

## Verantwortung tragen und einfordern

*Dr. Stefan Rechsteiner ist Rechtsanwalt und Partner der Wirtschaftskanzlei VISCHER AG und leitet den Bereich Regulatory. Sein Schwerpunkt liegt in der Beratung von Unternehmen, die in regulierten Märkten tätig sind, hauptsächlich in der Energiebranche.*

**Die Governance öffentlicher Unternehmen stellt die Führungspersonen vor spezifische Herausforderungen. Neben die unternehmerischen Ziele und Anforderungen tritt eine politisch-rechtliche Steuerung und Erwartung. Der vermeintliche Einklang von politischer Steuerung und betriebswirtschaftlichen Erfordernissen ist dabei oft Augenwischerei. Widersprüche bleiben unentdeckt oder werden mindestens verdrängt, solange es politisch opportun ist und solange sich Risiken nicht zu offenkundig manifestieren.**

## Ursachen für das Scheitern an der Governance

Wenn es «schiefläuft», ist der mediale Skandal unausweichlich. Für die Führungspersonen bedeutet dies in der Regel das Karriereende, selbst wenn in langen Verfahren und Prozessen kein individuelles Fehlverhalten nachgewiesen werden kann. Die gesellschaftlichen Erwartungen gegenüber öffentlichen Unternehmen sind berechtigterweise höher als gegenüber rein privaten Unternehmen. Öffentliche Unternehmen geniessen in der Schweiz ein fest verankertes Urvertrauen der Bevölkerung. Umso sensibler reagiert die Öffentlichkeit auf Fehlleistungen. Die mediale Öffentlichkeit neigt aber auch zu undifferenzierten Vorverurteilungen.

Die in letzter Zeit diskutierten Fälle gescheiterter Governance öffentlicher Unternehmen haben ähnliche Ursachen. Im Zentrum steht die fehlende Abgrenzung der verschiedenen Rollen und der jeweiligen – begrenzten – Verantwortung der einzelnen Entscheidungsträger. Ebenso ursächlich sind oft unklare oder widersprüchliche und unausgegrenzte Eigentümerstrategien. Mit der geeigneten Rechtsform kann die Governance auf institutioneller Ebene gestärkt werden.

## Verantwortung abgrenzen

Öffentliche Unternehmen sind rechtlich und politisch in vielerlei Hinsicht stärker eingeschränkt als private Unternehmen. Diese Einschränkungen begrenzen den Handlungsspielraum, aber auch den Verantwortungsbereich der Führungspersonen. Sie müssen sich daher eingehend mit dem rechtlichen und politischen Rahmen ihrer Tätigkeit auseinandersetzen.

Beispiel: Für ein unselbständiges Energieversorgungsunternehmen einer Gemeinde bestimmt sich der erlaubte Tätigkeitsbereich nach den gesetzlichen Grundlagen. Es gilt das Legalitätsprinzip, das besagt, dass der Staat nur da handeln darf, wo er eine rechtliche Grundlage dazu besitzt. Wenn die gesetzliche Grundlage nur die Stromversorgung im Gemeindegebiet regelt, so ist eine marktorientierte Tätigkeit ausserhalb des Gemeindegebietes grundsätzlich nicht erlaubt. Unternehmen suchen aufgrund des Margendruckes im Service public zunehmend Aktivitäten ausserhalb des Gemeindegebietes. Es entsteht Druck auf die Geschäftsleitung, auch ausserhalb des gesetzlich normierten Tätigkeitfeldes aktiv zu werden. Die stillschweigende Duldung solcher Aktivitäten durch die politisch verantwortliche Exekutive kann die fehlende gesetzliche Grundlage nicht ersetzen. Solange die erwirtschafteten Erträge die Exekutive und das Parlament befriedigen, dürfte kaum Widerstand entstehen. Anders wenn etwa aus einer gesetzlich nicht abgestützten Markttätigkeit

ein grösserer Verlust entsteht. Die bisherige wohlwollende Duldung wird in diesem Fall in einen politischen Aufschrei mit dem Vorwurf der Kompetenzüberschreitung kehren. Der Schaden liegt beim Management. Diesem wird eine Verletzung der gesetzlichen Vorgaben vorgeworfen.

