



Roland Müller
Prof. Dr. iur., Konsulent

Stephan Mullis
lic. iur. HSG

Felix Ludwig
lic. iur. HSG

Nadine Osterwalder
lic. iur.

Sonja Lendenmann
lic. iur. HSG

Ivan Brüscheiler
lic. iur. HSG

Andrea Caroni
Dr. iur. MPA Harvard

Manuel Stengel
Dr. iur. HSG

Patrick Rüttsche
lic. iur. HSG

Peter Kuratli
Dr. iur.

Rechtsgutachten

zur Motion 103 des Stadtrates Luzern

«Überprüfung der Rechtsformen der Aktiengesellschaften im städtischen Alleinbesitz»

im Auftrag der

Stadt Luzern, Finanzdirektion, Hirschengraben 17, 6002 Luzern

Prof. Dr. iur. Roland Müller / Dr. iur. Peter Kuratli

Staad, 30. September 2022

INHALTSVERZEICHNIS

I.	AUSGANGSLAGE UND AUFTRAG	5
A.	Ausgangslage.....	5
B.	Auftrag	5
C.	Vorgehen	7
D.	Abgrenzungen	7
II.	GRUNDLAGEN	8
A.	Organisationsformen im Überblick	8
1.	Untersuchte Organisationsformen	8
2.	Nicht untersuchte Organisationsformen	8
B.	Beurteilungskriterien im Überblick	10
1.	Zu untersuchende Beurteilungskriterien.....	10
2.	Kriterium Aufsichts- und Steuerungsmöglichkeiten	11
3.	Kriterium Aufgabentypus	12
4.	Kriterium Kommerzielle Tätigkeiten	15
5.	Kriterium Beteiligung durch Dritte	15
6.	Kriterium Kooperationen mit und Beteiligung an Dritten	15
7.	Kriterium Haftung	15
8.	Kriterium Rechtsformspezifischer Rechtsetzungsaufwand	16
9.	Kriterium Rechtsformspezifischer Umsetzungsaufwand	16
10.	Kriterium Personalrecht.....	16
11.	Kriterium wirtschaftliche Selbständigkeit	17
III.	BEURTEILUNG DER ORGANISATIONSFORMEN	17
A.	Privatrechtliche Aktiengesellschaft	17
1.	Begriff und Merkmale	17
2.	Beteiligung von Gemeinwesen im Besonderen	20
2.1.	Die Ausnahmebestimmung von Art. 762 OR.....	20
2.2.	Anwendbarkeit von Art. 762 OR.....	21
2.3.	Rechtsfolgen von Art. 762 OR	21
a.	Einsetzung und Abberufung von abgeordneten Verwaltungsräten	21
b.	Auskunfts- und Weisungsrecht gegenüber abgeordneten Verwaltungsräten	23
3.	Beurteilungskriterien	25
3.1.	Kriterium Aufsichts- und Steuerungsmöglichkeiten	25
3.2.	Kriterium Aufgabentypus.....	27
3.3.	Kriterium Kommerzielle Tätigkeiten	27
3.4.	Kriterium Beteiligung durch Dritte	28
3.5.	Kriterium Kooperationen mit und Beteiligung an Dritten.....	28

3.6.	Kriterium Haftung	29
a.	Übersicht Haftungsregime.....	29
b.	Privatrechtliche Aktiengesellschaft.....	30
c.	Stadt Luzern als Gemeinwesen	30
d.	Organe und Mitarbeitende.....	31
3.7.	Kriterium Rechtsformspezifischer Rechtsetzungsaufwand.....	32
3.8.	Kriterium Rechtsformspezifischer Umsetzungsaufwand	32
3.9.	Kriterium Personalrecht	32
3.10.	Kriterium wirtschaftliche Selbständigkeit	33
4.	Zwischenergebnis private Aktiengesellschaft	35
B.	Öffentlich-rechtliche Anstalt.....	36
1.	Begriff, Merkmale und Formen.....	36
2.	Formelle Grundlagen	38
2.1.	Im Allgemeinen.....	38
2.2.	Regelungsgegenstand	38
3.	Beurteilungskriterien	40
3.1.	Kriterium Aufsichts- und Steuerungsmöglichkeiten	40
a.	Allgemein.....	40
b.	Strategische Ziele	41
c.	Übrige Aufsichtsinstrumente.....	43
3.2.	Kriterium Aufgabentypus.....	44
3.3.	Kriterium Kommerzielle Tätigkeiten	44
3.4.	Kriterium Beteiligung durch Dritte	46
3.5.	Kriterium Kooperationen mit und Beteiligung an Dritten.....	46
3.6.	Kriterium Haftung	47
a.	Übersicht Haftungsregime.....	47
b.	Haftung der selbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt.....	47
c.	Haftung der Stadt	48
d.	Haftung der Organe und Mitarbeitenden.....	48
3.7.	Kriterium Rechtsformspezifischer Rechtsetzungsaufwand.....	49
3.8.	Kriterium Rechtsformspezifischer Umsetzungsaufwand	50
3.9.	Kriterium Personalrecht	50
3.10.	Kriterium Wirtschaftliche Selbständigkeit	52
4.	Zwischenergebnis öffentlich-rechtliche Anstalt	53
C.	Zentralverwaltung	54
1.	Begriff und Merkmale	54
2.	Formelle Grundlagen / Stadtorganisation.....	54
3.	Beurteilungskriterien	56
3.1.	Kriterium Aufsichts- und Steuerungsinstrumente	56

3.2. Kriterium Aufgabentypus.....	59
3.3. Kriterium Kommerzielle Tätigkeiten	60
3.4. Kriterium Beteiligung durch Dritte	60
3.5. Kriterium Kooperationen mit und Beteiligung an Dritten.....	60
3.6. Kriterium Haftung	61
a. Übersicht Haftungsregime.....	61
b. Haftung der Stadt	61
c. Haftung der Mitarbeitenden	62
3.7. Kriterium Rechtsformspezifischer Rechtsetzungsaufwand.....	63
3.8. Kriterium Rechtsformspezifischer Umsetzungsaufwand	63
3.9. Kriterium Personalrecht	65
3.10. Kriterium Wirtschaftliche Selbständigkeit	66
4. Zwischenergebnis Zentralverwaltung.....	67
IV. SUMMARISCHE BEURTEILUNG DER HEUTIGEN RECHTSFORMEN	68
A. Vorbemerkungen	68
B. Energie Wasser Luzern AG (ewl)	68
1. Ausgangslage.....	68
2. Beurteilung	70
C. Verkehrsbetriebe Luzern AG (vbl).....	71
1. Ausgangslage.....	71
2. Beurteilung	72
D. Viva Luzern AG	73
1. Ausgangslage.....	73
2. Beurteilung	73
E. Hallenbad Luzern AG	74
1. Ausgangslage.....	74
2. Beurteilung	75
V. ZUSAMMENFASSUNG UND EMPFEHLUNGEN.....	75
A. Zusammenfassung	75
B. Empfehlungen zum weiteren Vorgehen	76
ANHANG A: LITERATURVERZEICHNIS	78
ANHANG B: MATERIALIENVERZEICHNIS	80
ANHANG C: ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....	82

I. AUSGANGSLAGE UND AUFTRAG

A. Ausgangslage

- 1 Die Stadt Luzern verfügt über verschiedene Aktiengesellschaften (AG) im Alleineigentum. Die SP- und die SVP-Fraktion des grossen Stadtrates haben im Mai 2021 im Rahmen der Motion 103 eine «Überprüfung der Rechtsform der Aktiengesellschaften im städtischen Alleinbesitz» gefordert.
- 2 Die Motionäre¹ wünschen namentlich eine Überprüfung der folgenden Gesellschaften bzw. Gesellschaftsgruppen: vbl², Viva³, ewl⁴ und Hallenbad Luzern AG⁵. Während die Hallenbad Luzern AG bereits 1968 als AG gegründet wurden, wurden die ehemaligen städtischen Werke, Verkehrsbetriebe und Heime zwischen 2001 und 2015 ausgegliedert.⁶
- 3 Der Stadtrat hat die Motion entgegengenommen und ist bereit, einen Planungsbericht auszuarbeiten. Gemäss Stellungnahme des Stadtrates soll der Planungsbericht die Überprüfung der ewl Energie Wasser Luzern Holding AG, der Verkehrsbetriebe Luzern AG, der Viva Luzern AG und der Hallenbad Luzern AG zum Gegenstand haben.⁷

B. Auftrag

- 4 Die Finanzverwaltung der Stadt Luzern hat ME Advocat Rechtsanwälte beauftragt, sie bei der Ausarbeitung des Planungsberichts (Rz. 3) zu unterstützen. Im Rahmen einer Videokonferenz⁸ wurde die Ausgangslage gemeinsam erörtert. Dabei hat sich gezeigt, dass es zu kurz greifen würde, wenn betreffend die ewl nur die Holdinggesellschaft untersucht würde, da es sich bei der ewl um eine ganze Gruppe handelt, welche aus mehr als zehn Gesellschaften besteht. Auch in Bezug auf die Verkehrsbetriebe Luzern AG ist die mit ihr verbundene vbl transport ag zu berücksichtigen.

¹ Soweit im Rahmen dieses Rechtsgutachtens eine Bezeichnung in männlicher Form erfolgt, ist immer auch die weibliche Form gemeint.

² Die «vbl-Gruppe» besteht derzeit nur noch aus folgenden beiden Gesellschaften: Verkehrsbetriebe Luzern AG [CHE-103.178.209] und vbl transport ag [CHE-105.894.593].

³ Viva Luzern AG [CHE-164.881.522].

⁴ Die ewl Energie Wasser Luzern Holding AG [CHE-101.332.445] hält an folgenden Gesellschaften eine Mehrheitsbeteiligung: ewl Kabelnetz AG (100%), ewl Rohrnetz AG (100%), ewl Verkauf AG (100%), ewl Wasser AG (100%), ewl Rechenzentrum AG (100%), ewl Kraftwerke AG (90%), Arcade Solutions AG (75%); Seenergy Luzern AG (73.98%), Erdgas Zentralschweiz AG (64.95%), Fernwärme Luzern AG (64.5%); die ewl Verkauf AG hält 68.3 % an der Gries Wind AG; seit 2022 besteht zudem eine Minderheitsbeteiligung 40% an der neu gegründeten Obermatt Kraftwerk AG, welche zusammen mit dem Kanton Obwalden (60%) gehalten wird.

⁵ CHE-102.502.678.

⁶ Motion 103, S. 1.

⁷ Stellungnahme Motion 103, S. 2.

⁸ Videokonferenz vom 31. März 2022 zwischen Stadträtin Franziska Bitzi, Frau Ursula Eiholzer und den beiden Autoren des vorliegenden Gutachtens.

- 5 Im Weiteren wurde festgestellt, dass für eine Beurteilung der geeigneten Organisationsform zusätzlich zu denjenigen Kriterien⁹, welche das Reglement über das Beteiligungsmanagement der Stadt Luzern (Beteiligungsreglement, BR) aufführt, weitere Kriterien notwendig sind. Gestützt auf die Videokonferenz haben ME Advocat Rechtsanwälte einen Vorgehensvorschlag ausgearbeitet. Dieser sieht ein zweistufiges Vorgehen vor: in einem ersten Modul sollen die wesentlichen Vor- und Nachteile verschiedener Organisationsformen in allgemeiner Hinsicht, d.h. noch nicht bezogen auf die einzelnen Gesellschaften, herausgearbeitet werden.
- 6 Erst in einem zweiten Modul soll eine Prüfung der Zweckmässigkeit einer Änderung der Rechtsform in Bezug auf noch zu definierende Gesellschaften geprüft werden. Das zweistufige Vorgehen stellt sicher, dass je Gesellschaft bzw. Gesellschaftsgruppe (ewl und vbl) gestützt auf eine allgemeingültige Beurteilung der einzelnen Organisationsformen eine Vorentscheid gefällt werden kann, ob eine Änderung der Organisationsform überhaupt in Frage kommt. Nur für diese Gesellschaften oder Gesellschaftsgruppen soll dann in einem zweiten Schritt vertieft geprüft werden, ob eine Änderung der Organisationsform weiter verfolgt werden soll. Dabei sind in dieser zweiten Phase neben rechtlichen auch betriebswirtschaftliche Aspekte zu berücksichtigen. Bei Bedarf kann im Modul 2 für einzelne Gesellschaften oder Gesellschaftsgruppen anstelle einer Änderung der Organisationsform auch eine Optimierung der Ausgestaltung bzw. der entsprechenden (Steuerungs-)Instrumente geprüft werden.
- 7 Gegenstand des vorliegenden Rechtsgutachtens bildet ausschliesslich das Modul 1 (Rz. 5). Im Rahmen eines Workshops mit der Finanzdirektion¹⁰ wurde die Auswahl der zu prüfenden Organisationsformen¹¹ und die massgebenden Beurteilungskriterien¹² festgelegt.

Zu prüfende Organisationformen sind:

- Privatrechtliche Aktiengesellschaft;
- Öffentlich-rechtliche Anstalt;
- Organisationseinheit der Zentralverwaltung (vgl. Rz 231).

Die Beurteilung erfolgt anhand folgender Kriterien:

- Aufsichts- und Steuerungsinstrumente;

⁹ Gemäss Art. 4 BR richtet sich die Wahl der Rechtsform (bei neuen Auslagerungen) nach dem Bedarf nach politischer Steuerung, der Art zu erbringenden Leistung, der Wettbewerbssituation sowie der Beteiligung Dritter.

¹⁰ Workshop vom 8. Juli 2022 mit Stadträtin Franziska Bitzi, Frau Ursula Eiholzer und den beiden Autoren des vorliegenden Gutachtens.

¹¹ Nicht zu prüfen sind insbesondere folgende mögliche Organisationsformen: Spezialgesetzliche Aktiengesellschaft, Stiftung (privat und öffentlich-rechtlich), Genossenschaft, GmbH, Verein. Zudem ist auch nicht auf die Thematik Gemeindeverband einzugehen.

¹² Um den Umfang des Rechtsgutachtens nicht zu sprengen, wurde für das vorliegende Modul 1 insbesondere auch folgende weitere Beurteilungskriterien verzichtet: Personalvorsorge, öffentliches Beschaffungswesen, Eigentum Infrastruktur. Diese Kriterien sollten in einer späteren Phase (Modul 2) geprüft werden, falls eine Änderung der Organisationsform für eine oder mehrere Gesellschaften in Betracht gezogen wird. In diesem Fall sind zudem noch themenspezifische Rahmenbedingungen zu beachten und es ist ein allfälliger Rechtssetzungsbedarf zu prüfen (Rechtsgrundlagenanalyse).

- Aufgabentypus;
 - Kommerzielle Tätigkeiten;
 - Beteiligung durch Dritte;
 - Kooperation mit und Beteiligungen an Dritten;
 - Wirtschaftliche Selbständigkeit;
 - Haftung;
 - Personalrecht;
 - Rechtsformspezifischer Rechtsetzungsaufwand
 - Rechtsformspezifischer Umsetzungsaufwand.
- 8 Gestützt auf die Erkenntnisse betreffend die Eignung der einzelnen Organisationsformen erfolgt eine summarische Empfehlung, für welche der Gesellschaften bzw. Gesellschaftsgruppen sich eine vertiefte Prüfung der Änderung der Organisationsform aufdrängt oder zumindest rechtfertigt.

C. Vorgehen

- 9 In einem ersten Teil werden die Beurteilungsgrundlagen geschaffen, d.h. es werden die drei zu untersuchenden Organisationsformen privatrechtliche Aktiengesellschaft, öffentlich-rechtliche Anstalt sowie Organisationseinheit der Zentralverwaltung vorgestellt. Zudem werden die einzelnen Beurteilungskriterien erläutert und es wird dargelegt, weshalb diese für den Entscheid in Bezug auf die Organisationsform relevant sind.
- 10 Im zweiten Teil werden dann die drei Organisationsformen in Bezug auf deren Eignung gestützt auf die einzelnen Beurteilungskriterien im Detail analysiert. Zusammenfassend werden die Vor- und Nachteile der einzelnen Organisationsformen aufgezeigt. Die Ergebnisse dieser Analyse münden in eine konkrete Empfehlung, für welche Gesellschaften eine Prüfung der Änderung der Organisationsform erfolgen sollte. In Anhang A findet sich zudem eine tabellarische Übersicht über die untersuchten Organisationsformen/Beurteilungskriterien.

D. Abgrenzungen

- 11 Die nachstehenden Ausführungen beziehen sich – soweit nicht explizit etwas anderes festgehalten ist – nicht auf einzelne Gesellschaften oder Gesellschaftsgruppen im Allein- oder Miteigentum der Stadt Luzern. Für die Beurteilung der Geeignetheit der Organisationsformen wird ausschliesslich auf die definierten Beurteilungskriterien (Rz. 7) abgestellt.
- 12 Eine Analyse der einzelnen Gesellschaften oder Gesellschaftsgruppen erfolgt bei Bedarf im Rahmen eines separaten Gutachtens (Modul 2). Dabei sollte neben der rechtlichen Beurteilung (inkl. Steuerrecht und Immaterialgüterrecht) auch eine betriebswirtschaftliche Prüfung erfolgen.

- 13 Das vorliegende Rechtsgutachten stellt keine Rechtsgrundlagenanalyse dar, d.h. es erfolgt keine Prüfung, welche Erlasse der Stadt Luzern im Fall einer Änderung der Organisationsform geändert oder geschaffen werden müssten. Diese Aufgabe gilt es im Falle der näheren Prüfung der Änderung der Organisationsform einer oder mehrerer Gesellschaften zu erledigen (Modul 2). Erst dann kann auch eine Analyse des notwendigen Umsetzungszeitraumes bzw. Umsetzungsaufwandes erfolgen. Sodann wird dann zu prüfen sein, ob übergeordnetes (themenspezifisches) Recht zu beachten ist.

II. GRUNDLAGEN

A. Organisationsformen im Überblick

1. Untersuchte Organisationsformen

- 14 Im Rahmen dieses Rechtsgutachtens werden in Absprache mit der Auftraggeberin (Rz. 7) die folgenden drei Organisationsformen untersucht:
- Privatrechtliche Aktiengesellschaft;
 - Öffentlich-rechtliche Anstalt;
 - Organisationseinheit der Zentralverwaltung.

2. Nicht untersuchte Organisationsformen

- 15 Folgende öffentlich-rechtlichen Organisationsformen werden nicht untersucht, weil sie im Zusammenhang mit der vorliegenden Fragestellung zum vorneherein nicht in Betracht fallen:
- Öffentlich-rechtliche Personal- oder Realkörperschaft;
 - Öffentlich-rechtliche Stiftung;
 - Gemeinde- bzw. Zweckverband;
 - Spezialgesetzliche Aktiengesellschaft.
- 16 Bei der öffentlich-rechtlichen Körperschaft handelt es sich um mitgliedschaftlich verfasste, auf dem öffentlichen Recht beruhende und mit Hoheitsgewalt ausgestattete Verwaltungsträger, die selbständig Staatsaufgaben erfüllen.¹³ Sie lassen sich nach HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN in Gebietskörperschaften, Personalkörperschaften und Realkörperschaften unterteilen.¹⁴ Bei der Stadt Luzern handelt es sich um eine Gebietskörperschaft. Die Reintegration der ausgelagerten Einheiten in die Zentralverwaltung wird im vorliegenden Gutachten untersucht. Nicht untersucht werden indessen die Personalkörperschaft, welche an

¹³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 24, N 1633.

¹⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 24, N 1640.

der Mitgliedschaft an bestimmten Eigenschaften ihrer Mitglieder anknüpft (z.B. Religion oder Berufsgruppe) sowie die Realkörperschaft, deren Mitgliedschaft sich aus Eigentum an bestimmten Sachen ergibt. Bei letzterer können als Beispiel etwa Alpkorporationen (Anknüpfung an Eigentum an Grundstücken) oder auch die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft (Eigentum an Aktien) angeführt werden.¹⁵ Weshalb auf die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft nicht weiter eingegangen wird, wird in Rz 19 ausgeführt.

- 17 Eine öffentlich-rechtliche Stiftung wird durch Stiftungsakt begründet und erfüllt mit ihrem Stiftungsvermögen eine Verwaltungsaufgabe. Die Stiftung ist ein Stück verselbständigtes und vom allgemeinen Vermögen des Gemeinwesens getrenntes Vermögen. Mit der Wahl dieser Rechtsform soll die Dauerhaftigkeit und Unabhängigkeit der Stiftung unterstrichen werden (z.B. Abgrenzung zur Anstalt). Im vorliegenden Fall, wo es gerade darum geht, zu prüfen, ob die ausgelagerten Beteiligungen nicht zu unabhängig von der Politik sind, kann eine vertiefte Prüfung entfallen, auch wenn von dieser Organisationsform im Kanton bzw. der Stadt Luzern vereinzelt Gebrauch gemacht wird. Als Beispiel kann etwa die Trägerstiftung des Kultur- und Kongresszentrums am See genannt werden, welche Eigentümerin des KKL-Gebäudes ist. Der Betrieb des KKL erfolgt jedoch ebenfalls durch eine privatrechtliche Aktiengesellschaft (KKL Luzern Management AG). Ein weiteres Beispiel ist die Stiftung Wirtschaftsförderung Luzern. Den Aufgabenbereichen der im Rahmen der Motion zu untersuchenden Beteiligungen kann jedoch eine Institution in der wenig flexiblen Form der Stiftung kaum Rechnung getragen werden, weshalb nachfolgend nicht weiter darauf eingegangen wird.
- 18 Das Gemeindegesetz des Kantons Luzern (abgekürzt GG; SRL Nr. 150) regelt in § 48ff. den Gemeindeverband und in § 56 den Zweckverband. Bei einem Gemeindeverband handelt es sich nach § 48 Abs. 2 GG um eine Körperschaft des öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit. Mitglieder eines Gemeindeverbandes sind ausschliesslich die beigetretenen Gemeinden. Ein Gemeindeverband macht von vorneherein nur Sinn für Aufgaben, welche mehrere Gemeinden gemeinsam erfüllen. Dies ist bei den zu untersuchenden öffentlichen Unternehmen nicht der Fall, weshalb die Organisationsform des Gemeindeverbandes von vorneherein ausscheidet. Der Zweckverband unterscheidet sich lediglich darin vom Gemeindeverband, als zusätzlich zu den Gemeinden der Kanton Mitglied ist. Demnach ist nachfolgend weder auf den Gemeindeverband noch auf den Zweckverband weiter einzugehen.
- 19 Auch die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft wird mehrheitlich dem öffentlichen Recht zugeordnet. Dies vor allem deshalb, weil in Bezug auf die Organisation öffentliches Recht zur Anwendung kommt, und zwar auch dann, wenn der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Gesellschaft «privatrechtliche Strukturen kopiert».¹⁶ Nachdem die Organisation der Gesellschaft durch den Gesetzgeber bestimmt werden kann, bringt die spezialgesellschaftliche Aktiengesellschaft zwar grundsätzlich eine grosse Flexibilität mit sich. Auf der andern Seite

¹⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 24, N 1642ff. mit entsprechenden Beispielen.

¹⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 24, N 1696.

ist dies jedoch auch mit einer Unsicherheit in der Rechtsanwendung aufgrund fehlender Literatur und Judikatur verbunden, die wohl in der Theorie unterschätzt wird.¹⁷ Insgesamt ist die Organisationsform der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft nur wenig verbreitet. Auf Bundesebene bestehen lediglich vier in dieser Form organisierte Gesellschaften, nämlich die Schweizerischen Bundesbahnen (SBB), die Schweizerische Nationalbank (SNB), die Schweizerische Post AG und die Swisscom AG. Auf kantonaler Ebene bestehen neun spezialgesetzliche Aktiengesellschaften, wobei es sich bei sechs davon um Kantonalbanken handelt.¹⁸ Auf der Gemeindeebene ist keine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft bekannt. Aufgrund der eingeschränkten Rechtssicherheit sollte eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft als Organisationsform nur dann gewählt werden, wenn dies zwingend notwendig ist, weil weder eine privatrechtliche Aktiengesellschaft noch eine öffentlich-rechtliche Anstalt in Frage kommen.¹⁹ Nachdem dies augenscheinlich nicht der Fall ist und die Gesellschaften bereits heute als private Aktiengesellschaften funktionieren hat die Auftraggeberin entschieden, die Organisationsform der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft nicht näher zu prüfen (Rz 7).

- 20 Ein öffentliches oder gemischtwirtschaftliches Unternehmen kann auch in verschiedenen Formen des Privatrechts ausgestaltet sein. Eine Umwandlung der bestehenden privatrechtlichen Aktiengesellschaften in eine andere privatrechtliche Rechtsform steht jedoch von vorneherein nicht zu Diskussion, da keine entsprechende Rechtsform ersichtlich ist, welche dazu auch nur ansatzweise geeignet wäre und dies im Übrigen auch nicht im Sinne der zu beantwortenden Motion wäre. Nicht untersucht werden demzufolge die Rechtsformen der Genossenschaft, des Vereins, der Stiftung und der GmbH.

B. Beurteilungskriterien im Überblick

1. Zu untersuchende Beurteilungskriterien

- 21 Im Rahmen dieses Rechtsgutachtens werden in Absprache mit der Auftraggeberin die Kriterien gemäss Rz 7 beurteilt. Diesbezüglich ist noch zu ergänzen, dass die Beurteilung des Transformationsaufwandes aufgeteilt auf die Kriterien «Rechtsformspezifischer Rechtsetzungsaufwand» und «Rechtsformspezifischer Umsetzungsaufwand» erfolgt. Im Rahmen des Kriteriums «Wirtschaftliche Selbständigkeit» werden auch die Aspekte der Finanzierung und Kapitalausstattung sowie der Mittel- und Gewinnverwendung behandelt.

¹⁷ SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER, S. 82.

¹⁸ THURNHEER, S. 13f.

¹⁹ So etwa wenn sich zwingend Private an einem öffentlichen Unternehmen beteiligen müssen (was beispielsweise bei einer Anstalt nicht möglich ist) und zugleich die obligationenrechtlichen Vorschriften bei der privaten Aktiengesellschaften zu einschränkend sind.

- 22 Soweit eine Änderung der Organisationsform einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft in Betracht gezogen wird, sollte in einem späteren Zeitpunkt u.a. noch folgenden Beurteilungskriterien Beachtung geschenkt werden, dann jedoch konkret bezogen auf die entsprechende Gesellschaft und ihr thematisches und rechtliches Umfeld:
- Personalvorsorge;
 - Öffentliches Beschaffungswesen;
 - Infrastruktur;
 - Holding- bzw. Gruppenstruktur;²⁰
 - Themenspezifische Rahmenbedingungen;
 - Themenspezifischer Rechtssetzungsbedarf.²¹
- 23 Nachfolgend erfolgt eine kurze Erläuterung, was die ausgewählten Kriterien beinhalten und weshalb diese für die Beurteilung der Organisationsform von Bedeutung sind.

2. Kriterium Aufsichts- und Steuerungsmöglichkeiten

- 24 Grosse Bedeutung bei Ausgliederungen kommt der Frage zu, wie autonom der Aufgabenträger nach der Ausgliederung agieren bzw. inwieweit das Gemeinwesen auf diesen noch Einfluss nehmen kann. Autonomie und Aufsicht (bzw. Steuerung) stehen dabei in einem Spannungsverhältnis zueinander.²² Die Wahl der Rechtsform ist für die Aufsicht bzw. Steuerung der ausgelagerten Einheit entscheidend. Dies gilt vor allem für die Art der Steuerung: erfolgt diese durch die spezialgesetzlich vorgesehenen Instrumente oder durch diejenigen des privaten Aktienrechts?²³
- 25 Die Aufsicht der Stadt Luzern – insbesondere über die Zentralverwaltung – lässt sich in die folgenden drei Kategorien einteilen:
- unmittelbare Aufsicht (Direktion; Art. 50 Abs. 1 i.V.m. Art. 51 Bst. d GO);
 - Aufsicht (Stadtrat; Art. 36 Abs. 2 Bst. h GO);
 - Oberaufsicht (Grosser Stadtrat; Art. 30 GO).

In Bezug auf die Aufsicht über die Beteiligungen gibt es verschiedene Besonderheiten, auf welche im Rahmen dieses Gutachtens bei der Beurteilung der Aktiengesellschaft (Rz 85ff.) bzw. der Anstalt (Rz 165ff.) eingegangen wird.

- 26 Kriterien der Aufsicht im Allgemeinen bilden insbesondere die Rechtmässigkeit, Ordnungsmässigkeit, Zweckmässigkeit, Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit der Aufgabenerfüllung.²⁴

²⁰ Insbesondere unter dem Aspekt der (Vertrauens-)Haftung.

²¹ Idealerweise im Rahmen einer Rechtsgrundlagenanalyse.

²² FREUDIGER, S. 90 mit weiteren Hinweisen.

²³ FREUDIGER, S. 91.

²⁴ FREUDIGER, S. 91.

- 27 Gemäss FREUDIGER stellt die Aufsicht einen «Bestandteil des behördlichen Führungs- bzw. Lenkungsprozesses dar», bei der die zuständige Aufsichtsbehörde korrigierend in (laufende) Angelegenheiten eingreifen kann bzw. muss. Unterschieden werden präventive, begleitende und repressive Aufsichtsmittel: zur präventiven Aufsicht gehört die Entsendung von Behördenvertretern in Leitungsgremien, der Erlass von Weisungen, Eigentümerstrategien und strategischen Zielvorgaben, die Mitwirkung bei der Aufgaben- und Finanzplanung oder auch gewisse Genehmigungshandlungen beispielsweise betreffend die Statuten oder Reglemente.²⁵
- 28 Während sich die begleitende Aufsicht auf hängige Geschäfte bezieht, handelt es sich bei der repressiven Aufsicht nach FREUDIGER um nachträgliche Genehmigungshandlungen wie etwa die Genehmigung von Jahresberichten. Weiter kann auch ein korrigierendes Eingreifen darunter fallen wie etwa die Nichtwiederwahl von Mitgliedern von leitenden Gremien oder sogar deren Sanktionierung.²⁶
- 29 Im Rahmen der Behandlung des Kriteriums Aufsichts- und Steuerungsmöglichkeiten wird je nach Rechtsform auf die zur Verfügung stehenden Aufsichtsmittel eingegangen und geprüft, welche u.U. zwingenden organisationsrechtlichen Vorgaben einzuhalten sind. So ist beispielsweise zu berücksichtigen, dass dem Aufsichtsorgan ohne spezialgesetzliche Ermächtigung grundsätzlich keine Befugnis zusteht, durch Weisungen in den unmittelbar gesetzlich geschützten Autonomiebereich einzugreifen.²⁷ Daraus wird abgeleitet, ob die Steuerungsmöglichkeiten der heute ausgelagerten bzw. als Aktiengesellschaften ausgestalteten Einheiten geeignet und genügend sind.

3. Kriterium Aufgabentypus

- 30 Gemäss Art. 4 Abs. 1 BR setzt die Auslagerung einer Aufgabenerfüllung in eine städtische Beteiligung voraus, dass die Aufgabenerfüllung ausserhalb der städtischen Verwaltung wirksamer und wirtschaftlicher wahrgenommen werden kann. Soweit eine rechtlich selbständige Organisation geschaffen wird, stehen dafür sowohl Rechtsformen des öffentlichen als auch privaten Rechts zur Verfügung (Art. 4 Abs. 2 BR). Die Wahl der Rechtsform wiederum richtet sich nach dem Bedarf nach politischer Steuerung, der Art der zu erbringenden Leistung, der Wettbewerbssituation sowie der Beteiligung Dritter.
- 31 In Ziff. 5 BRL finden sich konkretisierend verschiedene Beurteilungskriterien, welche dazu dienen sollen, die Eignung einer Auslagerung zu prüfen:

- Hoheitlichkeit der Aufgabenerfüllung;

²⁵ FREUDIGER, S. 91f.; diese Ausführungen von FREUDIGER beziehen sich in erster Linie auf den Bund. Sie treffen indes auch auf die kantonale und kommunale Ebene zu.

²⁶ FREUDIGER, S. 91 mit Hinweis auf CG-Zusatzbericht BR 2009, S. 2709f.

²⁷ FREUDIGER, S. 95f. mit dem Hinweis, dass die Weisungsungebundenheit ein prägendes Merkmal von nicht mehr zur Zentralverwaltung gehörenden Aufgabenträgern darstellt; auf das Weisungsrecht im Zusammenhang mit privatrechtlichen Aktiengesellschaften im Besonderen wird unter Rz 85ff. eingegangen.

