



Oberaufsicht über ausgelagerte Träger kantonaler Aufgaben

Hans-Peter Schaub¹
Dr. rer. soc.

Das Wichtigste vorab

Der Kanton Zürich hält zahlreiche Beteiligungen an rechtlich selbstständigen Institutionen. Viele davon dienen der Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Für den Kanton sind mit diesen Beteiligungen vielfältige und oft erhebliche Interessen, Risiken und Chancen verknüpft. Eine angemessene Wahrnehmung der parlamentarischen Oberaufsicht ist deshalb wichtig. In diesem Beitrag werden Aufgaben, Möglichkeiten und Rahmenbedingungen der Oberaufsicht über verselbstständigte Aufgabenträger im Kanton Zürich ausgelotet. Ein Schwerpunkt liegt auf Beteiligungen in der Form der Aktiengesellschaft.

Die Kernaussagen lassen sich in zehn Punkten zusammenfassen. Die Punkte 7 und 8 beziehen sich spezifisch auf Aktiengesellschaften, die übrigen Punkte gelten gleichermassen auch für die Oberaufsicht über öffentlich-rechtliche Anstalten.

1) Bei ausgelagerten Aufgabenträgern soll sich die Oberaufsicht darauf fokussieren, ob die *Interessen des Kantons* gewahrt werden, ob Regierung und Aufgabenträger einen angemessenen *Umgang mit den Risiken des Kantons* pflegen und ob die *Leistungserfüllung* zielgerichtet erfolgt.

> *Siehe Abschnitt 2.*

2) Drei Kategorien von Risiken und Interessen stehen im Vordergrund. So ergeben sich erstens *finanzielle Interessen und Risiken* aus der Rolle des Kantons als Eigner. Bei ausgelagerten öffentlichen Aufgaben ist zweitens stets ein *Gewährleistungsinteresse bzw. ein Ausfallrisiko* mit der Rolle des Kantons als Gewährleister verbunden: Er trägt gegenüber der Öffentlichkeit die Letztverantwortung dafür, dass die öffentlichen Aufgaben erfüllt werden. Sowohl aus der Eigner- als auch aus der Gewährleisterrolle des Kantons ergeben sich drittens *Reputationsrisiken*.

Die Oberaufsicht hat alle diese Risiken und Interessen sowie den Umgang der Regierung damit im Blick zu behalten.

> *Siehe Abschnitte 2 und 3.*

3) Für die Beurteilung, ob Regierung und Verwaltung ihre Aufsichts- und Mitwirkungspflichten im Sinn der Interessen des Kantons angemessen wahrnehmen, ist die ordentliche jährliche Berichterstattung des Regierungsrats über die Umsetzung der Eigentümerstrategie *eine* hilfreiche Informationsquelle für die Oberaufsicht. Darüber hinaus kann und soll die zuständige Aufsichtskommission bei Regierung und Verwaltung *so viele Informationen einholen, wie sie für ihre Beurteilung braucht*. Sie kann sich grundsätzlich über alle Unterlagen, Handlungen und auch Unterlassungen von Regierung und Verwaltung informieren lassen, die für die Wahrung der Kantonsinteressen von Bedeutung sind.

> *Siehe Abschnitt 3.*

4) Ist der Kanton bei einer Beteiligung Minderheitseigner, kann er seine Interessen nicht im Alleingang durchsetzen. Dies ändert aber nichts daran, dass der Regierungsrat seine Aufsichts- und Mit-

¹ Der vorliegende Beitrag beruht auf einem Papier, das der Autor als Mitarbeiter der Parlamentsdienste des Kantonsrats Zürich verfasst hat. Mittlerweile arbeitet Hans-Peter Schaub bei den Parlamentsdiensten der Bundesversammlung.

wirkungsbefugnisse auszuschöpfen hat, um *im Rahmen seiner Möglichkeiten* die Interessen des Kantons zu wahren und die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe sicherzustellen. Die Oberaufsicht hat zu prüfen, ob er dieser Pflicht nachkommt. *Die Aufgaben der Oberaufsicht unterscheiden sich deshalb bei Minderheitsbeteiligungen nicht entscheidend* von Beteiligungen mit Alleineignerschaft des Kantons.

> *Siehe Abschnitt 3.*

5) Nebst der Aufsichtstätigkeit der Regierung ist *auch die Tätigkeit des Aufgabenträgers selbst Gegenstand der Oberaufsicht*. Die Oberaufsicht soll damit beurteilen können, ob die kantonale Aufgabe in angemessener Quantität und Qualität, zu angemessenen Kosten und im Rahmen der Rechtsordnung erfüllt wird. Nicht im Zentrum steht hingegen die Art und Weise, wie der Aufgabenträger diese Ziele erreicht.

> *Siehe Abschnitt 4.*

6) Viele ausgelagerte Aufgabenträger gehen auch *nichtöffentlichen Aufgaben* nach. Diese nichtöffentlichen Aufgabefelder unterstehen der Oberaufsicht nur so weit, wie sie für den Kanton ein nennenswertes finanzielles oder reputationsmässiges Risiko mit sich bringen oder die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe beeinträchtigen können.

> *Siehe Abschnitte 4.2 und 4.3.*

7) Die Aufsichtskommission darf *direkten Kontakt mit den ausgelagerten Aufgabenträgern* pflegen und Informationen von diesen selbst einholen. Aktiengesellschaften haben allerdings die gesetzliche Pflicht, bei der Auskunftserteilung das *Gleichbehandlungsgebot* zu beachten: Sie dürfen nur in engen Grenzen Informationen erteilen, die nicht auch allen anderen Aktionären vorliegen. Besonders strikt gilt dieses Gleichbehandlungsgebot bei börsenkotierten Gesellschaften. Grundsätzlich ist bei Aktiengesellschaften deshalb

eine Informationsbeschaffung via den Regierungsrat vorzuziehen.