Die Ursache liegt in der fehlenden Abgrenzung und Wahrnehmung der Verantwortungsbereiche. Im Falle von gesetzlichen Grundlagen, die der Marktrealität eines öffentlichen Unternehmens nicht mehr entsprechen, muss das Management die Verantwortung dort lokalisieren, wo sie hingehört: beim Gesetzgeber. Das Management ist nicht gut beraten, wenn es «im Dienst des Unternehmens» Verantwortung für ungenügende gesetzliche Grundlagen auf sich nimmt. Die Verantwortungsträger öffentlicher Unternehmen müssen dem Gesetzgeber – also der Stimmbevölkerung – den Entscheid über nötige gesetzliche Anpassungen zumuten. Die Gefahr, dass der Souverän nicht «richtig» entscheiden könnte, darf nicht zu einem laxen Umgang mit den gesetzlichen Grundlagen verleiten. Das Risiko fällt auf das Management zurück.

Rechtliche Grundlagen kennen: Es gibt keine einheitliche Regelung für öffentliche Unternehmen in der Schweiz. Öffentliche Unternehmen können als privatrechtliche Aktiengesellschaften mit einem Gemeinwesen als Eigentümer ausgestaltet sein. Solche Rechtskonstrukte orientieren sich im Wesentlichen am Obligationenrecht mit dort vorgesehenen Spezialbestimmungen. Darauf wird noch zurückzukommen sein. Weil jedes Gemeinwesen (Bund, Kantone, Gemeinden im Rahmen des kantonalen Rechts) frei ist, sich selbst zu organisieren, kann im Prinzip auch jedes Gemeinwesen nach eigenem Gutdünken öffentliche Unternehmen errichten. Es besteht weder unter den Gemeinwesen eine einheitliche Regelung, noch wenden die einzelnen Gemeinwesen einheitliche Regeln auf ihre unterschiedlichen Unternehmen an. Das kantonale Elektrizitätswerk ist mitunter anders geregelt als die Kantonbank. Die Verantwortlichen öffentlicher Unternehmen kommen daher nicht darum herum, sich eingehend mit den für ihr Unternehmen relevanten rechtlichen Grundlagen auseinanderzusetzen. Nur so können sie den Bereich ihrer eigenen Verantwortung kennen und ihre eigene Verantwortung gegenüber der Verantwortung anderer abgrenzen. Verbreitete Praxis ist das nicht.

Beispiel: Das Aktienrecht kennt eine Sonderregelung für die Beteiligung von Körperschaften wie Bund, Kantonen oder Gemeinden an einer Aktiengesellschaft. Körperschaften können sich in den Statuten der Gesellschaft das Recht einräumen lassen, Vertreter in den Verwaltungsrat abzuordnen. Sie müssen dazu nicht Aktionär und nicht kapitalmässig beteiligt sein. Es genügt ein öffentliches Interesse an der Aktiengesellschaft (vgl. Art. 762 OR). Die so aufgrund eines statutarischen Rechts durch die Körperschaft entsandten Verwaltungsräte haben die gleichen Rechte wie die von der Generalversammlung gewählten Verwaltungsräte.

Anders ist aber die Haftung geregelt. Während der von der Generalversammlung gewählte Verwaltungsrat zwingend persönlich haftet, haftet bei den von einer Körperschaft entsandten Verwaltungsräten die Körperschaft für die von ihr entsandten Verwaltungsräte. Aus dieser Haftung der Körperschaft für die von ihr entsandten Verwaltungsräte leitet sich ab, dass die Körperschaft den entsandten Verwaltungsräten Weisungen erteilen kann. Das Weisungsrecht ist bei den gewählten Verwaltungsräten dagegen wesensfremd. Um sachgerechte Weisungen erteilen zu können, ist die sonst für Verwaltungsräte geltende Pflicht zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen im Falle der entsandten Verwaltungsräte gegenüber dem entsendenden Gemeinwesen relativiert. Für den einzelnen Verwaltungsrat macht es also einen erheblichen Unterschied, ob er von der Generalversammlung gewählt oder von einer Körperschaft entsandt worden ist. Der gewählte Verwaltungsrat haftet persönlich, muss die Geschäftsgeheimnisse auch gegenüber dem Gemeinwesen wahren und ist gegenüber dem Gemeinwesen nicht weisungsgebunden. Umgekehrt ist der entsandte Verwaltungsrat nicht persönlich haftbar, kann Weisungen entgegennehmen und auch die erforderlichen Informationen an das entsendende Gemeinwesen weiterleiten.