- Bedeutung der Gewährleistungspflicht;
 - Politischer Steuerungsbedarf;
 - Marktfähigkeit der Aufgabe;
 - Koordinationsbedarf und Synergiepotenzial.
- 32 Im vorliegenden Gutachten wird das Kriterium des politischen Steuerungsbedarfs aufgrund der zentralen Bedeutung und dessen engen Zusammenhangs mit der Aufsicht separat behandelt (siehe Rz 24ff.). Der Aspekt der «Marktfähigkeit» wird zusätzlich auch unter den beiden Kriterien «Kommerzielle Tätigkeiten» (siehe Rz 39) und «wirtschaftliche Selbständigkeit» (siehe Rz 51f.) behandelt. Die übrigen in Rz 31 aufgeführten Teilkriterien werden zum Kriterium «Aufgabentypus» zusammengefasst. Die Vielfalt der Aufgaben, welche heute durch die öffentliche Hand auf allen Staatsebenen erfüllt werden, machen es erforderlich, diese für eine zweckmässige Beurteilung zu typologisieren. Dazu kann auf die vom Bund entwickelte Typologie zurückgegriffen werden.
- 33 Der Bund hat in seinem CG-Bericht 2016 eine Typologie entwickelt, welche «im Sinne einer Idealtypologie» die verschiedenen Tätigkeiten einteilt. Danach wird zwischen vier Aufgabentypen unterschieden:
- Ministerialaufgaben;
 - Dienstleistungen mit Monopolcharakter;
 - Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht;
 - Dienstleistungen am Markt.²⁸
- 34 Die *Ministerialaufgaben* umfassen insbesondere die Politikvorbereitung sowie hoheitliche Aufgaben. Sie erfordern ein hohes Mass an demokratischer Legitimation und politischer Steuerung und eignen sich daher nicht zur Auslagerung.²⁹ Eine allfällige Reintegration von einzelnen Beteiligungen in die Zentralverwaltung wäre vor allem dann in Betracht zu ziehen, wenn diese schwergewichtig Ministerialaufgaben wahrnehmen würden.
- 35 Bereits an dieser Stelle kann festgehalten werden, dass es sich bei den Tätigkeitsgebieten der zu beurteilenden Aktiengesellschaften (Energieversorgung, öffentlicher Verkehr, Altersversorgung sowie Hallenbadbetrieb) nicht um *Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht* handelt. Darunter zu verstehen sind Aufgaben, denen ein hoheitlicher Charakter zukommt, die aber der politischen Einflussnahme im operativen Geschäft entzogen sein sollen. Beispiele aus dem Bereich Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht finden sich vornehmlich auf Bundesebene.³⁰
- 36 Anspruchsvoller ist in der Regel die Frage, ob es sich bei einem ausgelagerten oder auszulagernden Aufgabengebiet eher um Dienstleistungen mit Monopolcharakter oder um

²⁸ CG-Bericht BR 2006, S. 8234 u. 8258ff.

²⁹ CG-Bericht BR 2006, S. 8234 u. 8260.

³⁰ CG-Bericht BR 2006, S. 8234 u. 8262ff.; Beispiele: Weko, FINMA, ESBK.

Dienstleistungen am Markt handelt. Nachdem es sich bei der Aufgabentypologie um «Idealtypen» von Aufgaben handelt, sind in der Praxis natürlich auch Mischformen möglich.

37 Im CG-Bericht BR 2006 ist in Bezug auf die *Dienstleistungen mit Monopolcharakter* insbesondere folgendes festgehalten:

- Gegenstand bilden Dienstleistungen, bei denen der **Wettbewerb** aufgrund von Marktversagen oder aufgrund der Gesetzgebung nicht oder nur **eingeschränkt** funktioniert;
- Es handelt sich um Aufgaben, welche mehrheitlich nicht hoheitlicher Natur sind;
- Der politische **Steuerungsbedarf** wird als allgemein «relativ» **hoch** bezeichnet, wobei dieser teilweise durch Gesetz oder exogene Rahmenbedingungen beschränkt wird;
- Die **Marktfähigkeit** der Dienstleistungen wird als **mittel bis niedrig** beurteilt mit der Folge, dass die **Finanzierung aus allgemeinen Steuermitteln und oder Gebühren** (teilweise auch Drittmitteln) erfolgt;
- Während der Koordinationsaufwand und damit verbunden das Synergiepotenzial mit der Zentralverwaltung als eher gering eingestuft wird, soll sich die mit der Aufgabe betraute Einheit selbständig positionieren können.³¹

Im CG-Zusatzbericht BR 2009 finden sich ergänzende Erläuterungen zum Aufgabentyp «Dienstleistungen mit Monopolcharakter». Der Aufgabentyp umfasst danach ein heterogenes Spektrum von Leistungen, die auf eine Kundschaft ausgerichtet sind, der erzeugte Nutzen aber nur teilweise über den Markt abgegolten wird mit der Folge, dass «die daraus hervorgehenden Versorgungsmängel letztlich oft nur mit einem monopolähnlichen öffentlichen Angebot korrigiert werden können.»³² Gemäss CG-Leitsatz 1 des Bundesrates für die Auslagerung von *Dienstleistungen mit Monopolcharakter* ist dafür die Organisationsform der *öffentlich-rechtlichen Anstalt* zu wählen.

38 Demgegenüber kommt nach CG-Leitsatz 1 des Bundesrates für auszulagernde *Dienstleistungen am Markt* in erster Linie die *privatrechtliche Aktiengesellschaft* als Organisationsform in Frage. Gemäss CG-Bericht BR 2006 lassen sich *Dienstleistungen am Markt* wie folgt charakterisieren:

- Gegenstand bilden **Dienstleistungen im (teilweise regulierten) Markt**;
- Es handelt sich (ausschliesslich) um nicht hoheitliche Aufgaben;
- der politische **Steuerungsbedarf** wird als **niedrig** bezeichnet, wobei das Gesetz indessen einen **Mindestversorgungsstand** (Grundversorgungsauftrag, Konzession usw.) garantiert; im Übrigen richten sich jedoch die Leistungen nach dem Markt;
- die Dienstleistungen sind **mehrheitlich marktfähig** und damit **preisfinanziert**;

³¹ CG-Bericht BR 2006, S. 8261f.

³² CG-Zusatzbericht BR 2009, S. 2662.

- das Synergiepotenzial und der Koordinationsbedarf sind gering, während dem ein eigenständiges Auftreten des Aufgabenträgers u.a. aus Marketing-Gründen von Vorteil ist.³³

4. Kriterium Kommerzielle Tätigkeiten

39 Im Falle von privatrechtlichen Aktiengesellschaften sind kommerzielle Tätigkeiten ohne weiteres möglich bzw. stellen sogar eine wesentliche Zielsetzung dar. Welche Voraussetzungen bei öffentlich-rechtlichen Anstalten gegeben sein müssen, damit sie kommerziellen Tätigkeiten nachgehen können, wird in Rz 183ff. dargelegt.

5. Kriterium Beteiligung durch Dritte

40 Nicht alle Organisationsformen stehen für eine Beteiligung von Dritten offen. Es wird bei der Beurteilung dieses Kriterium dargelegt, ob die jeweils untersuchte Organisationsform einer Beteiligung Dritter offensteht und wenn ja, welche Einschränkungen gegebenenfalls bestehen oder bewusst getroffen werden können (beispielsweise blosse Minderheitsbeteiligung von Privaten).

6. Kriterium Kooperationen mit und Beteiligung an Dritten

41 Bei diesem Kriterium geht es darum zu prüfen, inwieweit die zu untersuchende Rechtsform es ermöglicht, mit anderen privaten oder öffentlich-rechtlichen Organisationen (längerfristige und verbindliche) Kooperationen einzugehen oder sich sogar an Dritten zu beteiligen.

42 Im Zusammenhang mit Beteiligungen wird zudem untersucht, ob sich die einzelne Organisationsform grundsätzlich auch eignet, um bei Bedarf eine Konzernstruktur mit Tochtergesellschaften aufzubauen bzw. -weiterzuführen.

7. Kriterium Haftung

43 Wenn es darum geht, für eine Organisation die Rechtsform zu wählen bzw. zu überprüfen, spielt das Kriterium der Haftung eine wichtige Rolle. Im vorliegenden Gutachten werden für jede untersuchte Organisationsform die grundlegenden Haftungsregimes dargelegt, wobei jeweils zwischen folgenden Haftungssubjekten unterschieden wird:

- ausgelagerte Einheit (bei Aktiengesellschaft und Anstalt);
- Stadt;
- Organe (bei Aktiengesellschaft und Anstalt);
- Mitarbeitende.

³³ CG-Bericht BR 2006, S. 8264.

Es werden nur die zivilrechtliche Haftung und die Staatshaftung untersucht. Es würde den Rahmen dieses Gutachtens sprengen, auch noch auf das Straf- und Disziplinarrecht einzugehen.

- 44 Die finanzielle Haftung kann unabhängig von der Organisationsform bei ausgelagerten Einheiten über eine Organhaftpflichtversicherung (Directors-and-Officers-Versicherung; D&O-Versicherung) zumindest teilweise abgedeckt werden. Bei jeder ausgelagerten Einheit ist individuell zu prüfen, ob und in welchem Umfang eine solche Versicherung zweckmässig ist.³⁴

8. Kriterium Rechtsformspezifischer Rechtsetzungsaufwand

- 45 Die Motion 103 verlangt die Überprüfung der Organisationsform von Unternehmen, welche heute alle als privatrechtliche Aktiengesellschaften ausgestaltet sind. Bei diesem Kriterium geht es darum, summarisch aufzuzeigen, was eine Anpassung der Organisation für einen rechtsformspezifischen Rechtsetzungsaufwand zu Folge hätte. Es geht mit anderen Worten darum, den gesetzgeberischen Aufwand zu beurteilen, falls eine Anpassung der Rechtsform (z.B. neu Anstalt) oder eine Reintegration in die Verwaltung von privaten Aktiengesellschaften in Betracht gezogen wird («Transaktionsaufwand»).

9. Kriterium Rechtsformspezifischer Umsetzungsaufwand

- 46 Vom Rechtsetzungsaufwand im engeren Sinn zu unterscheiden ist der (spätere) Umsetzungsaufwand (Personalübergang, Pensionskasse, Vermögensübertragung, Übergang von Rechten und Pflichten, Kapitalausstattung usw.). Auch beim Umsetzungsaufwand handelt es sich jedoch noch um Transformationsaufwand.
- 47 Der Umsetzungsaufwand unterscheidet sich ebenfalls stark, je nachdem welche neue Organisationsform gewählt wird bzw. entfällt, falls an der Organisationsform der Aktiengesellschaft festgehalten wird. Er ist mindestens so entscheidend wie der Rechtsetzungsaufwand an sich. Insofern sind beide Transformationsaufwände relevant und gesamthaft zu betrachten.

10. Kriterium Personalrecht

- 48 Das Personal ist sowohl in ausgelagerten Einheiten als auch in der Zentralverwaltung die Schlüsselressource schlechthin. Es muss sichergestellt werden, dass genügend qualifiziertes Personal zur Aufgabenfüllung zur Verfügung steht.

³⁴ Dasselbe gilt in Bezug auf eine Cyber-Versicherung.

- 49 Aus rechtlicher Sicht stellt sich insbesondere die Frage, ob das Personal privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich angestellt ist. Diese auf den ersten Blick einfache Frage erweist sich bei genauerer Betrachtung je nach Rechtsform als anspruchsvoll.
- 50 Sowohl aus Sicht der Eignerin als auch aus derjenigen einer ausgelagerten Einheit (Beteiligung) interessiert die Frage, inwieweit Letztere in Bezug auf die Personalbeschaffung autonom ist bzw. ob diesbezüglich Vorgaben der Stadt zu beachten sind, beispielsweise in Bezug auf die Anstellungsbedingungen. Die Frage nach diesbezüglicher Flexibilität bei den einzelnen Organisationsformen bildet ebenfalls Gegenstand der Untersuchung zu diesem Kriterium.

11. Kriterium wirtschaftliche Selbständigkeit

- 51 Das Kriterium der wirtschaftlichen Selbständigkeit ist eng verbunden mit dem Kriterium «Aufgabentypus» (oben Rz 30ff.). Während bei einer öffentlich-rechtlichen Anstalt die wirtschaftliche Selbständigkeit regelmässig nicht gegeben ist, sollte eine privatrechtlich organisierte Aktiengesellschaft grundsätzlich wirtschaftlich selbständig sein. Das bedeutet jedoch nicht, dass keine staatlichen Mittel in eine private Aktiengesellschaft fliessen dürfen, insbesondere dann nicht, wenn ein Leistungsaustausch zu marktüblichen Preisen stattfindet.
- 52 Es wird als Arbeitshypothese davon ausgegangen, dass die zur Diskussion stehenden privatrechtlichen Aktiengesellschaften grundsätzlich in der Lage sind, ihre wirtschaftliche Eigenständigkeit zu behalten. Das Kriterium soll insbesondere im Zusammenhang mit einer allfälligen Rechtsform summarisch aufzeigen, was dies in Bezug auf die «Finanzierung und Kapitalausstattung» bedeutet (z.B. für eine Anstalt oder in Bezug auf die Reintegration in die Zentralverwaltung).

III. BEURTEILUNG DER ORGANISATIONSFORMEN

A. Privatrechtliche Aktiengesellschaft

1. Begriff und Merkmale

- 53 Die Aktiengesellschaft ist noch immer «das Kernstück» des schweizerischen Gesellschaftsrechts³⁵ und eignet sich für grosse und kleine Unternehmen gleichermaßen.
- 54 Die Legaldefinition der Aktiengesellschaft findet sich in Art. 620 Abs. 1 OR. Danach ist die Aktiengesellschaft eine «Gesellschaft mit eigener Firma, deren zum Voraus bestimmtes

³⁵ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16, N 1.

Kapital (Aktienkapital) in Teilsommen (Aktien) zerlegt ist und für deren Verbindlichkeiten nur das Gesellschaftsvermögen haftet.»³⁶

- 55 Die nachfolgenden Ausführungen zeigen auf, welche Merkmale eine Aktiengesellschaft im Allgemeinen kennzeichnen. An dieser Stelle wird noch nicht auf die Sonderbestimmung von Art. 762 OR eingegangen, welche die Beteiligung von Körperschaften des öffentlichen Rechts an Aktiengesellschaften regelt. Soweit Art. 762 OR anwendbar ist, ergeben sich gewisse Abweichungen gegenüber den nachstehend beschriebenen allgemeinen Regelungen. Auf die Voraussetzungen, welche gegeben sein müssen, damit Art. 762 OR überhaupt anwendbar wird sowie auf die entsprechenden Rechtsfolgen wird in Rz 66ff. vertieft eingegangen.
- 56 Bei der Aktiengesellschaft handelt es sich um eine rein kapitalbezogene Gesellschaft, bei der es auf die Persönlichkeit der Mitglieder und deren Mitwirkung in der Gesellschaft nicht ankommt. Vielmehr soll sich die Beteiligung der Mitglieder in ihrer Kapitalbeteiligung erschöpfen und ihre Haftung darauf beschränkt sein. Diese Konzeption kommt auch in Art. 620 Abs. 2 OR deutlich zum Ausdruck: «Die Aktionäre sind nur zu den statutarischen Leistungen verpflichtet und haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht persönlich.»
- 57 Die kapitalbezogene Struktur der Aktiengesellschaft zeigt sich darin, dass sich gemäss Art. 692 Abs. 1 OR die Mitgliedschaftsrechte nach dem Kapitaleinsatz der einzelnen Aktionäre richten. Diese gesellschaftsrechtliche Konzeption erforderte in zweierlei Hinsicht einen Ausgleich. Einerseits waren Gläubigerschutzbestimmungen erforderlich, weil den Gläubigern als Haftungssubstrat lediglich das Gesellschaftsvermögen zur Verfügung steht. Darunter fallen insbesondere Bestimmungen zur richtigen Ermittlung³⁷ und zur Sicherung des Bestands³⁸ des Eigenkapitals sowie die Haftungsbestimmungen.³⁹ Andererseits waren auch Schutzrechte zugunsten der Aktionäre (Rz 59) zu normieren, welche eine Kontrolle der Gesellschaft durch sie gewährleisten.
- 58 Die einzige Pflicht des Aktionärs ist es, die von ihm gezeichneten Aktien zu liberieren (Art. 680 Abs. 1 OR). Zu mehr als zur Leistung dieser Einlage kann der Aktionär auch durch die Statuten nicht verpflichtet werden.

³⁶ Das ab 1.1.2023 in Kraft tretende neue Aktienrecht wird im Rahmen dieses Gutachtens – soweit notwendig – bereits berücksichtigt. Namentlich die Offenlegung von Interessenskonflikten (Art. 717a OR) sowie die Einhaltung der neuen Vorschriften im Zusammenhang mit der Liquiditätsplanung (Art. 725 OR) durch den Verwaltungsrat sind durchaus im Interesse der Eigentümer von Aktiengesellschaften.

³⁷ Vgl. beispielsweise die Gründungsvorschriften (Art. 621ff. OR), die Kapitalerhöhungsvorschriften (Art. 650ff. OR), die Rechnungslegungsvorschriften (seit 2013 unabhängig von der Rechtsform nach Art. 957ff. OR) oder die Revisionsstellenvorschriften (Art. 727ff. OR).

³⁸ Vgl. beispielsweise das Rückzahlungsverbot von Aktienkapital (Art. 680 Abs. 2 OR), die aktienrechtlichen Rückerstattungspflichten (Art. 678f. OR), die Einschränkung des Erwerbs eigener Aktien (Art. 659ff. OR), die Vorschriften bei der Kapitalherabsetzung (Art. 732ff. OR) oder die Vorschriften bei Kapitalverlust und Überschuldung (Art. 725ff. OR).

³⁹ Art. 752ff. OR.

- 59 Demgegenüber kommen dem Aktionär verschiedene Rechte zu, namentlich vermögensmässige Rechte⁴⁰, Mitwirkungsrechte⁴¹ und Schutzrechte⁴².
- 60 Im Weiteren ist die Rechtsstellung des Aktionärs in einem öffentlichen Unternehmen durch folgende aktienrechtliche Prinzipien geschützt:
- das Sachlichkeitsgebot;⁴³
 - das Prinzip der schonenden Rechtsausübung;⁴⁴
 - den Grundsatz der Gleichbehandlung.
- 61 Vor allem im Zusammenhang mit gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften⁴⁵ ist der Grundsatz der Gleichbehandlung von Bedeutung. Dies deshalb, weil die Gemeinwesen als Aktionäre in der Regel über die Mehrheitsbeteiligung verfügen. Das bedeutet indessen grundsätzlich nicht, dass die (privaten) Minderheitsaktionäre über weniger Rechte in ihrer Stellung als Aktionäre verfügen. «Der Aktionär ist [nämlich] gegen jede Ungleichbehandlung geschützt, die nicht durch die Interessen der Gesellschaft gerechtfertigt werden kann. Der Grundsatz der Gleichbehandlung gilt damit nicht absolut: Eine ungleiche Behandlung ist dort zulässig, wo sie ein angemessenes Mittel zu einem gerechtfertigten Zweck darstellt.»⁴⁶ Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist im Aktienrecht ausdrücklich verankert und er bindet explizit nicht nur die Generalversammlung, sondern auch den Verwaltungsrat. Generalversammlungsbeschlüsse, die eine durch den Gesellschaftszweck nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung der Aktionäre bewirken, sind anfechtbar (Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR). Und der Verwaltungsrat und die mit der Geschäftsführung betrauten Dritten müssen die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich behandeln (Art. 717 Abs. 2 OR).
- 62 Es ist also für eine gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft möglich, vom Gleichbehandlungsgrundsatz abzuweichen, wenn dies beispielsweise öffentliche Interessen erfordern. Trotzdem muss jede Abweichung gut überlegt und klar begründbar sein. In der Praxis stellen sich diesbezüglich bei gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften vor allem Fragen im Zusammenhang mit Informationsrechten und Informationspflichten von und gegenüber Verwaltungsräten sowie Aktionären. Deshalb wird die staatliche Beteiligung an Aktiengesellschaften häufig so ausgestaltet, dass die Sonderbestimmung von Art. 762 OR anwendbar wird, welche es den Gemeinwesen beispielsweise ermöglicht, weitergehende Weisungen an

⁴⁰ Dividendenrecht (Art. 660 Abs. 1 OR), Bezugsrecht (Art. 652b OR) und Recht auf Anteil am Liquidationserlös (Art. 660 Abs. 2 OR).

⁴¹ Teilnahme an der Generalversammlung (Art. 689 ff. OR) und Ausübung des Stimmrechts (Art. 692 ff. OR).

⁴² Einsichts- und Auskunftsrechte (Art. 697 OR), Recht auf Durchführung einer Sonderprüfung (Art. 697a ff. OR), Recht auf Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen (Art. 706 u. 706a. OR), Recht zur Verantwortlichkeitsklage (Art. 752 ff. OR) und Recht auf Auflösungsklage aus wichtigem Grund (Art. 736 Abs. 4 OR).

⁴³ Gemäss dem Sachlichkeitsgebot bedarf jede Einschränkung der Rechtsstellung des Aktionärs einer sachlichen Rechtfertigung.

⁴⁴ Das Prinzip der schonenden Rechtsausübung bedeutet, dass unter mehreren möglichen Varianten, die zur Erreichung eines legitimen Ziels möglich sind, diejenige zu wählen ist, die am schonendsten in die Rechtsstellung der Betroffenen eingreift. Dieses Prinzip ist somit mit dem verwaltungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismässigkeit verwandt.

⁴⁵ Von einer gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft spricht man dann, wenn neben Gemeinwesen auch Private als Aktionäre beteiligt sind.

⁴⁶ BGE 69 II 250.

ihre Vertreter im Verwaltungsrat abzugeben, auf der anderen Seite aber auch eine unmittelbare Haftung des Gemeinwesens für deren Handlungen zur Folge hat (Rz 114).

63 Von Gesetzes wegen sind bei Aktiengesellschaften folgende Organe vorgeschrieben:

- Generalversammlung (Art. 698ff. OR);
- Verwaltungsrat (Art. 707ff. OR);
- Revisionsstelle (Art. 727ff. OR).⁴⁷

64 Es steht der Aktiengesellschaft auch frei, zusätzliche Organe vorzusehen, wobei diesen jedoch keine Aufgaben zugewiesen werden dürfen, die gemäss Gesetz zwingend einem obligatorischen Organ zukommen.⁴⁸ Diesbezüglich wird vor allem auf die wirkungsvolle und zweckmässige Möglichkeit hingewiesen, einen Beirat zu bestellen (nachfolgend Rz 65).

65 Bei einem Beirat handelt es sich um ein freiwillig gebildetes Gremium, welches mehrheitlich aus unternehmensexternen Personen besteht und der obersten Führungsebene insbesondere bei strategischen Entscheidungen beratend zur Seite steht. Grundsätzlich haben die Mitglieder des Beirates keine Organstellung, sofern sie keine Entscheidungen fällen. Die Aufgaben, Kompetenzen usw. sollten in einem Beiratsreglement festgehalten werden.⁴⁹

2. Beteiligung von Gemeinwesen im Besonderen

2.1. Die Ausnahmebestimmung von Art. 762 OR

66 Das Aktienrecht sieht – gestützt auf die Ausnahmebestimmung von Art. 762 OR – gewisse Spezialregelungen für Gemeinwesen resp. die von ihnen abgeordneten Verwaltungsratsmitglieder vor. In materieller Hinsicht handelt es sich bei Art. 762 OR um eine Bestimmung des öffentlichen Rechts, welche formell in das Aktienrecht integriert wurde und diesem als «lex specialis» vorgeht.⁵⁰

67 Gestützt auf Art. 762 OR wird der öffentlichen Hand ermöglicht, unter Abweichung von fundamentalen Regelungen des Aktienrechts Einfluss auf die Gesellschaft zu nehmen, so

⁴⁷ Eine eingeschränkte Revision oder gar ein Verzicht auf die Revision kommt im Zusammenhang mit einer allfälligen Auslagerung aufgrund der Anzahl Mitarbeitenden bzw. der voraussichtlichen Bilanz- und Umsatzzahlen von vorneherein nicht in Betracht.

⁴⁸ Beispiele solcher weiterer Organe sind die Geschäftsleitung/Direktion oder der Beirat. Für die Einführung solcher zusätzlicher Organe braucht es eine doppelte Grundlage, ein Zusammenspiel von Generalversammlung und Verwaltungsrat: Zunächst muss die Generalversammlung beschliessen, in den Statuten eine entsprechende Ermächtigungsnorm für den Verwaltungsrat aufzunehmen. Besteht eine solche Kompetenznorm, ist der Verwaltungsrat berechtigt (aber nicht verpflichtet), weitere Organe zu bestimmen und diesen einen Teil seiner Aufgaben zu delegieren. Die Regelung der Delegation von Aufgaben an weitere Organe erfolgt in einem Organisationsreglement und nicht in den Statuten (Art. 716b OR).

⁴⁹ Ein Musterreglement findet sich bei MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Bd. II, S 1089ff.

⁵⁰ WERNLI/RIZZI, BSK OR II, Art. 762, N 4.

insbesondere betreffend die Bestellung der Organe (Verwaltungsrat oder Revisionsstelle) und deren Abberufung.⁵¹

2.2. Anwendbarkeit von Art. 762 OR

68 Damit Art. 762 OR zur Anwendung gelangt, sind kumulativ drei Voraussetzungen zu erfüllen: erstens muss es sich beim entsendenden Gemeinwesen um eine öffentlich-rechtliche Körperschaft handeln, zweitens muss dieses ein öffentliches Interesse an der Aktiengesellschaft haben und drittens ist eine spezielle Statutenbestimmung notwendig, welche das Vorrecht des Gemeinwesens ausdrücklich regelt.⁵²

69 Im Falle der zu beurteilenden Institutionen (siehe Rz 4) könnten die Voraussetzungen erfüllt werden. Bei der Stadt Luzern handelt es sich um meine öffentlich-rechtliche Körperschaft und eine entsprechende Statutenbestimmung kann bei Bedarf ohne Weiteres aufgenommen werden.⁵³ Das öffentliche Interesse ist in Bezug auf die einzelnen Institutionen zu beurteilen. Mit Blick auf die Tätigkeitsgebiete (Energieversorgung, öffentlicher Verkehr, Altersversorgung sowie Hallenbadbetrieb) ist jedoch im vorliegenden Fall davon auszugehen, dass das öffentliche Interesse gegeben sein dürfte, zumal keine allzu hohen Anforderungen an das öffentliche Interesse zu stellen sind.⁵⁴ Bis heute hat die Stadt Luzern darauf verzichtet, die in ihrem Alleineigentum stehenden Aktiengesellschaft entsprechend auszugestalten. Falls dies inskünftig in Erwägung gezogen wird, empfehlen wir, diesen Punkt vertieft zu prüfen und insbesondere auf die aktuelle Formulierung der Zweckbestimmung der Gesellschaften ein besonderes Augenmerk zu werfen. Allenfalls macht es auch nur bei einem Teil der Aktiengesellschaften Sinn, diese nach Art. 762 OR auszugestalten.

70 Der guten Ordnung halber ist festhalten, dass nach der hier vertretenen Auffassung und wohl überwiegender Lehre auch eine Aktiengesellschaft unter Art. 762 OR fällt, welche ganz in öffentlicher Hand steht.⁵⁵

2.3. Rechtsfolgen von Art. 762 OR

a. Einsetzung und Abberufung von abgeordneten Verwaltungsräten

71 Gemäss Art. 762 OR kann Körperschaften des öffentlichen Rechts in den Statuten der Gesellschaft das Recht eingeräumt werden, Vertreter in den Verwaltungsrat oder in die Revisionsstelle zu entsenden bzw. «abzuordnen» oder auch abzuberufen.

⁵¹ WERNLI/RIZZI, BSK OR II, Art. 762, N 3.

⁵² WERNLI/RIZZI, BSK OR II, Art. 762, N 7ff.

⁵³ Als Mehrheits- bzw. sogar Alleineigentümer kann die Stadt Luzern die Statuten diesbezüglich im Rahmen einer Statutenrevision anpassen.

⁵⁴ WERNLI/RIZZI, BSK OR II, Art. 762, N 8 mit Verweis auf STÄMPFLI, S. 114 und weiteren Hinweisen.

⁵⁵ WERNLI/RIZZI, BSK OR II, Art. 762, N 5 und 13; STÄMPFLI, S. 139; FORSTMOSER/JAAG, N 12.

- 72 Bei der Entsendung von Abgeordneten handelt es sich um ein Gestaltungsgeschäft auf statutarischer Grundlage (Art. 762 Abs. 1 OR), welches anstelle des Wahlaktes (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR) tritt und vom Gemeinwesen durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung ausgeübt wird.⁵⁶
- 73 Die Rechtsstellung der abgeordneten Verwaltungsratsmitglieder entspricht, wenn sie im Amt sind, zwar grundsätzlich derjenigen der gewöhnlich gewählten Verwaltungsratsmitglieder. Allerdings bestehen einige wichtige Ausnahmen von diesem Grundsatz, etwa bezüglich Haftung oder im Zusammenhang mit der Entgegennahme von Weisungen und der Weitergabe von Informationen an die Aufsichtsbehörden des entsendenden Gemeinwesens (Rz 77ff.).
- 74 Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass es zumindest nicht unüblich ist, dass ein Gemeinwesen – wie vorliegend die Stadt Luzern – darauf verzichtet, Verwaltungsräte in die Aktiengesellschaft abzuordnen. Grundsätzlich können auch in einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft – selbst bei hundertprozentigem Aktionariat der öffentlichen Hand – sämtliche Verwaltungsräte «normal» von der Generalversammlung gewählt werden. Dies mit der Folge, dass die aktienrechtlichen Sonderregelungen nach Art. 762 OR nicht zum Tragen kommen.
- 75 Jedenfalls ist bei der Bestellung des Verwaltungsrats genau zu überlegen, ob und welche bzw. wie viele Verwaltungsräte «abgeordnet» werden sollen. In der Praxis wird dieser Thematik häufig zu wenig Rechnung getragen, was namentlich bei Vorliegen von «zwei Kategorien» von Verwaltungsräten zu Schwierigkeiten führen kann, beispielsweise infolge unterschiedlicher Haftungsregimes oder unterschiedlichen Geheimhaltungspflichten.
- 76 Zudem gibt in der Praxis Fälle, wo Vertreter eines Gemeinwesens zwar «gewählt» werden, die Wahl aber «auf verbindlichen Vorschlag» des Gemeinwesens erfolgt. Im Falle solcher «in sich widersprüchlichen» Bestimmungen muss durch Auslegung im Einzelfall ermittelt werden, ob diese Verwaltungsräte in Bezug auf die Rechtsfolgen als «abgeordnet» gelten.⁵⁷ Nach der hier vertretenen Auffassung kann zudem Art. 762 OR auf Verwaltungsräte ebenfalls zur Anwendung gelangen, wenn die Regelungen in Bezug auf die Bestellung von gewählten und abgeordneten Verwaltungsräten zwar nicht widersprüchlich sind, aber «dem Wahlakt nur formelle Bedeutung zukommt, dieser also auf blosser Kenntnisnahme der GV hinausläuft.»⁵⁸ Soweit es der Generalversammlung demgegenüber frei steht, statt der vorgeschlagenen Kandidaten andere zu wählen, kommt Art. 762 OR nicht zum Zug.⁵⁹

⁵⁶ SAILE/BURGHERR/LORETAN, N 549ff.; Es gilt jedoch bei der Abordnung zu beachten, dass bereits der Wortlaut des Abordnungsbeschlusses klar zum Ausdruck bringen muss, dass es sich um eine verbindliche Abordnung, d.h. um ein Gestaltungsgeschäft handelt und nicht bloss um einen Vorschlag zuhanden der Generalversammlung.

⁵⁷ SAILE/BURGHERR/LORETAN, N 551.

⁵⁸ BUOB, N 858f. mit dem (berechtigten) Hinweis, dass vor allem mitentscheidend ist, inwieweit sich das entsendende Gemeinwesen informieren lässt; FORSTMOSER/JAAG, N. 16; SAILE/BURGHERR/LORETAN, N 551.