> *Siehe Abschnitt 5.*

8) Auf die Erhebung von *börsenkursrelevanten Informationen* sollte wenn möglich verzichtet werden, um Insider-Geschäften vorzubeugen. Erscheinen solche Informationen für die Wahrnehmung einer sinnvollen Oberaufsicht aber wichtig, sind sie dem Kommissionsgeheimnis zu unterstellen. Die Kommission kann die Informationseinholung auch etwa auf eine Subkommission begrenzen.

> *Siehe Abschnitt 6.*

9) *Empfehlungen* der Aufsichtskommission sind an Regierung und Verwaltung zu richten, soweit sie sich auf deren Aufsichtstätigkeit beziehen. Auch wenn sich Empfehlungen auf die Tätigkeit des Aufgabenträgers selbst beziehen, ist der Regierungsrat ein angemessener Adressat, kann er doch im Rahmen seiner Aufsichts- und Mitwirkungsrechte Einfluss nehmen; zusätzlich können solche Empfehlungen aber auch an das oberste Organ des Aufgabenträgers gerichtet werden.

> *Siehe Abschnitt 7.*

10) Generell ist zu betonen, dass parlamentarische Oberaufsicht immer ein politischer Akt ist. Sie soll deshalb *stets dem konkreten Fall und der konkreten Situation Rechnung tragen*, wenn es um die Abwägung ihrer Schranken und Möglichkeiten geht. Ein allzu schematisches Befolgen eines einheitlichen Rezepts würde einer sinnvollen Wahrnehmung der Oberaufsicht eher im Weg stehen.

1. Ausgangslage und Kontext

1.1. Hintergrund des vorliegenden Beitrags

Der vorliegende Beitrag beruht auf einem Arbeitspapier der Parlamentsdienste des Kantonsrats Zürich. Diese waren von der Aufsichtskommission über die wirtschaft-

lichen Unternehmen (AWU) beauftragt worden abzuklären, wie und in welchem Umfang die Oberaufsicht über Beteiligungen in der Praxis wahrgenommen werden kann und soll, insbesondere mit Blick auf die Beteiligungen des Kantons an der Axpo Holding AG (AHAG) und der Flughafen Zürich AG (FZAG).

Der Auftrag der Kommission erging vor dem Hintergrund zweier Neuerungen, die das Inkrafttreten des totalrevidierten Zürcher Parlamentsrechts per 1. Mai 2020 bringen wird. Erstens führt das neue Kantonsratsgesetz im Bereich der kantonalen Beteiligungen *neue Berichterstattungspflichten des Regierungsrats* gegenüber dem Kantonsrat ein: Der Regierungsrat muss künftig eine Beteiligungsstrategie sowie die Eigentümerstrategien für alle bedeutenden² Beteiligungen des Kantons vorlegen und jährlich über die Umsetzung dieser Strategien Bericht erstatten (näher hierzu Abschnitt 3.2).

Zweitens wechselt die Zuständigkeit für die Oberaufsicht über die Beteiligungen an der AHAG und der FZAG von der Geschäftsprüfungskommission zur AWU. Damit fallen nicht mehr nur vier öffentlich-rechtliche Anstalten, sondern neu auch zwei Beteiligungen an *Aktiengesellschaften* in den Oberaufsichtsbereich der AWU.

Der vorliegende Beitrag legt den Fokus auf Ausführungen, die für die Oberaufsicht über Beteiligungen allgemein gelten. Die Beteiligungen an der AHAG und an der FZAG werden aber in den folgenden Abschnitten verschiedentlich herangezogen zur Diskussion und konkretisierenden Illustration von Grundsatzüberlegungen.

1.2. Die kantonalen Beteiligungen an der Axpo Holding AG (AHAG) und am Flughafen Zürich AG (FZAG)

Sowohl die Beteiligung an der FZAG als auch jene an der AHAG tragen zur Erfüllung kantonalen Aufgaben bei, konkret zur Bereitstellung eines leistungsfähigen Verkehrsnetzes (FZAG) bzw. zur Gewährleistung einer sicheren und wirtschaftlichen Elektrizitätsversorgung (AHAG). Bei beiden handelt es sich mithin um Träger öffentlicher Aufgaben, die wie Regierungsrat, Verwaltung und Gerichte der Oberaufsicht durch den Kantonsrat unterstehen (näher dazu Abschnitt 4.2).

Die FZAG ist ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen, die Aktien werden also teilweise von der öffentlichen Hand und teilweise von Privaten gehalten. Sie ist börsenkotiert. Der Kanton Zürich ist mit 33,3% des Aktienkapitals der grösste Einzelaktionär. Dieser Anteil entspricht genau dem Minimum gemäss dem kantonalen Flughafengesetz. Sein Buchwert beträgt 512 Mio. Franken. Unter den drei vom Kanton ernannten Verwaltungsratsmitgliedern ist auch die Volkswirtschaftsdirektorin als für das Flughafendossier zuständiges Regierungsmitglied.

Die AHAG ist ein öffentliches Unternehmen in der privatrechtlichen Form einer Aktiengesellschaft. Sie ist nicht börsenkotiert und befindet sich vollständig im Besitz von fünf Kantonen und vier Kantonswerken. Mit einem Anteil von 18,3% ist der Kanton Zürich der zweitgrösste Aktionär der AHAG. Der Buchwert dieser Beteiligung beträgt 68 Mio. Franken. Der Kanton Zürich kann gemeinsam mit der selbst im Kantonsbesitz befindlichen Anstalt EKZ drei Vertreter für den elfköpfigen Verwaltungsrat der AHAG vorschlagen. Es handelt sich dabei weder um Regierungsratsmitglieder noch um Mitarbeitende des Kantons oder der EKZ.

