrechte* brauchen bei öffentlich-rechtlichen Organisationen nach herrschender Lehre keine besondere gesetzliche

[52] HÄNER (Anm. 24), S. 6.
[53] MÜLLER/VOGEL (Anm. 19), S. 668 f.
[54] Siehe auch vorne, Ziff. 3.
[55] MAYHALL (Anm. 13), S. 101.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
SVVOR (Hrsg.): Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, 2012

Grundlage, sofern das Vorgehen für die Ausübung der Aufsicht erforderlich ist.[56] Einerseits unterstehen verselbstständigte Einheiten, auch wenn sie über einen hohen Autonomiegrad verfügen, einer minimalen staatlichen Aufsicht, welche ohne die dafür erforderlichen Informationen schlicht nicht durchführbar ist.[57] Zum anderen handelt es sich bei Auskunfts- und Einsichtsrechten um vergleichsweise milde Mittel. Je weiter die Rechte gehen, umso eher ist diese Einschätzung allerdings zu relativieren. Auch muss man sich fragen, ob die Einsichtnahme in Dokumente, welche das Funktionieren der Organe betreffen, nicht gegen den Grundsatz verstösst, dass sich die *Verbandsaufsicht* grundsätzlich gegen den *Aufgabenträger* als Ganzes und nicht gegen *einzelne Organe* zu richten hat.[58] Das spricht dafür, eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage jedenfalls dann zu fordern, wenn Einsichtsrechte in die Tiefe gehen und sich das Aufsichtsorgan damit in interne Vorgänge einmischt. Tatsächlich war im Bund früher die Zustellung von Protokollen in einer Reihe von Fällen zumindest auf Verordnungsstufe geregelt.[59]

5.4. Besondere Massnahmen zur Geheimhaltung der Informationen

Wenn privatwirtschaftliche Tätigkeiten beaufsichtigt werden, können die zuständigen Behörden sensible Informationen erhalten, welche z.B. Geschäftsgeheimnisse[60] betreffen oder aus börsenrechtlicher Sicht brisant sind. Dann ist der Kreis der involvierten Personen eng zu begrenzen.[61] Im Bereich der Oberaufsicht können sich in einem solchen Fall zusätzliche *Massnahmen zur Geheimhaltung* – z.B. Information nur der Mitglieder der zuständigen Kommission oder allenfalls einer Subkommission, Unterzeichnung von besonderen Geheimhaltungserklärungen durch die informierten Mitglieder der Kommissionen oder weitere geeignete Vorkehrungen – aufdrängen.[62]

[56] Gutachten BJ (Anm. 50), S. 240 f.
[57] STÖCKLI (Anm. 24), S. 225.
[58] FRITZ GYGI, Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 73; MAYHALL (Anm. 13), S. 100.
[59] Vgl. die Übersicht in Gutachten BJ (Anm. 50), S. 240.
[60] Absolute Geschäftsgeheimnisse dürften dem Zugriff der Aufsichtsbehörden generell entzogen bleiben, vgl. FORSTMOSER/KÜCHLER (Anm. 31), S. 56, 58, 60.
[61] STÖCKLI (Anm. 24), S. 260.
[62] MÜLLER/VOGEL (Anm. 19), S. 663. Siehe dazu auch Art. 152 Abs. 7 des Bundesgesetzes über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG) vom 13. Dezember 2002 (SR 171.10) in der Fassung der von der Bundesversammlung am 17. Juni 2011 beschlossenen Vorlage betreffend Präzisierung der Informationsrechte der Aufsichtskommissionen.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
SVVOR (Hrsg.): Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, 2012

6. Aufsicht und Oberaufsicht über die Regionalen Spitalzentren im Besonderen

6.1. Spitalversorgungsgesetz

Gemäss Art. 36 ff. des Spitalversorgungsgesetzes (SpVG) vom 5. Juni 2005 (BSG 812.11) werden die RSZ als Aktiengesellschaften gemäss Art. 620 ff. OR organisiert. Der Kanton beteiligt sich an den RSZ und hält kapital- und stimmenmässig in der Regel mindestens die Mehrheit. Die dem Kanton als Aktionär gegenüber den RSZ zustehenden Rechte und Pflichten werden durch den Regierungsrat wahrgenommen, der diese Befugnisse an eine oder mehrere Direktionen delegieren kann (Art. 39 SpVG). Die Aufsicht der Finanzkontrolle richtet sich nach dem Finanzkontrollgesetz (KFKG) vom 1. Dezember 1999 (BSG 622.1).