In der Praxis ist oft anzutreffen, dass die Verwaltungsräte nicht wissen, in welche Kategorie sie fallen. Sie können sich daher auch nicht rechtskonform verhalten und ihre Verantwortung nicht korrekt abgrenzen.

## Nutzen einer Eigentümerstrategie

In den letzten Jahren hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass sich der Eigentümer eines öffentlichen Unternehmens verbindlich zu seinen Absichten und Erwartungen in Bezug auf das öffentliche Unternehmen äussern muss. Für diesen Zweck werden landauf, landab Eigentümerstrategien erarbeitet und festgelegt. Das ist im Grundsatz sehr erfreulich und unerlässlich. Nicht alle Eigentümerstrategien erfüllen die an sie gestellten Erwartungen. Die Mängel ergeben sich in der Regel aus zwei Schwächen.

Erstens versuchen Eigentümerstrategien bisweilen die Quadratur des Kreises. Die für die Energiepolitik typischen Zielkonflikte zwischen Sparsamkeit, Erneuerbarkeit, Günstigkeit und Standortattraktivität werden zusätzlich mit Gewinnerwartungen und Entwicklungserwartungen an das Unternehmen verknüpft, ohne eine für das Management hilfreiche Gewichtung vorzunehmen. Es ist ebenso zentral wie trivial, dass das öffentliche Unternehmen vorab einem öffentlichen Interesse dient, dieses aber mit unternehmerischen Mitteln verfolgt. Wenn der Kernbereich des Service public (z. B. Stromversorgung und Gasversorgung) unter regulatorischen und unter Wettbewerbsdruck gerät, so lautet die zentrale Frage: Soll sich das öffentliche Unternehmen auf den Kern

des Service public zurückziehen, oder soll es vielmehr aus der bisherigen engen Tätigkeit ausbrechen und neue ertragreiche Geschäftstätigkeiten suchen? Beides sind valable Wege.

Für den Rückzug auf den Kern des Service Public spricht einerseits die liberale Wirtschaftsverfassung und andererseits das Gebot, dem Steuerzahler keine wirtschaftlichen Risiken aufzubürden, die er nicht zwingend tragen muss. Die liberale Wirtschaftsverfassung der Schweiz, die einen wesentlichen Anteil am erarbeiteten Wohlstand hat, gibt im Grundsatz der privaten Wirtschaftstätigkeit den Vorrang vor der staatlichen. Dieser Kompass des schweizerischen Verfassungsrechts geht in den letzten Jahren zunehmend vergessen. Er ist aber der Kern einer guten Public Governance, weil er von vornherein dem Staat möglichst wenig wirtschaftliche Risiken aufbürdet. Risiken sollen nach Möglichkeit mit privatem Kapital gedeckt werden. Für staatliche Wirtschaftstätigkeit braucht es eine spezielle Rechtfertigung. Erforderlich ist ein öffentliches Interesse wie die Intervention bei einem Marktversagen. Wenn nun internationale und nationale Regulierungen Infrastrukturmärkte öffnen, so bezweckt das im Kern nichts anderes, als bislang dem Markt verschlossene Bereiche neu dem Wettbewerb zuzuführen. Es wäre daher stringent, die wirtschaftliche Tätigkeit des Staates entsprechend zurückzufahren und nicht in Märkten auszubauen, die gerade geöffnet werden sollen.