² Als bedeutend gilt eine Beteiligung, wenn der Anteil des Kantons am Eigenkapital mindestens 30% beträgt oder sein Wert 1 Mio. Franken übersteigt und wenn bedeutende Risiken für den Kantonshaushalt, die Volkswirtschaft oder das Ansehen des Kantons bestehen.

2. Grundsätzliches für eine angemessene Ausübung der Oberaufsicht

2.1. Ziele und Schranken der Oberaufsicht generell

Die Ziele und Schranken, die für die Oberaufsicht generell gelten, gelten ebenso auch für die Oberaufsicht über Beteiligungen. Sie sollen hier nur stichwortartig und unvollständig genannt werden.

Zu den zentralen Zielsetzungen gehört es, die Beaufsichtigten zur Rechenschaftsablage anzuhalten und das Vertrauen in sie zu stärken, indem sich die Organe der Oberaufsicht ein Bild über die Aufgabenerfüllung verschaffen, die nötigen Informationen sammeln und gegebenenfalls Lob, Kritik und Empfehlungen aussprechen.

Zu den allgemeinen Schranken gehört, dass im Rahmen der Oberaufsicht keine Akte der Beaufsichtigten aufgehoben und keine Weisungen erteilt werden können. Die Oberaufsicht soll sich auch nicht an die Stelle der Aufsicht (durch den Regierungsrat und den Verwaltungsrat) setzen, sondern der Aufsicht die Chance lassen, ihre Aufgabe selbst wahrzunehmen; dies auch um die Verantwortlichkeiten nicht zu verwischen. Die Oberaufsicht soll verhältnismässig ausgeübt und Informationen nur verlangt werden, soweit diese für die Erfüllung der Oberaufsichtsfunktion nötig sind. Legitime öffentliche und private Geheimhaltungsinteressen sind zu respektieren (Biaggini 2013: 20–25, 44; Uhlmann 2013: 18–20).

2.2. Besondere Balance bei ausgelagerten Aufgabenträgern

Bei ausgelagerten Aufgabenträgern muss die Oberaufsicht eine besondere Balance finden: Einerseits sollte sie respektieren, dass diese Aufgabenträger grundsätzlich frei sein sollen darin, wie sie ihre Aufgaben für den Kanton erfüllen. Es ist ja in der Regel gerade Sinn und Zweck einer Auslagerung,

dass die Art und Weise der Aufgabenerfüllung nicht mehr durch die Politik gesteuert werden soll, sondern durch andere Mechanismen (etwa durch Wettbewerb und Markt). Andererseits hat der Kanton – und mithin auch die Oberaufsicht – aber darauf zu achten, dass die Aufgabenerfüllung sichergestellt und zudem die finanziellen und reputationsmässigen Interessen des Kantons gewahrt sind; dies ist und bleibt eine zentrale Aufgabe der Politik (Biaggini 2013: 33; Freudiger 2016: 340).

Das neue Zürcher Kantonsratsgesetz (§105 Abs. 2) formuliert einen Grundsatz, der helfen soll, diese Balance zu finden: Bei ausgelagerten Aufgabenträgern soll sich die Oberaufsicht darauf fokussieren, ob die Interessen des Kantons gewahrt werden, ob Regierung und Aufgabenträger einen angemessenen Umgang mit den Risiken für den Kanton pflegen und ob die Leistungserfüllung zielgerichtet erfolgt.

2.3. Kantonale Interessen und Risiken bei Beteiligungen

Bei Beteiligungen, die der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen, bestehen in aller Regel verschiedene Kategorien von Interessen und Risiken für den Kanton. Diese sind mit seiner Doppelrolle als Eigner und Gewährleister verknüpft.

Einerseits ergeben sich *finanzielle und reputationsmässige Interessen und Risiken aus der Rolle des Kantons als Eigner*. Gerät eine Institution, an der der Kanton beteiligt ist, beispielsweise in finanzielle Schieflage oder in Verruf als Arbeitgeber, bedeutet dies offensichtlich finanzielle und reputationsmässige Risiken auch für den Kanton. Andererseits hat der Kanton bei ausgelagerten öffentlichen Aufgaben stets ein *Gewährleistungsinteresse bzw. ein Ausfallrisiko sowie ein Reputationsrisiko, die sich aus seiner Rolle als Gewährleister* ergeben: Er trägt die Letztverantwortung dafür, dass die öffentliche Aufgabe erfüllt wird. Könnte zum Beispiel der vom Kanton beauftragte Aufgabenträger nicht mehr dafür sorgen,

dass ein Flughafen in der Nähe der Stadt Zürich betrieben werden kann, würde dies für den Kanton grossen volkswirtschaftlichen, gesellschaftlichen und auch reputationsmässigen Schaden bedeuten.

Die Oberaufsicht hat alle diese Interessen und Risiken – die bisweilen in Konflikt zueinander stehen können – im Auge zu behalten. Zu betonen ist im Übrigen, dass die Oberaufsicht die Interessen und Risiken *des Kantons* ins Zentrum zu stellen hat. Diese müssen sich nicht mit den Interessen des Unternehmens decken.

3. Aufsichtstätigkeit des Regierungsrats als zentraler Gegenstand der Oberaufsicht

3.1. Grundsatz

Die Zuständigkeiten der Oberaufsicht und damit auch ihre Informationsrechte gehen so weit wie ihr Gegenstand. Einen zentralen Gegenstand der Oberaufsicht über Beteiligungen an ausgelagerten Aufgabenträgern bildet die *Frage, ob der Regierungsrat die Aufsicht über diese Institutionen angemessen wahrnimmt*. Zum Gegenstand der Oberaufsicht gehört also das, was Regierung und Verwaltung mit Bezug auf die Beteiligung tun oder tun sollten.