⁵⁹ FORSTMOSER/JAAG, N 16; Saile/Burgherr/Loretan, N 551.

b. Auskunfts- und Weisungsrecht gegenüber abgeordneten Verwaltungsräten

- 77 Die Verwaltungsräte müssen gestützt auf Art. 717 Abs. 1 OR die Interessen der Gesellschaft wahren.⁶⁰ Die nicht interessenwahrende Geschäftsführung wird unter bestimmten Voraussetzungen gemäss Art. 158 StGB wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung bestraft.⁶¹
- 78 Die abgeordneten Verwaltungsratsmitglieder haben jedoch zweierlei Interessen zu berücksichtigen: einerseits die Interessen der Aktiengesellschaft und andererseits die öffentlichen Interessen des entsendenden Gemeinwesens. In solchen Konstellationen wird von einem sog. «doppelten Pflichtenexus» gesprochen.⁶² Die abgeordneten Verwaltungsräte tragen also grundsätzlich «zwei Hüte». Dies ist vor allem dann heikel, wenn ein Interessenskonflikt zwischen dem Gesellschaftsinteresse und dem von der öffentlichen Hand angeblich verfolgtem Interesse besteht. Ob in einem konkreten Fall ein Interessenskonflikt vorliegt, kann nur im Einzelfall beurteilt werden. Falls tatsächlich ein Interessenskonflikt besteht, gilt es, die Treuepflicht des Verwaltungsrats (gegenüber der Gesellschaft) einerseits und das Weisungsrecht des entsendenden Gemeinwesens andererseits gegeneinander abzuwägen.
- 79 Das auf den 1.1.2023 in Kraft tretende neue Aktienrecht sieht in Art. 717a OR vor, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung den Verwaltungsrat unverzüglich und vollständig über sie betreffende Interessenkonflikte informieren. Sodann hat der Verwaltungsrat Massnahmen zu ergreifen, die zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft notwendig sind. Die Informationspflicht hilft, Interessenskonflikte überhaupt zu erkennen, denn im Zweifelsfall muss ein pflichtgemäss handelndes Mitglied des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung den Verwaltungsrat informieren.
- 80 In der Lehre ist umstritten, ob überhaupt ein Weisungsrecht des Gemeinwesens zulässig ist. Ein Teil der Lehre leitet insbesondere aus der unbeschränkten Haftung des Gemeinwesens (Art. 762 Abs. 4 OR) ein Weisungsrecht und damit verbunden den Vorrang der öffentlichen Interessen ab. Demgegenüber vertreten andere Autoren gestützt auf Art. 762 Abs. 3 OR (gleiche Rechte und Pflichten der abgeordneten Verwaltungsratsmitglieder) die Auffassung, dass das Gesellschaftsinteresse Vorrang habe und damit nicht über das allgemein aktienrechtlich zulässige Weisungsrecht nach Art. 707 Abs. 3 OR hinausgegangen werden dürfe.⁶³
- 81 Die Kernfrage lautet also, welche Pflichten das abgeordnete Verwaltungsratsmitglied gegenüber dem entsendenden Gemeinwesen hat bzw. nach welchen Gesichtspunkten es sein Handeln ausrichten muss.⁶⁴ WERNLI/RIZZI gehen zu Recht davon aus, dass bei Fällen nach Art. 762 OR von vorneherein eine hohe Konvergenz zwischen öffentlichen und gesellschaftsrechtlichen Interessen vorliegt. Das bedeutet mit anderen Worten, dass sich ein

⁶⁰ Statt vieler: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16, N 673.

⁶¹ MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Bd. I, S. 299.

⁶² Statt vieler: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 28, N 44.

⁶³ Eine Darstellung der unterschiedlichen Positionen findet sich bei WERNLI/RIZZI, BSK OR II, Art. 762, N 23f.

⁶⁴ WERNLI/RIZZI, BSK OR II, Art. 762, N 24.

Verwaltungsrat, der die Weisungen des entsendenden Gemeinwesens befolgt, im Ergebnis auch am – so verstandenen – Gesellschaftsinteresse orientiert.⁶⁵

- 82 Bei den gewählten Verwaltungsratsmitgliedern ist grundsätzlich klar, dass bei der Interessenabwägung ihre Pflichten gegenüber der Gesellschaft vorgehen.⁶⁶ Demzufolge darf ein gewähltes Verwaltungsratsmitglied die Interessen einer entsendenden Aktionärin grundsätzlich nur soweit berücksichtigen, «als ihm bei der Beurteilung der Gesellschaftsinteressen freies Ermessen zukommt.»⁶⁷ Demnach dürfen nur «im Ermessensbereich» Instruktionen des Gemeinwesens (als Aktionärin) befolgt werden. Hingegen läge eine Pflichtverletzung vor, wenn bei einer Interessenkollision nicht dem Gesellschafts- sondern dem Interesse des Gemeinwesens als Aktionärin der Vorrang gegeben würde.⁶⁸
- 83 Zur umstrittenen Frage, ob und in welchem Umfang abgeordnete Verwaltungsratsmitglieder auch gegenüber dem abordnenden Gemeinwesen zur Verschwiegenheit verpflichtet sind, sei auf die im Standardwerk von FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL vertretene Auffassung verwiesen, wonach angesichts der Haftung des Staates gemäss Art. 762 Abs. 4 OR «die Berichterstattung unbeschränkt und ohne Rücksicht auf geheimhaltungspflichtige Tatsachen zuzulassen [ist], freilich nur an das Exekutivorgan der entsendenden Körperschaft, das dann seinerseits der Geheimhaltungspflicht unterliegt.»⁶⁹
- 84 Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass dem entsendenden Gemeinwesen gegenüber den abgeordneten Verwaltungsräten grundsätzlich weitergehende Weisungsrechte und Informationsmöglichkeiten zustehen als dies gegenüber ordentlich gewählten Verwaltungsräten der Fall ist. Das Gegenstück ist die unmittelbare Haftung des Gemeinwesens für die Handlungen der abgeordneten Verwaltungsräte (Rz 114).

⁶⁵ Dazu WERNLI/RIZZI, BSK OR II, Art. 762, N 24: «Da ein Entsendungsrecht des Gemeinwesens nur dann begründet werden kann, wenn ein öffentliches Interesse an der AG besteht *und* dieses Recht aufgrund des Willens der GV in den Statuten verankert ist, kann ein Gegensatz zwischen öffentlichem Interesse und Gesellschaftsinteresse in der betroffenen AG gar nicht auftreten, da das als Richtschnur für das VR-Handeln dienende Gesellschaftsinteresse eine *Synthese aus öffentlichen und privaten Interessen*, ausgedrückt durch die Vertretung des Gemeinwesens und das statutarische Abordnungsrecht, darstellt. Die Interessen sind somit konvergent. Andernfalls würde weder die AG ein Vertretungsrecht gewähren noch das Gemeinwesen das Risiko einer Mitwirkung im VR einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft eingehen, sondern ggf. die Tätigkeit in Form einer öffentlich-rechtlichen Anstalt selbst ausüben.»

⁶⁶ MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 287.

⁶⁷ SAILE/BURGHERR/LORETAN, N 553.

⁶⁸ SAILE/BURGHERR/LORETAN, N 553 mit weiteren Hinweisen.

⁶⁹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 28, N 45 mit dem Hinweis auf die explizite Regelung im deutschen Aktienrecht; SAILE/BURGHERR/LORETAN, N 559; auch WERNLI/RIZZI, BSK OR II, Art. 762, N 25 weisen auf die Geheimhaltungspflicht des Gemeinwesens und die Regelung im deutschen Aktienrecht hin.

3. Beurteilungskriterien

3.1. Kriterium Aufsichts- und Steuerungsmöglichkeiten

- 85 Eine privatrechtliche Aktiengesellschaft verfügt zwingend über folgende Organe: Generalversammlung, Verwaltungsrat und Revisionsstelle (Rz 63).
- 86 Der *Generalversammlung* kommen gestützt auf Art. 698 Abs. 2 OR u.a. folgende unübertragbare Aufgaben zu, welche im Ergebnis zentrale Aufsichts- und Steuerungsmöglichkeiten beinhalten:
- Statutenänderungen;
 - Wahl bzw. Entlastungen der Mitglieder des Verwaltungsrats⁷⁰;
 - Genehmigung des Lageberichts und der Konzernrechnung;
 - Genehmigung der Jahresrechnung sowie Beschlussfassung über die Verwendung des Bilanzgewinns.
- 87 Nachdem die Stadt Luzern in Bezug auf die zu untersuchenden Aktiengesellschaften Alleineigentümerin⁷¹ ist, kann sie durch ihre Vertreter in der Generalversammlung die oben aufgeführten Rechte wahrnehmen. Gemäss Art. 10 Bst. e BR nimmt der Stadtrat die Rechte der Eigentümerin wahr und bestimmt die zur Vertretung der Stadt zuständige Delegation. In die Vorbereitung und Koordination der entsprechenden Geschäfte sind die Fachdepartemente und bei wichtigen Beteiligungen auch die Finanzdirektion involviert.⁷²
- 88 Eine zentrale Rolle bei der strategischen Steuerung einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft kommt dem *Verwaltungsrat* zu; dies insbesondere aufgrund verschiedener unübertragbarer Aufgaben gemäss Art. 716a OR. Es handelt sich dabei namentlich um die (strategische) Oberleitung der Gesellschaft, die Festlegung der Organisation, die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung, die Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung und Vertretung betrauten Personen sowie die Oberaufsicht über die Geschäftsführung. Weiter ist der Verwaltungsrat zuständig für die Erstellung des Geschäftsberichts, die Vorbereitung der Generalversammlung samt Ausführung derer Beschlüsse sowie im Überschuldungsfall für die Benachrichtigung des Richters. Diese Aufgaben kann der Verwaltungsrat weder an die Geschäftsführung delegieren, noch können ihm diese von der Generalversammlung entzogen werden.
- 89 Nachdem die Stadt als Allein- oder Hauptaktionärin die Verwaltungsratsmitglieder selbst bestimmen kann, kann sie auch Einfluss auf die Zusammensetzung dieses obersten Leitungsorgans nehmen. Gemäss Art. 13 BR bestimmt der Stadtrat bei wichtigen

⁷⁰ Zur Entsendung bzw. Abordnung von Verwaltungsratsmitgliedern siehe Rz 71ff.

⁷¹ In Bezug auf einzelne Tochtergesellschaften der ewl zumindest Mehrheitseignerin; vgl. Rz 4.

⁷² Vgl. zu den Zuständigkeiten der Direktionen betreffend die einzelnen Beteiligungen Ziffer 10 BRL.

Beteiligungen⁷³ im Rahmen seiner Eignerbefugnisse die Mitglieder des strategischen Leitungsorgans.⁷⁴ Der Stadtrat legt für die strategischen Leitungsorgane der städtischen Beteiligungen das Anforderungsprofil fest (Art. 13 Abs. 3 BR; konkretisiert in Ziff. 27 BRL). Dabei berücksichtigt er die Interessen der Stadt als Eignerin und sorgt zugleich für eine angemessene Vertretung der Geschlechter.⁷⁵

- 90 Auf die Tätigkeit des Verwaltungsrats an sich hat die Stadt als Eignerin nur beschränkten Einfluss: Sie kann dem Verwaltungsrat eine Eignerstrategie vorgeben (Art. 6 BR) und sie kann ihn gegebenenfalls abberufen oder bestimmte Geschäfte nicht genehmigen (beispielsweise die Jahresrechnung oder die Gewinnverwendung). Demgegenüber kann sie sich nicht direkt in die strategische Oberleitung der Gesellschaft «einmischen», da diese nicht nach oben an die Generalversammlung «gezogen» werden kann (Rz 88).
- 91 Im Bedarfsfall kann der Stadtrat auch die obligationenrechtlichen Steuerungsmittel des als Aktionärin nutzen und dabei u.a. folgende Massnahmen treffen:⁷⁶
- Statutenänderung (z.B. Präzisierung Zweckartikel);
 - Ergänzung oder Änderung der Zielvorgaben;⁷⁷
 - Verweigerung der Genehmigung des Geschäftsberichtes;
 - Verweigerung der Entlastung;
 - Abberufung oder Ersatz von Personen;
 - Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen.
- 92 Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass aufgrund des Aktienrechtes der Stadt als Eignerin effektive Steuerungs- und Aufsichtsmittel zukommen, auch wenn diese etwas weniger weit gehen als bei einer öffentlich-rechtlichen Anstalt (zum Vergleich siehe Rz 165ff.).
- 93 Eine gegenüber den allgemeinen Regelungen des Aktienrechts verstärkte Einflussnahme wird der öffentlichen Hand ermöglicht, soweit es sich um eine Aktiengesellschaft nach Art. 762 OR handelt. Auf die Voraussetzungen zur Anwendbarkeit von Art. 762 OR (Rz 68ff.) sowie auf die wesentlichen Rechtsfolgen (Rz 71ff.) wurde vorne bereits eingegangen.
- 94 Die Stadt Luzern hat bisher ihre privatrechtlichen Aktiengesellschaften nicht nach Art. 762 OR ausgestaltet. Die Stadt Luzern verfügt im Vergleich zu vielen Kantonen und Städten über moderne und gut ausgebaute CG-Grundlagen. Aufgrund dessen und weil die wesentlichen ausgelagerten Beteiligungen in Form von Aktiengesellschaften im Alleineigentum

⁷³ Von den hier zu untersuchenden Gesellschaften gehören die ewl, die Verkehrsbetriebe Luzern AG und die Viva Luzern AG in die Kategorie der wichtigen Beteiligungen (Art. 3 i.Vm. mit Anhang I BR; vgl. auch Ziff. 6 BRL).

⁷⁴ Dabei beachtet der Stadtrat die Vorbehalte der Rechte der Generalversammlung (vgl. auch oben Rz 75f.).

⁷⁵ Gemäss Art. 13 Abs. 4 BR sollen in den strategischen Leitungsorganen mindestens 30 Prozent beider Geschlechter vertreten sein. Abweichungen sind im Geschäftsbericht zu begründen und Verbesserungsmaßnahmen aufzuzeigen («comply or explain»).

⁷⁶ In Anlehnung an CG-Leitsatz 22b.

⁷⁷ Insbesondere im Rahmen der Eignerstrategie.

der Stadt stehen, ist es nicht notwendig, von den Spezialregelungen nach Art. 762 OR Gebrauch zu machen. Im Übrigen übt beispielsweise auch der Bund mit seinen verschiedenen Schlüssel-Beteiligungen zu Recht eine gewisse Zurückhaltung bei der Ausgestaltung von Aktiengesellschaften nach Art. 762 OR. Dies ergibt sich insbesondere aus dem CG-Zusatzbericht BR 2009, wonach «der Bundesrat in Umsetzung von Leitsatz 9 des CG-Berichtes [BR 2006] vom Abordnungsrecht gemäss Artikel 762 OR auch in Zukunft nur restriktiv Gebrauch machen wird.»⁷⁸

3.2. Kriterium Aufgabentypus

- 95 Eine privatrechtliche Aktiengesellschaft stellt in der Regel dann die geeignete Organisationsform für eine ausgelagerte Einheit dar, wenn diese Leistungen am Markt erbringt und nicht hoheitlich handelt.⁷⁹ Im Weiteren muss eine privatrechtliche Aktiengesellschaft wirtschaftlich selbständig sein (dazu Rz 131ff.).
- 96 In Anlehnung an die Typologisierung nach CG-Bericht BR 2006 kommt die privatrechtliche Aktiengesellschaft in erster Linie für auszulagernde Dienstleistungen am Markt in Frage (zu den einzelnen Charakteristika von Dienstleistungen am Markt siehe Rz 38). Damit wäre in Bezug auf die zur Diskussion stehenden Aktiengesellschaften im Alleineigentum der Stadt Luzern zu prüfen, ob durch diese Dienstleistungen am Markt erbracht werden. Dabei kann der «Markt» auch reguliert sein. Eine vertiefte Beurteilung der einzelnen Beteiligungen in dieser Hinsicht ist erst in einem nächsten Schritt vorzunehmen. Zur summarischen Beurteilung wird auf Teil V (Rz 316ff.) verwiesen.

3.3. Kriterium Kommerzielle Tätigkeiten

- 97 Wie im Zusammenhang mit der Behandlung des Kriteriums der wirtschaftlichen Selbständigkeit (Rz 131ff.) aufgezeigt wird, stellen die kommerziellen Tätigkeiten und überdies sogar die Gewinnstrebigkeit den Regelfall für eine privatrechtliche Aktiengesellschaft dar. Die Rechtsform der privatrechtlichen Aktiengesellschaft steht für kommerzielle Tätigkeiten im Vordergrund, namentlich wenn diese ein bedeutendes Ausmass im Rahmen der Gesamttätigkeit ausmachen.
- 98 Der Vollständigkeit halber ist jedoch auch zu erwähnen, dass es innerhalb einer Unternehmensgruppe (auch der öffentlichen Hand) u.U. zweckmässig sein kann, auch nur einzelne – vorab kommerzielle Tätigkeiten – in Tochtergesellschaften zu erbringen, welche eine Beteiligung einer für die Hauptaufgaben verantwortlichen öffentlich-rechtlichen Anstalt darstellen oder mit einer solchen im Sinne einer Kooperation zusammenarbeiten. Die Prüfung

⁷⁸ CG-Zusatzbericht BR 2009, S. 2668.

⁷⁹ Vgl. auch CG-Leitsatz 1; Der guten Ordnung halber kann festgehalten werden, dass die Übernahme von hoheitlichen Aufgaben durch eine privatrechtliche Aktiengesellschaft nicht per se ausgeschlossen ist, jedoch im Einzelfall geklärt werden müsste.

einer solchen Variante macht jedoch nur dann Sinn, wenn davon auszugehen wäre, dass die «Muttergesellschaft» nicht mehr in Form einer Aktiengesellschaft geführt werden sollte.

- 99 Der guten Ordnung halber ist an dieser Stelle aber darauf hinzuweisen, dass das «Trägergemeinwesen» – vorliegend also die Stadt – die umfassende Pflicht trifft, dafür zu sorgen, dass Wettbewerbsverzerrungen vermieden werden, auch wenn es sich beim öffentlichen Unternehmen um eine privatrechtliche Aktiengesellschaft handelt.⁸⁰ Dasselbe gilt jedoch auch für eine Anstalt, welche – in der Regel untergeordnete – kommerzielle Tätigkeiten ausübt (vgl. dazu Rz 185ff.).

3.4. Kriterium Beteiligung durch Dritte

- 100 Soweit sich Dritte an einer ausgelagerten Einheit der Stadt beteiligen können sollen, stellt die privatrechtliche Aktiengesellschaft die ideale Rechtsform dar. Dies deshalb, weil es sich um eine rein kapitalbezogene Gesellschaft handelt, die der Beteiligung einer Vielzahl von Aktionären offen stehen kann (siehe zu den Merkmalen vorne Rz 53ff.).
- 101 Soweit sich neben dem Gemeinwesen auch private Aktionäre an einer Gesellschaft beteiligen, spricht man von einer gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft. Bis heute bestand mit wenigen Ausnahmen (vgl. die Fussnote in Rz 4) offenbar kein Bedürfnis, dass sich Dritte an Aktiengesellschaften der Stadt Luzern beteiligen.
- 102 Eine Beteiligung von Dritten sollte – wie von der Stadt Luzern gehandhabt – nur ausnahmsweise erfolgen. Eine Minderheitsbeteiligung (insbesondere von Privaten) bringt regelmässig nur einen geringen Zusatznutzen, welcher die zusätzliche Komplexität, welche sich durch die zwar nicht rechtlich aber faktisch unterschiedlichen Aktionärskategorien ergibt, nicht zu rechtfertigen vermag. Diese Komplexität ergibt sich insbesondere infolge des Gleichbehandlungsgebotes, wobei dieses zwar nicht absolut gilt, jedoch jede Abweichung davon zu begründen ist (vgl. auch Rz 61f.). In der Praxis ist dies vor allem im Zusammenhang mit Informationsrechten und Informationspflichten von und gegenüber Verwaltungsräten sowie Aktionären relevant. Gerade bei einem breiten Aktionärskreis sind auch vereinfachte Verfahren wie beispielsweise die Durchführung von Universalversammlungen (OR 701) oder die zügige Abwicklung von Kapitalerhöhungen kaum mehr möglich.

3.5. Kriterium Kooperationen mit und Beteiligung an Dritten

- 103 Aus privatrechtlicher Sicht bestehen keine Einschränkungen bezüglich den Kooperations- oder Beteiligungsmöglichkeiten einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft, solange eine solche vom Unternehmenszweck gemäss Statuten noch abgedeckt ist, wobei diese in der Regel sehr weit gefasst sind und sogar Beteiligungen an anderen Unternehmen explizit vorsehen.

⁸⁰ Dazu einlässlich BAUMANN/GUTZWILLER, S. 887.

- 104 Beteiligungen sollen der Sicherung oder Steigerung des Unternehmenswertes dienen, was jedoch ohnehin im Einklang mit der wirtschaftlichen Selbständigkeit der privatrechtlichen Aktiengesellschaft steht (Rz 131ff.).
- 105 Damit ist die privatrechtliche Aktiengesellschaft eine geeignete Organisationsform, welche ohne relevante Einschränkungen Kooperationen und Beteiligungen eingehen kann. Sie ist diesbezüglich flexibler als beispielsweise eine öffentlich-rechtliche Anstalt.

3.6. Kriterium Haftung

a. Übersicht Haftungsregime

- 106 Im Bund und in einigen Kantonen ist im Falle von privatrechtlichen Aktiengesellschaften (als öffentliche Unternehmen) betreffend das Haftungsregime zentral, ob es bei der Beurteilung von Haftungsfolgen um solche aus öffentlich-rechtlicher («amtlicher») oder privater Tätigkeiten der Aktiengesellschaft geht. Das Hauptunterscheidungskriterium bildet die Art der Tätigkeit und dies unabhängig davon, wer diese wahrnimmt.⁸¹
- 107 Der Kanton Luzern hingegen verfügt seit der im Jahre 2010 in Kraft getretenen Revision des Haftungsgesetzes (HG) über ein anderes Haftungsregime, welches eben gerade danach unterscheidet, wer eine Aufgabe wahrnimmt. Diese Gesetzesrevision erfolgte im Übrigen gerade auch vor dem Hintergrund von verschiedenen Auslagerungen, welche auf Kantons- und Gemeindeebene erfolgten. Dieser Entwicklung sollte im Haftungsgesetz Rechnung getragen werden.⁸² Dazu in der Übersicht zur Botschaft:

«Das geltende Haftungsgesetz sieht eine primäre Haftung des Kantons und der Gemeinden für Schäden vor, die private Personen oder Organisationen im Zusammenhang mit der Ausübung amtlicher Verrichtungen verursachen. Diese primäre Haftung steht im Widerspruch zur höheren Eigenverantwortung und dem unternehmerischen Handlungsfreiraum der beauftragten Privaten, welche wichtige Gründe für die Auslagerung von öffentlichen Aufgaben an Private darstellen. Mit der Übertragung der Entscheidungskompetenz bei der Erfüllung der übertragenen Aufgaben muss auch eine entsprechende Verantwortlichkeit verbunden sein. Vorrangig sollen die beauftragten Privaten für die ihnen übertragenen amtlichen Verrichtungen nach Zivilrecht haften. Die Haftung des übertragenden Gemeinwesens soll demgegenüber auf eine Ausfallhaftung beschränkt werden: Nur soweit die Privaten nicht belangt werden können oder die für den verursachten Schaden geschuldete Entschädigung nicht zu leisten vermögen, soll sekundär das Gemeinwesen Ersatz leisten. Zudem sollen die Privaten im Zusammenhang mit der Übertragung öffentlicher Aufgaben verpflichtet werden, eine Versicherung für Haftungsfolgen aus dieser Tätigkeit abzuschliessen.»⁸³

⁸¹ Dies war vor der Änderung des HG auch im Kanton Luzern der Fall; vgl. Botsch. Änderung HG 20098, S. 5f.

⁸² Botsch. Änderung HG 2009, S. 5.

⁸³ Botsch. Änderung HG 2009, S. 2.

b. Privatrechtliche Aktiengesellschaft

- 108 Soweit ein Organ oder Mitarbeitender einer Aktiengesellschaft im Eigentum der Stadt Luzern Dritten widerrechtlich einen Schaden zufügt, haftet primär die Organisation. Dies ergibt sich aus § 1 Abs. 3 HG, wonach das HG vorbehältlich § 5a HG auf Private keine Anwendung findet. Vorbehältlich § 5a HG (vgl. nachfolgend Rz 112) wird mit anderen Worten eine privatrechtliche Aktiengesellschaft – unabhängig von ihrer Tätigkeit – von der Staatshaftung nicht erfasst und haftet zivilrechtlich für von ihr verursachte Schäden.
- 109 Das Haftungssubstrat der Aktiengesellschaft ergibt sich aus deren Bilanz, wobei Aktiven und Passiven angemessen zu bewerten sind.
- 110 Von Bedeutung ist sodann die Bestimmung von § 5 Abs. 2 HG, wonach die Privaten bei der Übertragung von amtlichen Verrichtungen sich gegen Haftungsfolgen zu versichern haben. Diese Bestimmung dient dazu, ein Gemeinwesen gegen allfällige sekundäre Haftungen gestützt auf § 5a Abs. 1 HG zu schützen (vgl. nachfolgend Rz 114). Selbstverständlich genügt es nicht, wenn sich eine Aktiengesellschaft bloss gegen die Haftungsfolgen von amtlichen Verrichtungen versichert. Es ist durch den Verwaltungsrat sicherzustellen, dass auch angemessene Versicherungen für kommerzielle Tätigkeiten bestehen.

c. Stadt Luzern als Gemeinwesen

- 111 Wie oben (Rz 108) gezeigt wurde, haftet im Falle eines Schadens durch ein Organ oder Mitarbeiter in erster Linie die privatrechtliche Aktiengesellschaft.
- 112 Erst auf Stufe der Ausnahmebestimmung von § 5a HG wird zwischen «amtlichen» und kommerziellen Tätigkeiten unterschieden. Nur bei ersteren kommt eine Haftung des Gemeinwesens überhaupt in Frage. Selbst dann haftet jedoch das Gemeinwesen in erster Linie nach den Bestimmungen des Zivilrechts und nicht nach denjenigen des Staatshaftungsrechts.
- 113 Das Gemeinwesen haftet indessen dem Geschädigten nur für den ungedeckten Betrag, soweit die privatrechtliche Aktiengesellschaft die geschuldete Entschädigung nicht leisten kann (§ 5 Abs. 1 HG; sog. «Ausfallhaftung»).
- 114 Soweit jedoch ein Gemeinwesen Verwaltungsräte abordnet bzw. entsendet, kommt Art. 762 Abs. 4 OR zum Zug mit der Folge, dass das Gemeinwesen unmittelbar und primär haftet (gegenüber Dritten, aber auch gegenüber der Gesellschaft und allfälligen weiteren Aktionären). Dabei gilt jedoch zu beachten, dass sich der Umfang und die Voraussetzungen auch für die öffentliche Hand nach den (allgemeinen) aktienrechtlichen Bestimmungen (Art. 754ff. OR) richten.⁸⁴

⁸⁴ BUOB, N 400; SAILE/BURGHERR/LORETAN, N 553; WERNLI/RIZZI, BSK II OR, Art. 762, N 20; jeweils mit Hinweis auf BGE 116 II 158, 160.

- 115 Demgegenüber ist umstritten, ob und wie weit auch ein Gemeinwesen als vertretene juristische Person für Handlungen ihrer Vertreter einzustehen hat (ohne Anwendbarkeit von Art. 762 Abs. 4 OR). Gemäss SAILE/BURGHERR/LORETAN wird eine Haftung dann zu bejahen sein, wenn das Gemeinwesen aufgrund ihres tatsächlichen Einflusses auf die Geschäftsführung der Aktiengesellschaft als faktisches Organ angesehen werden muss.⁸⁵ Gemäss BÖCKLI ist dies eher der Fall, je mehr das «Weisungsrecht betont und die Schweigepflicht gelockert» wird.⁸⁶
- 116 Schliesslich steht dem Gemeinwesen, welches anstelle eines Privaten einem Dritten für Schäden aus amtlichen Verrichtungen Ersatz leisten musste, im gleichen Umfang Schadenersatz zu (§ 13 HG).

d. Organe und Mitarbeitende

- 117 Für den Bund wird in Art. 19 Abs. 1 Bst. a VG betreffend *Rückgriff* von Organisationen ausserhalb der ordentlichen Bundesverwaltung gegenüber fehlbaren Organen oder Mitarbeitenden auf Art. 7 und 9 VG verwiesen. Gemäss Art. 7 VG steht dem Bund der Rückgriff auf den «Beamten» nur zu, soweit dieser vorsätzlich oder grobfahrlässig gehandelt hat. Diese spezialgesetzliche Bestimmung geht nach FREUDIGER den allgemeinen – auch Regressfragen abdeckenden aktienrechtlichen Regelungen – vor.⁸⁷
- 118 Der Kanton Luzern hingegen kennt keine entsprechende Bestimmung und hat eine strengere Regelung bei Schädigungen durch Private. Wie in Rz 116 festgehalten, steht dem Gemeinwesen im Zusammenhang mit Schäden aus amtlichen Verrichtungen ein Regressrecht zu. Dieses ist indessen – anders als im Bund und anders als für Schäden durch Angestellte des Gemeinwesens⁸⁸ – nicht auf Vorsatz oder Grobfahrlässigkeit beschränkt.⁸⁹
- 119 Im Falle der privatrechtlichen Aktiengesellschaft ist das Personal in der Regel auch privatrechtlich angestellt. Demzufolge richtet sich die Haftung des Personals nach Obligationenrecht. Gemäss Art. 321e Abs. 1 OR haften Arbeitnehmer für absichtlich oder fahrlässig zugefügten Schaden.⁹⁰
- 120 Für die Haftung der Organe kommt das Aktienrecht zur Anwendung (Art. 754ff. OR), mit der Folge, dass eine solche bereits für leichte Fahrlässigkeit besteht.⁹¹ Gerade vor diesem

⁸⁵ SAILE/BURGHERR/LORETAN, N 554 mit weiteren Hinweisen.

⁸⁶ BÖCKLI, § 13, N 478.

⁸⁷ FREUDIGER, S. 397 mit Hinweis auf FORSTMOSER/JAAG, N. 194f. und der wichtigen Feststellung, dass dies demgegenüber nicht zutrifft, soweit spezialgesetzliche Regelungen das VG ausschliessen und stattdessen auf privatrechtliche Haftungsregeln verweisen, wie dies etwa im Fall von Art. 11 Abs. 2 POG der Fall ist.

⁸⁸ Vgl. § 11 HG.

⁸⁹ Vgl. § 13 HG.

⁹⁰ Gemäss Art. 321e Abs. 2 OR richtet sich das Mass der Sorgfalt, für die der Arbeitnehmer einzustehen hat, nach dem einzelnen Arbeitsverhältnis, unter Berücksichtigung des Berufsrisikos, des Bildungsgrades oder der Fachkenntnisse, die zu der Arbeit verlangt werden, sowie der Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers, die der Arbeitgeber gekannt hat oder hätte kennen sollen.

⁹¹ Dazu einlässlich MÜLLER, Unsorgfältige Führung eines Verwaltungsratsmandates, § 21.

Hintergrund wird nochmals auf die Möglichkeit, eine D&O-Versicherung abzuschliessen, hingewiesen (vorne Rz 44).

3.7. Kriterium Rechtsformspezifischer Rechtsetzungsaufwand

121 Nachdem die im Rahmen der Motion 103 zur Diskussion stehenden ausgelagerten Einheiten bereits als private Aktiengesellschaften organisiert sind, besteht kein rechtsformspezifischer Rechtsetzungsaufwand.

122 Selbst wenn in Betracht gezogen würde, einzelne Aktiengesellschaften im Sinne von Art. 762 OR auszugestalten, wäre dies soweit ersichtlich ohne Rechtsetzungsaufwand möglich, da in erster Linie eine Statutenänderung bei den betroffenen Gesellschaften notwendig würde (vgl. Rz 68f.).

123 Gegebenenfalls wäre noch eine Präzisierung von Art. 13 Abs. 1 BR notwendig, welche klarstellt, dass neben der Wahl durch die Generalversammlung auch eine Entsendung von Abgeordneten erfolgen kann (vgl. dazu Rz 71ff.).