Art. 40 SpVG umschreibt die *Unabhängigkeit* der RSZ. Diese führen ihre Betriebe im Rahmen der vertraglichen Vereinbarungen eigenverantwortlich. Der Kanton ist zudem bestrebt, den RSZ betriebliche Handlungsspielräume zu verschaffen, soweit dies rechtlich möglich und sachlich gerechtfertigt ist.

Die aufgabenbezogene («Aussen»-)Steuerung der RSZ erfolgt vorrangig über *Leistungsverträge* (Art. 15 ff. SpVG) sowie die – für alle Leistungserbringer geltenden – *Aufsichtsvorschriften* (Art. 70 ff. SpVG). Die zuständige Stelle der Gesundheitsdirektion überprüft, ob die Leistungserbringer die gesetzlichen Voraussetzungen für ihre Tätigkeit erfüllen und ihre Leistungen in guter Qualität erbringen. Bei dieser *fachlichen* Aufsicht geht es um den Schutz der Gesundheit im Bereich der Spitalversorgung *unabhängig davon, ob die Leistungserbringer staatliche oder private Organisationen sind*.[63] Die im vorliegenden Gutachten primär interessierende *allgemeine* Aufsicht gegenüber Trägern von öffentlichen Aufgaben nach Art. 95 Abs. 3 KV kommt daneben nur insoweit zum Tragen, als es nicht um die Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen der Tätigkeit und die Qualität der Leistungen geht, sondern z.B. um Fragen der Führung, des Personal- oder des Finanzwesens. Diese («Binnen»-)Steuerung staatlich beherrschter RSZ, welche sich primär auf die aktienrechtlichen Mittel stützt, steht zur Fachaufsicht somit in einem Verhältnis der *Subsidiarität* und *Ergänzung* (vgl. Art. 40 Abs. 1 SpVG). Der Fachaufsicht liegt *ein einheitlicher Massstab* gegenüber staatlichen wie privaten Leistungserbringern zugrunde, weshalb sich Informationen, welche den Staat spezifisch in seiner Funktion als Träger eines RSZ interessieren, nicht auf diesem (Um-)Weg beschaffen lassen.

[63] Siehe dazu auch vorne, Ziff. 5.1.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
SVVOR (Hrsg.): Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, 2012

6.2. Spitalversorgungsverordnung

Art. 94 Abs. 1 der Spitalversorgungsverordnung (SpVV) vom 30. November 2005 (BSG 812.112) sieht vor, dass der Regierungsrat in einer *Eigentümerstrategie* Vorgaben zur Wahrnehmung der Rechte und Pflichten des Kantons als Aktionär der Gesellschaften erlässt. Diese richtet sich nach dem Grundsatz, dass der Kanton die Versorgung der Bevölkerung mit Spital- und Rettungsleistungen vorrangig durch Leistungsverträge mit den Erbringern von Spital- und Rettungsleistungen gewährleistet (Art. 95 Abs. 1 SpVV). In der Eigentümerstrategie legt der Regierungsrat nach Art. 95 Abs. 2 SpVV insbesondere fest, welche Anforderungen der Kanton als Aktionär an die versorgungs-, finanz- und personalpolitischen Ziele der Gesellschaft, seine Mindestbeteiligung an der Gesellschaft und die Verkaufsbedingungen für seine Aktien, die Beteiligung der Gesellschaft an anderen Gesellschaften sowie die Organisation der Gesellschaft stellt. Nach Ziff. A.2 (4) der Eigentümerstrategie steuert der Kanton die Spitalversorgung primär über die in SpVG und KVG vorgegebenen Instrumente und nur subsidiär über seine Eigentümerfunktionen an den Trägerschaften.[64]