Allgemein gesagt, haben Regierung und Verwaltung die Pflicht, mit ihrer Aufsicht den Interessen und Risiken des Kantons (siehe Abschnitt 2.3) die nötige Aufmerksamkeit zu schenken und bei Bedarf angemessene Massnahmen einzuleiten. Die Oberaufsicht hat zu beurteilen, ob diese Pflicht erfüllt ist. «Angemessene Massnahmen» heisst, dass der Kanton seine Einflussmöglichkeiten soweit nötig ausschöpft, aber auch ihre Grenzen einhält. Diese Einflussbefugnisse sind bei verselbstständigten Aufgabenträgern geringer als bei der Zentralverwaltung: Gegenüber der Zentralverwaltung hat der Regierungsrat umfassende Leitungsbefugnisse, gegenüber verselbstständigten Aufgabenträgern Aufsichts- und Mitwirkungsbefugnisse (Uhlmann 2013: 11).

3.2. Berichterstattungspflichten des Regierungsrats

Das neue Kantonsratsgesetz (insbesondere §§95 und 107) gibt gewisse Leitplanken vor, wie der Regierungsrat die ausgelagerten Aufgabenträger zu steuern und darüber Bericht zu erstatten hat. So hat der Regierungsrat neu alle vier Jahre eine Strategie zu den bedeutenden Beteiligungen des Kantons zu formulieren und diese dem Kantonsrat mit einem Bericht zur Kenntnis zu bringen. In dieser *Beteiligungsstrategie* hat der Regierungsrat die Ziele seiner Beteiligungspolitik insgesamt, die dafür gewählten Lösungen sowie die übergeordneten Risiken darzulegen. Auch die *Eigentümerstrategien* zu sämtlichen bedeutenden Beteiligungen sind in der Beteiligungsstrategie enthalten. Sie unterliegen der Genehmigung durch den Kantonsrat. Der Regierungsrat hat darin spezifisch für die jeweilige Beteiligung die strategischen Ziele zu formulieren und Vorgaben zu machen.

Jährlich hat der Regierungsrat sodann über die *Umsetzung* der Beteiligungsstrategie und der Eigentümerstrategien zu berichten. Dieser Umsetzungsbericht enthält etwa Angaben zu bedeutenden Risiken der Beteiligungen, zur Erfüllung der Leistungsaufträge bzw. der öffentlichen Aufgaben, zu Vorkehrungen zur Zielerreichung, zu wichtigen finanziellen Eckwerten oder zu Veränderungen in Bezug auf die Institution. Dies sind Mindestvorgaben, über die der Bericht hinausgehen kann. Die Mindestvorgaben sollen sicherstellen, dass der Bericht rückblickend Transparenz über die Strategieumsetzung und die Wahrung der Kantonsinteressen schafft und vorausschauend die wichtigsten Chancen und Risiken aus Gewährleister- und Eigentümer-sicht aufzeigt.

Diese Berichte werden für die Oberaufsicht eine bedeutende Informationsgrundlage

sein zur Beurteilung, ob der Regierungsrat seine Aufsichtsaufgaben angemessen wahrnimmt.

3.3. Spezialgesetzliche Aufgaben des Regierungsrats

Spezifisch für jeden Aufgabenträger kann die Spezialgesetzgebung dem Regierungsrat zudem weitere, konkrete Aufsichts-, Mitwirkungs- und Berichterstattungsaufgaben zuweisen. Auch deren Wahrnehmung durch den Regierungsrat ist Gegenstand der Oberaufsicht.

So legt etwa in Bezug auf die FZAG das Zürcher Flughafengesetz Aufgaben des Regierungsrats fest (unter anderem Aufsicht und Berichterstattung zur Fluglärmbekämpfung, Ernennung und Abberufung der Kantonsvertretung im Verwaltungsrat, Weisungsrechte im Zusammenhang mit Pistenänderungen).

3.4. Aufsichts- und Controllinginstrumente des Regierungsrats selbst

Innerhalb dieses gesetzlichen Rahmens steht es in der *Verantwortung des Regierungsrats*, seine Aufsicht und sein Controlling über die Beteiligungen so zu organisieren, dass er den Interessen und Risiken für den Kanton Rechnung tragen und die Erfüllung der Eigentümerstrategie vorantreiben kann. Ob dieses Beteiligungscontrolling angemessen ist, ist ebenfalls Gegenstand der Oberaufsicht.

Der Zürcher Regierungsrat hat sich dafür auf *Verordnungsstufe* und in seinen sogenannten *PCG-Richtlinien* gewisse Grundsätze gegeben.³ Darin sieht er für seine Aufsichts- und Mitwirkungsaufgaben gegenüber bedeutenden Beteiligungen verschiedene Instrumente vor. Dazu gehören etwa ein Controllingbericht, eine Risiko-beurteilung durch die Fachdirektion, eine

besondere Stellungnahme der Finanzdirektion zur Beurteilung aus Eignersicht, ein Anforderungsprofil für Kantonsvertreter im Führungsorgan oder die Mandatserteilung an die Kantonsvertretung in der Generalversammlung. Weitere, beteiligungsspezifische Instrumente können sich aus den einzelnen Eigentümerstrategien ergeben.

3.5. Umfang und Wege der Informationserhebung durch die Oberaufsicht

Die Aufsichtskommissionen können grundsätzlich die Informationen und Unterlagen zu all diesen Aufsichts- und Mitwirkungsinstrumenten des Regierungsrats anfordern und als Grundlagen für ihre Beurteilung verwenden. Der Regierungsrat ist ihnen gegenüber auskunftspflichtig (§§110 und 111 KRG). Dies gilt auch für Informationen, die der Regierungsrat beispielsweise im mündlichen Austausch mit dem Verwaltungsrat oder mit der Kantonsvertretung im Verwaltungsrat erlangt. Im Fall der AHAG etwa finden offenbar mindestens zweimal jährlich solche Austauschtreffen statt (RRB 915/2019); auch das Informationskonzept unter dem geplanten neuen Aktionärsbindungsvertrag der AHAG sieht verschiedene solche Austauschgefässe vor, bei denen die Aktionäre Informationen erhalten sollen, die nicht öffentlich sind. Möglich ist auch, dass sich die Kommission eine Zusammenstellung aller unterjährigen Aktivitäten des Regierungsrats bezüglich einer Beteiligung geben lässt, um danach gezielter nachfragen zu können.