3.8. Kriterium Rechtsformspezifischer Umsetzungsaufwand

124 Da die zu prüfenden ausgelagerten Einheiten bereits in der Form privater Aktiengesellschaften ausgestaltet sind, ergibt sich kein rechtsformspezifischer Umsetzungsaufwand.

3.9. Kriterium Personalrecht

125 Naturgemäss erfolgt die Anstellung des Personals in privatrechtlichen Aktiengesellschaften gemäss Obligationenrecht.⁹² Dies hat zur Folge, dass das Arbeitsverhältnis als privatrechtliches zu qualifizieren ist und das öffentliche Dienstrecht nicht zur Anwendung gelangt. Dies bedeutet indessen nicht, dass im Falle einer ausgelagerten Einheit, deren Arbeitsverhältnisse privatrechtlich ausgestaltet sind, sämtliche Elemente entfallen, welche ein öffentliches Dienstverhältnis ausmachen (dazu Rz 126). Ebenso ist schon an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass es für die Stadt als Eignerin auch bei einem privatrechtlichen Personalstatut Einfluss- und Steuerungsmöglichkeiten gibt (dazu Rz 127f.).

126 Soweit ein Gemeinwesen öffentliche Aufgaben wahrnimmt, ist es an die Grundrechte gebunden, unabhängig von der Organisationsform. Denn auch wenn das Personal privatrechtlich angestellt ist, wird das Arbeitsverhältnis von Grundrechten und Verfassungsprinzipien überlagert. In der Praxis ist dies vor allem im Zusammenhang mit Verfahrensgarantien bei Kündigungen relevant.⁹³

⁹² FREUDIGER, S. 421 weist darauf hin, dass es für eine ausgelagerte Einheit theoretisch möglich wäre, bei Wahl einer privatrechtlichen Rechtsform das Personal dennoch öffentlich-rechtlich anzustellen; Auf eine solche atypische Ausgestaltung wird nachstehend nicht weiter eingegangen.

⁹³ Dazu einlässlich MÜLLER/PÄRLI/CARONI, S. 875ff.

- 127 Die Stadt kann eine ausgelagerte Einheit in der Rechtsform der privatrechtlichen Aktiengesellschaft über personalpolitische Zielvorgaben steuern, wobei sie diesbezüglich deutlich eingeschränkter ist als beispielsweise bei einer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft. So entfällt bei der privatrechtlichen Aktiengesellschaft insbesondere die Möglichkeit, sich im Rahmen eines Organisationserlasses personalpolitische Einflussmöglichkeiten einzuräumen. Demgegenüber können im Rahmen der Eignerstrategie unternehmensbezogene personalpolitische Vorgaben gemacht werden.
- 128 Im Rahmen der Festlegung der unternehmensspezifischen strategischen Ziele (Eignerstrategie) ist es dem Stadtrat möglich, mittelfristig gezielt Einfluss auf die Verwirklichung der übergeordneten Interessen zu nehmen. Mit diesem Instrument kann er auch personalpolitische Ziele vorgeben. Dabei ist festzuhalten, dass den Verwaltungsrat einer verselbständigten Einheit in der Rechtsform der privatrechtlichen Aktiengesellschaft die strategischen Ziele zwar nicht rechtlich, im Ergebnis aber faktisch binden.⁹⁴
- 129 Gemäss Art. 15 Abs. 3 BR sind die Unternehmen verpflichtet, die Entschädigungsregelungen der Mitglieder Verwaltungsrats, des Vorsitzenden der Geschäftsleitung und der übrigen Geschäftsleitung in Summe offen zu legen. Dies ist ein wirksames Instrument, um zu grosse Diskrepanzen zwischen der Entschädigung von Leitungsfunktionen in ausgelagerten Einheiten gegenüber solchen in der Zentralverwaltung zu vermeiden.
- 130 Insgesamt besteht jedoch bei einem privatrechtlichen Personalstatut der grössere Spielraum (Lohnhöhe, Arbeitsbedingungen) als dies im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Personalstatuts der Fall ist – dies kann sich gerade im Zusammenhang mit Fachkräftemangel auszahlt machen.

3.10. Kriterium wirtschaftliche Selbständigkeit

- 131 Während bei einer öffentlich-rechtlichen Anstalt die wirtschaftliche Selbständigkeit regelmässig nicht gegeben ist (vgl. Rz 220), muss eine privatrechtlich organisierte Aktiengesellschaft grundsätzlich wirtschaftlich selbständig sein. Das bedeutet jedoch nicht, dass keine staatlichen Mittel in eine private Aktiengesellschaft fliessen dürfen (z.B. in Form von Abgeltungen), insbesondere dann nicht, wenn ein Leistungsaustausch zu marktüblichen Preisen stattfindet.
- 132 Vor diesem Hintergrund ist zu prüfen, ob eine privatrechtliche Aktiengesellschaft mit ihrem jeweiligen Hauptzweck grundsätzlich in der Lage ist, eine wirtschaftliche Eigenständigkeit zu erlangen.
- 133 Im Rahmen dieses Kriteriums spielt auch die Finanzierung und die Kapitalausstattung sowie die Mittel- und Gewinnverwendung eine wichtige Rolle.

⁹⁴ Vgl. auch CG-Zusatzbericht BR 2009, S. 2693.

- 134 Die Höhe der Anfangskapitalisierung hängt einerseits von den konkreten Aufgaben und der dazu notwendigen Betriebsmittel ab, welche eine Aktiengesellschaft übernimmt und insbesondere auch davon, in welchem Umfang durch diese bei der Gründung Vermögenswerte übernommen bzw. angeschafft werden müssen. Ein Blick in das Handelsregister zeigt, dass die einzelnen zur Diskussion stehenden Aktiengesellschaften der Stadt Luzern naturgemäss über sehr unterschiedliche Aktienkapitalhöhen verfügen.⁹⁵
- 135 Die Stadt Luzern als (Allein-)Aktionärin ist im Ergebnis auch dafür verantwortlich, dass die privatrechtliche Aktiengesellschaft mit genügend Liquidität versorgt ist, soweit diese nicht aus dem Betrieb selbst erwirtschaftet werden kann bzw. sich die Gesellschaft nicht fremdfinanzieren kann. In der Praxis dürfte jedoch die Fremdkapitalbeschaffung einfach sein, weil die Stadt als Eigentümerin über eine hohe Bonität verfügt. Zusätzliches Eigenkapital kann zudem jederzeit in Form von Kapitalerhöhungen zugeführt werden.⁹⁶
- 136 Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht ist die Kapitalisierung und Finanzierung von Aktiengesellschaften grundsätzlich einfach zu handhaben, insbesondere für eine Alleinaktionärin. Deutlich aufwändiger dürfte dagegen der Prozess innerhalb der Stadt sein, welcher notwendig wird, bis einer Kapitalerhöhung zugestimmt wird. Dies schränkt die gesellschaftsrechtliche Flexibilität dieses Instrumentes in der Praxis stark ein.
- 137 Die Ausgestaltung einer auszulagernden Einheit in Form einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft ist demzufolge dann sinnvoll, wenn diese ihren Betrieb auch aus eigener Kraft finanzieren kann, d.h. eine wirtschaftliche Selbständigkeit aufweist. Dies dürfte bei den im Rahmen der Motion 103 zur Diskussion stehenden Aktiengesellschaften der Falls sein (vgl. dazu Rz 2).
- 138 Für privatrechtliche Aktiengesellschaften gibt es grundsätzlich keine Vorschriften in Bezug auf die Mittelverwendung, dafür jedoch feste Regeln im Zusammenhang mit der Gewinnverwendung, beispielsweise betreffend die zu bildenden Reserven (Art. 671 ff. OR).
- 139 Die Aktionäre – und insbesondere eine Alleinaktionärin – haben dennoch massgeblichen Einfluss sowohl auf die Gewinn- als auch auf die Mittelverwendung.
- 140 Das wohl wichtigste vermögensmässige Recht (Rz 59) des Aktionärs ist das Recht auf Dividende. Nach Art. 660 Abs. 1 OR hat jeder Aktionär Anspruch auf einen verhältnismässigen Anteil am Bilanzgewinn, soweit dieser nach Gesetz und Statuten zur Verteilung an die Aktionäre zur Verfügung steht.⁹⁷

⁹⁵ ewl Energie Wasser Luzern Holding AG = 62'000'000 AK; Verkehrsbetriebe Luzern AG = 20'000'000 AK; Hallenbad Luzern AG = 50'000 AK.

⁹⁶ Es wird an dieser Stelle darauf verzichtet, auf die verschiedenen Möglichkeiten der Kapitalerhöhung (ordentliche, genehmigte, bedingte) und die entsprechenden Vorschriften (Art. 650 ff. OR) einzugehen.

⁹⁷ BÖCKLI, § 40, N 17.

- 141 Der Entscheid über die Auszahlung einer Dividende steht der Generalversammlung zu, wobei diese die gesetzlichen Schranken zu beachten hat.⁹⁸ Damit entscheiden im Ergebnis die in der Generalversammlung anwesenden (instruierten) Stadtvertreter über die Höhe der auszahlenden Dividende an die Stadt. Wie BÖCKLI zutreffend festhält, bekommt der Aktionär bei Ausschüttung einer Dividende nichts, was er nicht schon hat: «In dem Umfang, in welchem die Gesellschaft Dividenden ausschüttet, vermindert sich ihr Vermögen und wird damit auch die Beteiligungsquote des Aktionärs weniger wert. Ein entscheidender Unterschied besteht aber darin, dass der Aktionär über die ausgeschütteten Mittel frei verfügen kann, während die in der Gesellschaft zurückbehaltenen (thesaurierten) Überschüsse für ihn nicht zugänglich sind.»⁹⁹
- 142 In Bezug auf die Gewinnausschüttung kann damit die Stadt auch bei der privatrechtlichen Aktiengesellschaft als Allein- oder Mehrheitsaktionär direkt steuern, wieviel Gewinnanteil sie in der Gesellschaft belassen will, d.h. thesauriert und wieviel Gewinnanteil sie sich ausschüttet. Eingeschränkt ist die Stadt betreffend ihre Entscheidungen über die Höhe einer Dividende jedoch aufgrund der aktienrechtlichen Schranken (Rz 143).
- 143 Dabei sind vor allem die Pflichtzuweisungen des Jahresgewinns an die allgemeine Reserve zu berücksichtigen. So sind gemäss Art. 671 Abs. 1 OR vom Jahresgewinn 5 Prozent der allgemeinen Reserve zuzuweisen, bis diese 20 Prozent des einbezahlten Aktienkapitals erreicht (erste Zuweisung). Zusätzlich noch 10 Prozent der Beträge, welche nach Bezahlung einer Dividende von 5 Prozent als Gewinnanteil ausgeschüttet werden (Art. 671 Abs. 2 Ziff. 3 OR; zweite Zuweisung). Nachdem die «Einsatzmöglichkeiten» der Reserven jedoch gesetzlich eingeschränkt sind, kommt trotz Reservebildung der Aktiengesellschaft bzw. ihren Organen somit auch diesbezüglich nur ein beschränkter Spielraum zu.¹⁰⁰

4. Zwischenergebnis private Aktiengesellschaft

- 144 Es kann festgehalten werden, dass der Verwaltungsrat einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft etwas mehr Gestaltungsspielraum hat als ein Verwaltungsrat einer öffentlich-rechtlichen Anstalt (dazu Rz 165ff.).
- 145 In Bezug auf die Mittel- und Gewinnverwendung kommt dem Verwaltungsrat einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft ebenfalls ein etwas grösserer Handlungsspielraum zu.
- 146 Die Beteiligungsmöglichkeit von Privaten ist als Beurteilungskriterium insofern nicht von hoher Relevanz, als ausser in begründeten Ausnahmefällen davon abgeraten wird, Dritte an

⁹⁸ BÖCKLI, § 40, N 19; zu den gesetzlichen Schranken nachfolgend Rz 143.

⁹⁹ BÖCKLI, § 40, N 20.

¹⁰⁰ Gemäss Art. 671 Abs. 3 darf die allgemeine Reserve, soweit sie die Hälfte des Aktienkapitals nicht übersteigt, nur zur Deckung von Verlusten oder für Massnahmen verwendet werden, welche geeignet sind, «in Zeiten schlechten Geschäftsgangs das Unternehmen durchzuhalten, der Arbeitslosigkeit entgegenzuwirken oder ihre Folgen zu mildern.».

der auszulagernden Einheit zu beteiligen; dies auch dann, wenn als Organisationsform die privatrechtliche Aktiengesellschaft gewählt wurde (vgl. dazu Rz 102).

- 147 Betreffend Beteiligungen und Kooperationen ist die privatrechtliche Aktiengesellschaft unbestrittenermassen eine geeignete Organisationsform, welche ohne relevante Einschränkungen Kooperationen und Beteiligungen eingehen kann. Sie ist diesbezüglich flexibler als beispielsweise eine öffentlich-rechtliche Anstalt. Auch für kommerzielle Tätigkeiten ist die privatrechtliche Aktiengesellschaft eine sehr geeignete Rechtsform. Allerdings hat die Stadt unabhängig von der gewählten Rechtsform bei kommerziellen Tätigkeiten darauf zu achten, dass diese wettbewerbsneutral sind.
- 148 Eine privatrechtliche Aktiengesellschaft kann auch ihre Mitarbeitenden privatrechtlich anstellen. Ein wesentlicher Vorteil der privatrechtlichen Aktiengesellschaften besteht darin, dass diese in Bezug auf die Gestaltung der Arbeitsverhältnisse und insbesondere betreffend die Lohngestaltung flexibler agieren können als eine Organisationseinheit der Zentralverwaltung. Von fast noch grösserer Bedeutung ist jedoch, dass die privatrechtliche Aktiengesellschaft nicht an Stellpläne gebunden ist. Unabhängig davon sind jedoch auch bei einem öffentlichen Unternehmen in der Form der privatrechtlichen Aktiengesellschaft mit privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen gewisse Grundsätze aus dem öffentlichen Personalstatut zumindest sinngemäss anwendbar. Zudem gilt es zu bedenken, dass die Stadt als Eignerin der privatrechtlichen Aktiengesellschaft im Rahmen ihrer Eignerstrategie personalpolitische Vorgaben machen kann.
- 149 Für eine ausgelagerte Einheit mit kaum zu erreichender wirtschaftlicher Selbständigkeit (Einsatz beträchtlicher öffentlicher Steuer-Mittel, hoher Abgeltungsbedarf) ist die Organisationsform der privatrechtlichen Aktiengesellschaft hingegen wenig geeignet.
- 150 Da es sich bei den zur Diskussion stehenden ausgelagerten Einheiten um funktionierende Aktiengesellschaften handelt, ist bei einer Beibehaltung dieser Organisationsform kein Rechtsetzungs- oder Umsetzungsaufwand notwendig.

B. Öffentlich-rechtliche Anstalt

1. Begriff, Merkmale und Formen

- 151 Die öffentlich-rechtliche Anstalt¹⁰¹ stellt eine technisch-organisatorisch verselbständigte Verwaltungseinheit dar, welche Personen und Sachen zusammenfasst und die für eine bestimmte Verwaltungsaufgabe den Anstaltsbenützern zur Verfügung steht. Die Anstalt ist in der Regel hierarchisch aufgebaut und stellt einen Fall von «sachlicher Dezentralisation» dar.¹⁰²

¹⁰¹ Der besseren Lesbarkeit halber wird in diesem Teil IV/B nur noch von «Anstalt» gesprochen.

¹⁰² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 24, N 1659 u. 1661.

- 152 Es wird zwischen unselbständigen und selbständigen Anstalten unterschieden. Die **unselbständigen** Anstalten verfügen über keine eigene Rechtspersönlichkeit, d.h. sie sind nicht rechtsfähig, stellen keine Haftungssubjekte dar und verfügen über kein eigenes Vermögen, weil dieses im Vermögen des staatlichen Trägers enthalten ist. Dennoch werden auch für unselbständige Anstalten in der Regel gesonderte Rechnungen geführt. Damit indessen noch nichts über den Autonomiegrad der Anstalten gesagt (Rz 154).¹⁰³
- 153 Demgegenüber verfügt die **selbständige** Anstalt über eine eigene Rechtspersönlichkeit.¹⁰⁴ Als juristische Person des öffentlichen Rechts gemäss Art. 52 Abs. 2 ZGB ist sie damit selbst Trägerin von Rechten und Pflichten und verfügt über ein eigenes Vermögen und haftet für ihre Verbindlichkeiten.¹⁰⁵
- 154 Bei der Ausgestaltung der Autonomie einer Anstalt besteht aus juristischer Sicht ein sehr grosser Spielraum. Dies vor allem deshalb, weil für jede Anstalt eine eigene gesetzliche Grundlage (Organisationserlass) zu schaffen ist, welche individuell ausgestaltet werden kann.¹⁰⁶
- 155 Das Ausmass der **Autonomie** im Einzelnen zeigt sich insbesondere darin, wie gross das Mass an Entscheidungsfreiheit ist, welches der Anstaltsleitung gestützt auf die gesetzlichen Grundlagen zukommt. Dazu gehören insbesondere die Regelungen von organisatorischen Fragen betreffend die Umsetzung der zugewiesenen Verwaltungsaufgabe und auch des Verhältnisses zwischen der Anstalt und deren Benützer.¹⁰⁷
- 156 Die Regelung des sog. «**Benützungsverhältnisses**», d.h. das Rechtsverhältnis zwischen der Anstalt und deren Benützern kann entweder durch das Gesetz vorgegeben sein oder eben zur Regelung der Anstalt selbst überlassen werden (Rz 155).¹⁰⁸ Soweit die Anstalt das Benützungsverhältnis regelt, erfolgt dies regelmässig in Form von Anstaltsverordnungen (Rechts- und Verwaltungsverordnungen).¹⁰⁹ Soweit die Anstalt mit einzelnen Benützern ein Rechtsverhältnis regelt, macht sie das häufig in Verfügungsform. Grundsätzlich ist es auch möglich, dass die Anstalt ihr Verhältnis zu den Benützern privatrechtlich regelt. Es ist je nach Aufgaben der Anstalt im Einzelfall zu klären, was sinnvoll ist. Gerade bei einer mit hoher Autonomie ausgestatteten Anstalt mit wirtschaftsnahen Tätigkeitsgebieten kann eine privatrechtliche Beziehung zu den Anstaltsbenützern von Vorteil sein.¹¹⁰ Nachdem zur

¹⁰³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 24, N 1667.

¹⁰⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 24, N 1664.

¹⁰⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 24, N 1665 mit dem Hinweis, dass eine teilweise subsidiäre Staatshaftung nicht ausgeschlossen ist (so beispielsweise bei der Zürcher Kantonalbank).

¹⁰⁶ Der Bund beispielsweise hat für die Praxis einen Mustererlass für Anstalten erlassen, welcher auf seine Gouvernanzstrategie abgestimmt ist. Der Mustererlass ist jedoch für die einzelne zu gründende Anstalt anzupassen bzw. zu ergänzen, so dass genügend Spielraum besteht, die Anstalt mit der für ihre Aufgabe gewünschten Autonomie auszustatten.

¹⁰⁷ FREUDIGER, S. 27; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 24, N 1670.

¹⁰⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 24, N 1671.

¹⁰⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 24, N 1670.

¹¹⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 24, N 1671.

Gründung der Anstalt ein individueller Organisationserlass zu schaffen ist, besteht diesbezüglich ein grosser legislativer Spielraum.

- 157 Selbst wenn das Benützungsverhältnis privatrechtlicher Natur ist, gilt es zu beachten, dass der Anstalt **keine Privatautonomie** zukommt, was insbesondere zur Folge hat, dass sie grundrechtsgebunden bleibt. Zudem sieht der Gesetzgeber häufig auch einen Kontrahierungszwang vor, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind.¹¹¹ Dies vor allem für Leistungen einer Anstalt, welche im Monopolbereich angeboten werden (wie beispielsweise die Nutzung von Infrastrukturen).

2. Formelle Grundlagen

2.1. Im Allgemeinen

- 158 Die öffentlich-rechtliche Anstalt benötigt eine öffentlich-rechtliche Grundlage («Organisationserlass»)¹¹². Der Handelsregistereintrag ist nicht konstitutiv. Demgegenüber sind auch die juristischen Personen des öffentlichen Rechts zu einem deklaratorischen Handelsregistereintrag verpflichtet, soweit sie ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben.¹¹³
- 159 Gemäss § 4 GG kann die Gemeinde – im Rahmen des übergeordneten Rechts – für ihren Aufgabenbereich rechtsetzende Erlasse beschliessen. Darunter würde auch ein Organisationserlass für eine Anstalt fallen. Dieser Organisationserlass wäre je nach quantitativer Bedeutung in Form eines Reglements durch die Stimmberechtigten oder in Form einer Verordnung durch den (grossen) Stadtrat zu beschliessen.¹¹⁴
- 160 Die Grundlage dazu, dass eine Gemeinde überhaupt Aufgaben an eine öffentlich-rechtliche Anstalt übertragen kann, findet sich in § 44 Abs. 1 GG. Unter den in dieser Bestimmung verwendeten Begriff «öffentlich-rechtliche Unternehmung» fällt auch die Anstalt.

2.2. Regelungsgegenstand

- 161 Die Stadt Luzern verfügt mit Ausnahme der Pensionskasse derzeit über keine eigenen öffentlich-rechtlichen Anstalten.¹¹⁵ Für die weitere Beurteilung der Eignung der Organisationsform der öffentlichen Anstalt ist es indessen wichtig, aufzuzeigen, welche zentralen

¹¹¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 24, N 1674.

¹¹² FREUDIGER, S. 25; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 24, N 1663 mit dem Hinweis, dass dies nicht bedeuten muss, dass die öffentlich-rechtliche Anstalt in allen Belangen dem öffentlichen Recht untersteht.

¹¹³ HUGUENIN/REITZE, BSK ZGB I, Art. 52, N 9.

¹¹⁴ § 4 Abs. 2 und § 10 Abs. 1 Ziff. 6 GG i.V.m. Art. 67 Abs. 1 Bst. d Ziff. 7 und Art. 68 Abs. 1 Bst. d Ziff. 10 und Art. 69 Abs. 1 Bst. e Ziff. 12 GO; nachfolgend wird der Einfachheit halber generell von «Organisationserlass» gesprochen.

¹¹⁵ Die Stadt Luzern verfügt demgegenüber über Minderheitsanteile an öffentlich-rechtlichen Anstalten, z.B. am Zweckverband Grosse Kulturbetriebe Kanton Luzern oder am Verkehrsverbund Luzern.

Regelungen bei Anstalten zu treffen sind und wie diese aussehen können. Wie oben unter Rz 154 erwähnt, besteht zwar eine hohe Flexibilität bei der Ausgestaltung der entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen – dennoch ergeben sich gewisse Eckpfeiler, welche es zu beachten gibt.

162 Auf Bundesebene besteht ein Mustererlass für die Gründung von öffentlich-rechtlichen Anstalten.¹¹⁶ Dieser Mustererlass gibt einen sehr guten allgemeinen Überblick über die zu regelnden Gegenstände eines Gründungserlasses für eine Anstalt, welche unabhängig von der Staatsebene Gültigkeit haben. Deshalb wird in den nachfolgenden Ausführungen zur Illustration teilweise auf diesen Mustererlass abgestimmt.

163 Namentlich die folgenden Inhalte sind in einem Gründungserlass zu regeln:

- Festlegung der eigenen Rechtspersönlichkeit (unselbständige oder selbständige Anstalt);¹¹⁷
- Bezeichnung, Sitz;
- Ziele, welche mit der Anstalt verfolgt werden;
- Aufgaben, welche die Anstalt zur Zielerreichung zu erfüllen hat;
- Evtl. Festlegung, dass die Stadt weitere Aufgaben an die Anstalt übertragen kann (bei Bezug zu gesetzlich erwähnten Aufgaben);
- Zusammenarbeitsmöglichkeiten mit weiteren Institutionen und evtl. Gründung eigener Rechtsträger oder Beteiligung an solchen;
- Organe der Anstalt (i.d.R. Verwaltungsrat – Geschäftsleitung - Revisionsstelle);
- Wahl, Organisation und Katalog (unübertragbarer) Aufgaben;
- Geschäftsführung als oberstes operatives Organ; verantwortliche Leitung (z.B. Direktor);
- Festlegung Revisionsstelle und deren Aufgabe (extern und oder Finanzkontrolle);
- Anwendbares Personalrecht und Personalvorsorge;
- Finanzierungsquellen (z.B. Gebühren, Abgeltungen der Stadt, Drittmittel);
- Reporting (Geschäftsbericht, Rechnungslegungsstandards);
- Reservebildungsmöglichkeiten (z.B. für künftige Investitionen, Deckung von Haftungsrisiken);
- Steuerbefreiung von nicht gewerblichen Leistungen;¹¹⁸
- Regelung in Bezug auf Infrastrukturen (Eigentum der Anstalt, Nutznießung, Miete usw.);

¹¹⁶ Mustererlass für Anstalten mit Dienstleistungen mit Monopolcharakter [Stand 1. Juli 2016]: Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Anstalt X (BG über die Anstalt X [Variante: Anstalt-X-Gesetz], XG).

¹¹⁷ In Bezug auf die zu untersuchenden Beteiligungen dürfte in erster Linie eine selbständige Anstalt zur Diskussion stehen. Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich deshalb schwerpunktmässig auf selbständige Anstalten.

¹¹⁸ Steuerrechtliche Überlegungen bilden nicht Gegenstand dieses Gutachtens.

- Organisation der Aufsicht (in Abstimmung mit der GO und dem BR);
- Inhalt der Aufsicht und Steuerung (Wahl und Abberufung Verwaltungsrat, Revisionsstelle; Genehmigung von wichtigen Entscheidungen wie Gewinnverwendung; Einsichts- und Informationsrechte usw.; wiederum in Abstimmung mit GO und BR);
- Rahmenbedingungen für gewerbliche Leistungen (z.B. enger Zusammenhang mit Hauptaufgaben, keine Beeinträchtigung Kernaufgaben, keine bedeutenden zusätzlichen Personal- und Sachmittel; mindestens Kostendeckung und keine Quersubventionierung);
- Schlussbestimmungen (betreffend die Gründung und den Anpassungsbedarf übriger Erlasse).

164 Die vorstehende Auflistung des notwendigen Regelungsgegenstandes zeigt bereits, dass die Gründung einer öffentlichen-rechtlichen Anstalt aufwändig ist (vgl. dazu auch Rz 207). Eine Umwandlung von ausgelagerten Einheiten der öffentlichen Hand ist zwar nicht selten, läuft aber meist in die entgegengesetzte Richtung, d.h. dass öffentlich-rechtliche Anstalten werden in private Aktiengesellschaften umgewandelt werden.¹¹⁹

3. Beurteilungskriterien

3.1. Kriterium Aufsichts- und Steuerungsmöglichkeiten

a. Allgemein

165 Bei einer Anstalt ergeben sich die Aufsichts- und Steuerungsmöglichkeiten in erster Linie aus dem der Anstalt zugrunde liegenden Organisationserlass. Bei einer öffentlich-rechtlichen Anstalt können die Aufsichts- und Steuerungsmittel grundsätzlich massgeschneidert auf die auszulagernde Einheit zugeschnitten werden. Damit kann der Gesetzgeber auch das Mass der Autonomie (als Gegenstück zur Steuerung durch die Stadt) konkret festlegen.

166 Soweit eine Transformation einer bestehenden privaten Aktiengesellschaft in die Form einer öffentlichen-rechtlichen Anstalt in Erwägung gezogen würde, müsste im Einzelfall und unter Berücksichtigung der Aufgaben dieser ausgelagerten Einheit geprüft werden, wie die entsprechenden Steuerungsinstrumente auszugestalten wären. Anders als der Bund, welcher über verschiedene öffentlich-rechtliche Anstalten und auch über einen Mustererlass dazu verfügt, kennt die Stadt Luzern die Organisationsform kaum (vgl. Rz 161) und verfügt dementsprechend auch nicht über einen Mustererlass.

167 Zur Veranschaulichung bzw. als möglicher Ausgangspunkt zur Beurteilung der Aufsichts- und Steuerungsmöglichkeiten von öffentlich-rechtlichen Anstalten wird nachfolgend auf

¹¹⁹ Ein diesbezügliches Beispiel ist die Luzerner Kantonalbank, welche von einer öffentlich-rechtlichen Anstalt des Kantons Luzern in eine Aktiengesellschaft umgewandelt wurde.

den Mustererlass des Bundes¹²⁰ eingegangen. Dabei werden zugleich die vorhandenen PCG-Instrumente der Stadt Luzern berücksichtigt.

b. Strategische Ziele

- 168 Die Stadt Luzern erlässt für jede wichtige Beteiligung eine Eignerstrategie (Art. 6 BR; Ziff. 15 BRL). Bei einer Anstalt hätten sich die strategischen Ziele selbstverständlich an den im jeweiligen Organisationserlass definierten Zweck- und Aufgabenbereichen zu orientieren. Die Zielerreichung wird dabei durch verschiedene Instrumente sichergestellt, wie beispielsweise das Eignerggespräch (Ziff. 17 BRL) oder den Bericht zur Erfüllung der Eignerstrategie (Ziff. 18 BRL).
- 169 Nachdem die Stadt Luzern über ein sehr modernes Beteiligungsmanagement und auch entsprechende Aufsichts- und Steuerungsinstrumente verfügt, spielt die Organisationsform einer Beteiligung eine weniger grosse Rolle, als wenn dies nicht der Fall wäre. Mit anderen Worten können die Instrumente des Beteiligungsmanagements auch auf öffentlich-rechtliche Anstalten angewendet werden, zumal diese ja unabhängig von der rechtlichen Organisationsform einer Beteiligung anwendbar sind. Dennoch ist es im Rahmen eines Organisationserlasses für eine öffentlich-rechtliche Anstalt möglich, den Zweck- und Aufgabenbereich «gesetzlich» zu verankern, während dies bei einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft nicht möglich ist. Der Zweck der privaten Aktiengesellschaft ergibt sich aus den Statuten und kann grundsätzlich jederzeit angepasst werden, soweit das Aktionariat zustimmt. Im Falle der zur Diskussion stehenden privaten Aktiengesellschaften im Alleineigentum der Stadt hat es damit die Stadt allein in der Hand, über Zweck und damit verbundene Aufgaben zu befinden.
- 170 Unabhängig von den bestehenden Instrumenten des Beteiligungsmanagements kann im Organisationserlass einer öffentlichen-rechtlichen Anstalt selbstverständlich auf Gesetzesebene eine direkte Steuerung verankert werden. Da es sich um je individuelle Organisationserlasse für jede einzelne Anstalt handelt, ist im Einzelfall zu prüfen, ob zusätzliche oder direkte Steuerungsinstrumente einzubauen sind oder nicht. Dabei ist jedoch stets eine Abwägung zwischen notwendigem Steuerungsbedarf und erwünschter Autonomie der Anstalt zu treffen.
- 171 Bei der Abwägung des Autonomiegrades ist zu bedenken, dass sich die Stadt auf zwei Arten mit der Steuerung von verselbständigten Einheiten (Anstalten, aber auch private Aktiengesellschaften) befassen kann. Einerseits steuert sie die verselbständigten Einheiten als *Gewährleisterin* der Aufgabenerfüllung und andererseits als *Eignerin* auf strategischer Ebene mit übergeordneten mittelfristigen Zielvorgaben (siehe zu letzterem oben Rz 168f.). Dabei nimmt sie aus einer Gesamtsicht Einfluss auf ihre Entwicklung als Organisation («unternehmensbezogene Vorgaben») und auf ihre Aufgaben («aufgabenseitige Vorgaben»). Die

¹²⁰ Mustererlass für Anstalten mit Dienstleistungen mit Monopolcharakter [Stand 1. Juli 2016]: Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Anstalt X (BG über die Anstalt X [Variante: Anstalt-X-Gesetz], XG).

Intensität der aufgabenseitigen Steuerung kann dabei in Anlehnung an CG-Leitsatz 16 des Bundes insbesondere aus folgenden drei Kriterien abgeleitet werden:

- Regelungstiefe der massgebenden Gesetzgebung¹²¹
- Finanzierung im erheblichen Umfang mit Steuermitteln¹²²
- Risikosituation.

Wie weit konkret also in die Autonomie der Anstalt eingegriffen wird, hängt nach dem Gesagten letztlich davon ab, wie der Stadtrat die vorstehend aufgeführten Kriterien in Bezug auf die einzelnen Anstalten beurteilt.