In diesem Kontext wird in der Schweiz gerne übersehen, dass sich der Staat mit einer parallelen Tätigkeit in monopolistisch regulierten Märkten und in liberalisierten Märkten wettbewerbsrechtliche Knacknüsse einheimst. Die Rechtsprechung – auch in der Schweiz – wird in jüngerer Zeit in Bezug auf Quersubventionierungen und Marktverzerrungen solcher Konstruktionen strenger. Auch von Seiten der Privatwirtschaft regt sich zunehmend Widerstand. Parallel wächst von Seiten der EU der Druck, die in der EU zentralen beihilferechtlichen Standards auch in der Schweiz zur Anwendung zu bringen. Im Rahmen eines möglichen Stromabkommens ist diesem Druck kaum gänzlich zu widerstehen.

Zweitens gibt es durchaus gute Gründe, dass ein Gemeinwesen für sein öffentliches Unternehmen auch in einem zunehmend regulierten, liberalisierten und margenschwächeren Umfeld eine Wachstumsstrategie sucht. Man muss dabei indes die Ehrlichkeit besitzen, anzuerkennen, dass diese Gründe weder volkswirtschaftlicher noch staatsrechtlicher Natur sind. Es sind im Kern Gründe der faktischen Verhältnisse. Es wurde bereits angesprochen, dass öffentliche Unternehmen ein tiefes Urvertrauen bei den Konsumenten geniessen. Öffentliche Unternehmen sind eine wirtschaftliche Realität. Sie bieten Arbeitsplätze und ein Auskommen für Familien und viele regionale Zulieferer. Das Gemeinwesen ist diesen Unternehmen schlicht verpflichtet und muss Sorge zu ihnen tragen. Eine Rückzugsstrategie ist keine vielverspre-

chende Perspektive. Ohne Zukunftsperspektive wird es nicht möglich sein, fähiges Personal zu rekrutieren. Die Frage der Zukunftsperspektive ist daher auch unter dem Aspekt der Governance von grosser Bedeutung.

Conclusio zur Eigentümerstrategie: Es dürfte zentral von der wirtschaftlichen Bedeutung eines bestehenden öffentlichen Unternehmens abhängen, welches die richtige Zukunftsstrategie in veränderten Marktverhältnissen ist. Ob ein kleines Gemeindewerk, das von Verwaltungsangestellten geführt ein überschaubares Netz betreibt und Endkunden beliefert, wirklich mit dem Aufbruch in neue Märkte und der für diesen Zweck vorgeschlagenen Umwandlung in eine Aktiengesellschaft gut beraten ist, kann bezweifelt werden. Die damit neu eingegangenen Risiken zulasten des Steuerzahlers dürften nicht in einem vernünftigen Verhältnis zu den Chancen stehen. Grundsätzlich anders ist es bei einem wirtschaftlich bedeutenden grösseren Unternehmen. Die faktische Präsenz des Unternehmens spricht gegen den reinen Rückzug, da damit Werte vernichtet würden. Aber auch hier stellt sich die Frage der längerfristigen Perspektive. Zu prüfen ist nicht nur, wie das Unternehmen selbst langfristig strategisch ausgerichtet ist. Es ist auch zu entscheiden, ob in einer mittel- und längerfristigen Perspektive die öffentliche Hand weiterhin der geeignete Eigentümer für ein Unternehmen ist, das primär dem Markt und den Regulatoren ausgesetzt ist. Die Frage der Sinnhaftigkeit, aber auch der Risikobereitschaft in Bezug auf ein stark den Marktkräften und dem regulatorischen Wandel ausgesetzten Unternehmen wird heute kaum in der gebotenen Ehrlichkeit gestellt und beantwortet.