Dass die Oberaufsicht auf solche Informationen und Unterlagen vom Regierungsrat Anspruch hat, bedeutet freilich nicht, dass sie davon auch flächendeckend bzw. ohne Anhaltspunkte Gebrauch machen soll. Im Sinn der Verhältnismässigkeit und Zielgerichtetheit der Oberaufsicht ist vielmehr eine Beschränkung auf Informationen zu empfehlen, an denen die Kommission ein konkretes Interesse hat bzw. die ihr zur Be-

³ Verordnung über die Organisation des Regierungsrates und der kantonalen Verwaltung sowie RRB 668/2019 und 122/2014.

antwortung einer konkreten Fragestellung dienen können.

Möglich ist auch ein Mix aus anlassbezogenen Abklärungen und periodischen breiteren Informationserhebungen, bei dem die Kommission beispielsweise pro Legislatur die Aufsicht des Regierungsrats über eine oder zwei Beteiligungen einer detaillierteren Betrachtung unterziehen würde. Eine solche Lösung hat die Geschäftsprüfungskommission im Kanton Bern gewählt.⁴

Auch wenn die jährliche Berichterstattung des Regierungsrats über die Umsetzung der Eigentümerstrategie eine hilfreiche Informationsquelle für die Aufsichtskommission ist, muss und soll sie sich also nicht darauf beschränken. Wie weit sie darüber hinaus gehende Informationen und Unterlagen vom Regierungsrat einfordert, ist letztlich ihr überlassen und hängt immer auch von der konkreten Situation ab. Allgemein gesagt sollte die Kommission jene Informationen einholen, die sie braucht, um zu beurteilen, ob der Regierungsrat die kantonalen Interessen angemessen wahrt und mit den Risiken für den Kanton einen angemessenen Umgang pflegt.

Soweit öffentliche Aufgaben betroffen sind, sind grundsätzlich alle Handlungen und Unterlassungen des Regierungsrats relevant, die für die Sicherstellung der ordnungsgemässen Aufgabenerfüllung und des ordentlichen Funktionierens des Unternehmens nötig sind. Die Aufsichts- und Rechenschaftspflicht des Regierungsrats, und somit der Gegenstand der Oberaufsicht, geht also *über die im Kantonsratsgesetz und den Spezialgesetzen explizit aufgezählten Berichtsinstrumente hinaus*. Die Kommission darf nicht nur Fragen zum Inhalt der Regierungsratsunterlagen stellen, sondern zu allen in der Macht des Regierungsrats stehenden Voraussetzungen dafür, dass das ordentliche Funktionieren der

Aufgabenträger gewährleistet ist (Biaggini 2013: 33–35, 63; Uhlmann 2013: 12–13).⁵ Sie darf sich auch darüber informieren, was der Regierungsrat *nicht* erwähnt oder *nicht* macht, wenn es für die Interessen und Risiken des Kantons von Bedeutung ist.

4. Tätigkeit des Aufgabenträgers als zweiter Gegenstand der Oberaufsicht

4.1. Leitlinien für die Oberaufsicht über die Tätigkeit des Aufgabenträgers

Auch wenn also ein Fokus der Oberaufsicht der Aufsichtstätigkeit der Regierung gelten soll: Gerade um Fälle erkennen zu können, in denen der Regierungsrat seiner Aufsichtspflicht nicht ausreichend nachkommt, muss die Oberaufsicht auch die Aufgabenerfüllung durch den Aufgabenträger selbst betrachten können.

§104 des neuen Zürcher Kantonsratsgesetzes hält denn auch fest, dass der Oberaufsicht *die Geschäftsführung und die Haushaltsführung* des Regierungsrates, der obersten Gerichte und ihrer Verwaltung sowie *weiterer Träger von Aufgaben des Kantons* unterliegen (ähnlich auch bereits Art. 57 der Kantonsverfassung). Der erläuternde Bericht führt dazu aus: «Die parlamentarische [Oberaufsicht] umfasst die gesamte Tätigkeit in Erfüllung kantonaler Aufgaben [...] sowie explizit auch die unterlassene Aufgabenerfüllung. Dabei ist unerheblich, ob die Aufgabenerfüllung durch eine staatliche Behörde bzw. ein staatliches Organ oder durch Private erfolgt.» Die Oberaufsicht soll sich so ein eigenes Bild machen können, ob der Aufgabenträger mit Blick auf die kantonale Aufgabe funktionsfähig ist und die Aufgabe effektiv erfüllt. Im Vordergrund stehen die Kontrolle einer angemessenen Quantität und Qualität, der

⁴ Mitteilungsblatt der Schweizerischen Gesellschaft für Parlamentsfragen, Ausgabe 3/2019, S. 48–52.

⁵ Biaggini (2013: 63) spricht in dem Zusammenhang von «stillschweigend mitenthaltene[n] Aufsichtsbefugnissen» der Regierung.

Kosten und der Rechtmässigkeit der Aufgabenerfüllung, nicht aber deren Art und Weise (Freudiger 2016: 339–340).

Zu erinnern ist hier nochmals an die Schranken und die besondere Balance, die die Oberaufsicht bei der Beaufsichtigung ausgelagerter Aufgabenträger zu beachten hat (siehe Abschnitte 2.1 und 2.2). Ist der Aufgabenträger als Aktiengesellschaft organisiert und nicht im alleinigen Besitz des Kantons, sind zudem die bundesrechtlichen Schranken für die Informationserteilung durch den Aufgabenträger zu berücksichtigen (näher hierzu Abschnitt 5.2).