- 172 Die Eidgenössische Finanzverwaltung hat eine Mustervorlage für die strategischen Ziele für seine Anstalten erstellt. Die programmatischen Schwerpunkte und die Aufgaben- und unternehmensbezogenen Ziele samt Kennzahlen unterscheiden sich nicht wesentlich von solchen gemäss Eignerstrategien von Aktiengesellschaften mit (Mehrheits-)Beteiligung von Gemeinwesen. Aus Sicht der als Anstalt ausgestalteten ausgelagerten Einheit ergeben sich in der Regel engere Vorgaben im Zusammenhang mit den finanziellen und personalpolitischen Zielen sowie betreffend Beteiligungen.
- 173 Eine in der Praxis wichtige Unterscheidung ergibt sich bei der Erarbeitung der strategischen Ziele. Während dies bei Aktiengesellschaften im Rahmen der Eignerstrategie die Aufgabe des Verwaltungsrats ist, erfolgt die Erarbeitung der strategischen Ziele bei der Anstalt – zumindest gemäss den Kompetenzzuweisungen bei den Bundesanstalten – regelmässig durch die Eigentümerin selbst.¹²³ Auch wenn selbstverständlich in der Praxis die obersten Leitungsorgane der Anstalt in diese Arbeiten einbezogen werden, zeigt diese Kompetenzzuweisung dennoch, wer in Bezug auf die strategischen Ziele im Falle einer Anstalt auf dem «Driver's Seat» ist.

¹²¹ So ist beispielsweise in Bezug auf die Verkehrsbetriebe Luzern AG massgebend, ob in Bezug auf die Thematik «öffentlichen Verkehr» gesetzliche Regelungen bestehen. Dies trifft in diesem Themenbereich sowohl auf Bundes- als auch auf kantonaler Ebene und sogar städtischer Ebene – zu (Angebot, Finanzierung usw.). Damit besteht schon ein gesetzlicher Rahmen, innerhalb dessen sich die Tätigkeit des ausgelagerten Unternehmens zu bewegen hat, und zwar unabhängig von dessen Rechtsform. Im EFV-Bericht 2006, S. 50 ist zu dieser Thematik für den Bund folgendes festgehalten: «Einzelne Aufgaben werden umfassend durch die materiellen Gesetze geregelt [...] Raum für eine diese gesetzlichen Regelungen ergänzende Steuerung der Aufgabenerfüllung besteht damit nur beschränkt. Demgegenüber gibt es materielle Gesetze, die Aufgaben nur in den Grundzügen regeln und damit den mit der Erfüllung betrauten Einheiten einen erheblichen Entscheidungsspielraum einräumen. Hier besteht Raum für die materielle Gesetzgebung konkretisierende Vorgaben [...]».

¹²² Je stärker die Aufgabenerfüllung mittels allgemeiner Steuermittel unterstützt wird, desto stärker sind die aufgabenseitigen Vorgaben betreffend die Schwerpunkte der Mittelverwendung (EFV-Bericht 2006, S. 51); siehe in diesem Zusammenhang insbesondere die Ausführungen in Rz 220ff. (Kriterium wirtschaftliche Selbständigkeit mit den Aspekten Finanzierung und Kapitalausstattung sowie Mittel- und Gewinnverwendung).

¹²³ Da die Stadt Luzern abgesehen von der Pensionskasse über keine öffentlich-rechtlichen Anstalten verfügt (vgl. Rz 161) kann nicht beurteilt werden, wie die Kompetenzen ausgestaltet würden.

c. Übrige Aufsichtsinstrumente

- 174 Auch in Bezug auf die übrigen Aufsichtsinstrumente ist festzustellen, dass diese zu wesentlichen Teilen – unabhängig von der Organisationsform einer Beteiligung – bereits im BR bzw. in der BRL geregelt sind (vgl. dazu auch Rz 209). Dies ist auch bei anderen Gemeinwesen – zum Beispiel beim Bund – teilweise der Fall. Dennoch werden Regelungen in Bezug auf Aufsichtsinstrumente regelmässig (nochmals) in den Organisationserlassen von Anstalten aufgeführt. So beispielsweise auch in Art. 23 Mustererlass des Bundes. Nach dessen Absatz 1 wird deklaratorisch erwähnt, was schon gemäss RVOG gilt, nämlich dass der Bundesrat die zuständige Aufsichtsbehörde ist. In Absatz 2 werden in einer nicht abschliessenden Aufzählung verschiedene Kompetenzen des Bundesrates festgehalten (nachfolgend Rz 175ff.). In Bezug auf eine städtische Anstalt würden die entsprechenden Kompetenzen sinnvollerweise dem Stadtrat übertragen.
- 175 Danach ist bzw. wäre die Regierung (Bundesrat bzw. Stadtrat) zuständig für die Wahl und Abberufung der Verwaltungsräte und der Revisionsstelle sowie für die Begründung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Direktor. Damit kommen bei der Anstalt der Regierung Aufgaben zu, welche bei einer privaten Aktiengesellschaft auf zwei Organe aufgeteilt sind, nämlich auf die Generalversammlung (Wahl Verwaltungsräte, Revisionsstelle) und auf den Verwaltungsrat (Wahl Geschäftsführer).
- 176 Im Weiteren kommen bei Anstalten der Regierung regelmässig verschiedene Genehmigungsvorbehalte zu, welche im Organisationserlass statuiert werden. Auf Bundesebene beispielsweise in Bezug auf eine allfällige Personalordnung.¹²⁴ Derartige direkte Genehmigungsvorbehalte ergäben sich bei einer (privatrechtlichen) Aktiengesellschaft nicht. Vielmehr müssten entsprechende Geschäfte über Weisungen an entsandte Verwaltungsräte «gesteuert» werden.
- 177 Die bei Anstalten ebenfalls regelmässig durch die Regierung vorzunehmenden Genehmigungen des Geschäftsberichtes und der Gewinnverwendung sowie die Entlastung des Verwaltungsrats lägen bei einer Aktiengesellschaft in der Kompetenz der Generalversammlung. Zum Erlass und der Überwachung der strategischen Ziele (bei einer Aktiengesellschaft Aufgaben des Verwaltungsrats) wird auf die Ausführungen in Rz 168ff. verwiesen.
- 178 Insgesamt hätte der Stadtrat gegenüber der Anstalt eine stärkere Position, als er dies als Aktionärsvertreter gegenüber einer von ihm beherrschten Aktiengesellschaft hat. Dies vor dem Hintergrund, dass ihm Kompetenzen zufallen, welche bei einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft zwei verschiedenen Organen zugewiesen sind, wobei im Falle der Generalversammlung nur die Aktionärsrechte wahrgenommen werden können.

¹²⁴ Grundsätzlich untersteht das Personal einer Anstalt dem BPG. Eine spezifisch auf die Anstalt bezogene zusätzliche Personalverordnung ist möglich, aber durch den Bundesrat zu genehmigen (Art. 10 Mustererlass).

179 Zur Abrundung dieses Bildes ist darauf hinzuweisen, dass je nach Organisationserlass die Regierung in sämtliche Geschäftsunterlagen der Anstalt Einsicht nehmen und sich über deren Geschäftstätigkeit jederzeit informieren lassen kann.¹²⁵ Das Einsichts- und Auskunftsrecht bildet bei allen Organisationsformen die Grundlage für die Wahrnehmung der Aufsichts- und Steuerungsfunktion der dafür zuständigen Organe resp. Stellen, insbesondere auch um gegebenenfalls auf laufende Geschäfte Einfluss zu nehmen («begleitende Aufsicht», Rz 27). Diesbezüglich stellt sich die Frage, wie weit das Weisungsrecht gegenüber einer ausgelagerten Organisationseinheit gehen darf. Grundsätzlich ist den Regierungen zu empfehlen, nur zurückhaltend von Weisungen Gebrauch zu machen. Dies weil ein direktes Weisungsrecht u.U. im Widerspruch zur angestrebten Autonomisierung einer Anstalt stehen würde und zudem die Gefahr besteht, dass die Regierung zum faktischen Organ werden könnte.¹²⁶

3.2. Kriterium Aufgabentypus

180 Eine Anstalt stellt in der Regel dann die geeignete Organisationsform für eine ausgelagerte Einheit dar, wenn diese Dienstleistungen mit Monopolcharakter erbringt (zu den einzelnen Charakteristika von Dienstleistungen mit Monopolcharakter siehe Rz 37). Für vorwiegend kommerzielle Tätigkeiten ist die Anstalt nur bedingt die richtige Organisationsform. Auf Bundesebene etwa nehmen die Anstalten nur unter bestimmten Voraussetzungen (untergeordnete) kommerzielle Nebenaufgaben wahr (dazu Rz 183ff.).

181 Damit wäre in Bezug auf die zur Diskussion stehenden Aktiengesellschaften im Alleineigentum der Stadt Luzern zu prüfen, ob durch diese Dienstleistungen mit Monopolcharakter erbracht werden. Eine vertiefte Beurteilung der einzelnen Beteiligungen in dieser Hinsicht ist erst in einem nächsten Schritt vorzunehmen. Es ist zudem darauf hinzuweisen, dass ausgelagerte Einheiten oftmals verschiedene Aufgaben wahrnehmen, welche unterschiedlich wettbewerbsfähig sind und damit die Zuordnung zu einem Aufgabentypus nicht leicht fällt. Zur summarischen Einschätzung bei den vier zur Diskussion stehenden Einheiten wird auf Teil V (Rz 316ff.) verwiesen.

182 Der Vollständigkeit halber ist noch darauf hinzuweisen, dass eine Anstalt auch hoheitliche Aufgaben übernehmen bzw. sogar polizeiliche Funktionen ausüben kann.¹²⁷

3.3. Kriterium Kommerzielle Tätigkeiten

183 Soweit eine Anstalt auch (untergeordnete) kommerzielle Tätigkeiten wahrnimmt, sollte dies im Organisationserlass verankert sein. Auf Bundesebene etwa wird in CG-Leitsatz 15

¹²⁵ Vgl. dazu beispielsweise Art. 23 Abs. 3 Mustererlass.

¹²⁶ Bemerkungen Mustererlass, S. 10.

¹²⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 1680f. mit Hinweis auf Art. 2 BGST, wonach Transportunternehmen eine Transportpolizei unterhalten, soweit es zum Schutz der Reisenden, zur Gewährleistung eines ordnungsgemässen Betriebes usw. erforderlich ist.

festgehalten, dass Anstalten bei entsprechender gesetzlicher Grundlage kommerzielle Nebenleistungen erbringen können, soweit diese in einem engen Bezug zur Hauptaufgabe stehen, deren Erfüllung nicht beeinträchtigen und nicht wettbewerbsverzerrend wirken sowie insgesamt mindestens kostendeckend angeboten werden. Diese Grundsätze sind in Art. 24 Mustererlass aufgenommen und dort teilweise noch ergänzt bzw. präzisiert worden.

- 184 Kommerzielle Tätigkeiten bzw. in der Terminologie des Mustererlasses «gewerbliche Leistungen» stellen Leistungen wirtschaftlicher Natur dar, die «normalerweise private Anbieterinnen und Anbieter einem breiteren Abnehmerkreis am Markt bzw. im Wettbewerb erbringen» und sich damit durch ihre «Marktfähigkeit» auszeichnen.¹²⁸
- 185 Soweit ausgelagerte Einheiten kommerzielle Tätigkeiten ausüben, können sie mit der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 und 94 BV) in Konflikt geraten, soweit nicht folgende Voraussetzungen erfüllt sind:
- Gesetzliche Grundlage;
 - Öffentliches Interesse;
 - Verhältnismässigkeit;
 - Wettbewerbsneutralität.¹²⁹
- 186 Soweit also kommerzielle Tätigkeiten ins Auge gefasst werden, ist zwingend eine gesetzliche Grundlage dafür zu schaffen. Dabei gilt zu beachten, dass dies für alle gewerblichen Leistungen gilt, d.h. auch für allfällige wirtschaftliche Nebenleistungen¹³⁰ und Randnutzungen.¹³¹
- 187 Gesetzlich zu regeln sind insbesondere folgende Aspekte: enger Zusammenhang mit den Hauptaufgaben, keine Beeinträchtigung der Hauptaufgaben sowie kein Einsatz bedeutender zusätzlicher sachlicher und personeller Mittel, keine Quersubventionierung von gewerblichen Leistungen, keine Konkurrenzierung der Privatwirtschaft.¹³²

¹²⁸ Bemerkungen Mustererlass, S. 51f.

¹²⁹ Bemerkungen Mustererlass, S. 52 mit Hinweis auf BGE 138 I 378.

¹³⁰ Gemäss Bemerkungen Mustererlass, S. 52 werden wirtschaftliche Nebenleistungen wie folgt definiert: «Als wirtschaftliche Nebenleistungen werden im Allgemeinen Leistungen einer ausgegliederten Einheit verstanden, die diese neben ihrer Hauptaufgabe erbringt; dabei müssen solche Leistungen (als Vor- oder Nachleistungen) aber stets in einem engen sachlichen Zusammenhang zur Hauptaufgabe stehen (Bsp.: Durchführen von Beratungen und Expertisen). Dies ist Ausdruck des Legalitäts- und des Spezialitätsprinzips, wonach sich eine staatliche Einheit nur innerhalb ihres gesetzlich definierten Aufgabenbereichs betätigen darf.»

¹³¹ Gemäss Bemerkungen Mustererlass, S. 52 werden Randnutzungen wie folgt definiert: «Als Randnutzung wird bezeichnet, wenn eine staatliche Einheit ihr Verwaltungsvermögen über den primären Verwendungszweck hinaus nutzt, indem sie es – ohne Beeinträchtigung ihrer eigentlichen Zielsetzung – wirtschaftlich verwertet. So können unter Umständen bestehende, zur Aufgabenerfüllung notwendige Infrastrukturen besser ausgelastet werden, indem ein ansonsten ungenutztes Potential verwertet wird (Bsp.: Möglichkeit zur Drittnutzung von Gebäudeteilen; Messmittel des METAS zur Verfügung stellen).»

¹³² Vgl. auf Bundesebene Art. 41f. FHG, Art. 24 Mustererlass.

- 188 Die gesetzliche Grundlage für kommerzielle Nebentätigkeiten kann – sofern nicht bereits andernorts vorhanden – im Organisationserlass geschaffen werden, soweit ein solcher ohnehin erlassen werden muss, wie dies bei der Gründung einer Anstalt der Fall ist.

3.4. Kriterium Beteiligung durch Dritte

- 189 An einer Anstalt können sich Dritte nicht beteiligen. Indessen ist es möglich, dass eine Anstalt unter bestimmten Voraussetzungen Kooperationen mit und Beteiligung an Dritten eingeht (nachfolgend Rz 190).

3.5. Kriterium Kooperationen mit und Beteiligung an Dritten

- 190 Die Anstalt eignet sich nur sehr bedingt für Kooperationen und Beteiligungen an Dritten. Zur Illustration wird auch hier auf den Mustererlass des Bundes zurückgegriffen. Gemäss CG-Leitsatz 14 gehen Anstalten «nur ausnahmsweise, in Abstimmung mit ihrer Zweckbestimmung und mit den mittelfristigen strategischen Zielen des Bundesrates, Kooperationen und Beteiligungen ein.» Im Mustererlass findet sich mit Art. 4 ein Anhaltspunkt darüber, wie eine Kooperation («Zusammenarbeit») oder eine Beteiligung aussehen können. Gemäss den Bemerkungen zum Mustererlass ist die Notwendigkeit einer solchen Regelung im Einzelfall zu prüfen.¹³³ Dies gilt auch für den Fall, wo bestehende Beteiligungen in Form einer Aktiengesellschaft in eine Anstalt überführt werden sollen.
- 191 Dabei gilt es zwischen Zusammenarbeit und Beteiligung zu unterscheiden. Grundsätzlich ist es nicht unüblich, dass auch eine Anstalt mit einer anderen Institution «zusammenarbeitet». Es gilt jedoch zu beachten, dass insbesondere institutionalisierte Kooperationen nur ihrem Rahmen der Zweckbestimmung der Anstalt eingegangen werden können. Diese Voraussetzung dürfte jedoch ohne Weiteres erfüllbar sein und hängt namentlich von der Zweckumschreibung bzw. den Zielen der Anstalt ab.
- 192 Im Ergebnis sollte die Notwendigkeit des Zweckzusammenhangs und der expliziten Verankerung im Organisationserlass keine Hürde darstellen, um Kooperationen einzugehen. Selbst wenn zu Beginn der Aufnahme der Tätigkeit der Anstalt noch keine konkrete Kooperation mit einer entsprechenden Institution feststeht oder in Aussicht genommen wird, ist es zu empfehlen, eine entsprechende Kompetenznorm in den Organisationserlass aufzunehmen. Dies unter der Berücksichtigung der Tatsache, dass sich auch im jeweiligen Aufgabenbereich einer Anstalt Entwicklungen ergeben können, welche das Eingehen von Kooperationen zu einem späteren Zeitpunkt gebieten.
- 193 Eine Anstalt kann sich ihrerseits auch an anderen Rechtsträgern beteiligen oder solche gründen. Dabei hat sie jedoch die Ziele und Aufgaben aus dem Organisationserlass selbst sowie die strategischen Zielvorgaben des Stadtrates – und allfällige politische Vorgaben gemäss Beteiligungsstrategie – zu berücksichtigen. Soweit dies der Fall ist, spricht nichts dagegen,

¹³³ Bemerkungen Mustererlass, S. 12.

bei Bedarf auch Beteiligungen oder sogar eigene Gründungen zuzulassen. Wie im Zusammenhang mit Kooperationen bereits dargelegt, ist es zweckmässig, die entsprechende Möglichkeit von Beginn an zu schaffen.

- 194 Es kann somit festgehalten werden, dass sowohl Kooperationen als auch Beteiligungen möglich sind, wobei deren Notwendigkeit zu begründen sind und deren Zweck mit den Zielen und Aufgaben der Anstalt im Einklang stehen müssen. Als weitere Rahmenbedingungen haben Beteiligungen und Gründungen¹³⁴ betriebswirtschaftlichen Grundsätzen zu entsprechen und ihre Finanzierung, Steuerung und Kontrolle muss gewährleistet sein.¹³⁵

3.6. Kriterium Haftung

a. Übersicht Haftungsregime

- 195 Gemäss § 1 HG regelt dieses Gesetz die Haftung für Schäden, die Angestellte des Gemeinwesens im öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Arbeitsverhältnis in Ausübung amtlicher Verrichtungen verursachen. Als Gemeinwesen gelten nach § 2 HG auch rechtsfähige Anstalten der Gemeinden. Darunter fallen auch selbständige öffentlich-rechtliche Anstalten (dazu Rz 153).

- 196 Nachfolgend werden die Haftung einer selbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt, diejenige der Stadt Luzern und diejenige von Mitarbeitenden dargestellt.

b. Haftung der selbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt

- 197 Die selbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalten sind Träger von Rechten und Pflichten und verfügen über eigenes Vermögen.¹³⁶ Damit haftet eine in Form der selbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt organisierte ausgelagerte Einheit grundsätzlich selbständig für die von ihr verursachten Schäden gegenüber Dritten. Nicht zuletzt vor diesem Hintergrund sollte der Stadtrat gestützt auf den Organisationerlass festlegen können, dass die Anstalt zur Finanzierung künftiger Investitionen und zur Deckung von Haftungsrisiken Reserven bildet.¹³⁷

- 198 Wie die Stadt haftet auch die Anstalt für denjenigen Schaden, welche ein Angestellter in Ausübung amtlicher Verrichtungen einem Dritten widerrechtlich zufügt, sofern sie nicht nachweist, dass den Angestellten kein Verschulden trifft. Der Dritte hat keinen Anspruch gegenüber dem Angestellten (zum möglichen Rückgriff durch die Anstalt siehe nachfolgend Rz 204ff.).

¹³⁴ Im Vordergrund dürften privatrechtliche Aktiengesellschaften stehen.

¹³⁵ Vgl. auch die Bemerkungen Mustererlass, S. 13.

¹³⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 24, N 1665.

¹³⁷ So wie dies auf Bundesebene Art. 18 Mustererlass vorsieht.

- 199 Grundsätzlich kann man davon ausgehen, dass ausgelagerte Einheiten in der Form der öffentlich-rechtlichen Anstalt auch vornehmlich öffentliche Aufgaben («amtliche Verrichtungen») erfüllen. Die Abgrenzung zwischen amtlichen Verrichtungen und gewerblichen Verrichtungen ist indessen nicht ganz einfach (vgl. dazu Rz 276f.).
- 200 Der Mustererlass des Bundes beinhaltet im Übrigen – in Ergänzung zum Verantwortlichkeitsgesetz (VG) – indirekt eine entsprechende Regelung. Im Abschnitt «gewerbliche Leistungen» wird in Art. 24 Abs. 4 festgehalten, dass die Anstalt mit ihren gewerblichen Leistungen denselben Pflichten wie private Anbieterinnen und Anbieter untersteht. Dies bedeutet im Ergebnis, dass bezüglich der privaten (kommerziellen, gewerblichen) Tätigkeiten keine Kausalhaftung, sondern eine Verschuldenshaftung zum Zuge kommt, weil anstelle des VG die privatrechtlichen Haftungsbestimmungen anwendbar sind.

c. Haftung der Stadt

- 201 Gemäss § 6 Abs. 1 HG ist dasjenige Gemeinwesen haftpflichtig, welches den Angestellten gewählt oder Private mit amtliche Verrichtungen betraut hat. Nachdem die selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt als «Gemeinwesen» im Sinne des HG gilt, ist wie oben (Rz 197ff.) dargelegt, diese auch das (primär) haftpflichtige Gemeinwesen.
- 202 Es stellt sich indessen die Frage, ob die Stadt im Sinne einer subsidiären Staatshaftung belangt werden kann, soweit der Schaden im Rahmen der Erfüllung einer amtlichen Verrichtung entstanden ist, so wie dies beispielsweise auf Bundesebene geregelt ist.¹³⁸ Eine entsprechende Regelung ist im HG des Kantons Luzern nicht ersichtlich.¹³⁹ Unabhängig davon dürfte faktisch bzw. politisch eine Ausfallhaftung bestehen.
- 203 Falls ein Schaden im Zusammenhang mit einer gewerblichen bzw. kommerziellen Tätigkeit passiert ist, kommt das HG nicht zur Anwendung; insbesondere, wenn dessen Anwendbarkeit im Organisationserlass ausgeschlossen wurde (vgl. dazu oben für den Bund Rz 199). Zu beachten gilt jedoch, dass die Stadt dann ausnahmsweise dennoch zur Haftung gezogen werden kann, wenn sie auf die Organe der Anstalt in kritischem Mass Einfluss genommen hat und infolgedessen als faktisches Organ qualifiziert würde.¹⁴⁰

d. Haftung der Organe und Mitarbeitenden

- 204 In Bezug auf die Haftung von Organen und Mitarbeitenden von öffentlich-rechtlichen Anstalten kommt das HG zur Anwendung, soweit ein Schaden im Zusammenhang mit einer amtlichen Aufgabenerfüllung steht.

¹³⁸ Art. 19 i.V.m. Art. 3 VG.

¹³⁹ § 9 HG regelt «nur» den Rückgriff zwischen beteiligten Gemeinwesen untereinander.

¹⁴⁰ Vgl. dazu für den Bund: CG-Bericht BR 2006, S. 8273 mit dem Hinweis, dass der Bund ausnahmsweise dennoch zur Haftung gezogen werden kann, «wenn er auf die Organe der Einheit in kritischem Mass Einfluss genommen hat [...] und der Bund infolgedessen als faktisches Organ zu qualifizieren ist.».

- 205 Gemäss § 10 HG haftet der Angestellte dem Gemeinwesen und damit der Anstalt (oben Rz 195) für den Schaden, den er ihr widerrechtlich und vorsätzlich oder grobfahrlässig verursacht hat. Diese auf Vorsatz und Grobfahrlässigkeit beschränkte Haftung gegenüber der Anstalt gilt jedoch nur im Falle von «amtlichen Verrichtungen» (dazu oben Rz 198f.). Demgegenüber gelten im Falle von gewerblichen Verrichtungen die Bestimmungen des OR, sofern nicht andere bundesrechtliche Spezialvorschriften zur Anwendung kommen.
- 206 Während § 10 HG die unmittelbare oder direkte Schädigung des Gemeinwesens (vorliegend der Anstalt) betrifft, regelt § 11 HG den Rückgriff im Falle einer Haftpflicht der Anstalt. Sofern die Anstalt in Erfüllung ihrer Haftpflicht Schadenersatz geleistet hat, kann sie auf den Angestellten zurückgreifen, jedoch nur im Falle von Vorsatz oder Grobfahrlässigkeit. Diese Haftungsbeschränkung betrifft jedoch wie bei der direkten Haftung nur «amtliche Verrichtungen».

3.7. Kriterium Rechtsformspezifischer Rechtsetzungsaufwand

- 207 Der rechtsformspezifische Rechtsetzungsaufwand bei einer Anstalt besteht darin, einen Organisationserlass zu schaffen («Organisationsreglement über den Betrieb XY»). Auf Bundesebene ist ein Mustererlass für öffentlich-rechtlichen Anstalten vorhanden, welcher abgestimmt auf das übrige Bundesrecht (BPG, FHG, RVOG, VG usw.) als Grundlage herangezogen werden kann, womit der Aufwand überschaubar bleibt. Für die kommunale Ebene stellt die Erarbeitung eines Organisationserlasses für eine öffentlich-rechtliche Anstalt regelmässig einen grossen Aufwand dar; dazu FREUDIGER: «Die Bundesverwaltung verfügt über die nötigen Ressourcen, um praxistaugliche Organisationserlasse vorzubereiten oder gar Mustererlasse herauszugeben. [...] Demgegenüber stossen namentlich Gemeinden mit ihren beschränkten Ressourcen bei der Ausarbeitung von Organisationserlassen unter Umständen an ihre Grenzen.»¹⁴¹
- 208 Für eine grosse Stadt wie Luzern dürfte die Ausarbeitung eines Organisationserlasses selbstverständlich ohne weiteres möglich sein. Da ausser der Pensionskasse¹⁴² bisher keine «eigenen» öffentlich-rechtlichen Anstalten der Stadt bestehen, sollte der Rechtsetzungsaufwand dennoch nicht unterschätzt werden. Namentlich die Abstimmung mit den «Querschnitt-Erlassen»¹⁴³ auf Kantons- und Gemeindeebene kann sich aufwändig gestalten. Dies wäre in einer nächsten Phase im Rahmen einer Rechtsgrundlagenanalyse zu klären. In diesem Zusammenhang sollte auch geprüft werden, inwieweit das BR und die BRL anzupassen wären, insbesondere um Doppelspurigkeiten bei der Steuerung und Aufsicht zu vermeiden.
- 209 Je nach den Aufgabengebieten einer neu zu gründenden Anstalt sind zusätzlich Themenspezifische Erlasse anzupassen oder neu zu schaffen. Im Rahmen eines solchen

¹⁴¹ FREUDIGER, S. 226.

¹⁴² Die Pensionskasse stellt einen gegenüber den mit der Motion 103 zur Diskussionen stehenden Beteiligungen kaum vergleichbaren Spezialfall dar.

¹⁴³ Staatsorganisationsrecht, Personalrecht, Finanzhaushaltsrecht usw.

Gesetzgebungsprojektes übernimmt jedoch der neu zu schaffende Organisationserlass regelmässig die Funktion als «Ankererlasses» und kann damit auch der entsprechenden Botschaft und den weiteren notwendigen Gesetzesänderungen den Rahmen geben.

3.8. Kriterium Rechtsformspezifischer Umsetzungsaufwand

- 210 Nicht selten werden Einheiten aus der Zentralverwaltung in eine öffentlich-rechtliche Anstalt ausgegliedert. Die Umwandlung einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft in eine öffentlich-rechtliche Anstalt dürfte dagegen einen Ausnahmefall bilden. Die Vermögensübernahme von einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft durch den Bund, den Kanton oder (unter Garantie des Kantons) durch eine Gemeinde kann im Rahmen von Art. 751 OR vereinfacht erfolgen (dazu Rz 289ff.). Beim Bund, beim Kanton und auch bei der (politischen) Gemeinde handelt es sich um Gebietskörperschaften.¹⁴⁴ Die öffentlich-rechtlichen Körperschaften¹⁴⁵ sind von den öffentlich-rechtlichen Anstalten zu unterscheiden.¹⁴⁶ Für öffentlich-rechtliche Anstalten gelten die erleichterten Voraussetzungen für eine Vermögensübertragungen nicht.
- 211 Die Umwandlung privatrechtlicher Rechtsträger (u.a. Aktiengesellschaften) in öffentlich-rechtliche Institute (u.a. Anstalt) liegt auch ausserhalb des Anwendungsbereichs des Fusionsgesetzes (FusG).¹⁴⁷ Dies bedeutet einen hohen Umsetzungsaufwand, weil die Aktiengesellschaft liquidiert werden muss bzw. ihre Aktiven und Passiven sowie Rechte und Pflichten auf die Anstalt übertragen werden müssen. Im Weiteren ist zu beachten, dass Mitarbeitende einer Anstalt öffentlich-rechtlich angestellt sind (vgl. dazu Rz 213ff.). Wie dieser «Übergang» abzuwickeln ist, müsste in einem nächsten Schritt geklärt werden.
- 212 Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass auch die Umwandlung einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft in eine Anstalt - wie die Reintegration in die Zentralverwaltung (Rz 293ff.) - ein sehr hohen «Umwandlungsaufwand» auslöst, welcher ohne vertiefte Abklärungen kaum abgeschätzt werden kann.

3.9. Kriterium Personalrecht

- 213 Gemäss Art. 4 PR gilt dieses für das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis aller Mitarbeitenden, die mit der Stadt oder einer ihrer rechtsfähigen Anstalten einen öffentlichen Arbeitsvertrag abgeschlossen haben. Damit sind auch die Mitarbeitenden einer selbständigen

¹⁴⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 24, N 1641.

¹⁴⁵ Gemäss HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 24, N 1634 lautet die Definition wie folgt: «Öffentlich-rechtliche Körperschaften sind mitgliedschaftlich verfasste, auf dem öffentlichen Recht beruhende und mit Hoheitsgewalt ausgestattete Verwaltungsträger, die selbständig Staatsaufgaben erfüllen.

¹⁴⁶ Gemäss HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 24, N 1634 lautet der Definition wie folgt: «Die öffentlich-rechtliche Anstalt ist eine Verwaltungseinheit, zu der ein Bestand von Personen und Sachen durch Rechtssatz technisch und organisatorisch zusammengefasst ist und die für eine bestimmte Verwaltungsaufgabe dauernd den Anstaltsbenützern zur Verfügung steht.

¹⁴⁷ TSCHÄNI, BSK OR II, Art. 751, N 1.

öffentlich-rechtlichen Anstalt – abgesehen von wenigen Ausnahmen (vgl. dazu Rz 294) – dem PR als öffentlichem Personalstatut unterstellt.