Ungleiche Ellen im Bundesstaat: In diesem Kontext ist schliesslich auf eine politisch-rechtliche Realität hinzuweisen. Der Bundesgesetzgeber fasst die Bundesunternehmen weit weniger streng an als die kantonalen Unternehmen. Der Bundesgesetzgeber nimmt bei den Bundesunternehmen Rücksicht auf die Entwicklung des Unternehmenswerts und die Gewinnablieferungen. Gegenüber kantonalen Unternehmen besteht weit weniger Zurückhaltung. So sind Gewinnbegrenzungen und einseitig belastende Regulierungen gerade im Energiebereich im Bundesrecht verankert. Wenn etwa von Seiten der Bundesregulatoren – auch in diesem Buch – die nicht vollständig durchgeführte eigentumsähnliche Entflechtung bei Swissgrid bemängelt wird, so ist darauf hinzuweisen, dass eine solche eigentumsähnliche Entflechtung bei den Bundesunternehmen deutlich weniger weit geht als im Strommarkt. Sowohl bei Swisscom als auch bei SBB gibt es keinerlei eigentumsähnliche Trennung von Netz und Dienstleistung. Bei Swissgrid sind die früheren – enteigneten – Eigentümer auf die Rolle eines reinen Aktionärs mit sehr begrenztem Einfluss zurückgedrängt. Die Kantone und Gemeinden haben auch im Rahmen ihrer Eigentümerversantwortung stärker darauf zu achten, dass der Bund von ihnen nicht mehr verlangt, als er es sich selber zumuten mag.

## Das passende Rechtskleid

Eine gute Governance öffentlicher Unternehmen steht und fällt mit dem passenden Rechtskleid. Der Gestaltungsspielraum ist gross. Umso wichtiger ist auch hier, dass geklärt ist, welche öffentlichen und welche unternehmerischen Interessen verfolgt werden sollen. Es gibt nicht per se gute oder schlechte Rechtsformen. Es gibt aber passende und unpassende Rechtsformen.

Stark verkürzt können drei Grundformen auseinandergehalten werden.

Das unselbständige öffentliche Unternehmen besitzt keine eigene Rechtsperson, sondern ist als unselbständige Anstalt Teil des Gemeinwesens, dem es gehört (zum Beispiel EWZ). Es ist eine Verwaltungsabteilung. Die öffentliche Verwaltung ist von den Prinzipien der Legalität (Verwaltungshandeln braucht eine gesetzliche Grundlage), der Hierarchie (die übergeordnete Stelle, namentlich die politische Exekutive, ist im Rahmen des Rechts weisungsbefugt), der Rechtsgleichheit und der Willkürfreiheit (die Verwaltung muss alle gleich behandeln und darf nicht willkürlich entscheiden) geprägt. Unternehmerische Freiheit ist der hierarchischen Verwaltung wesensfremd. Die gesetzlichen Grundlagen können Lockerungen vorsehen. So kann das strenge Gebührenrecht für einzelne Leistungen gelockert werden, und es können Marktpreise zugelassen werden. Weiter können pauschale Ermächtigungen erteilt werden, die in gewissem Rahmen unternehmerisches Handeln erlauben. Das Eingehen unternehmerischer Risiken bleibt aber im Kern stets ein Fremdkörper.

Die Rechtsform des unselbständigen Unternehmens passt da, wo die verwaltungsrechtlich vorgegebene Leistungserbringung im Zentrum steht. Früher war das im Bereich der Stromversorgung der Fall. Das Gemeinwesen regelte die rechtsgleiche Stromversorgung zu öffentlichen Gebühren. Es gab weder Markt noch bundesrechtliche Regulierung.

Da dem unselbständigen Unternehmen die Rechtspersönlichkeit fehlt, fehlt auch die eigenständige Willensbildung für das Unternehmen. Das unselbständige Unternehmen hat keine eigenen Organe – keine Geschäftsleitung und keinen Verwaltungsrat –, die in eigener Verantwortung einen eigenständigen Willen für das Unternehmen bilden könnten. Vielmehr bleiben die teilweise dennoch so bezeichneten Funktionsträger der verwaltungsrechtlichen Hierarchie unterstellt. Im Zweifel sind sie weisungsgebunden. Es ist offensichtlich, dass diese Rechtsform für das Eingehen grösserer unternehmerischer Risiken nicht passt. Alle unternehmerischen Risiken trägt direkt und unvermindert das Gemeinwesen, also der Steuerzahler. Es ist die Rechtsform für verwaltungsnahe Tätigkeiten.

Auf der anderen Seite steht die privatrechtliche Gesellschaft, in der Regel die Aktiengesellschaft (zum Beispiel BKW AG oder Repower AG). Der Aktionär haftet nur mit dem Aktienkapital. Im Zweifel kann die Gesellschaft

in Konkurs gehen. Die Aktiengesellschaft ist daher die idealtypische Rechtsform für die unternehmerische Tätigkeit. Sie hat sich breit durchgesetzt. Sie besitzt mit der Geschäftsleitung und dem Verwaltungsrat Organe, die einen eigenständigen Willen der Gesellschaft bilden. Die Gesellschaftsorgane sind daher dem Weisungsrecht des Gemeinwesens entzogen und sind für ihr Handeln persönlich haftbar. Auf die Spielform des entsandten statt gewählten Verwaltungsrats wurde bereits hingewiesen. Wesensfremd ist daher, wenn eine Aktiengesellschaft unverzichtbare öffentliche Aufgaben wahrnimmt oder wahrnehmen muss. Der Konkurs sollte als theoretische Möglichkeit offenbleiben. Eine unmittelbare Erfüllung öffentlicher Aufgaben steht nicht im Vordergrund. Die Aktiengesellschaft ist auch die Rechtsform, die am einfachsten Kooperationen oder auch den Verkauf zulässt.

Die Zwischenform bildet die selbständige öffentliche Anstalt (zum Beispiel EKZ). Sie verbindet die rechtlich-politische Einflussmöglichkeit mit einer rechtlich steuerbaren unternehmerischen Selbständigkeit. Die selbständige Anstalt kann mit eigenen Organen einen eigenständigen Willen bilden. Das hilft, im Sinne der Governance klare Verantwortlichkeiten zwischen Gemeinwesen und Unternehmen auszuscheiden. Handlungsspielräume können dem Zweck entsprechend definiert werden. Öffentliche Zwecksetzung und unternehmerische Ziele lassen sich für das konkrete Unternehmen differenziert ausgestalten. Da die Unternehmensgrundlage ein Gesetz ist, sind Kooperationen nur im vorgegebenen Rahmen möglich.

Denkbar ist, dass Konzernstrukturen geschaffen werden, beispielsweise mit einer selbständigen Anstalt als Mutter, die Beteiligungen an privatrechtlichen Aktiengesellschaften hält. Das lässt zu, dass für Aufgaben des Service public und für wettbewerbsorientierte Bereiche unterschiedliche Gefässe gebildet werden. Die minimale Grösse vorausgesetzt, kann das ein interessantes Modell sein. Es ist beispielsweise im basel-städtischen IWB-Gesetz vorgesehen.

## Fazit

Rechtliche Rahmenbedingungen greifen stärker in den Handlungsspielraum öffentlicher Unternehmen ein, als dies bei privaten Unternehmen der Fall ist. Dabei ist die rechtliche und politische Steuerung öffentlicher Energieversorger uneinheitlich.

Verantwortungsträger müssen sich daher mit den rechtlichen Grundlagen der Steuerung vertieft auseinandersetzen, um ihre Handlungsspielräume und ihre Verantwortung zu kennen. Die Grundlagen sind überdies oft mangelhaft und lösen die Zielkonflikte zwischen unternehmerischer Wertschöpfung sowie versorgungs- oder energiepolitischen Zielen ungenügend auf.

Das Management versucht bisweilen, solche Unzulänglichkeiten in eigener Verantwortung und «im Interesse der Sache» auszugleichen. Das ist gefährlich. Wenn etwas «schiefläuft» trifft der Vorwurf der Regelwidrigkeit das Management – dies auch dann, wenn zu guten Zeiten stillschweigende Zustimmung von der politischen Seite zu vernehmen war.

Verantwortung ist abzugrenzen und da einzufordern, wo sie bei anderen Akteuren liegt. Das gilt namentlich für die Verantwortung des Gesetzgebers. Er muss bei öffentlichen Unternehmen Vorgaben bereitstellen, die der Realität des Unternehmens entsprechen. Zu oft sind die gesetzlichen Grundlagen noch ungenügend auf das fundamental veränderte Umfeld von Energieversorgern angepasst.