4.2. FZAG und AHAG als Träger öffentlicher Aufgaben

Ob die Geschäfts- und Haushaltsführung einer Institution der Oberaufsicht durch den Kantonsrat unterstehen, hängt also zunächst davon ab, inwieweit es sich dabei um einen Träger öffentlicher Aufgaben handelt. Anhand der Zürcher Beteiligungen an der FZAG und AHAG kann dies illustriert werden.

Mit seiner Beteiligung an der FZAG bezweckt der Kanton zweifellos die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe. Diese besteht gemäss Flughafengesetz im Betrieb des Flughafens Zürich. Der Flughafenbetrieb ist ein Beitrag zu einem leistungsfähigen Verkehrsnetz, für das der Kanton zu sorgen hat (Art. 104 der Kantonsverfassung). Darüber hinaus nimmt die FZAG *auch weitere Aufgaben* wahr, die nicht öffentlicher Natur sind. Dazu zählen etwa der Betrieb des Shoppingteils im Flughafen oder auch Beteiligungen an ausländischen Flughäfen. Das Flughafengesetz erlaubt die Wahrnehmung nichtöffentlicher Aufgaben ausdrücklich.

Bei der Beteiligung an der AHAG ist die Ausgangslage etwas komplizierter. Gemäss Kantonsverfassung (Art. 106) hat der Kanton für eine sichere und wirtschaftliche Elektrizitätsversorgung zu sorgen. Dazu trägt die Tätigkeit der AHAG bei. Der Regierungsrat hielt zwar 2016 fest, dass

seit der Teilliberalisierung des schweizerischen Strommarkts die Axpo-Beteiligung für eine sichere und wirtschaftliche Stromversorgung «nicht mehr von strategischer Bedeutung für den Kanton» sei und «die Beteiligung nicht mehr unmittelbar der öffentlichen Aufgabenerfüllung» diene. Der politische Beurteilungsprozess, inwieweit die Kantone noch einen Beitrag zur Versorgungssicherheit müssen und wollen, ist indessen noch im Fluss – gerade auch in und zwischen den Eigentümerkantonen der AHAG.⁶ Heute ist davon auszugehen, dass die AHAG zur Erfüllung der öffentlichen Aufgabe der Stromversorgung beiträgt. Dies findet auch darin Ausdruck, dass der Kanton seine Beteiligung an der AHAG im Verwaltungs- und nicht etwa im Finanzvermögen führt. Neben der Stromversorgung im Gebiet der Eigner Kantone nimmt die AHAG *auch Aufgaben wahr, die keine öffentlichen Aufgaben sind*. Dazu dürfte etwa der grösste Teil ihrer Auslandsaktivitäten gehören.

4.3. Nichtöffentliche Aufgabenfelder grundsätzlich nicht Gegenstand der Oberaufsicht

Wenn die Aufgabenträger auch nichtöffentlichen Aufgaben nachgehen, dann unterstehen diese nichtöffentlichen Aufgabenfelder grundsätzlich nicht der Oberaufsicht. Die nichtöffentlichen Tätigkeitsfelder können und sollen indessen ein Thema für die Oberaufsicht werden, soweit sie für den Kanton ein nennenswertes finanzielles oder reputationsmässiges Risiko mit sich bringen oder die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe beeinträchtigen können.

⁶ Siehe auch die Weisung des Regierungsrats zur Vorlage Nr. 5600 an den Kantonsrat vom 12. Februar 2020 (betr. Ablösung des NOK-Gründungsvertrags durch einen Aktionärsbindungsvertrag und eine Eigenstrategie sowie Änderung des Energiegesetzes (Beteiligung an der Axpo Holding AG)).

5. Direktverkehr: ja, aber mit Einschränkungen bei Aktiengesellschaften

5.1. Direktverkehr bei öffentlich-rechtlichen Anstalten

Ist ein ausgelagerter Aufgabenträger als öffentlich-rechtliche Anstalt organisiert, können die Aufsichtskommissionen grundsätzlich auch mit dessen Vertretern direkt verkehren und Informationen von diesen einholen. Gemäss dem Kantonsratsgesetz (§111) unterstehen die Führungsgremien selbstständiger Anstalten gleich wie die Mitglieder des Regierungsrats und der obersten Gerichte der Auskunftspflicht gegenüber den Aufsichtskommissionen. Sie haben diesen also wahrheitsgemäss und vollständig Auskunft über dienstliche Angelegenheiten zu geben und Akten herauszugeben (vgl. auch Biaggini 2013: 32–34, 52–53; Uhlmann 2013: 35).

Zu beachten sind aber auch hier eine angemessene Distanz und die grundsätzlich nachträgliche Rolle der Oberaufsicht im Aufsichtssystem. Weil die primäre Verantwortung für die Wahrnehmung der kantonalen Interessen beim Regierungsrat liegt, sind bei Direktkontakten grundsätzlich auch Kopien des Schriftverkehrs an den Regierungsrat zu empfehlen, auch wenn eine Pflicht dazu in Zürich nicht besteht (§110 Abs. 1 KRG).

5.2. Aktiengesellschaften: Gleichbehandlungsgebot als Schranke für den Informationsfluss

Heikler wird es, wenn der ausgelagerte Aufgabenträger als Aktiengesellschaft organisiert und der Kanton nicht Alleinaktionär ist. Problematisch ist dabei nicht der Direktkontakt an sich, sondern die Frage, welche Informationen anlässlich eines solchen Kontakts fliessen (Freudiger 2016: 343): Aktiengesellschaften unterstehen dem Aktienrecht des Bundes. Dieses verpflichtet die Verwaltungsratsmitglieder

und Geschäftsführenden, alle Aktionäre «unter gleichen Bedingungen gleich zu behandeln» (Art. 717 Abs. 2 OR). Zu diesem Gleichbehandlungsgebot gehört, dass allen Aktionären dieselben Informationen gegeben werden. Damit sollen alle Aktionäre anhand derselben Grundlagen auf die Tätigkeit der AG Einfluss nehmen oder über ihre Beteiligung daran entscheiden können.

Bei einem Informationsaustausch des Verwaltungsrats mit einem einzelnen Aktionär ist diese Gleichbehandlung in Frage gestellt. Zwar liegt die Einhaltung des Gleichbehandlungsgebots in der Verantwortung des Verwaltungsrats, nicht in der Verantwortung des Kantons bzw. der Aufsichtskommission (Müller/Vogel 2009: 42). Aber selbstverständlich hat die Oberaufsicht auf diese *gesetzlichen Pflichten des Verwaltungsrats Rücksicht zu nehmen*.⁷ Im Gegensatz zu Regierung, Gerichten, Anstalten und Kantonsangestellten haben die Vertreter privatrechtlicher Aufgabenträger denn auch keine gesetzliche Auskunftspflicht gegenüber den Aufsichtskommissionen (§111 KRG).

Dabei ist es in der juristischen Literatur umstritten, *wie absolut das Gleichbehandlungsgebot gilt* und wie weit – falls überhaupt – ein Informationsprivileg für Grossaktionäre der öffentlichen Hand gehen dürfte (Freudiger 2016: 119–122; Müller/Vogel 2009: 42–44, 51). Zulässig dürfte die Abgabe von Zusatzinformationen dann sein, wenn sie lediglich der Erläuterung oder Vertiefung von Informationen dienen, die bereits allen Aktionären zugänglich sind, und wenn sie für das langfristige Unternehmensinteresse sinnvoll und geboten erscheint.

Müller/Vogel (2009: 40–44) plädieren dafür, bei der Auslegung des Gleichbehandlungs-

⁷ Dasselbe gilt für den Schutz von Geschäftsgeheimnissen: Die Aktiengesellschaft ist verpflichtet, Geschäftsgeheimnisse auch gegenüber Aktionären geheim zu halten.

gebots mit Bezug auf die Oberaufsicht dem spezifischen Kontext des betroffenen Unternehmens Rechnung zu tragen. Das Gleichbehandlungsgebot ist demnach *umso strikter zu beachten, je grösser das spezialgesetzlich angestrebte Mass an Autonomie für das Unternehmen ist, je geringer das Gewicht öffentlicher Interessen bei der Zwecksetzung der Gesellschaft ist* oder wenn es sich um eine *börsenkotierte Aktiengesellschaft* handelt. Bei börsenkotierten Gesellschaften kommen nämlich noch die Vorgaben des Kapitalmarktrechts (Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel) hinzu, die zum Schutz der Anleger noch strikter als das Aktienrecht eine Gleichbehandlung aller Aktionäre verlangen (Freudiger 2016: 120).

Kommt eine Aufsichtskommission trotz der erwähnten Bedenken zum Schluss, dass ein Direktkontakt mit Vertretern einer Aktiengesellschaft angezeigt ist, sind die Fragen besonders streng auf Punkte zu beschränken, die für die kantonalen Interessen und Risiken sowie für die Beurteilung durch die Oberaufsicht wesentlich sind. Sicher nicht eingefordert werden könnte etwa eine regelmässige bzw. von konkreten Anhaltspunkten befreite Einsichtnahme der Kommission in die Verwaltungsratsprotokolle (Freudiger 2016: 141).

5.3. Beurteilung für die AHAG und die FZAG

Für die Fälle der AHAG und der FZAG führen die in Abschnitt 5.2 genannten Kriterien nach Müller/Vogel (2009: 40–44) zu einer differenzierten Beurteilung:

Bei der AHAG ist das Gewicht des öffentlichen Interesses mit der Teilliberalisierung des Strommarkts sicher reduziert worden. Derzeit läuft in den Eigentümerkantonen die politische Diskussion darüber, wie stark die AHAG künftig auf öffentliche Interessen ausgerichtet werden soll und ob sie mittelfristig auch für private Aktionäre geöffnet

werden soll.⁸ Nach heutigem Stand liessen sich gewisse Ausnahmen vom Gleichbehandlungsgebot bei der AHAG allenfalls damit rechtfertigen, dass sie nicht börsenkotiert ist und sich vollständig im Besitz öffentlicher Hände befindet. Damit scheint es plausibler als bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, dass die Interessen aller Aktionäre oft ähnlich gelagert sind. Diese Überlegung würde gestärkt, wenn künftig eine gemeinsame Eignerstrategie aller Aktionäre gelten – und private Aktionäre weiterhin ausgeschlossen bleiben – sollten.

Bei der FZAG wiederum scheint zwar das Gewicht öffentlicher Interessen bei der Zwecksetzung der Gesellschaft relativ gross. Allerdings ist sie börsenkotiert, womit hier das strengere Gleichbehandlungsgebot des Kapitalmarktrechts gilt. Direktkontakte der Oberaufsicht mit Unternehmensvertretern zur Erlangung zusätzlicher Informationen sind deshalb wenn überhaupt, dann mit äusserster Zurückhaltung zu pflegen. Ausnahmen könnten sich allenfalls unter besonderen Umständen rechtfertigen. Immer möglich bleibt natürlich der Austausch mit der Volkswirtschaftsdirektorin; sie ist aber in ihrer Rolle als Regierungsrätin zur Auskunft verpflichtet, nicht in ihrer Rolle als Verwaltungsratsmitglied der FZAG. Sie hätte also gegenüber der Kommission all jene, aber nur jene Informationen offenzulegen, die sie auch dem Regierungsrat offenlegen könnte.

5.4. Unproblematische Wege der Informationseinholung bei Aktiengesellschaften

Klar scheint, dass die zuständige Aufsichtskommission *Anspruch auf alle Informationen hat, die bereits dem Regierungsrat oder der Fachdirektion vorliegen*. Wenn also das Unternehmen gegenüber Regierung oder Verwaltung eine Information

⁸ Siehe Abschnitt 4.2 und die im Zürcher Kantonsrat pendente Vorlage Nr. 5600.

preisgegeben hat – ob unter Verletzung oder Einhaltung des Gleichbehandlungsgebots und der Geschäftsgeheimnisse –, dann steht diese auch der Aufsichtscommission zu, soweit sie für die Beurteilung der Geschäfts- oder Haushaltsführung des Aufgabenträgers eine Rolle spielt. Der Regierungsrat kann sich gegenüber dem Kantonsrat in einem solchen Fall nicht zum Anwalt des privaten Aufgabenträgers (also eines Dritten) machen und eine Auskunft verweigern. Freilich hat die Kommission die Pflicht, ihrerseits die Vertraulichkeit oder allenfalls Geheimhaltung solcher Informationen zu gewährleisten. Für die Erlangung dieser Informationen sollte allerdings kein Direktkontakt mit dem Unternehmen nötig sein, sondern die Kommission kann sie von Regierung und Verwaltung einfordern. Stets möglich ist im Übrigen eine Aufforderung an den Regierungsrat, dass dieser seine Vertreter mandatieren möge, *im Rahmen der Generalversammlung* nach bestimmten Informationen zu fragen und diese anschliessend an die Kommission weiterzuleiten. Mit einer Informationserteilung in der Generalversammlung ist das Gleichbehandlungsgebot gewahrt.

6. Umgang mit börsenrelevanten Informationen

Bei börsenkotierten Gesellschaften können auch Informationen an die Kommission gelangen, die für den künftigen Börsenkurs der Gesellschaft von Bedeutung sind. Um dem *Risiko von Insidergeschäften* vorzubeugen, sollte auf die Erhebung kursrelevanter Informationen soweit möglich verzichtet werden. Erscheinen solche Informationen aber für die Wahrung der kantonalen Interessen durch die Oberaufsicht notwendig, so kann etwa mit der Bildung einer Subkommission oder mit der Beauftragung des Kommissionspräsidentiums die Zahl von Informierten wenigstens eingeschränkt werden. Zumindest sollten die

betreffenden Informationen dem Kommissionsgeheimnis unterstellt werden.

7. Adressat von Empfehlungen und Einladung zur Stellungnahme

Die Aufsichtscommissionen haben dem Kantonsrat jährlich einen schriftlichen Bericht über ihre Tätigkeit vorzulegen. Für die Öffentlichkeit geeignete Abklärungsergebnisse und Empfehlungen an die beaufsichtigten Organe sind darin festzuhalten. Vor der Verabschiedung ihres Berichts hat die Kommission gemäss Kantonsratsgesetz die zuständige Direktion zu allfälligen Empfehlungen anzuhören.

Soweit die Empfehlungen der Kommission die *Aufsichtstätigkeit von Regierung und Verwaltung* zum Gegenstand haben (siehe Abschnitt 3), sind diese zur Stellungnahme einzuladen und als Adressaten der Empfehlungen zu wählen.

Beziehen sich die *Erkenntnisse und/oder Empfehlungen auf die Tätigkeit des Aufgabenträgers* selbst (siehe Abschnitt 4) und wurden die zugrundeliegenden Informationen im Direktkontakt mit diesem erhoben, so dürfte in der Regel auch eine Stellungnahme durch den Aufgabenträger selbst angemessen sein. Diese kann auch via die zuständige Direktion erfolgen. Auf jeden Fall ist es in aller Regel angezeigt, auch zu solchen Empfehlungen den Regierungsrat anzuhören. Ohnehin ist der Regierungsrat angemessener Adressat auch für solche Empfehlungen, kann er doch im Rahmen seiner Aufsichts- und Mitwirkungsbefugnisse auf die Tätigkeit des Aufgabenträgers Einfluss nehmen (vgl. Biaggini 2013: 57, 64; Uhlmann 2013: 23, 34–35). Zusätzlich – und abweichend von Biagginis (2013) und Uhlmanns (2013) Auffassung für den Bund – dürfte es bei Empfehlungen zur Tätigkeit der Aufgabenträger aber oft angezeigt sein, *auch* deren oberstes Organ als Adressat zu nennen. Dies entspricht der bisherigen zürcherischen Praxis und trägt

auch der Tatsache Rechnung, dass die Tätigkeit des Aufgabenträgers in Zürich einen eigenständigen Gegenstand der Oberaufsicht bildet (siehe Abschnitt 4).

Verwendete Literatur

Biaggini, Giovanni (2013): Rechtsgutachten zur Frage der Möglichkeiten und Grenzen parlamentarischer Oberaufsicht im Bereich des Eidgenössischen Nuklearsicherheitsinspektorats (ENSI), im Auftrag der Schweizerischen Eidgenossenschaft vertreten durch die Geschäftsprüfungskommissionen des Stände- und des Nationalrates (GPK). Online: <https://www.parlament.ch/centers/documents/de/rechtsgutachten-ensi-2013-08-28.pdf>.

Freudiger, Patrick (2016): Anstalt oder Aktiengesellschaft? Zur Bedeutung der Rechtsform bei Ausgliederungen. Bern: Stämpfli.

Müller, Georg, und Stefan Vogel (2009): Oberaufsicht der Bundesversammlung über verselbstständigte Träger von Bundesaufgaben. Rechtsgutachten im Auftrag der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates.

Uhlmann, Felix (2013): Gutachten zu Händen der Geschäftsprüfungskommissionen des Stände- und des Nationalrates (GPK) betreffend Oberaufsicht über die eidgenössische Finanzmarktaufsichtsbehörde (Finma). Online: <https://www.parlament.ch/centers/documents/de/rechtsgutachten-finma-2013-08-28.pdf>.