- 214 Die grundsätzliche Unterstellung der Mitarbeitenden unter das öffentliche Personalstatut der «Eigentümerin» der selbständigen Anstalt stellt den Regelfall dar. Dies kann entweder im Personalstatut (hier Art. 4 PR) oder auch im Organisationserlass der jeweiligen Anstalt verankert sein (oder in letzterem nochmals «deklaratorisch» festgehalten werden).
- 215 Im Übrigen ist es jedoch auch möglich, im Organisationserlass – im Sinne einer spezialgesetzlichen Regelung – abweichende Bestimmungen vom Personalstatut vorzusehen. Zur Illustration wird diesbezüglich nachfolgend (Rz 216ff.) nochmals auf die Bundesebene eingegangen mit dem Hinweis verbunden, dass auch auf kommunaler Ebene entsprechende Spezialregelungen für Anstaltsmitarbeitende denkbar wären.
- 216 Das Bundespersonalgesetz (BPG) gilt auch für das Personal der dezentralen Verwaltungseinheiten, soweit nicht deren spezialgesetzliche Bestimmungen eine andere Regelung vorsehen.¹⁴⁸ Dies ergibt sich aus Art. 2 Abs. 1 Bst. a und e BPG i.V.m. Art. 2 Abs. 3 RVOG. Gemäss Art. 10 Abs. 1 Mustererlass unterstehen die Geschäftsleitung und das übrige Personal den Bestimmungen des BPG. Dies entspricht CG-Leitsatz 29, wonach verselbständigte Einheiten, welche Dienstleistungen mit Monopolcharakter erbringen, ein öffentlich-rechtliches Personalstatut aufzuweisen haben.¹⁴⁹ Im Mustererlass ist in Art. 10 Abs. 2 festgehalten, dass die öffentlich-rechtliche Anstalt selbst «Arbeitgeberin» ist. Diese Klarstellung ist insofern von Bedeutung, weil nur wenn wie vorliegend der Gesetzgeber – oder andernfalls der Bundesrat in seiner Arbeitgeberfunktion – Regelungskompetenzen delegiert hat, Ausführungsbestimmungen durch die betroffene Einheit (Anstalt) erlassen werden dürfen.¹⁵⁰
- 217 Neben dem BPG selbst ist für die öffentlich-rechtliche Anstalt auch die Rahmenverordnung BPG¹⁵¹ verbindlich. Dies bedeutet im Ergebnis, dass der Verwaltungsrat der Anstalt innerhalb des von BPG und Rahmenverordnung BPG verbleibenden Spielraumes ermächtigt ist, Ausführungsbestimmungen für das Anstalts-Personal zu erlassen.¹⁵² Gemäss Art. 37 Abs. 3^{bis} BPG – und übereinstimmend Art. 10 Abs. 3 Mustererlass – muss der Verwaltungsrat die von ihm erlassene Personalverordnung dem Bundesrat zu Genehmigung unterbreiten. Dieser Genehmigung kommt konstitutiver Charakter zu, womit der Bundesrat die Anstalt personal- und finanzpolitisch steuern kann. Gemäss CG-Leitsatz 30 müssen die Ausführungsbestimmungen mindestens die Grundsätze und Eckwerte betreffend Entlöhnung und Nebenleistungen beinhalten.

¹⁴⁸ FREUDIGER, S. 154.

¹⁴⁹ CG-Zusatzbericht BR 2009, S. 2690; EFV-Bericht, S. 34.

¹⁵⁰ EFV-Bericht, S. 34.

¹⁵¹ Rahmenverordnung zum Bundespersonalgesetz (Rahmenverordnung BPG) vom 20. Dezember 2000 (SR 172.220.11).

¹⁵² Bericht EFV, S. 34.

- 218 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Mitarbeitenden einer selbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt der Stadt dem Personalstatut der Stadt Luzern (PR, PVor) unterstehen, soweit keine abweichenden Regelungen dazu im Organisationserlass getroffen werden. Diese Abweichungen sollten jedoch in engen Grenzen gehalten werden, um die grundsätzlich Anwendbarkeit des PR nicht «auszuhöhlen». Zudem sollte dem Stadtrat ein Genehmigungsvorbehalt für ein allfälliges «Zusatzreglement» der Anstalt eingeräumt werden.
- 219 In Bezug auf die ebenfalls in PR und PVor enthaltenen Regelungen betreffend Stellenpläne usw. für die Zentralverwaltung (dazu Rz 296ff.) müsste eine andere Lösung für Anstalten erarbeitet werden. Dies kann zu einer Anpassung des PR und oder der PVor führen, soweit nicht eine Umsetzung im Organisationserlass oder einem allfälligen Zusatzreglement auf Stufe Anstalt möglich ist. Dies wäre Teil einer Rechtsgrundlagenanalyse (vgl. Rz 208), falls die Schaffung von Anstalten anstelle der bisherigen privatrechtlichen Aktiengesellschaften weiterverfolgt würde.

3.10. Kriterium Wirtschaftliche Selbständigkeit

- 220 Das Kriterium der wirtschaftlichen Selbständigkeit muss bei einer Anstalt nicht erfüllt sein. Das bedeutet nicht, dass nicht Teilbereiche bzw. –aufgaben durch eine Anstalt erfüllt werden können, welche preisfinanziert sind. Typischerweise wird der überwiegende Teil der Aufgaben einer Anstalt jedoch mit allgemeinen Steuermitteln, Gebühren und allfälligen Drittmitteln finanziert. In diesem Zusammenhang sind auch die Finanzierung und Kapitalausstattung (Rz 221ff.) sowie die mögliche Mittel- und Gewinnverwendung (Rz 224f.) zu sehen.
- 221 Soweit eine Anstalt für bestimmte Tätigkeiten Gebühren erheben soll, sind diese in einer eigenen Gebührenverordnung durch die Anstalt zu regeln sind. Dabei sind das Äquivalenz- und das Kostendeckungsprinzip zu beachten.¹⁵³
- 222 Je nach konkreten Aufgabenstellungen kommen für die Finanzierung der Aufgaben einer Anstalt auch Beiträge von anderen Gemeinwesen (insbesondere Kanton und Bund), Entgelte für gewerbliche resp. kommerzielle Leistungen usw. in Frage. Die wesentlichen Quellen solcher Drittmittel sollten im Organisationserlass über die Anstalt aufgeführt werden.¹⁵⁴
- 223 Die notwendige Kapitalausstattung für eine neu zu gründende Anstalt ist im Einzelnen zu prüfen. Diese hängt von den Aufgaben und den (allenfalls zu übernehmenden, Rz 210ff.) notwendigen Infrastrukturen zusammen. Im Bund ist beispielsweise auch vorgesehen, dass die EFV einer Anstalt für den Aufbau Darlehen gewähren kann (Art. 25 Abs. 6 i.V.m. Art. 19 Abs. 2 Mustererlass). Die notwendigen diesbezüglichen Regelungen können in die Bestimmungen über die Errichtung der Anstalt im Organisationserlass aufgenommen werden.¹⁵⁵

¹⁵³ Siehe dazu Art. 13 Mustererlass; das Äquivalenz- und das Kostendeckungsprinzip sollten auch von einer kommunalen Anstalt eingehalten werden.

¹⁵⁴ Siehe dazu die Beispiele in Art. 15 Mustererlass.

¹⁵⁵ Siehe dazu auch Art. 25 Mustererlass.

- 224 Eine öffentlich-rechtliche Anstalt wäre durch den Stadtrat in seiner Rolle als Eigner mit strategischen Zielen, die schwergewichtig aufgabenseitige, aber auch unternehmensbezogene Vorgaben enthalten, zu steuern (oben Rz 171). Allfällige Leistungsbestellungen würden ebenfalls im Rahmen der strategischen Ziele gesteuert. Soweit eine Anstalt in namhaftem Umfang von allgemeinen Steuermitteln abhängig ist, kann das nach Finanzhaushaltsrecht zuständige Organ (Stadtrat, grosser Stadtrat, Bürgerschaft) im Rahmen seiner Finanzierungsbeschlüsse ebenfalls Einfluss auf die Mittelverwendung nehmen.
- 225 Einen wichtigen Punkt stellt die Regelung der möglichen Gewinnverwendung bei einer Anstalt dar. Die Bildung von Reserven sowie ihre Zweckbestimmung setzen eine Grundlage im Organisationserlass voraus. Es ist je nach Aufgabenbereich im Einzelfall zu entscheiden ob und wie weitgehend einer Anstalt die Möglichkeit zur Reservebildung gegeben werden soll.¹⁵⁶ Es ist dabei zu beachten, dass mit der Möglichkeit zur Reservebildung eine gewissen Flexibilität für künftige Entwicklungen und Investitionen geschaffen werden kann und zugleich auch allfällige Haftungsrisiken abgesichert werden können.

4. Zwischenergebnis öffentlich-rechtliche Anstalt

- 226 Im Rahmen der Gesetzgebung kann der «Autonomiegrad» der öffentlich-rechtlichen Anstalt je nach Bedarf grösser oder kleiner ausgestaltet werden. Der Steuerung einer öffentlich-rechtlichen Anstalten sollte insbesondere durch mittelfristig ausgerichtete strategische Ziele erfolgen. Dabei unterscheiden sich die programmatischen Schwerpunkte¹⁵⁷ und die Aufgaben- und unternehmensbezogenen Ziele samt Kennzahlen nicht wesentlichen von solchen in Eignerstrategien von Aktiengesellschaften. Mittels dieser strategischen Ziele kann die Regierung (Stadtrat) genügend steuern, ohne die auszulagernde Einheit zu stark einzuschränken.
- 227 Eine öffentlich-rechtliche Anstalt kann sowohl Kooperationen eingehen als auch Beteiligungen eingehen oder sogar selbst gründen. Der guten Ordnung halber ist jedoch festzuhalten, dass diese mit dem Zweck und mit den Zielen und Aufgaben der Anstalt im Einklang stehen müssen. Dies ist sinnvoll, wie auch die Rahmenbedingung, dass Beteiligungen und Gründungen betriebswirtschaftlichen Grundsätzen zu entsprechen haben und ihre Finanzierung, Steuerung und Kontrolle gewährleistet sein muss.
- 228 Rein formal gesehen ist die öffentlich-rechtliche Anstalt in Bezug auf ihre Entscheidungsfreiheit und Kompetenzen weniger autonom als dies bei privaten Aktiengesellschaften der Fall ist. Wie bei den Ausführungen zur Steuerung der privatrechtlichen Aktiengesellschaft jedoch gezeigt wurde (Rz 85ff.), ist deren «Flexibilität» nur wenig grösser, wenn man wie im vorliegenden Fall dem Umstand Rechnung trägt, dass die Stadt Allein- oder zumindest Mehrheitseignerin ist.

¹⁵⁶ Siehe z.B. auf Bundesebene die Bemerkungen zum Mustererlass, S. 44f. mit detaillierten Hinweisen zu Umfang, Zweck und Einschränkungen von allfälligen Reservebildungen.

¹⁵⁷ In der Terminologie der Beteiligungsstrategie der Stadt Luzern «übergeordnete normative und politische Vorgaben».

- 229 Eine wesentliche Einschränkung besteht für öffentlich-rechtliche Anstalten im Gegensatz zu Aktiengesellschaften bezüglich der Gewinnverwendung und Reservebildung. Gerade betreffend die Aufgaben, welche die in der Motion 103 zur Diskussion stehenden Aktiengesellschaften ausüben, dürfte eine Reservebildung notwendig werden, wenn diese in Anstalten umgewandelt würden. Dies wäre in den entsprechenden Organisationserlassen zu verankern, allenfalls etwas «zweckgebundener» als dies bei einer Aktiengesellschaft der Fall ist. Aber auch hier ist zu bemerken, dass im Ergebnis die Stadt als Eignerin auch bei der Aktiengesellschaft entscheiden kann, wie viel und wofür Reserven gebildet werden können.¹⁵⁸
- 230 Das Personal der öffentlich-rechtlichen Anstalt ist öffentlich-rechtlich angestellt. Es besteht in gewissen Schranken jedoch die Möglichkeit, vom öffentlichen Personalstatut abzuweichen. Dazu sind jedoch im Organisationserlass und oder in einem Zusatzreglement die notwendigen Rechtsgrundlagen zu schaffen (dazu Rz 218ff.).

C. Zentralverwaltung

1. Begriff und Merkmale

- 231 Der Begriff «Zentralverwaltung» wird in der Literatur nicht einheitlich verwendet.¹⁵⁹ Sowohl auf Bundes- als auch auf Kantons- (und Gemeindeebene) zeichnet sie sich im hier verstandenen Sinn dadurch aus, dass sie politische Vorbereitungs-, Steuerungs- und Koordinationsaufgaben erfüllt und insbesondere hoheitlich geprägte Dienstleistungen erfüllt.¹⁶⁰
- 232 Die Gemeindeorganisation richtet sich in erster Linie nach dem kantonalen Recht. Sie in den meisten Kantonen¹⁶¹ legen auch im Kanton Luzern Verfassung und Gesetz¹⁶² den allgemeinen Rahmen dar und überlassen den Gemeinden die Detailregelung (vgl. dazu Rz 233ff.).

2. Formelle Grundlagen / Stadtorganisation

- 233 Gemäss § 11 KV nehmen Kanton und Gemeinden die Aufgaben wahr, die ihnen durch die Gesetzgebung übertragen sind.¹⁶³ Die Gemeinden sind öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaften und haben im Rahmen des kantonalen Rechts Rechtsetzungs- und Entscheidungsbefugnisse.¹⁶⁴

¹⁵⁸ Dies selbstverständlich unter Einhaltung der aktienrechtlichen Vorschriften Art. 671 ff. OR.

¹⁵⁹ BIAGGINI, § 20, N 4.

¹⁶⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 23, N 1624; in der Motion 103 wird der Begriff «Kernverwaltung» verwendet. Gemeint ist damit jedoch ebenfalls die Zentralverwaltung.

¹⁶¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 23, N 1937.

¹⁶² Insbesondere das Gemeindegesetz (GG).

¹⁶³ Die nicht abschliessende Aufzählung der Aufgabenbereiche beinhaltet u.a.: Gesundheit, Verkehr, Energie und Sport.

¹⁶⁴ § 68 Abs. 1 KV; § 3 Abs. 1 u. 2 GG.

- 234 Die Gemeinden geben sich eine demokratische Organisation und legen deren Grundzüge in einer Gemeindeordnung fest.¹⁶⁵
- 235 Die Organe der Gemeinden sind insbesondere die Stimmberechtigten und der Gemeinderat. Es kann auch ein Parlament eingesetzt werden.¹⁶⁶ Gemäss § 6 Abs. 1 GG regelt die Gemeinde ihre Organisation in einer Gemeindeordnung, welche dem übrigen kommunalen Recht vorgeht. Die Zuständigkeiten der Organe und Verwaltungseinheiten sind in einem rechtsetzenden Erlass zu regeln.¹⁶⁷ Grundsätzlich kann zwischen Gemeinden mit und ohne Gemeindeparlament unterschieden werden. Die Stadt Luzern verfügt über ein «Gemeindeparlament» (dazu nachfolgend Rz 236).
- 236 Die Gemeindeordnung der Stadt Luzern (GO) sieht – neben den Stimmberechtigten – folgende Organe vor:
- Grosser Stadtrat;
 - Stadtrat;
 - Stadtverwaltung.
- 237 Der *Grosse Stadtrat* ist das Parlament. Er besteht aus 48 von den Stimmberechtigten gewählten Mitgliedern.¹⁶⁸ Seine Aufgaben und Kompetenzen sind in Art. 26ff. GO geregelt. Von Bedeutung im Zusammenhang mit den Fragen dieses Gutachtens ist insbesondere, dass er die Oberaufsicht über die Stadtverwaltung wahrnimmt (vgl. Rz 25). Dabei stehen ihm nach Art. 30 GO folgende Instrumente zur Verfügung:
- Prüfung der Berichterstattung und Jahresrechnung des Stadtrates;
 - Behandlung der vom Stadtrat vorgelegten Berichte über bestimmte Gegenstände der Geschäftsführung;
 - parlamentarische Vorstösse;
 - Überwachung der Verwaltungstätigkeit durch parlamentarische Kommissionen;
 - Parlamentarische Untersuchungskommissionen;
 - Genehmigung der Abrechnung von Sonderkrediten.
- Auf einzelne dieser Instrumente wird im Rahmen der Behandlung der Beurteilungskriterien zurückzukommen sein.
- 238 Die oberste leitende und vollziehende Behörde («Regierung») ist der *Stadtrat*. Er besteht aus der Stadtpräsidentin oder dem Stadtpräsidenten und vier weiteren Stadträtinnen und Stadträten.¹⁶⁹ Der Stadtrat weist jedem Mitglied die Leitung einer Direktion zu.¹⁷⁰

¹⁶⁵ § 70 Abs. 1 KV.

¹⁶⁶ § 70 Abs. 2 KV.

¹⁶⁷ § 6 Abs. 2 GG.

¹⁶⁸ Art. 18 GO.

¹⁶⁹ Art. 31 GO.

¹⁷⁰ Auf Bundesebene und in verschiedenen Kantonen «Departement».

- 239 Die Aufgaben des Stadtrates sind in Art. 36 ff. GO geregelt. Die Einzelheiten seiner Geschäftsführung sind in der Geschäftsordnung des Stadtrates (GeschO) geregelt (vgl. auch Art. 35 GO).
- 240 Der Stadtrat ist für alle Aufgaben zuständig, die keinem andere Organ übertragen sind.¹⁷¹ In Art. 36 Abs. 2 GO sind die «allgemeinen» Aufgabe und Kompetenzen – ebenfalls wie beim grossen Stadtrat nicht abschliessend – aufgeführt. Zu den Kernaufgaben gehört dabei der Vollzug des Rechts und der Erlass von Ausführungsbestimmungen sowie die Leitung und Beaufsichtigung der Stadtverwaltung (vgl. Rz 25).
- 241 Ein wichtige Rolle spielen – gerade auch in Bezug auf die Leitung und Aufsicht – die Direktionen. Gemäss Art. 41 GO kann Verwaltungsaufgaben an Direktionen oder Dienstabteilungen übertragen.¹⁷²
- 242 Die Aufgaben der *Stadtverwaltung* bestehen insbesondere darin, die ihr im Rahmen der Rechtsordnung übertragenen Aufgaben und weitere Dienstleistungen zu erbringen. Sodann unterstützen Sie den Stadtrat bei seinen Aufgaben und bereiten dessen Geschäfte vor.¹⁷³
- 243 Die Stadtverwaltung ist organisatorisch in Direktionen gegliedert, welche ihrerseits in Dienstabteilung aufgeteilt sind.¹⁷⁴
- 244 Die Zuteilung der Aufgabenbereiche auf die einzelnen Direktionen erfolgt nach den Grundsätzen von Art. 51 GO.¹⁷⁵ In Art. 1 Organisationsreglement (OrgR) findet die Gliederung der Stadtverwaltung in folgende Direktionen: Baudirektion, Bildungsdirektion, Finanzdirektion, Umwelt- und Mobilitätsdirektion sowie Sozial- und Sicherheitsdirektion. Die Konkretisierung der Aufgabenbereiche der einzelnen Direktionen findet sich in Art. 9 der Organisationsverordnung (OrgV).

3. Beurteilungskriterien

3.1. Kriterium Aufsichts- und Steuerungsinstrumente

- 245 Die Aufsicht und die Steuerung ist bezüglich Aufgaben, welche durch die Zentralverwaltung erfüllt werden, sehr direkt und erfolgt nach streng hierarchischen Regeln. Die entsprechenden hierarchischen Zuständigkeiten wurden oben unter den formellen Grundlagen resp. bei der Skizzierung der Stadtorganisation aufgezeigt (siehe Rz 233ff.).

¹⁷¹ Art. 36 Abs. 1 GO.

¹⁷² Die wichtigsten Verwaltungsaufgaben führt der Stadt selbst.

¹⁷³ Art. 48 GO.

¹⁷⁴ Art. 50 GO.

¹⁷⁵ Kriterien bilden: Wahrung Sachzusammenhänge, Erleichterung Arbeitsabläufe, gleichmässige Verteilung der Aufgaben, Gewährleistung Aufsicht und Kontrolle, Effiziente Aufgabenerfüllung.

- 246 Die Oberaufsicht kommt dem grossen Stadtrat zu, während dem Stadtrat Aufsicht über die Stadtverwaltung und deren Führung zukommt. Der Stadtrat wird dabei durch die einzelnen Direktionen unterstützt, welche die strategische und finanzielle Führung in ihrem jeweiligen Aufgabenbereich wahrnehmen.¹⁷⁶ Die zuständige Stadträtin bzw. der zuständige Stadtrat führt die ihm unterstellten Dienstabteilung.¹⁷⁷ Damit verbunden ist auch die unmittelbare Aufsicht über die Tätigkeit der Dienstabteilungen.
- 247 In der Kantonsverfassung ist in § 73 Abs. 1 explizit festgehalten, dass die Gemeinden bei der Aufgabenerfüllung und der Festlegung ihrer Organisation für eine wirksame Kontrolle und Steuerung sorgen. In § 5 Abs. 1 GG ist präzisiert, dass die Gemeinde über ihre Organisation und ihr Controlling-System in eigener Kompetenz und Verantwortung beschliesst, wobei jedoch die zwingenden Bestimmungen des Gesetzes über den Finanzhaushalt der Gemeinden (FHGG) vorbehalten bleiben.¹⁷⁸
- 248 Nachfolgend ist damit zu prüfen, wie die Steuerung und Aufsicht für die Einheiten der Zentralverwaltung der Stadt Luzern zu erfolgen hat – dies unter Berücksichtigung der übergeordneten kantonalen Gesetzgebung.
- 249 Im Kanton Luzern haben die Gemeinden gestützt auf § 17 Abs. 3 GG eine politische Planung vorzunehmen, welche sich aus folgenden Elementen zusammensetzt:
- Gemeindestrategie;
 - Legislaturprogramm;
 - Aufgaben- und Finanzplan;
 - Budget.
- 250 Die Stadt Luzern verfügt über eine Gemeindestrategie 2019-2028 und ein Legislaturprogramm 2019-2021, welche den obersten strategischen Rahmen für die Entwicklung der Stadt bilden.
- 251 Während Gemeindestrategie und Legislaturprogramm durch eine hohe Flughöhe gekennzeichnet sind, bildet der Aufgaben- und Finanzplan die die erwarteten Entwicklungen der Leistungen und Finanzen der einzelnen Aufgabenbereiche detailliert ab (für das jeweilige Budgetjahr sowie drei weitere Planjahre).¹⁷⁹ Gemäss § 9 Abs. 3 FHGG umfasst der Aufgaben- und Finanzplan folgende Elemente:
- Lagebeurteilung;
 - Planung der Aufgaben und Finanzen;
 - Erläuterungen;
 - Bericht des strategischen Controlling-Organs (vgl. Rz 255);

¹⁷⁶ Art. 8 Abs. 1 OrgV.

¹⁷⁷ Art. 8 Abs. 2 OrgV.

¹⁷⁸ Einzuhaltende Mindestanforderungen sind dabei: demokratische Führung der Gemeinde, rechtsstaatlich und verwaltungstechnisch korrekte Verwaltungsabläufe und eine gesunde Entwicklung des Finanzhaushalts (§ 5 Abs. 2 GG).

¹⁷⁹ § 9 Abs. 2 FHGG.

- Kontrollbericht der kantonalen Finanzaufsicht.
- 252 Ein Blick in den Aufgaben- und Finanzplan 2022-2025 zeigt, dass dieser wie vom FHGG gefordert, pro Aufgabenbereich die erwarteten Leistungen und Finanzen abbildet. Dabei wird entsprechend § 5 FHGV folgendes je Aufgabenbereich aufgezeigt:
- politischer Leistungsauftrag;
 - Bezug zum Legislaturprogramm;
 - Massnahmen und Projekte mit finanziellen Konsequenzen;
 - Messgrössen;
 - Finanzentwicklung.
- 253 Die Steuerung der einzelnen Aufgabenbereiche hat gemäss § 22 FHGG durch die Konkretisierung der politischen Leistungsaufträge in betriebliche Leistungsaufträge zu erfolgen.
- 254 Die betrieblichen Leistungsaufträge der Stadt enthalten je Leistungsbereich die strategischen und operativen Ziele, finanzielle Mittel, Verantwortlichkeiten und Kennzahlen.
- 255 Die Stadt verfügt für einen vorgegebenen Controlling-Prozess zur Prüfung der einzelnen Bereiche ihrer Zentralverwaltung. Gemäss Art. 39 Abs. 1 OrgV definiert sich dieser wie folgt: «Controlling ist der Prozess von Planung, Zielerreichung, Berichterstattung, Steuerung und Kontrolle in den Bereichen Personal, Finanzen und Leistungen.» Die Verantwortung für das Controlling obliegt nach Absatz 2 dem Stadtrat, den Direktorinnen und Direktoren (Stadträtin oder Stadtrat) resp. den Behörden gemäss Personalreglement (vgl. Rz 298ff.).
- 256 Der Kanton Luzern resp. deren Gemeinden verfügen mit den oben erwähnten Instrumenten über eine moderne Verwaltungsführung, auch betreffend die Zentralverwaltung. Im Unterschied zu vielen anderen Kantonen (und deren Gemeinden) wird mit dem Leistungsauftrag auch ein Globalkredit für die jeweilige Aufgabe erteilt.
- 257 Nachdem die Stadt Luzern einerseits über ein ausgebautes Beteiligungsmanagement mit wirkungsvollen Controllinginstrumenten verfügt und andererseits die Zentralverwaltung (zu Recht) mit vergleichsweise grossen Handlungsfreiheiten ausgestaltet ist (Leistungsauftrag mit Globalkredit) dürfte der Unterschied in Bezug auf die betriebliche Steuerung zwischen Zentralverwaltung und Beteiligungen kleiner sein als erwartet.
- 258 Dies kann jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass natürlich aus institutioneller Sicht eine direktere Einflussnahme auf die Zentralverwaltung genommen werden kann als auf eine Beteiligung. Dies ergibt sich naturgemäss schon deshalb, weil der Stadtrat die Stadtverwaltung direkt führt und auch die Aufsicht direkt wahrnehmen kann – ohne «Umweg» über Leitungsorgane oder die Eigentümereigenschaft.
- 259 Dasselbe ergibt sich auch in Bezug auf die verschiedenen Genehmigungsvorbehalte und Rolle, welche dem Stadtparlament zukommen. Das wohl entscheidendste Instrument dürfte

diesbezüglich die Genehmigung bzw. sogar Änderungsmöglichkeit des Aufgaben- und Finanzplanes darstellen.

- 260 Nachdem jedoch auch für die wesentlichen Beteiligungen verschiedene wirkungsvolle Steuerungs- und Aufsichtsinstrumente bestehen (oben Rz 85ff.), sollte dies allein nicht ausschlaggebend sein, bei der Beurteilung, ob eine Aufgabe innerhalb der Zentralverwaltung oder durch eine Beteiligung geleistet wird.

3.2. Kriterium Aufgabentypus

- 261 Die «öffentliche Verwaltung» (im Rahmen dieses Gutachtens «Zentralverwaltung») hatte nach traditionellem Verständnis in erster Linie die Aufgabe, Gesetze und andere staatliche Beschlüsse zu vollziehen.¹⁸⁰ Dieses ursprüngliche Bild wird der Bedeutung einer Zentralverwaltung im modernen Staat jedoch nicht gerecht. Als «verlängertem Arm» der Regierung spielt sie im Rahmen der Staatsleitung bzw. der Vorbereitung der Gesetzgebung eine bedeutende Rolle.¹⁸¹
- 262 Die Formen der Verwaltungstätigkeit können unterschiedlich eingeteilt werden. Von Bedeutung sind insbesondere die beiden Kategorisierungen «hoheitliche vs. nicht hoheitliche Verwaltungstätigkeit» und «Eingriffs- vs. Leistungsverwaltung».¹⁸² Die Eingriffsverwaltung ist regelmässig hoheitlicher Natur und dient der unmittelbaren Erfüllung von Verwaltungsaufgaben (z.B. Erhebung von Steuern, Bewilligung von Bauvorhaben).¹⁸³ Diese Aufgaben sind unbestrittenermassen durch die Zentralverwaltung zu erfüllen.
- 263 In den letzten Jahrzehnten ist das Aufgabenspektrum des Staates ständig gestiegen und hat neben der Eingriffs eine sog. «Leistungsverwaltung» etabliert. Unter der «Leistungsverwaltung» versteht man diejenigen Aufgaben, welche den Privaten staatliche Leistungen vermitteln. Die Leistungsverwaltung ist zum Teil ebenfalls hoheitlicher Natur (z.B. betreffend die staatlichen Sozialleistungen), in weiten Teilen aber nicht hoheitlicher Natur. Das typische Beispiel für die nicht hoheitliche Leistungsverwaltung stellen die öffentlichen Versorgungsbetriebe dar.¹⁸⁴
- 264 In jüngerer Zeit wird die Wahrnehmung von nicht hoheitlichen Verwaltungstätigkeiten auf allen Staatsebenen vermehrt Aufgabenträgern ausserhalb der Zentralverwaltung anvertraut.¹⁸⁵ Dabei wird regelmässig auf den Aufgabentypus abgestellt (vgl. dazu Rz 33 für den Bund).

¹⁸⁰ BIAGGINI, § 20, N 1.

¹⁸¹ BIAGGINI, § 20, N 2.

¹⁸² Statt vieler: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 1, N 27ff.

¹⁸³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 1, N 33.

¹⁸⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 1, N 36.

¹⁸⁵ BIAGGINI, § 20, N 4.

- 265 Die in der Motion 103 zur Diskussion gestellten Beteiligungen üben eine Vielzahl von unterschiedlichen Aufgaben aus. Es kann festgestellt werden, dass es sich dabei nicht um «hoheitliche» Aufgaben handelt, welche zwingend durch die Zentralverwaltung zu erbringen sind. Vielmehr geht es um nicht hoheitliche Leistungen, bei welchen grundsätzlich nichts gegen eine Auslagerung spricht. Wenn man den Aufgabentypen des Bundes folgt, kann festgestellt werden, dass es sich nicht um sog. «Ministerialaufgaben» handelt, welche durch die Zentralverwaltung erfüllt werden sollten (vgl. zu den Aufgabentypen im Allgemeinen Rz 30ff.). Vielmehr werden durch die zu Diskussion stehenden Beteiligungen verschiedene Dienstleistungen erbracht (vgl. dazu im Einzelnen 316ff. für die ewl, Rz 331ff. für die Verkehrsbetriebe Luzern AG, Rz 338ff. für Viva Luzern AG und Rz 345ff. für die Hallenbad Luzern AG).
- 266 Die Zentralverwaltung ist für Ministerialaufgaben (hoheitliche Tätigkeit, Unterstützung Staatsleitung usw.) die richtige Organisationsform. Dies ist betreffend die vier Beteiligungen ewl, Verkehrsbetriebe Luzern AG, Viva Luzern AG und Hallenbad Luzern AG nicht der Fall.

3.3. Kriterium Kommerzielle Tätigkeiten

- 267 Die Zentralverwaltung ist wie oben dargelegt, die richtige Form für die hoheitliche Aufgabenerfüllung. Darunter fallen kommerzielle Tätigkeiten nicht.
- 268 Kommerzielle Tätigkeiten müssen schon durch ausgelagerte Einheiten folgende Voraussetzungen erfüllen: Gesetzliche Grundlage; öffentliches Interesse; Verhältnismässigkeit und Wettbewerbsneutralität (vgl. dazu insbesondere Rz 183ff.). Zumindest diese Voraussetzungen müssten auch im Falle von kommerziellen Tätigkeiten durch die Zentralverwaltung erfüllt sein. Nachdem die Ausübung von kommerziellen Tätigkeiten durch die Zentralverwaltung indessen zum vorneherein nicht in Betracht kommen dürfte, wird an dieser Stelle nicht näher darauf eingegangen.

3.4. Kriterium Beteiligung durch Dritte

- 269 Eine Beteiligung von Dritten ist nicht möglich, da die Zentralverwaltung kein eigenes Rechtsgefäss darstellt, sondern zu den Organen der Stadt Luzern gehört (oben Rz 236).

3.5. Kriterium Kooperationen mit und Beteiligung an Dritten

- 270 Eine Kooperation mit Dritten durch die Stadt ist grundsätzlich nicht ausgeschlossen, bedarf aber einer gesetzlichen Grundlage für die betreffende Aufgabe.
- 271 Eine Beteiligung an Dritten durch die Stadt wäre unter Einhaltung der rechtlichen Rahmenbedingungen grundsätzlich möglich, würde jedoch im Widerspruch zur Reintegration von Aufgaben aus den bestehenden Beteiligungen stehen.

3.6. Kriterium Haftung

a. Übersicht Haftungsregime

272 Bei der Stadt Luzern handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaft. Als solche ist sie nicht nur selbständige Trägerin von Rechten und Pflichten, sondern auch selbständiges Haftungssubjekt.¹⁸⁶ Die Haftung der kommunalen Staatsebene wird regelmässig im kantonalen Recht geregelt, so auch im Kanton Luzern.

273 Gemäss § 1 HG regelt dieses die Haftung für Schäden, die Angestellte des Gemeinwesens im öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Arbeitsverhältnis in Ausübung amtlicher Verrichtungen verursachen. Dabei gelten nach § 2 HG als Gemeinwesen der Kanton, die Gemeinden, die Gemeindeverbände und die Landeskirchen sowie deren rechtsfähige Anstalten (vgl. zu letzteren Rz 195ff.).