Die *Finanzkontrolle* ist gemäss Art. 96 Abs. 1 SpVV befugt, Einsicht in die Geschäftsunterlagen der Gesellschaften zu nehmen, soweit es zur Ausübung der Aufsicht nach Art. 14 Bst. d des Gesetzes über die Finanzkontrolle (Kantonales Finanzkontrollgesetz, KFKG) vom 1. Dezember 1999 (BSG 622.1) sowie zur Überprüfung der Verwendung von Staatsbeiträgen nach Art. 16 Bst. a KFKG erforderlich ist. Ob eine derartige (kantonale) Regelung ohne weiteres zulässig ist, wird in einem Teil der Lehre u.E. zu Recht bezweifelt.[65]

6.3. Steuerungs- und Aufsichtskonzept

Das gesetzgeberische Steuerungs- und Aufsichtskonzept für die RSZ geht demnach davon aus, dass den RSZ auf operativer Stufe eine relativ hohe Selbstständigkeit eingeräumt wird und die aufgabenrechtliche Steuerung über die Mittel des Gesundheitsrechts, d.h. über die Erteilung von Betriebsbewilligungen, den Abschluss von Leistungsverträgen und die Aufsicht der Gesundheitsbehörden über die Tätigkeit der Leistungserbringer erfolgt.[66] In diesem Sinn äussert sich auch der Vortrag zum SpVG[67] sowie jener zur SpVV[68]. Eine direkte Beobachtung und allfällige Beeinflussung des operativen Geschäfts über die Aktionärsstellung passt nur schlecht in dieses Kon-

64 Siehe dazu auch vorne, Ziff. 6.1.
65 HÄNER (Anm. 24), S. 6 f.; STÖCKLI (Anm. 24), S. 257.
66 Vgl. auch Stellungnahme des Regierungsrates zur Motion 014-2011, Ziff. 3.
67 Vortrag SpVG (Anm. 14), S. 6.
68 Vortrag der Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern (GEF) an den Regierungsrat betreffend Spitalversorgungsverordnung, S. 31.

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
SVVOR (Hrsg.): Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, 2012

zept und würde nach unserer Auffassung eine Anpassung des SpVG sowie der SpVV erforderlich machen.

7. Zusammenfassende Beantwortung der Rechtsfragen

Zu unterscheiden ist zwischen der Fachaufsicht der zuständigen Stelle der Gesundheits- und Fürsorgedirektion über die RSZ und der allgemeinen Aufsicht des Regierungsrates über die verselbstständigten Träger von öffentlichen Aufgaben nach Art. 95 Abs. 3 KV. Die uns unterbreiteten Rechtsfragen beziehen sich auf diese allgemeine Aufsicht. Es muss aber berücksichtigt werden, dass die Fachaufsicht gegenüber der allgemeinen Aufsicht grundsätzlich vorgeht.

1. Bereich der Aufsicht durch Regierungsrat und Direktionen (insbesondere Gesundheits- und Fürsorgedirektion):

a) Kann aus den verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Aufsichtspflichten abgeleitet werden, dass der Regierungsrat, die Gesundheits- und Fürsorgedirektion oder allenfalls auch die Finanzdirektion zur angemessenen Wahrnehmung ihrer Aufsichtsfunktionen auch auf Protokolle des Verwaltungsrats müssen zugreifen können?

Kantonales Verfassungs- und Gesetzesrecht kann nicht von der Einhaltung des zwingenden Bundesprivatrechts befreien. Einsichtsrechte in die Protokolle des Verwaltungsrates bestehen damit nur soweit, als das Gesellschaftsrecht dies zulässt. Weiter gehende Einsichtnahmen könnte der Regierungsrat höchstens vertraglich auszuhandeln oder faktisch zu erzwingen versuchen, sofern dies zur Wahrnehmung der (Ober-)Aufsicht unerlässlich ist. Bei staatlich beherrschten Aktiengesellschaften ist es damit u.E. nicht ausgeschlossen, eine Einsichtnahme in Protokolle zu ermöglichen, jedenfalls sofern alle Beteiligten einverstanden sind. Sie steht jedoch im Widerspruch zum gesetzgeberischen Konzept, welches dem SpVG zugrunde liegt.

b) Welche Aufsichtsmassnahmen können zur Wahrnehmung der Aufsichtsfunktion, ohne Zugriff auf Protokolle des Verwaltungsrats, vom Regierungsrat, der Gesundheits- und Fürsorgedirektion oder der Finanzdirektion sonst erwartet werden, z.B. in Bezug auf direkte Kontaktnahmen mit dem Verwaltungsrat?