274 Nachfolgend wird die Haftung der Stadt Luzern bzw. diejenige ihre Mitarbeitenden dargestellt – dies unter dem Blickwinkel, dass Aufgaben, welche heute durch ausgelagerte Einheiten erfüllt werden, künftig durch die Stadt selbst erbracht würden. Wie gezeigt wird, ist dabei entscheidend, um was für eine Art Aufgabe es sich dabei handelt.

b. Haftung der Stadt

275 Als Grundsatz gilt, dass die Stadt Luzern gestützt auf § 4 HG für den vollen Schaden, den ein Angestellter einem Dritten in Ausübung amtlicher Verrichtungen widerrechtlich zufügt, sofern sie nicht nachweist, dass dem Angestellten kein Verschulden zur Last fällt. Der Dritte hat gegenüber dem Angestellten keinen Anspruch (zum möglichen Rückgriff durch die Stadt siehe nachfolgend Rz 280f.).

276 Im Zusammenhang mit den Fragestellungen im Rahmen dieses Gutachtens ist entscheidend, welche Aufgaben, die heute durch ausgelagerte Beteiligungen wahrgenommen werden, unter den Begriff der «amtlichen Verrichtung» fallen. In der Botschaft zur Änderung des Haftungsgesetzes aus dem Jahre 2009 wird zum Begriff der amtlichen Verrichtung folgendes ausgeführt: «Die amtlichen Tätigkeiten umfassen die Erfüllung wesensmässig öffentlicher Aufgaben. In der Regel übt der Staat diese Tätigkeit aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung aus. Amtliche Tätigkeiten können in hoheitliche und nichthoheitliche Tätigkeiten¹⁸⁷ unterteilt werden [...]. Den amtlichen Tätigkeiten stehen die gewerblichen Verrichtungen gegenüber. Solche übt der Staat in der Regel aus, wenn diese Tätigkeiten grundsätzlich auch Privaten offenstehen, die Erzielung von Gewinn eine gewisse Rolle spielt und er sich keiner hoheitlichen Mittel bedient, sondern Privaten gleichgeordnet gegenübersteht. Gewerbliche Verrichtungen sind zum Beispiel der Betrieb eines Schwimmbades oder einer Kantine.»¹⁸⁸

¹⁸⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 24, N 1635.

¹⁸⁷ vgl. dazu auch Rz 263.

¹⁸⁸ Botsch. Änderung HG 2009, S. 3.

- 277 Das einfache Beispiel «Betrieb eines Schwimmbades» zeigt, dass diese Aufgabe, welche heute von der Hallenbad Luzern AG ausgeführt wird, nicht dem Bereich der «amtlichen Verrichtung» zuzuordnen ist, sondern als «gewerbliche Verrichtung» gilt. Bei den übrigen im Rahmen der Motion 103 zur Diskussion stehenden privaten Aktiengesellschaften bzw. Gesellschaftsgruppen wäre dies ebenfalls im Einzelfall zu prüfen – und dies je Gesellschaft und deren verschiedenen Tätigkeitsbereichen.¹⁸⁹
- 278 Gemäss Art. 61 Abs. 2 OR sind die Kantone (und Gemeinden) den Bestimmungen des OR und anderen Bundesnormen unterstellt, soweit sie bzw. ihre Mitarbeitenden gewerbliche Tätigkeiten ausführen.
- 279 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass im Falle einer Reintegration von Tätigkeiten in die Zentralverwaltung, welche heute durch ausgelagerte Einheiten wahrgenommen werden, nicht alle diese Tätigkeiten unter die Staatshaftung (HG) fallen würden. Dies wäre mit erheblichen Rechtsunsicherheiten verbunden, da kaum im Voraus geklärt werden kann, wo eine Staatshaftung Platz greifen würde und wo nicht; dies bringen auch die Ausführungen in der Botschaft zur Änderung des Haftungsgesetzes zum Ausdruck (vgl. die Fussnote zu Rz 277).

c. Haftung der Mitarbeitenden

- 280 Gemäss § 10 HG haftet der Angestellte dem Gemeinwesen für den Schaden, den er ihm widerrechtlich und vorsätzlich oder grobfahrlässig verursacht hat. Diese auf Vorsatz und Grobfahrlässigkeit beschränkte Haftung gegenüber der Stadt gilt jedoch nur im Falle von «amtlichen Verrichtungen» (dazu oben Rz 275ff.). Im Falle von gewerblichen Verrichtungen gilt das OR, soweit nicht andere bundesrechtliche Spezialvorschriften zur Anwendung gelangen.
- 281 Während § 10 HG die unmittelbare oder direkte Schädigung des Gemeinwesens (vorliegend Stadt Luzern) betrifft, regelt § 11 HG den Rückgriff im Falle einer Haftpflicht der Stadt. Sofern die Stadt in Erfüllung ihrer Haftpflicht Schadenersatz geleistet hat, kann sie auf den Angestellten zurückgreifen, jedoch wiederum nur im Falle von Vorsatz oder Grobfahrlässigkeit. Diese Beschränkung betrifft jedoch wie bei der direkten Haftung nur «amtliche Verrichtungen».

¹⁸⁹ Das HG wurde insbesondere revidiert, weil die primäre Haftung des Kantons und der Gemeinden für amtliche Verrichtungen, die an Private Personen und Organisationen übertragen wurden, «im Widerspruch zur höheren Eigenverantwortung und dem unternehmerischen Handlungsspielraum, welche wichtige Gründe für die Auslagerung von öffentlichen Aufgaben an Private darstellen» stand und stattdessen mit der Übertragung der Entscheidungskompetenz diese auch stärker in die Verantwortung genommen werden sollten (Botsch. Änderung HG, S. 5f.); dies ist ein Indiz dafür, dass der Begriff «amtliche Tätigkeit» relativ weit zu verstehen ist, weil regelmässig nur Aufgaben ausgelagert werden, welche keinen hoheitlichen Charakter haben. Die Begriffe «nicht hoheitliche Leistungsverwaltung» und «gewerbliche Verrichtung» sind also nicht gleichzusetzen. Dies ergibt sich auch aus der Botsch. Änderung HG, S. 3. Gerade in den Themenbereichen «Energie» und «Alter bzw. Soziales» müsste eine vertiefte Analyse erfolgen, um zu beurteilen, welche Aufgaben als «amtlich» und welche als «gewerblich» zu beurteilen wären.

3.7. Kriterium Rechtsformspezifischer Rechtsetzungsaufwand

- 282 Gestützt auf das Legalitätsprinzip (Grundsatz der Gesetzmässigkeit) ist alle «Verwaltungstätigkeit» an das Gesetz zu binden bzw. braucht mit anderen Worten eine gesetzliche Grundlage.¹⁹⁰ Das Legalitätsprinzip gilt sowohl für die Eingriffs- als auch für die Leistungsverwaltung, auch wenn beispielsweise die Anforderungen an die Bestimmtheit des Rechtssatzes oder an das Erfordernis der Gesetzesform für letztere weniger streng sind.¹⁹¹
- 283 Im Weiteren ist zu beachten, dass das Legalitätsprinzip für alle Staatsebenen gilt.¹⁹² Grundsätzlich besteht keine Wahlfreiheit für ein Gemeinwesen, ob es bestimmte Aufgaben öffentlich- oder privatrechtlich regeln möchte. Gerade im modernen (Leistungs-)Staat ist es nicht immer einfach zu entscheiden, welche Handlungsform die Richtige ist. Raum für privatrechtliche Regelungen bestehen dort, wo das öffentliche Recht einen Bereich nicht abschliessend regelt.¹⁹³
- 284 Soweit Aufgaben, welche bisher durch die Beteiligungen – im Wesentlichen aber wohl nicht ausschliesslich auf Privatrecht basierend – erfüllt wurden, neu durch die Stadt als Gebietskörperschaft erledigt werden, ist im Einzelnen zu prüfen, welche städtischen Erlasse angepasst werden müssen bzw. sogar neu geschaffen werden müssen, damit sich die «neuen» Aufgaben auf genügende Rechtsgrundlagen abstützen lassen.
- 285 Es ist einerseits davon auszugehen, dass sachthematische Erlasse aus den einzelnen Aufgabenbereichen (Energie, Alter usw.) geschaffen oder angepasst werden müssen und andererseits auch sämtliche Querschnittserlasse (Gemeindeorganisation, Finanzen, Personal) überprüft und wohl angepasst werden müssten. Es ist davon auszugehen, dass im Falle einer «untypischen» Rückverlagerung von Aufgaben von ausgelagerten Einheiten in die Zentralverwaltung einer sehr hoher Rechtsetzungsbedarf besteht.
- 286 Um eine konkrete Abschätzung des notwendigen Rechtsetzungsbedarfs vornehmen zu können, wäre eine entsprechende Rechtsgrundlagenanalyse durchzuführen.

3.8. Kriterium Rechtsformspezifischer Umsetzungsaufwand

- 287 Unabhängig vom oben unter Rz 282ff. bestehenden Rechtsetzungsbedarfs gilt es den effektiven Umsetzungsaufwand zu beachten. Eine Abschätzung des Umsetzungsaufwandes kann ohne vertiefte Analyse selbstverständlich nicht vorgenommen werden. Entsprechende Analysen müssten dann vorgenommen werden, wenn für einzelne ausgelagerte Einheiten ein «Reintegration» in die Zentralverwaltung tatsächlich zur Diskussion stände.

¹⁹⁰ Statt vieler: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 24, N 1635.

¹⁹¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 6, N 379ff.

¹⁹² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 6, N 382.

¹⁹³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 19, N 1379f.

- 288 Von entscheidender Bedeutung ist unter anderem, ob eine Übernahme durch die Stadt nach Art. 751 OR erfolgen kann. Soweit das Vermögen einer Aktiengesellschaft vom Bund, von einem Kanton oder – unter Garantie des Kantons – von einer Gemeinde übernommen wird, kann mit Zustimmung der Generalversammlung vereinbart werden, dass die Liquidation unterbleiben soll.¹⁹⁴ Während der umgekehrte (und wohl weitaus häufigere Fall), nämlich die Überführung von öffentlich-rechtlichen Instituten in Formen des Privatrechts mittels Fusion, Umwandlung und Vermögensübertragung durch das Fusionsgesetz (FusG) geregelt wird, liegt die Umwandlung privatrechtlicher Rechtsträger in öffentlich-rechtliche Institute (vgl. dazu auch oben Rz 210ff.), die Vermögensübertragung von privatrechtlichen Rechtsträgern auf öffentlich-rechtliche Körperschaften sowie die Fusion solche Rechtsträger ausserhalb des Anwendungsbereichs des FusG.¹⁹⁵
- 289 Gemäss Art. 751 OR kann eine Liquidation unterbleiben, sofern die Generalversammlung zustimmt, was in Anbetracht dessen, dass sämtlich Aktien im Eigentum der Stadt Luzern sind, eine reine Formsache darstellt. Der Übergang des Vermögens findet bei einer Übernahme nach Art. 751 OR auf dem Wege der Universalsukzession statt. Auch sind keine speziellen Gläubiger- oder Arbeitnehmerschutzbestimmungen zu beachten. Auf diese Schutzbestimmungen kann verzichtet werden, weil die übernehmende öffentlich-rechtliche Körperschaft mit ihrem ganzen Vermögen haftet.¹⁹⁶ In formeller Hinsicht ist ein öffentlich beurkundeter Beschluss der Generalversammlung notwendig sowie ein Übernahmevertrag, für welchen jedoch keine besonderen Formvorschriften bestehen.¹⁹⁷ Dies vereinfachte Übernahme durch die Stadt Luzern ist jedoch an die Bedingung geknüpft, dass der Kanton Luzern eine Garantie abgibt.
- 290 Sofern die Garantie des Kantons Luzern nicht erfolgt, ist mit einem deutlich höheren Umsetzungsaufwand zu rechnen. Dies deshalb, weil dann die heute privatrechtlich organisierten Aktiengesellschaften liquidiert werden müssten bzw. deren Aktiven und Passiven, aber auch Mitarbeitende sowie Rechte und Pflichten (Verträge usw.) in die Stadt(-verwaltung) integriert werden müssten. So wären beispielsweise die Immobilien, welche heute im Eigentum der privaten Aktiengesellschaften stehen einzelweise auf die Stadt zu übertragen.
- 291 Unabhängig davon, ob eine Übertragung nach Art. 751 OR erfolgt oder nicht, hätte eine solche Transaktion auch gewichtige administrative Konsequenzen (zusätzliche Mitarbeitende, Immobilien, Finanzhaushalt usw.).
- 292 Die vorstehenden exemplarischen Ausführungen zu einigen Aspekten, welche es im Rahmen einer Reintegration zu beachten gälte, zeigen dass eine solche mit einem ausserordentlich hohen – und zudem kaum verlässlich abschätzbaren – Umsetzungsaufwand verbunden wäre, insbesondere wenn diese nicht nach Art. 751 OR erfolgen könnte.

¹⁹⁴ Art. 751 Abs. 1 OR.

¹⁹⁵ TSCHÄNI, BSK OR II, Art. 751, N 1.

¹⁹⁶ TSCHÄNI, BSK OR II, Art. 751, N 2.

¹⁹⁷ TSCHÄNI, BSK OR II, Art. 751, N 3.

3.9. Kriterium Personalrecht

- 293 Gemäss Art. 4 Abs. 1 des Personalreglements (PR) gilt dieses für «das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis aller Mitarbeitenden, die mit der Stadt oder einer ihrer rechtsfähigen Anstalten einen öffentlich-rechtlichen Arbeitsvertrag abgeschlossen haben».
- 294 Nicht anwendbar ist das PR nach Art. 4 Abs. 2 Bst. c auf Personen mit einem zivilrechtlichen Arbeitsvertrag. Dies ist aber nicht der Regelfall. Grundsätzlich ist das Arbeitsverhältnis öffentlich-rechtlich und nur in Ausnahmefällen zivilrechtlich.¹⁹⁸
- 295 Von Bedeutung ist, dass das PR auf Dienstabteilungen, die durch Leistungsaufträge mit Globalbudget geführt werden, nur insoweit Anwendung findet, als der Stadtrat keine abweichenden Bestimmungen erlassen hat.¹⁹⁹ Wenn man davon ausgeht, dass Bereiche aus heute ausgelagerten Einheiten in die Zentralverwaltung zurückgeführt werden, ist davon auszugehen, dass diese Bereiche mit Leistungsaufträgen und Globalbudget geführt würden.
- 296 Gemäss Art. 33 Abs. 1 PR wird jede Stelle im Stellenplan drei Lohnklassen zugeordnet: einer Einstiegs-, einer Entwicklungs- und einer Zielklasse. Im PR und der PVo finden sich weitere detaillierte Regelungen betreffend die Besoldungen der Mitarbeitenden der Stadt Luzern. Die Dienstabteilung Personal hat zudem gemäss Art. 33 Abs. 4 PR Weisungen zur Lohneinreihung und Lohnentwicklung der Mitarbeitenden zu erlassen. Es kann damit festgestellt werden, dass erwartungsgemäss relativ starre Besoldungsvorschriften bestehen, die bei Reintegration von ausgelagerten Einheiten in die Stadtverwaltung dann auch für diese «neuen» Mitarbeitenden der Stadt gelten würden.
- 297 Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass neben der Besoldungsthematik weitere Regelungsbereiche im PR resp. der PVo bestehen, welche dem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis geschuldet und in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen nicht oder zumindest weniger detailliert geregelt bzw. notwendig sind (Kündigungsmodalitäten, Weiterbildung, Leistungsbeurteilung, Stellenplan, Rechtsschutz).
- 298 Gemäss Art. 37 PR erlässt der Stadtrat den Stellplan für alle Anstellungen. Der Stellenplan, welcher jährlich revidiert wird, beinhaltet:
- alle Stellen der Stadtverwaltung;
 - deren Aufteilung auf die Direktionen und auf die nachgeordneten Verwaltungseinheiten;
 - die Richtfunktionen und Lohnklassen, die jeder Stelle zugeordnet sind.
- 299 Einen gewissen Spielraum ergibt sich für diejenigen Dienststellen, welche mittels Leistungsaufträgen resp. Globalbudgets geführt werden (oben Rz 295). Konkret können die Dienstchefin oder Dienstchef innerhalb einer Aufgabe²⁰⁰ bis zum Soll-Stellenplan besetzen

¹⁹⁸ Art. 6 Abs. 1 PR; zu den ausnahmsweise zivilrechtlichen Anstellungen siehe Art. 2a PVo.

¹⁹⁹ Art. 4 Abs. 4 PR.

²⁰⁰ Die einzelnen Aufgabebereiche ergeben sich aus dem Anhang zur Finanzhaushaltverordnung.

sowie das zahlenmässige Verhältnis der in unterschiedlichen Funktionen beschäftigten Personen befristet anders gestalten als im Stellenplan.

- 300 Der Stellenplan wird durch die Dienstabteilung Personal und die Stellenplankommission²⁰¹ geprüft und dem Stadtrat zur Genehmigung zugeleitet. Im Ergebnis ist damit festzuhalten, dass trotz Führung mit Globalbudget den Dienstabteilungen in Bezug auf die Personalbeschaffung wenig Spielraum zur Verfügung steht.
- 301 Insgesamt kann festgestellt werden, dass mit dem öffentlich-rechtlichen Personalstatut der Stadt Luzern die für eine unternehmerisch agierende Einheit zu wenig Flexibilität besteht, um auf sich ändernde Marktbedingungen bzw. -entwicklungen zu reagieren.²⁰²

3.10. Kriterium Wirtschaftliche Selbständigkeit

- 302 Die Gemeinden beschaffen ihre Mittel nach § 77 KV insbesondere durch:
- Steuern und andere Abgaben;
 - Leistungen Dritter (u.a. Bund und Kanton);
 - Anlagen und deren Erträgen;
 - Aufnahme von Darlehen und Anleihen.
- 303 Eine Einheit der Zentralverwaltung muss nicht wirtschaftlich selbständig sein. Sie kann sich insbesondere über die Finanzquellen gemäss Rz 302 finanzieren. Dabei gibt es jedoch finanzpolitische Grundsätze (Rz 304ff.) und finanzrechtliche Regelungen (Rz 306ff.) zu beachten.
- 304 Die kantonalen Vorgaben zur finanzpolitischen Steuerung finden sich § 4 ff. FHGG. Von besonderer Bedeutung ist das Haushaltgleichgewicht (§ 5 FHGG). Im Weiteren ist klar geregelt, wie mit Rechnungsüberschüssen umzugehen ist. So ist nach § 6 Abs. 2 FHGG aus Ertragsüberschüssen Eigenkapital zu bilden, soweit diese nicht zur Abtragung von Minuspositionen im Eigenkapital verwendet werden müssen. Diese Vorgaben schränken die Flexibilität der einzelnen Dienststellen stark ein.
- 305 Das Reglement über den Finanzhaushalt der Stadt Luzern (FHR) konkretisiert in Übereinstimmung mit den kantonalrechtlichen Vorgaben die finanzpolitische Steuerung der Stadt (Art. 5ff. FHR). Insbesondere die jährlichen Vorgaben (Art. 6 FHR) und die Finanzierungsregel (Art. 7 FHR) sind von Bedeutung. Letztere besagt, dass das Verwaltungsvermögen durch Eigenkapital finanziert sein muss.
- 306 Der Stadtrat muss gestützt auf § 8f. FHGG jährlich einen Aufgaben- und Finanzplan erstellen, welcher auf die Gemeindestrategie und das Legislaturprogramm abgestimmt ist (dazu oben Rz 249ff.).²⁰³ Nach Art. 8 FHR ist der Aufgaben- und Finanzplan der Stadt Luzern,

²⁰¹ Vgl. Art. 25 OrgV.

²⁰² Vgl. dazu auch SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER, S. 61.

²⁰³ § 8 FHGG.

um weitere Inhalte pro Aufgabe zu ergänzen, u.a. um die Ergebnisse der einzelnen Leistungsgruppen und die Entwicklung des Stellenplans.

- 307 Das jährlich zu erstellende Budget beinhaltet nach § 11 Abs. 1 Bst. b FHGG für jeden Aufgabenbereich einen Budgetkredit in der Erfolgsrechnung und in der Investitionsrechnung. Die einzelnen Budgetkredite ergeben sich aus dem Aufwand und Ertrag je Aufgabe und stellen für diese ein Globalbudget dar.²⁰⁴ Entscheidend ist jedoch, dass die Budgetkredite grundsätzlich verbindlich sind und nicht überschritten werden können.²⁰⁵
- 308 Im Vergleich zu anderen Kantonen haben die Gemeinden des Kantons Luzern aufgrund der Globalbudgets einen grösseren Gestaltungsspielraum, da die einzelnen Aufwand- und Ertragspositionen im Einzelnen budgetiert werden müssen. Unabhängig davon stellen die jährlichen Budgetvorgaben eine Einschränkung des Spielraumes dar.
- 309 Auch ist es den einzelnen Dienststellen nicht möglich, Reserven zu bilden bzw. «eigenes» Eigenkapital zu bilden, wie dies etwa bei einer Aktiengesellschaft der Fall ist oder auch je nach Ausgestaltung einer öffentlich-rechtlichen Anstalt. Dies stellt einen erheblichen Nachteil dar, insbesondere wenn eigentliche Betriebe in die Zentralverwaltung reintegriert werden sollen. Grössere Schwankungen in den Betrieben bzw. eben bei Reintegration Dienststellen können Auswirkungen auf den gesamten Finanzhaushalt der Stadt Luzern haben.
- 310 Soweit eine Reintegration in die Zentralverwaltung von einzelnen privatrechtlichen Aktiengesellschaften weiterverfolgt wird, wäre zu prüfen, ob eine Spezialfinanzierung für die betreffende Aufgabe in Betracht zu ziehen wäre. Dazu wäre eine gesetzliche Grundlage zu schaffen und deren Ausgestaltung je Aufgabe im Einzelnen zu prüfen.²⁰⁶

4. Zwischenergebnis Zentralverwaltung

- 311 Eine Reintegration von Aufgaben in die Zentralverwaltung, welche heute durch privatrechtliche Aktiengesellschaften erfüllt werden, führt zu einem erheblichen Umsetzungsaufwand. Der Rechtssetzungsaufwand ist nur schwierig abzuschätzen und muss im Rahmen einer Rechtsgrundlagenanalyse ermittelt werden.
- 312 Die Zentralverwaltung ist die richtige Organisationsform für Ministerialaufgaben. Für kommerzielle Aufgaben ist die Zentralverwaltung hingegen nicht geeignet. Zudem sind die Restriktionen für einen «Betrieb», insbesondere wenn er am Markt tätig ist, zu eng. Dies widerspiegelt sich insbesondere in den personalrechtlichen und finanzrechtlichen Rahmenbedingungen, welche zwar im Kanton Luzern modern sind, jedoch auf die «klassische Verwaltung» (Eingriffsverwaltung, hoheitliche Leistungsverwaltung) ausgerichtet sind.

²⁰⁴ § 11 FHGG.

²⁰⁵ § 12 FHGG; Vorbehalten bleiben Nachtragskredite, bewilligte Kreditüberschreitungen und Kreditübertragungen (siehe dazu § 14-16 FHGG).

²⁰⁶ § 49 FHGG.

IV. SUMMARISCHE BEURTEILUNG DER HEUTIGEN RECHTSFORMEN

A. Vorbemerkungen

- 313 Wie bereits vorne (Rz 5ff.) ausgeführt wurde, kann im Rahmen dieses Modul 1 des Gutachtens lediglich summarisch beurteilt werden, ob sich eine vertiefte Beurteilung der Organisationsformen (Aktiengesellschaften) der in der Motion 103 erwähnten Beteiligungen aufdrängt. Es ist indessen nicht möglich und auch nicht Gegenstand dieses Gutachtens, eine Analyse betreffend die einzelnen vorstehend allgemein behandelten Beurteilungskriterien für diese vier Beteiligungen vorzunehmen. Dies müsste im Rahmen eines weiteren Gutachtens (Modul 2) erfolgen, soweit dies für einzelne Beteiligungen in Erwägung gezogen wird.
- 314 Soweit eine vertiefte Beurteilung einzelner Beteiligungen in einem zweiten Schritt vorgenommen werden sollte, sind gegebenenfalls auch zusätzliche Beurteilungskriterien heranzuziehen (siehe dazu Rz 22). Zudem ist dann zwingend auch eine betriebswirtschaftliche Analyse vorzunehmen.
- 315 Bei der nachfolgenden Behandlung der einzelnen Beteiligungen wird jeweils zuerst kurz deren Ausgangslage dargestellt (u.a. Entstehung, allfällige Gruppenstruktur, Aufgaben bzw. Leistungen, Regulierungsrahmen, politische Vorgaben, Eignerstrategie).²⁰⁷ Anschliessend erfolgt eine summarische Beurteilung mit dem Ziel, darzulegen, inwieweit sich eine vertiefte Überprüfung der Organisationsform aufdrängt.

B. Energie Wasser Luzern AG (ewl)

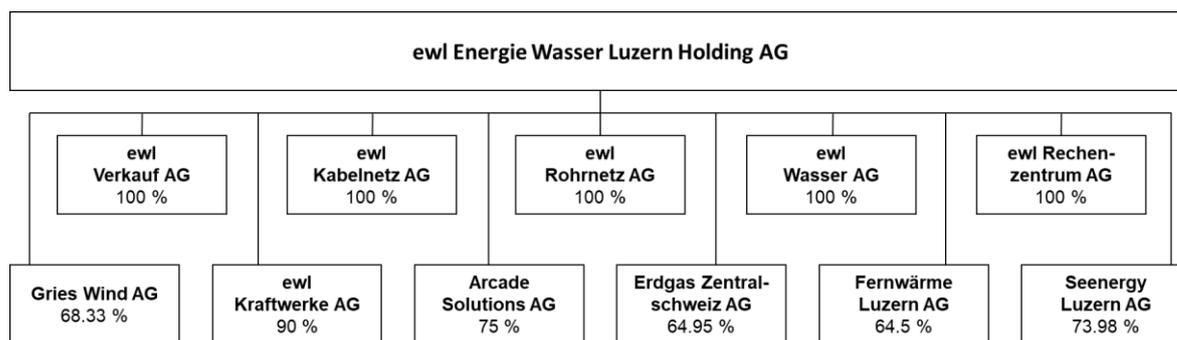
1. Ausgangslage

- 316 Die ewl ist im Jahre 2001 aus der Zusammenführung verschiedener Stadtbetriebe in Form einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft hervorgegangen, welche im Alleineigentum der Stadt Luzern steht.²⁰⁸

²⁰⁷ Nicht möglich ist eine Darstellung der Entwicklung im Einzelnen und insbesondere würde es auch den Rahmen dieses Gutachtens sprengen, auf allfällige bisherige Probleme im Zusammenhang mit einzelnen Beteiligungen (z.B. vbl) einzugehen.

²⁰⁸ <https://www.ewl-luzern.ch/ueber-ewl/unternehmen/organisation/geschichte/>.

317 Die ewl-Gruppe bestand Ende 2021 aus zwölf Gesellschaften:



Quelle: eigene Darstellung der Mehrheitsbeteiligungen in Anlehnung an die Website der ewl.²⁰⁹

318 Knapp die Hälfte der Gesellschaften steht im Alleineigentum der Holding. An den übrigen Gesellschaften hält die Holding die Aktienmehrheit.²¹⁰

319 Die Gries Wind AG und die Arcade Solutions AG verfügen über eigenständige Auftritte (Website, Adresse, Corporate Identity usw.). Die Erdgas Zentralschweiz AG verfügt ebenfalls über einen eigenen Webauftritt. Dort wird indessen zum Ausdruck gebracht, dass die ewl Mehrheitsaktionärin ist und zudem festgehalten, dass die Geschäfte durch die «ewl energie wasser luzern» geführt werden. Die Fernwärme Luzern AG ist «der Zusammenschluss» der ewl mit dem Gemeindeverband REAL und verschiedenen Luzerner Gemeinden.²¹¹ Diese Gesellschaft ist in den Gruppenauftritt eingebunden (Website, Adresse, Corporate Identity usw.). Letzteres gilt auch für die Seenergy Luzern AG.

320 Nachdem die Holding im Alleineigentum²¹² der Stadt steht, kontrolliert sie den gesamten Konzern.²¹³

321 Im Jahr 2022 wurde zusammen mit dem Kanton Obwalden die «Obermatt Kraftwerke AG» gegründet. Die bisherige Konzession der ewl Kraftwerke AG wurde auf die neue Gesellschaft übertragen, welche Mitte Jahr den Betrieb aufnahm. Die Obermatt Kraftwerke AG steht zu 60 Prozent im Eigentum des Kantons Obwalden und zu 40 Prozent im Eigentum der ewl.

²⁰⁹ <https://www.ewl-luzern.ch/files/ewl/Bilder/Unternehmen/Organigramm-Juristische-Gruppe-ewl.jpg>.

²¹⁰ Gemäss ewl-Geschäftsbericht 2021, Anhang zur Konzernrechnung 2021, S. 28ff. sind die in Rz 317 erwähnten Gesellschaften voll konsolidiert. Der Vollständigkeit halber ist noch anzumerken, dass noch vier weitere Gesellschaften (Minderheitsbeteiligungen) bestehen, welche jedoch nicht voll konsolidiert sind, sondern nach der sog. Equity-Methode (ewl Areal AG, Wärmeverbund Sursee AG, SwissFarmerPower Inwil AG und Swiss Fibre Net AG). Zudem bestehen noch kleinere Minderheitsbeteiligungen (bis max. 20 %), welche nicht konsolidiert wurden.

²¹¹ <https://www.ewl-luzern.ch/privatkunden/energie/fernwaerme/>.

²¹² Beteiligungsbericht 2020, S. 3.

²¹³ Die Eignerstrategie liegt den Autoren des Gutachtens nicht vor. Aufgrund des ewl-Geschäftsbericht 2021 (u.a. Konsolidierung) deutet vieles darauf hin, dass die Gesellschaften als Konzern geführt werden, was aus organisatorischer Sicht vorteilhaft ist, auf der anderen Seite aber aus haftungsrechtlicher Sicht nicht unproblematisch ist (Durchgriff, Konzernvertrauen, Vermischung).

- 322 Bereits aus den oben dargestellten juristischen Einheiten ergibt sich, dass die ewl-Gruppe ein vielfältiges Angebot an Leistungen für die Bevölkerung bereitstellt. Die ewl ist zwar teilweise in stark regulierten – auf der anderen Seite aber auch sehr kompetitiven und dynamischen – Märkten tätig. Die Angebotspalette umfasst Strom, Gas, Wärme, Kälte, Wasser, Telekommunikation, Energiedienstleistungen und Elektroninstallationen.²¹⁴
- 323 Deshalb wird die ewl richtigerweise als «wichtige Beteiligung» geführt. Diese Beteiligung dient neben der städtischen Energie- und Klimapolitik auch der Volkswirtschaft der Stadt Luzern. Die acht übergeordneten normativen und politischen Vorgaben umfassen u.a. Aspekte wie Versorgungssicherheit, Ressourcenschonung, erneuerbare Energien, Stärkung Wirtschaftsstandort oder Personalpolitik.²¹⁵

2. Beurteilung

- 324 Wie oben in Rz 322 aufgezeigt, ist das Angebot an Leistungen der ewl äusserst breit. Die ewl stellt ein typisches praktisches Beispiel dar, wonach einzelne Beteiligungen (oder Gruppen) nicht einfach ohne weiteres einem Aufgabentypus zugeordnet werden können. Vielmehr ist von einer Mischform auszugehen. Während im Bereich der Wasserversorgung eine Monopolstellung vorliegt, besteht im Bereich Telekommunikation ein starker Wettbewerb.
- 325 Eine Typisierung der gesamten Gruppe ist damit kaum möglich. Vielmehr müsste in einem nächsten Schritt je Gesellschaft eine entsprechende Zuordnung erfolgen, wobei dies erfahrungsgemäss selbst auf Stufe der einzelnen Gesellschaft nicht ohne weiteres möglich wäre.
- 326 Auch ein Blick in die komplexe Finanzierungsstruktur – welche ebenfalls Hinweise auf die Zuordnung zu einem Aufgabentypus geben könnte – müsste in einem separaten Gutachten erfolgen. Abgesehen davon, dass die Zuordnung zu einem Aufgabentypus in der Regel nicht eindeutig erfolgen kann, wenn wie im Falle der ewl verschiedenste Leistungen angeboten werden und verschiedenste Finanzierungsformen vorliegen (Gebühren, Preisfinanzierung, Abgeltungen usw.) gilt es zu beachten, dass dieses nur eines von mehreren Kriterien wäre.
- 327 Im vorliegenden Fall ist aufgrund der bestehenden Struktur, des dynamischen – wenn auch teilweise regulierten – Marktes offensichtlich, dass eine Transformation der Holding und oder weiterer Gesellschaften von einer Aktiengesellschaft in eine Anstalt nicht empfohlen werden kann. Damit würde der notwendige finanzpolitische und personalpolitische Spielraum eingeschränkt und vor allem wäre mit einem ausserordentlich hohen Transformationsaufwand zu rechnen, der in keinem Verhältnis zu einem – wenn überhaupt gewollten – grösstmöglichen Zuwachs an Steuerung durch die Stadt steht.
- 328 Die Stadt Luzern verfügt über ein wirkungsvolles Beteiligungsmanagement und sollte sich darauf konzentrieren, dieses stets à-jour zu halten. Es ist sicherzustellen, dass die

²¹⁴ <https://www.ewl-luzern.ch/ueber-ewl/unternehmen/>.