Der Regierungsrat hat bei der Erfüllung seiner Aufsichtsaufgaben von allen ihm zur Verfügung stehenden und im Einzelfall als geeignet erscheinenden Mitteln Gebrauch zu machen, um die gesetzmässige, wirkungsvolle und effiziente Aufgabenerfüllung sicherzustellen und allfällige Missstände zu beseitigen. Dabei hat er sich stets vom Grundsatz der Verhältnismässigkeit leiten zu lassen, d.h. er darf bei der Mittelwahl nicht über das Ziel hinausschiessen. Zudem hat er sich grundsätzlich an das oberste Führungsorgan der RSZ zu halten. Kontaktaufnahmen mit dem Verwaltungsrat dürften

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
SVVOR (Hrsg.): Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, 2012

deshalb – zumindest in einer ersten Phase – durchaus ein geeignetes, flexibles Instrument darstellen, um ein Problem zu lösen.

c) Falls eine Einsichtnahme im Sinne einer generellen Beurteilung grundsätzlich nicht möglich wäre: Welches sind die Möglichkeiten, wenn der von der Generalversammlung gewählte (vom Regierungsrat als Vertreter des Mehrheits- oder Alleinaktionärs designierte) Verwaltungsrat wegen internen Streitigkeiten faktisch handlungsunfähig wird?

Nach Art. 705 OR ist die Generalversammlung berechtigt, die Mitglieder des Verwaltungsrats abzuberufen. In der geschilderten Situation wäre somit eine ausserordentliche Generalversammlung nach Art. 699 Abs. 3 OR[69] einzuberufen. Bei staatlich beherrschten Aktiengesellschaften dürften die hierfür erforderlichen Voraussetzungen (mehr als 10 % des Aktienkapitals oder Aktien im Nennwert von CHF 1 Mio.) regelmässig erfüllt sein.

d) Gibt es rechtliche Möglichkeiten, um eine Einsichtnahme des Regierungsrats in Protokolle des Verwaltungsrats zu sichern (z.B. durch eine entsprechende Ausgestaltung der Statuten oder einem entsprechenden Beschluss des Verwaltungsrates)?

Auch mittels Statutenregelung darf nicht von zwingendem Gesellschaftsrecht abgewichen werden. Denkbar erscheint jedoch der Abschluss einer Vereinbarung, welche die Einsichtnahme zulässt.

2. Bereich, Umfang und Grenzen der parlamentarischen Oberaufsicht über «andere Träger öffentlicher Aufgaben» (Art. 95 KV) in Form von Aktiengesellschaften. Insbesondere rechtliche Beurteilung der Frage, ob ein Organ der parlamentarischen Oberaufsicht in Protokolle des Verwaltungsrates von Aktiengesellschaften Einsicht nehmen kann (generell), konkret auch im interessierenden Fall der Spitalzentrum Biel AG (SZB AG).

Wird zusammen mit Ziff. 3 beantwortet.

3. Bereich, Umfang und Grenzen der parlamentarischen Oberaufsicht über «andere Träger öffentlicher Aufgaben» (Art. 95 KV) in Bezug auf die übrigen Rechtsformen. Insbesondere rechtliche Beurteilung der Frage, ob ein Organ der parlamentarischen Oberaufsicht in Protokolle der strategischen Führungsorgane Einsicht nehmen kann.

Grundsätzlich knüpft die Oberaufsicht des Parlaments an die Aufsichtstätigkeit der Regierung an. Gegenstand und Umfang der Aufsicht und der Oberaufsicht stimmen überein. Das bedeutet einerseits, dass der Grosse Rat für sich keine weiter gehenden Befugnisse in Anspruch nehmen kann, als sie dem Regierungsrat zustehen. Die Organe der parlamentarischen Oberaufsicht sind insbesondere nicht befugt, in Dokumente Einsicht zu verlangen, die auch dem Regierungsrat nicht zugänglich sind.

[69] Soll ebenfalls revidiert werden (vgl. dazu den bundesrätlichen Entwurf in BBl 2008, 1777).

© Stämpfli Verlag AG – Urheberrechtlich geschütztes Material – Jede Weitergabe an Dritte ist untersagt.
SVVOR (Hrsg.): Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, 2012