²¹⁵ Siehe dazu im Einzelnen Beteiligungsstrategie 2019-2022, S. 13f.

Eignerstrategie laufenden auf dem aktuellen Stand ist sowie kompatibel mit den politischen und normativen Vorgaben aus dem Beteiligungsmanagement ist.

- 329 Eine Reintegration der ewl in die Zentralverwaltung sollte – abgesehen von den vorstehenden Ausführungen – schon deshalb nicht weiterverfolgt werden, weil der weit überwiegende Teil der Leistungen nichts mit Ministerialaufgaben (dazu Rz 34) zu tun hat, die Beteiligungsstruktur in der heutigen Form nicht integriert werden könnte, dies kaum mit den finanzhaushaltrechtlichen Vorgaben umsetzbar wäre und der Transaktionsaufwand exorbitant hoch ausfallen würde.
- 330 Vor diesem Hintergrund kann festgehalten werden, dass die ewl bzw. die ewl-Gruppe weiterhin in Form von privaten Aktiengesellschaften weitergeführt werden soll. Es wird empfohlen, die «Energie» nicht in eine Transformation der Organisationsform zu investieren, sondern zu prüfen, welche Gesellschaften der ewl auch künftig als Konzerngesellschaften geführt werden sollen und welche Gesellschaften allenfalls «eigenständig» bzw. ohne Werbung mit der Unternehmensgruppe geführt werden könnten. Dies vor allem aus Risikoüberlegungen, welche sich gerade in der heutigen energiepolitischen Situation stellen können.

C. Verkehrsbetriebe Luzern AG (vbl)

1. Ausgangslage

- 331 Die ehemalige «vbl-Gruppe» wurde insbesondere im Jahr 2021 restrukturiert und besteht heute nur noch aus zwei Gesellschaften, welche im Alleineigentum der Stadt Luzern stehen, nämlich der Verkehrsbetriebe Luzern AG und der vbl transport ag.²¹⁶ Die vbl transport ag wird in die konsolidierte Konzernrechnung der Verkehrsbetriebe Luzern AG einbezogen.²¹⁷
- 332 Die vbl erbringt gewerbsmässig fahrplan- oder ausserfahrplanmässige Personenbeförderungen sowie weitere mit dem Personenverkehr verbundene Tätigkeiten.²¹⁸ Die vbl ist zudem eines der Schlüsseltransportunternehmen im Rahmen des Verkehrsverbunds Luzern (VVL).
- 333 Der öffentliche Personenverkehr ist durch Bundesrecht und kantonales Recht reguliert und untersteht insbesondere auch einem komplexen Finanzierungssystem (Abgeltungen). Es würde den Rahmen dieses Gutachtens sprengen, näher auf die ÖV-Finanzierung einzugehen. Es ist lediglich festzuhalten, dass die wesentlichen Ertragsquellen eines Transportunternehmens einerseits der Verkehrsertrag (Billette, Abonnemente) und andererseits die Abgeltungen darstellen.

²¹⁶ Im Jahre 2021 hat die Verkehrsbetriebe Luzern AG die vbl verkehrsbetriebe luzern ag übernommen; die Thepra AG (Stans) wurde von der vbl transport ag übernommen.

²¹⁷ vbl-Geschäftsbericht 2021, S. 25.

²¹⁸ Beteiligungsstrategie 2019-2022, S. 12.

334 Die vbl wird als «wichtige Beteiligung» geführt. Sie dient der städtischen Volkswirtschaft. Die fünf übergeordneten normativen und politischen Vorgaben umfassen u.a. Aspekte wie die Erbringungen von qualitativ hochstehenden Leistungen im öffentlichen Personenverkehr und der Verkehrslogistik, die Umsetzung der verkehrspolitischen Interessen der Stadt, einem ökologischen und ökonomischen Ressourcen-Einsatz, das Marktgebiet, erwünschte Kooperationen, die Finanzierung und die Personalpolitik (Sozialpartnerschaft, GAV).²¹⁹ Ein Blick in die Eignerstrategie zeigt, dass diese übergeordneten politischen Ziele darin abgebildet sind und gestützt darauf die Konkretisierung des Stadtrates erfolgt.²²⁰

2. Beurteilung

335 Bei den vbl handelt es sich um ein Transportunternehmen, welches wie oben unter Rz 333f. erwähnt, Leistungen in einem zumindest teilweise regulierten Marktumfeld erbringt. Die grösste Einnahmequelle der vbl bildet der Verkehrsertrag (rund 38 Mio. CHF), gefolgt von den Abgeltungen (knapp 30 Mio. CHF).²²¹

336 Das Angebot der vbl wird zu einem wesentlichen Teil nicht durch sie selbst gesteuert, sondern durch die Besteller, insbesondere durch den Verkehrsverbund VVL. Die Verantwortung für die Grundversorgung trägt somit in erster Linie der VVL und die vbl ist eines der Betriebe, welcher diese Grundversorgung umsetzt. Damit ist davon auszugehen, dass die Angebotssteuerung in genügender Weise über den VVL erfolgt. Nachdem die vbl zudem wie gezeigt zu einem wesentlichen Teil preisfinanziert sind, kann zumindest teilweise von Dienstleistungen am Markt gesprochen werden, auch wenn dieser Markt sehr eingeschränkt sein dürfte.²²²

337 Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen können auch die vbl nicht eindeutig einem Aufgabentypus zugewiesen werden. Vor diesem Hintergrund besteht kein Anlass, zwingend eine Transformation von einer Aktiengesellschaft in eine Anstalt vorzunehmen, dies insbesondere auch deshalb, weil die vbl auch noch weitere kommerzielle Tätigkeiten ausserhalb des öffentlichen Verkehrs erbringen. Nur schon die erfolgte Strukturbereinigung dürfte die vbl für den Stadtrat – aber auch für weitere Akteure im Bereich des öffentlichen Verkehrs (Besteller, Aufsichtsbehörden usw.) – steuerbarer machen, als dies in der Vergangenheit der Fall war.²²³ Eine Reintegration in die Zentralverwaltung sollte nicht in Betracht gezogen werden, da keine Ministerialaufgaben durch die vbl wahrgenommen werden.

²¹⁹ Beteiligungsstrategie 2019-2022, S. 12f.

²²⁰ Eignerstrategie vbl, S. 1ff.

²²¹ vbl-Geschäftsbericht 2021, S. 22.

²²² Auf die Thematik Ausschreibung von Leistungen des öffentlichen Verkehrs wird an dieser Stelle nicht eingegangen.

²²³ Auf die «vbl-Affäre» wird an dieser Stelle nicht weiter eingegangen.

D. Viva Luzern AG

1. Ausgangslage

- 338 Im Jahre 2014 stimmten die Stimmbürgerinnen und Stimmbürger der Umwandlung der städtischen Heime und Alterssiedlungen in eine Aktiengesellschaft zu. Am 1. Januar 2015 nahm Viva Luzern AG den Betrieb auf.²²⁴ Die Viva Luzern AG ist nicht in eine Gruppenstruktur eingebunden. Hingegen arbeitet sie im Sinne einer integrierten Versorgung u.a. mit Spitälern, der Spitex und weiteren Akteuren des Gesundheitswesens zusammen. Viva Luzern AG beschäftigt rund 1200 Mitarbeitende.²²⁵
- 339 Viva Luzern AG verfügt über mehrere Betagtenzentren²²⁶, welche auch über Spezialangebote (Demenzpflege, Palliative Care, Übergangspflege usw.) verfügen. In den Betagtenzentren von Viva Luzern AG leben über 800 Bewohnerinnen und Bewohner. Zudem bietet die Viva Luzern AG 230 Wohnungen mit Dienstleistungen (Betreuung, Sicherheit) an.²²⁷
- 340 Das Heim- und Pflegewesen ist einerseits aufsichtsrechtlich stark reguliert und andererseits besteht ein komplexes Finanzierungssystem (insb. KVG, Bewohner, Gemeinde). Zudem wird das Angebot über die Pflegeheimliste des Kantons gesteuert. Auf diese Rahmenbedingungen kann an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden. Sie zeigen aber, dass ein Heim – ähnlich wie ein Transportunternehmen – vor allem ein «Betrieb» innerhalb eines ganzheitlichen Versorgungssystems (vgl. auch oben Rz 338) darstellt.
- 341 Als «wichtige Beteiligung» hat die Gesellschaft die kommunale Aufgabe, eine angemessene Pflegeversorgung sicherzustellen. Im Weiteren bestehen sechs übergeordnete normative und politische Vorgaben u.a. zum Angebot, zur integrierten Versorgung (vgl. oben Rz 338), zur Gewinnverwendung, zur Infrastruktur und zur Personalpolitik.²²⁸ Es besteht eine Leistungsvereinbarung mit der Stadt. Diese beinhaltet neben den übergeordneten politischen Zielen auch durch den Stadtrat konkretisierte Ziele.²²⁹

2. Beurteilung

- 342 Die Viva Luzern AG stellt einerseits einen klassischen (Pflege-/Alters-)Heimbetrieb mit umfassendem Angebot dar und bietet zusätzlich «betreutes Wohnen» an. Die Haupteinnahmequellen stellen die Pensions- und Pfl egetaxen dar. Die Angebote von Viva Luzern AG stehen – trotz Pflegeheimliste und teilweise vorgegebenem Finanzierungsregime – im

²²⁴ <https://www.vivaluzern.ch/viva-luzern/unternehmen>.

²²⁵ https://www.vivaluzern.ch/application/files/9916/4328/9368/Viva_Luzern_Imagebroschuere_Februar_2022.pdf.

²²⁶ Dreilinden, Eichhof, Rosenberg, Staffelnhof, Wesemlin und Tribtschen.

²²⁷ https://www.vivaluzern.ch/application/files/9916/4328/9368/Viva_Luzern_Imagebroschuere_Februar_2022.pdf; auf die Thematik der rechtlichen Einordnung von «betreutem Wohnen» kann an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden.

²²⁸ Beteiligungsstrategie 2019-2022, S. 15.

²²⁹ Eignerstrategie Viva Luzern AG, S. 1ff.

Wettbewerb mit anderen ähnlichen Institutionen. Das «Betreute Wohnen» stellt zudem eine kommerzielle Tätigkeit dar.

- 343 Die Versorgungssicherheit für die Bevölkerung kann unabhängig von der Organisationsform der einzelnen Institutionen über das Instrument der Pflegeheimliste gesteuert werden. Die Dienstleistungen von Viva Luzern AG sind grundsätzlich marktfähig und – innerhalb des Pflegefinanzierungsregimes – auch preisfinanziert. Damit erbringt Viva Luzern AG in grossen Teilen Dienstleistungen am Markt, weshalb die Organisationsform der Aktiengesellschaft geeignet und richtig ist, insbesondere auch vor dem Hintergrund der angebotenen kommerziellen Leistungen. Gerade auch im Hinblick auf eine weitere Intensivierung von Kooperationen oder gar Beteiligungen an oder durch andere Institutionen der Gesundheitsversorgung, stellt die Organisationsform der Aktiengesellschaft eine gute Ausgangslage dar.
- 344 Eine Reintegration in die Zentralverwaltung sollte nicht weiter verfolgt werden, weil die Viva Luzern AG keine Ministerialaufgaben erbringt.

E. Hallenbad Luzern AG

1. Ausgangslage

- 345 Die Hallenbad Luzern AG bezweckt gemäss Handelsregister den Betrieb eines Hallenbades sowie von weiteren Sport- und Freizeitanlagen in Luzern. Konkret führt die Hallenbad Luzern AG die Betriebe «Hallenbad Allmend», «Strandbad Tribschen» und «Waldschwimmbad Zimmeregg».²³⁰
- 346 Das Angebot der Hallenbad Luzern AG umfasst insbesondere:
- Hallenbad, Strandbad, Waldbad;
 - Sportkurse;
 - Verpflegung (Bistro);
 - Bademode und Accessoires (Shop).
- 347 Die Hallenbad Luzern AG ist nicht in einem regulierten Marktumfeld tätig. Im Gegensatz zu den anderen behandelten Beteiligungen handelt es sich bei der Hallenbad Luzern AG nicht um eine wichtige Beteiligung im Sinne der Beteiligungsstrategie.²³¹ Die Hallenbad Luzern AG ist reine Betriebs-AG, welche für die operativ-betrieblichen Aufgaben zuständig ist. Hingegen ist es Sache der Stadt Luzern, die jeweiligen Badeanlagen der Hallenbad

²³⁰ <https://www.hallenbadallmend.ch/de/leitbild>; In der gleichen administrativen Organisation werden die Partnerunternehmen «Regionales Eiszentrum Luzern AG» und die «Sportanlagen Würzenbach AG» geführt; Zur Entstehungsgeschichte siehe im weiteren Subventionsvertrag, S. 6.

²³¹ Beteiligungsstrategie, S. 29.

Luzern AG in betriebsbereitem Zustand zur Verfügung zu stellen.²³² Die Stadt Luzern hat mit der Hallenbad Luzern AG einen Subventionsvertrag und Leistungsauftrag abgeschlossen.²³³

2. Beurteilung

348 Bei der Hallenbad Luzern AG handelt es sich um einen Betrieb, der im Wettbewerb mit anderen Sportanlagen steht und der sich zum überwiegenden Teil über Eintrittspreise durch die Kunden finanziert. Es gilt jedoch zu beachten, dass die Hallenbad Luzern AG zusätzlich auch massgeblich durch die Stadt durch Steuermittel finanziert wird. So erhält die Hallenbad Luzern AG einen jährlichen Betriebsbeitrag (Subvention) von 1.1 Mio. CHF für die Jahre 2018 bis 2022. Zudem stellt die Stadt die Infrastruktur zur Verfügung (oben Rz 347).

349 Die Hallenbad Luzern AG ist offensichtlich nicht im Bereich der Ministerialverwaltung tätig. Vielmehr nimmt diese Beteiligungen in erster Linie kommerzielle Tätigkeiten wahr. Abgesehen davon, dass doch erhebliche allgemeine Steuermittel für das Zurverfügungstellen der Infrastruktur und die Betriebssubventionen eingesetzt werden müssen, liegt damit eine Dienstleistung am Markt vor, für welche die Organisationsform der Aktiengesellschaft geeignet ist. Die Steuerung der Hallenbad Luzern AG kann zudem auch über den mit dem Subventionsvertrag verknüpften Leistungsauftrag erfolgen.

350 Insbesondere aufgrund der engen Verzahnung der Aufgaben, welche sich Stadt (Infrastruktur) und Hallenbad Luzern AG (Betrieb) teilen, wäre eine Überprüfung der Organisation des Hallenbad- bzw. Sportanlagenbetriebes insgesamt u.U. angezeigt. Es ist jedoch zu bedenken, dass die Steuerung für eine solche Beteiligung relativ wenig Aufwand verursacht und den Transformationsaufwand einer Umwandlung voraussichtlich nicht zu rechtfertigen vermag.

V. ZUSAMMENFASSUNG UND EMPFEHLUNGEN

A. Zusammenfassung

351 Im Rahmen der Motion 103 wurde eine Überprüfung der folgenden im Alleineigentum der Stadt Luzern stehenden Aktiengesellschaften bzw. Gruppen verlangt: ewl, vbl, Viva Luzern AG, Hallenbad Luzern AG (Rz 1ff.). Im vorliegenden Gutachten wurden die drei Organisationsformen der privaten Aktiengesellschaft, der selbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt sowie der Zentralverwaltung untersucht.²³⁴

²³² Subventionsvertrag, S. 7.

²³³ Beteiligungsstrategie 2019-2022, S. 29.

²³⁴ In Rz 15ff. ist dargelegt, welche Organisationsformen aus welchen Gründen nicht geprüft wurden.

- 352 Der Untersuchung wurden verschiedene Beurteilungskriterien (Rz 7) zu Grunde gelegt, welche über diejenigen von den Motionären hinausgehen. Die verwendeten Beurteilungskriterien sind dazu geeignet, in genereller Art die wesentlichen Unterschiede in Bezug auf die untersuchten Organisationsformen aufzuzeigen. Eine konkrete Beurteilung der einzelnen Gesellschaften bildet nicht Gegenstand des vorliegenden Gutachtens. Soweit in Bezug auf eine oder mehrere Beteiligungen eine Umwandlung in eine andere Organisationsform in Betracht gezogen wird, sind gegebenenfalls weitere Beurteilungskriterien heranzuziehen (Rz 22). Diesfalls wäre neben einer rechtlichen Beurteilung insbesondere auch eine betriebswirtschaftliche Analyse vorzunehmen.
- 353 Im Sinne einer Entscheidungshilfe für oder gegen eine vertiefte Überprüfung der Organisationsform der einzelnen Beteiligungen bzw. Aktiengesellschaften, erfolgte im Rahmen dieses Gutachtens eine erste Einschätzung. Diese stützt sich auf die in aller Kürze dargestellte Ausgangslage in Bezug auf die einzelnen Beteiligungen und auf die Erkenntnisse aus der allgemeinen Analyse der untersuchten Organisationsformen.
- 354 Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass sich keine eindeutigen Hinweise ergeben, wonach sich eine Umwandlung der heutigen Organisationsform (Aktiengesellschaften) für die in der Motion 103 erwähnten Beteiligungen ergeben. Namentlich eine Reintegration in die Zentralverwaltung erscheint nicht angezeigt.
- 355 Eine Umwandlung einzelner Aktiengesellschaften in selbständige öffentlich-rechtliche Anstalten wäre zwar rechtlich möglich, drängt sich indessen ebenfalls nicht auf und dürfte den damit verbundenen Transformationsaufwand nicht rechtfertigen. Zudem bieten alle vier Beteiligungen auch Dienstleistungen am Markt an, wenn auch teilweise in einem regulierten Umfeld. Für derartige Dienstleistungen stellt die private Aktiengesellschaft eine geeignete Organisationsform dar. Soweit dennoch eine direktere Steuerung als heute erfolgen soll, besteht zudem die Möglichkeit, von Art. 762 OR Gebrauch zu machen, was die private Aktiengesellschaft etwas näher an die selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt rückt. Auch dies drängt sich jedoch nicht auf, u.a. weil die Stadt Luzern über ein wirkungsvolles Beteiligungsmanagement verfügt, welches unabhängig von der Organisationsform einer Beteiligung funktioniert.

B. Empfehlungen zum weiteren Vorgehen

- 356 In einem nächsten Schritt gilt es nun, den Entscheid zu treffen, ob und wenn ja welche Beteiligungen einer allfälligen genaueren Untersuchung in Bezug auf die Anpassung der Organisationsform unterzogen werden sollen. Sofern dies in Erwägung gezogen wird, würde es sich u.U. lohnen, ebenfalls zu prüfen, ob gegebenenfalls die Ausgestaltung einzelner Aktiengesellschaften im Sinne von Art. 762 OR genügen würde, um die erwünschten Ziele zu erreichen.
- 357 Soweit einzelne Beteiligungen vertieft abgeklärt werden sollen, sind die vorliegend verwendeten Beurteilungskriterien zu ergänzen. Dabei ist auch das konkrete regulatorische Umfeld

der Beteiligung von Bedeutung. Im Weiteren sollte je Beteiligung geprüft werden, welche städtischen Erlasse im Falle einer Umwandlung der Organisationsform zu schaffen oder anzupassen wären.

- 358 Schliesslich sollte eine fundierte betriebswirtschaftliche Analyse erfolgen, welche neben den Transaktionskosten auch die Auswirkungen auf die laufenden Kosten einer Beteiligung aufzeigt. Eine solche Analyse würde insbesondere dann notwendig werden, wenn beispielsweise in einem ersten Schritt eine Änderung der Organisationsform der Hallenbad Luzern AG geprüft würde. Damit könnte neben den rechtlichen Überlegungen auch eine Abwägung zwischen Aufwand und Ertrag einer solchen Organisationsänderung erfolgen.

* * * * *

Staad, 30. September 2022



Prof. Dr. Roland Müller



Dr. Peter Kuratli

ANHANG A: LITERATURVERZEICHNIS

BAUMANN, PHIL / GUTZWILLER, ROMAN S.: Wettbewerbsneutralität öffentlicher Unternehmen als Aktiengesellschaften, Pflichten und Instrumente zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen, AJP 7/2020, S. 887ff., [zit. BAUMANN/GUTZWILLER, S.].

BIAGGINI, GIOVANNI: in: Biaggini, G. / Gächter, Th. / Kiener, R. (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich 2021 [zit. BIAGGINI, §, N].

BÖCKLI, PETER: Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009 [zit. BÖCKLI, §, N].

BUOB, FRANZISKA: Aktiengesellschaften mit staatlicher Beteiligung: Einflussmöglichkeiten und vermögensrechtliche Haftungsrisiken des Staates als Aktionär, Diss., Zürich 2008 [zit. BUOB, N].

FORSTMOSER, PETER / JAAG, TOBIAS: Der Staat als Aktionär: haftungsrechtliche Risiken der Vertretung des Staates im Verwaltungsrat von Aktiengesellschaften, Zürich 2000 [zit. FORSTMOSER/JAAG, N].

FORSTMOSER, PETER / MEIER-HAYOZ, ARTHUR / NOBEL, PETER: Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996 [zit. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, §, N].

FREUDIGER, PATRICK: Anstalt oder Aktiengesellschaft? Zur Bedeutung der Rechtsform bei Ausgliederungen, Diss., Bern 2016 [zit. FREUDIGER, S.].

HÄFELIN, ULRICH / MÜLLER, GEORG / UHLMANN, FELIX: Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich 2020 [zit. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, §, N].

HUGUENIN, CLAIRE / REITZE, CHRISTOPHE: Art. 52 ZGB, in: Honsell, H. / Vogt, N. P. / Geiser, Th., Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 6. Aufl., Basel 2018 [zit. HUGUENIN/REITZE, BSK ZGB I, Art., N].

MEIER-HAYOZ, ARTHUR / FORSTMOSER, PETER / SETHE, ROLF: Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., Bern 2018 [zit. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, §, N].

MÜLLER, ROLAND / LIPP, LORENZ / PLÜSS, ADRIAN: Der Verwaltungsrat – Ein Handbuch für Theorie und Praxis, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021 [zit. MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Bd., S.].

SAILE, PETER / BURGHERR, MARC / LORETAN, THEO: Verfassungs- und Organisationsrecht der Stadt Zürich, Ein Handbuch für die Praxis, Zürich 2009 [zit. SAILE/BURGHERR/LORETAN, N].

SCHEDLER, KUNO / MÜLLER, ROLAND / SONDEREGGER, ROGER W.: Führung, Steuerung und Aufsicht von öffentlichen Unternehmen – Public Corporate Governance für die Praxis, 3. Aufl., Bern 2016 [zit. SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER, S.].

STÄMPFLI, MICHAEL: Die gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft: ihre Willensbildung und Organisation, Diss., Bern 1991 [zit. STÄMPFLI, S.].

THURNHEER, PATRIZIA N.: Corporate Governance spezialgesellschaftlicher Aktiengesellschaften in der Schweiz, Masterarbeit, St.Gallen 2017 [zit. THURNHEER, S.].

TSCHÄNI, RUDOLF: Art. 751 OR, in: Honsell, H. / Vogt, N. P. / Watter, R. (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016 [zit. TSCHÄNI, BSK OR II, Art., N].

WERNLI, MARTIN / RIZZI, MARCO A.: Art. 762 OR, in: Honsell, H. / Vogt, N. P. / Watter, R. (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016 [zit. WERNLI/RIZZI, BSK OR II, Art., N].

ANHANG B: MATERIALIENVERZEICHNIS

- Aufgaben- und Finanzplan 2022-2025 mit Budget 2022, Bericht und Anträge des Stadtrates an den Grossen Stadtrat vom 1. September 2021 (B+A 28/2021), vom Grossen Stadtrat beschlossen am 25. November 2021 [zit. Aufgaben- und Finanzplan 2022-2025]
- Bericht des Bundesrates zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben (Corporate-Governance-Bericht) vom 13. September 2006 [zit. CG-Bericht BR 2006, S.]
- Bericht und Antrag des Stadtrates an den Grossen Stadtrat vom 25. Oktober 2017 (B+A 34/2017), Badeanlagen der Stadt Luzern II, Subventionsvertrag mit Leistungsauftrag [zit. Subventionsvertrag Badeanlagen]
- Beteiligungsbericht 2020, Bericht zur Erfüllung der Eignerziele der wichtigen Beteiligung im Jahr 2020 der Finanzverwaltung vom 30. Juli 2021 [zit. Beteiligungsbericht 2020, S.]
- Beteiligungsstrategie 2019-2022, Bericht und Antrag des Stadtrates an den Grossen Stadtrat vom 11. September 2019 (B+A 27/2019) [zit. Beteiligungsstrategie 2019-2022, S.]
- Botschaft B 107 des Regierungsrates an den Kantonsrat zum Entwurf einer Änderung des Haftungsgesetzes vom 2. Juni [zit. Botsch. Änderung HG 2009, S.]
- Eigentümerstrategie des Stadtrates für die Viva Luzern AG, Finanzverwaltung, 19. August 2015 [Eignerstrategie Viva Luzern AG].
- Eigentümerstrategie des Stadtrates für die Verkehrsbetriebe Luzern AGH (vbl AG), Finanzverwaltung, Mai 2018 [Eignerstrategie vbl].
- Erläuternder Bericht der Eidgenössischen Finanzverwaltung zum Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates vom 13. September 2006 [zit. EFV-Bericht 2006, S.].
- Gemeindestrategie 2019-2028 / Legislaturprogramm 2019-2021, Bericht und Antrag des Stadtrates an den Grossen Stadtrat vom 19. September 2018 (B+A 18/2018), vom Grossen Stadtrat beschlossen am 29. November 2018 [zit. Gemeindestrategie 2019-2028 bzw. Legislaturprogramm 2019-2021]
- Geschäftsbericht 2021, ewl energie wasser Luzern, abrufbar unter https://gb.ewl-luzern.ch/fileadmin/user_upload/redakteure/gb2021/pdf/ewl-Geschaeftsbericht-2021.pdf [zit. ewl-Geschäftsbericht 2021, S.]
- Geschäftsbericht 2021, Verkehrsbetriebe Luzern AG, abrufbar unter https://www.vbl.ch/fileadmin/01_vblAG/GzD_VBL_Geschaeftsbericht_2021_opt.pdf [zit. vbl-Geschäftsbericht 2021, S.]
- Motion 103, Überprüfung der Rechtsformen der Aktiengesellschaften im städtischen Alleinbesitz, SP- und SVP-Fraktion, Luzern, 14.5.2021 (Eingang Stadtkanzlei) [zit. Motion 103, S.]
- Mustererlass für Anstalten mit Dienstleistungen mit Monopolcharakter [Stand 1. Juli 2016]: Bundesgesetz über Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Anstalt X (BG über die Anstalt X [Variante: Anstalt-X-Gesetz], XG) [zit. Mustererlass, Art.]

Mustervorlage für den Erlass der strategischen Ziele von verselbständigten Einheiten des Bundes, Fassung für Dienstleister mit Monopolcharakter und als Empfehlung für Anstalten der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht, Eidgenössische Finanzverwaltung, 2015 [zit. Mustervorlage, S.].

Stellungnahme zur Motion 103, Überweisung anlässlich der Ratssitzung vom 28.10.2021 [zit. Stellungnahme Motion 103, S.]

Übersicht über die 37 Leitsätze der Corporate Governance des Bundes, Eidgenössische Finanzverwaltung des Bundes [zit. 37 CG-Leitsätze; CG-Leitsatz].

Zusatzbericht des Bundesrates zum Corporate-Governance-Bericht – Umsetzung der Beratungsergebnisse des Nationalrats vom 25. März 2009 [zit. CG-Zusatzbericht BR 2009, S.].

ANHANG C: ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AK	Aktienkapital
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zürich/St.Gallen)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
Botsch.	Botschaft
BPG	Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (SR 172.2201)
BR	Reglement über das Beteiligungsmanagement der Stadt Luzern (Beteiligungsreglement, BR) vom 21. März 2019 (sRSL 0.5.1.1.3)
BRL	Richtlinie über das Beteiligungsmanagement der Stadt Luzern (vom Stadtrat beschlossen am 29. Mai 2019)
BSK	Basler Kommentar
Bst.	Buchstabe
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
bzw.	beziehungsweise
CG	Corporate Governance
CHE-	Unternehmensidentifikationsnummer
CHF	Schweizer Franken
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation

EFV	Eidgenössische Finanzverwaltung
ESBK	Eidgenössische Spielbankenkommission
evtl.	eventuell
ewl	Energie Wasser Luzern (gesamte Gruppe)
f./ff.	und folgende (Seite, Note usw.) / und folgende (Seiten, Noten usw.)
FHG	Bundesgesetz über den eidgenössischen Finanzhaushalt (Finanzhaushaltsgesetz) vom 7. Oktober 2005 (SR 611.0)
FHGG	Gesetz über den Finanzhaushalt der Gemeinden vom 20. Juni 2016 (SRL Nr. 160)
FHGV	Verordnung zum Gesetz über den Finanzhaushalt der Gemeinden vom 10. Januar 2017 (SRL Nr. 161)
FHR	Reglement für den Finanzhaushalt der Stadt Luzern vom 21. September 2017 (sRSL 9.1.1.1.1)
FHVö	Verordnung zum Reglement über den Finanzhaushalt der Stadt Luzern (Finanzhaushaltsverordnung) vom 29. November 2017 (sRSL 9.1.1.1.2)
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FusG	Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz) vom 3. Oktober 2003 (SR 221.301)
GeschO	Geschäftsordnung des Stadtrates von Luzern vom 21. August 2021 (sRSL 0.4.1.1.1)
GG	Gemeindegesezt (GG) vom 4. Mai 2004 (SRL Nr. 150)
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GO	Gemeindeordnung der Stadt Luzern vom 7. Februar 1999 (sRSL 0.1.1.1.1)
GV	Generalversammlung
HG	Haftungsgesetz (HG) vom 11. Juli 1986 (SRL Nr. 23)
Hrsg.	Herausgeber, Herausgeberin
i.d.R.	in der Regel
inkl.	inklusive

i.V.m.	in Verbindung mit
KV	Verfassung des Kantons Luzern vom 17. Juni 2007 (SRL Nr. 1)
Mio.	Million(en)
N	Note(n)
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
OrgR	Reglement über die Organisation der Stadtverwaltung Luzern (Organisationsreglement) vom 13. Juni 2002 (sRSL 0.5.1.1.1)
OrgV	Verordnung über die Organisation der Stadtverwaltung Luzern (Organisationsverordnung) vom 28. August 2002 (sRSL 0.5.1.1.2)
PR	Personalreglement der Stadt Luzern vom 25. Juni 1998 (sRSL 0.8.1.1.1)
PVo	Personalverordnung der Stadt Luzern vom 25. November 1998 (sRSL 0.8.1.1.2)
resp.	respektive
RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (SR 172.010)
Rz.	Randziffer(n)
S.	Seite(n)
sog.	sogenannt(e)
SP	Sozialdemokratische Partei
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SRL	Systematische Rechtssammlung des Kantons Luzern
sRSL	Systematische Rechtssammlung Stadt Luzern
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
SVP	Schweizerische Volkspartei
u.	und
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen

vbl	Verkehrsbetriebe Luzern (gesamte Gruppe)
VG	Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz) vom 14. März 1958 (SR 170.32)
VO	Verordnung
VR	Verwaltungsrat
vgl.	vergleiche
VVL	Verkehrsverbund Luzern
Weko	Wettbewerbskommission
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert