



BERICHT

betreffend die

Überprüfung der Rechtsform des Alters- und Pflegeheims Hof Haslach

im Auftrag der

Politischen Gemeinde Au

Gemeinderat, Kirchweg 6, 9434 Au SG

von

Dr. Peter Kuratli

Staad, 10. Oktober 2024

ME Advocat AG, Hauptstrasse 17, 9422 Staad

www.advocat.ch

INHALTSVERZEICHNIS

I.	AUSGANGSLAGE	4
	A. Einleitung	4
	B. Auftrag	4
	C. Gegenstand des Berichts	5
	D. Abgrenzung	6
	E. Zur Verfügung stehende Dokumente	6
	F. Vorgehen	6
II.	GRUNDLAGEN.....	8
	A. Staatliche Aufgabenerfüllung im Überblick.....	8
	1. Zentralverwaltung.....	8
	2. Auslagerung aus der Zentralverwaltung	8
	3. Aufgabenübertragung	9
	4. Privatisierung	10
	5. Zwischenergebnis	10
	B. Organisationsformen im Überblick.....	11
	1. Untersuchte Organisationsformen.....	11
	2. Nicht näher untersuchte Organisationsformen.....	11
	C. Beurteilungskriterien im Überblick	12
	1. Vorbemerkung.....	12
	2. Aufsichts- und Steuerungsinstrumente	13
	3. Aufgabentypus.....	14
	4. Wirtschaftliche Selbständigkeit	16
	5. Anstehende Investition Liegenschaft.....	16
	6. Personalrecht	17
	7. Haftung	17
	8. Rechtsformspezifischer Umsetzungsaufwand.....	18
III.	ANALYSE	19
	A. Öffentlich-rechtliche Anstalt.....	19
	1. Begriff, Merkmale und Formen.....	19
	2. Formelle Grundlagen.....	20
	3. Notwendiger Regelungsgegenstand.....	21
	4. Beurteilung selbständige Anstalt	22
	4.1. Vorbemerkung	22
	4.2. Aufsichts- und Steuerungsinstrumente.....	22
	4.3. Aufgabentypus	26
	4.4. Wirtschaftliche Selbständigkeit	26

4.5.	Anstehende Investition Liegenschaft	27
4.6.	Personalrecht.....	28
4.7.	Haftung.....	30
4.8.	Rechtsformspezifischer Umsetzungsaufwand.....	32
4.9.	Zwischenergebnis.....	33
5.	Beurteilung unselbständige Anstalt	34
5.1.	Vorbemerkung.....	34
5.2.	Aufsichts- und Steuerungsinstrumente.....	34
5.3.	Aufgabentypus	35
5.4.	Wirtschaftliche Selbständigkeit.....	35
5.5.	Anstehende Investition Liegenschaft	36
5.6.	Personalrecht.....	36
5.7.	Haftung.....	36
5.8.	Rechtsformspezifischer Umsetzungsaufwand.....	36
5.9.	Zwischenergebnis.....	37
B.	Aktiengesellschaft.....	38
1.	Begriff und Merkmale	38
2.	Beteiligung von Gemeinwesen im Besonderen.....	41
2.1.	Die Ausnahmebestimmung von Art. 762 OR	41
2.2.	Anwendbarkeit von Art. 762 OR.....	41
2.3.	Rechtsfolgen von Art. 762 OR	42
3.	Beurteilung Aktiengesellschaft	44
3.1.	Vorbemerkung.....	44
3.2.	Aufsichts- und Steuerungsinstrumente.....	45
3.3.	Aufgabentypus	47
3.4.	Wirtschaftliche Selbständigkeit	48
3.5.	Anstehende Investition Liegenschaft	50
3.6.	Personalrecht.....	51
3.7.	Haftung.....	52
3.8.	Rechtsformspezifischer Umsetzungsaufwand	54
3.9.	Zwischenergebnis.....	55
IV.	ZUSAMMENFASSUNG UND EMPFEHLUNGEN.....	57
A.	Zusammenfassung.....	57
B.	Beantwortung der konkreten Fragestellungen	62
C.	Empfehlungen zum weiteren Vorgehen.....	63
ANHANG A:	LITERATURVERZEICHNIS	64
ANHANG B:	MATERIALIENVERZEICHNIS	66
ANHANG C:	ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	67

I. AUSGANGSLAGE

A. Einleitung

- 1 Die Politische Gemeinde Au (nachfolgend «Gemeinde») betreibt das Alters- und Pflegeheim «Hof Haslach». Der Hof Haslach ist als unselbständiges öffentlich-rechtliches Unternehmen¹ organisiert.
- 2 Aufgrund der allgemeinen Herausforderungen in der Alterspflege² sowie vor dem Hintergrund anstehender Investitionen möchte der Gemeinderat eine Überprüfung der rechtlichen Organisation³ des Hof Haslach vornehmen. Die Ergebnisse sollen in einem Bericht dargelegt werden.
- 3 Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass am 24. Oktober 2023 ein Bevölkerungsworkshop stattgefunden hat, welche sich mit der Alters- und Pflegeheim-Strategie befasste. Im Rahmen dieses Workshops wurde ebenfalls die «Trägerschaft» thematisiert.
- 4 Der Gemeinderat hat die ME Advocat AG beauftragt, sie bei der Ausarbeitung des Berichts (Rz. 2) zu unterstützen.
- 5 Am 19. Februar 2024 hat ein Workshop mit Vertretern der Gemeinde stattgefunden.⁴ Dabei wurden eine erste Vorauswahl der näher zu untersuchenden Rechtsformen getroffen sowie die Zielsetzungen des Berichts definiert.

B. Auftrag

- 6 Gestützt auf die Ergebnisse des Workshops hat ME Advocat AG einen Vorgehensvorschlag ausgearbeitet. Dieser sieht ein zweistufiges Vorgehen vor: in einer ersten Phase soll eine Auslegeordnung über die ausgewählten Rechtsformen gemacht werden und deren jeweilige Vor- und Nachteile herausgearbeitet werden. Im Weiteren soll auch die heutige Rechtsform des Hof Haslach als unselbständige öffentlich-rechtliche Anstalt untersucht und deren Geeignetheit geprüft werden.
- 7 Im Rahmen einer zweiten Phase kann die ME Advocat AG die Gemeinde bei der konkreten Umsetzung des Wechsels der Rechtsform bzw. von Verbesserungsvorschlägen

¹ Der Begriff «unselbständiges öffentlich-rechtliche Unternehmen» wird im öffentlichen Rechts des Kantons St.Gallen (insbesondere GG) verwendet. Es handelt sich dabei um eine unselbständige öffentlich-rechtliche Anstalt. Im Rahmen dieses Berichts wird deshalb von «unselbständiger öffentlich-rechtlicher Anstalt» gesprochen, soweit nicht explizit auf die St.Gallische Gesetzgebung Bezug genommen wird.

² Demografische Entwicklung; Wie wollen wir im Alter leben?; Anforderungen an die Lebensqualität der Bewohner; Inklusion oder Exklusion von dementen Menschen usw..

³ Der Begriff «Organisationsform» beinhaltet im vorliegenden Bericht immer auch die rechtliche Ausgestaltung, d.h. die Rechtsform i.e.S.. Teilweise wird im Bericht auch bewusst von «Rechtsform» gesprochen, namentlich dann, wenn es um die formelle Ausgestaltung der Institution geht.

⁴ Gemeindepräsident Christian Sepin, Gemeinderat Markus Bernet, Gemeinderätin Jennifer Eichmann, Gemeinderatsschreiber Marcel Fürer, Heimleiterin Rahel Heinemann.

unter Beibehaltung der heutigen Rechtsform unterstützen. Diese zweite Phase bildet nicht Gegenstand des vorliegenden Berichts.

C. Gegenstand des Berichts

- 8 Gegenstand des vorliegenden Berichts bildet ausschliesslich die erste Phase (Rz. 6). Im Rahmen des Workshops mit Vertretern⁵ der Auftraggeberin wurden die zu prüfenden Rechtsformen und die dabei massgebenden Beurteilungskriterien festgelegt.

Zu beurteilende Rechtsformen sind:

- Unselbständige öffentlich-rechtliche Anstalt («Status quo»);
- Selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt;
- Privatrechtliche Aktiengesellschaft.

Die Beurteilung erfolgt anhand folgender Kriterien:

- Aufsichts- und Steuerungsinstrumente;
- Aufgabentypus;
- Wirtschaftliche Selbständigkeit;
- Anstehende Investitionen Liegenschaft;
- Personalrecht;
- Haftung;
- Rechtsformspezifischer Umsetzungsaufwand.

- 9 Der Bericht von ME Advocat AG soll insbesondere folgende Fragen beantworten:
- Welche Rechtsformen können für den Hof Haslach grundsätzlich empfohlen werden?
 - Wie wird die Zweckmässigkeit der heutigen Rechtsform beurteilt?
 - Soweit eine andere als die heutige Rechtsform empfohlen wird: Lohnt sich der Wechsel der Rechtsform?
 - Soweit die Beibehaltung der heutigen Rechtsform empfohlen wird: Gibt es Verbesserungsbedarf, der ohne Änderung der Rechtsform umgesetzt werden kann?

⁵ Soweit im Rahmen dieses Berichts eine Bezeichnung in männlicher Form erfolgt, ist immer auch die weibliche Form gemeint.

D. Abgrenzung

- 10 Die nachfolgende Analyse erfolgt aus juristischer Sicht. Nicht Gegenstand der Analyse ist jedoch eine steuerrechtliche Beurteilung. Ebenso erfolgt keine betriebswirtschaftliche Prüfung. Soweit eine Anpassung der Rechtsform in Betracht gezogen wird, sollte ein vorgängiges Steuerruling durchgeführt werden, damit eine (vollständige) Steuerbefreiung sichergestellt werden kann.
- 11 Im Weiteren stellt der vorliegende Bericht keine vertiefte Rechtsgrundlagenanalyse dar, d.h. es erfolgt keine Prüfung, welche Erlasse der Gemeinde im Falle einer Änderung der Organisationsform geändert oder geschaffen werden müssten. Entsprechende summarische Hinweise werden jedoch im Zusammenhang mit dem Beurteilungskriterium «Rechtsformspezifischer Umsetzungsaufwand» gegeben. Eine vertiefte Analyse und entsprechende konkrete Ergänzungs- bzw. Anpassungsvorschläge zu den betroffenen Erlassen können in einer zweiten Phase erfolgen.

E. Zur Verfügung stehende Dokumente

- 12 Einen wesentlichen Teil der für diesen Bericht untersuchten Dokumente bilden die einschlägigen Erlasse der Gemeinde, insbesondere:
 - die Gemeindeordnung der Politischen Gemeinde Au (nachfolgend GO);
 - das Reglement für das Alters- und Pflegeheim Hof Haslach (nachfolgend Regl. APH);
 - das Personalreglement (nachfolgend Pers. Regl.).
- 13 Folgende weiteren Dokument standen zur Verfügung bzw. wurden durch die Auftraggeberin zur Verfügung gestellt:
 - Fotoprotokoll Bevölkerungs-Workshop «Entwicklung Alters- und Pflegeheim-Strategie der Gemeinde Au» vom 24. Oktober 2023;
 - Erfolgsrechnung 2022 / Budget 2023 des Hof Haslach;
 - Broschüre «Hof Haslach – Ein Zuhause für Seniorinnen und Senioren»;
 - E-Mail-Zuschrift von Gemeinderatsschreiber Marcel Fürer vom 7. Dezember 2023 mit allgemeinen Informationen zum Hof Haslach (Heimplätze, Mitarbeiterzahl usw.).

F. Vorgehen

- 14 Zuerst werden die für die anschliessende Beurteilung notwendigen Grundlagen geschaffen (Teil II «Grundlagen»; Rz. 17 ff.). Dabei wird in einem ersten Schritt dargelegt, welche Arten der staatlichen Aufgabenfüllung bestehen und was unter dem Begriff «Privatisierung» verstanden wird. In der Folge werden die drei zu untersuchenden Rechtsformen, d.h. die unselbständige öffentlich-rechtliche Anstalt, die selbständige

öffentlich-rechtliche Anstalt und die privatrechtliche Aktiengesellschaft vorgestellt. Zudem werden die einzelnen Beurteilungskriterien erläutert und es wird dargelegt, weshalb diese für den Entscheid in Bezug auf die Wahl der Rechtsform relevant sind.

- 15 Im Teil III «Analyse» (Rz. 70 ff.) werden die drei Rechtsformen in Bezug auf deren Eignung für den Hof Haslach gestützt auf die einzelnen Beurteilungskriterien im Detail geprüft. Zusammenfassend werden die Vor- und Nachteile der einzelnen Rechtsformen aufgezeigt. Die Ergebnisse der Analyse münden in eine konkrete Empfehlung, ob die heutige Rechtsform des Hof Haslach angepasst werden sollte und wenn ja, in welche Rechtsform das Alters- und Pflegeheim überführt werden sollte.
- 16 Abschliessend erfolgt eine Zusammenfassung der Ergebnisse, die Beantwortung der Fragestellungen gemäss Rz. 9 sowie die Formulierung von Handlungsempfehlungen für das weitere Vorgehen (Teil IV «Zusammenfassung und Empfehlungen»).

II. GRUNDLAGEN

A. Staatliche Aufgabenerfüllung im Überblick

1. Zentralverwaltung

- 17 Die Zentralverwaltungen zeichnen sich – auf allen drei Staatsebenen – dadurch aus, dass sie hierarchisch aufgebaut sind. Gemäss diesem «Hierarchieprinzip» besitzt die übergeordnete Stelle ein Weisungsrecht gegenüber den ihr unterstellten Amtsstellen.⁶ An der Spitze der Zentralverwaltung steht die Exekutive (Bundesrat, Regierungsrat, Gemeinderat).
- 18 Der Gemeinderat stellt das oberste Leitungs- und Verwaltungsorgan dar.⁷ Der Gemeinderat Au ist u.a. zuständig für die Organisation und Führung der Verwaltung.⁸ Die Zentralverwaltung ist in der Regel organisatorisch in Ämter (oder Dienststellen) und Abteilungen unterteilt.⁹
- 19 Voraussetzung der zentralisierten Verwaltungsorganisation ist eine sachliche und örtliche Konzentration der Verwaltungsbehörde. Dadurch wird eine administrative Strafbewirkung bewirkt.¹⁰
- 20 Die Zentralverwaltung stellt den «Regelfall» der staatlichen Aufgabenerfüllung dar und eignet sich insbesondere für die Erfüllung von hoheitlichen Vollzugsaufgaben des Staates.

2. Auslagerung aus der Zentralverwaltung

- 21 Es gibt verschiedene Gründe, welche die öffentliche Hand dazu bewegen können, eine bestimmte Aufgabe in eine eigenständige Organisationsform auszugliedern. Mögliche Motive können der Wunsch nach unternehmerischer und organisatorischer Autonomie, die Transparenz bezüglich Kosten und Verflechtungen oder auch die klare Regelung von Verantwortlichkeiten sein.¹¹
- 22 Bei der Auslagerung ist entscheidend, dass das Gemeinwesen eine bestimmte Aufgabe zwar noch erfüllen möchte, die Erfüllung aber ausserhalb der Zentralverwaltung stattfinden soll. So werden Einheiten der zentralen Verwaltung rechtlich verselbstständigt und in Organisationen mit eigenständiger Rechtsform umgewandelt. Hierfür kommen ganz unterschiedliche – sowohl privatrechtliche als auch öffentlich-rechtliche –

⁶ BIAGGINI/GÄCHTER/KIENER, § 20, N 9.

⁷ Art. 89 Abs. 1 GG; Art. 28 Abs. 1 GO.

⁸ Art. 28 Abs. 2 Bst. c GO.

⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 23, N 1594 u. § 24, N 1627.

¹⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 23, N 1593.

¹¹ SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER, S. 61 f. mit weiteren Hinweisen zu möglichen Gründen für eine Auslagerung.

Organisationsformen in Frage (siehe zu den möglichen Organisationsformen nachfolgende Darstellung in Rz. 30).¹²

- 23 Zu beachten gilt, dass nicht jede Aufgabe für eine Auslagerung geeignet ist. Da eine Auslagerung immer auch zu einem Verlust an direkter Kontrolle führt, ist von einer Auslagerung immer dann abzusehen, wenn es sich um eine kritische Aufgabe handelt, mithin die Gefahr besteht, dass die ausführende Organisation ihre Ausführungsfreiheit zu illegitimen Zwecken ausnützt. Insbesondere bei stark politischen oder hoch spezialisierten Aufgaben mit individuellem Eingriffscharakter sollte unter Berücksichtigung rechtlicher, politischer sowie ökonomischer Aspekte auf eine Auslagerung verzichtet werden.¹³
- 24 Die «schwächste» Form der Auslagerung stellt die unselbstständige öffentlich-rechtliche Anstalt dar («unselbständiges öffentlich-rechtliches Unternehmen», vgl. Art. 35 GO). Sie verfügt über keine eigene Rechtspersönlichkeit (siehe Rz. 71) und steht – innerhalb der verschiedenen Auslagerungsformen – der Zentralverwaltung am nächsten. Wie jedoch zu zeigen sein wird, besteht bei der Ausgestaltung von unselbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalten eine grosse Regelungsfreiheit, weshalb es möglich ist, auch diese «selbständiger» zu organisieren bzw. mit mehr Autonomie auszustatten.

3. Aufgabenübertragung

- 25 Es kann vorkommen, dass das Gemeinwesen bestimmte Aufgaben nicht mehr selbst erfüllen möchte und deshalb die entsprechenden *Aufgaben auf Private überträgt*.¹⁴
- 26 Eine Aufgabenübertragung an private Institutionen ist zulässig, sofern eine genügend konkrete Gesetzesgrundlage besteht, die private Institution der Aufsicht des Gemeinwesens untersteht und gewährleistet wird, dass die Privaten bei Ausübung der ihnen übertragenen Aufgaben die Verfassung und insbesondere die Grundrechte beachten.¹⁵ Das Gemeinwesen trägt somit weiterhin die Gewährleistungsverantwortung für die übertragenen Aufgaben und nimmt Einfluss auf die Beliehenen (beispielsweise durch Leistungsvereinbarungen oder den Einsitz in Leitungsorgane). Die Aufgabenübertragung ist daher klar von einer echten Privatisierung abzugrenzen (siehe dazu nachfolgende Rz. 29).
- 27 Erfolgt eine Aufgabenübertragung an einen privaten Rechtsträger, wird dieser nach privatem Recht gegründet und organisiert. Im Verhältnis zu anderen Privaten ist je nach Ausgestaltung der Aufgabenübertragung öffentliches Recht oder Privatrecht anwendbar.¹⁶

¹² SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER, S. 63 und 78.

¹³ SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER, S. 66 f.; siehe dort auch den «Schnelltest zur Prüfung der Auslagerung von Aufgaben».

¹⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 26, N 1870.

¹⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 26, N 1817 ff.

¹⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 26, N 1849.

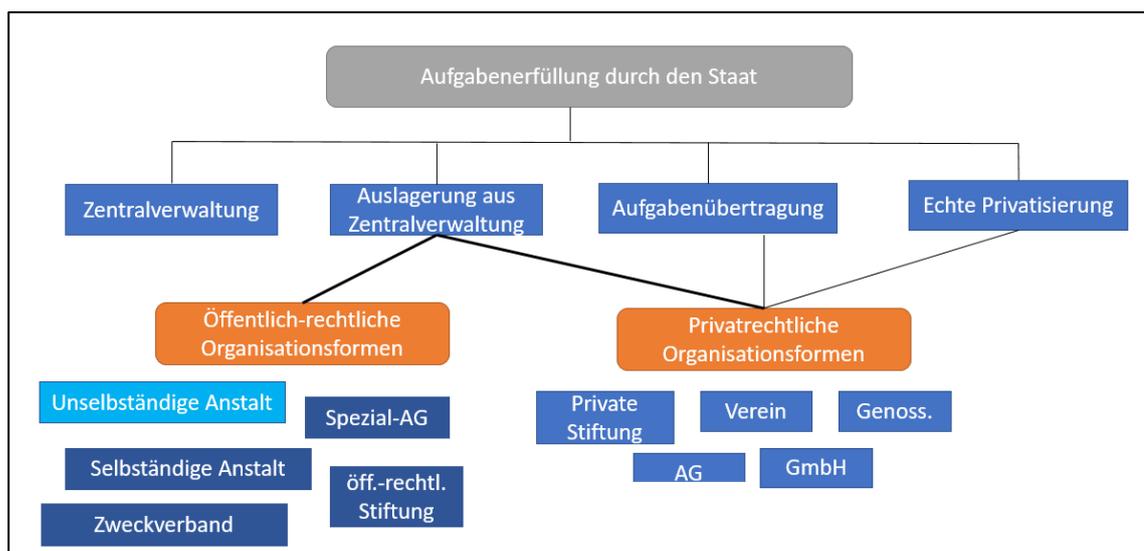
28 Die Gründe für eine Aufgabenübertragung liegen oftmals in der Flexibilisierung und Entpolitisierung der Aufgabenerfüllung sowie in erwarteten Effizienz- und Kostenvorteilen.¹⁷

4. Privatisierung

29 Bei einer echten bzw. materiellen Privatisierung (auch «Aufgabenprivatisierung») verzichtet der Staat auf die Erfüllung einer Aufgabe, womit eine Entstaatlichung gesellschaftlicher Aufgaben bezweckt wird. In einem solchen Fall erachtet das Gemeinwesen die Erbringung der bisher von ihm wahrgenommenen Aufgabe nicht mehr als notwendig und überlasst diese in Zukunft vollständig Privaten. Das Gemeinwesen zieht sich damit von der Aufgabenerfüllung zurück und übernimmt auch keine Gewährleistungsverantwortung mehr.¹⁸

5. Zwischenergebnis

30 Die vorstehenden Ausführungen können zusammenfassend wie folgt dargestellt werden:



(eigene Darstellung)

31 Die nachfolgenden Ausführungen betreffen ausschliesslich die Auslagerung aus der Zentralverwaltung. Eine «Zurückführung» des Hof Haslach in die Zentralverwaltung, eine Aufgabenübertragung oder aber eine gänzliche Privatisierung sollen gemäss Workshop mit der Auftraggeberin ausdrücklich nicht erfolgen. Auf weitergehende Ausführungen diesbezüglich wird daher bewusst verzichtet.

¹⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 26, N 1868 u. 1870.

¹⁸ Hiervon abzugrenzen ist die sog. «Organisationsprivatisierung» oder «unechte Privatisierung», bei welcher lediglich eine Überführung von öffentlich-rechtlichen Unternehmen in privatrechtliche Organisationsformen erfolgt. Die Aufgabenträgerschaft wird bei dieser Art der «Privatisierung» hingegen nicht berührt. Zum Ganzen: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 26, N 1867 ff.

B. Organisationsformen im Überblick

1. Untersuchte Organisationsformen

32 Im Rahmen dieses Berichts werden in Absprache mit der Auftraggeberin (Rz. 8) die folgenden drei Organisationsformen untersucht:

- Unselbständige öffentlich-rechtliche Anstalt;
- Selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt;
- Privatrechtliche Aktiengesellschaft.

2. Nicht näher untersuchte Organisationsformen

33 Folgende öffentlich-rechtliche Organisationsformen werden nicht untersucht, weil sie im Zusammenhang mit der vorliegenden Fragestellung zum vorneherein nicht in Betracht fallen:

- Rückführung in die Zentralverwaltung;
- Öffentlich-rechtliche Stiftung;
- Zweckverband;
- Spezialgesetzliche Aktiengesellschaft.

34 Die Rückführung des Hof Haslach in die Zentralverwaltung würde einen Rückschritt gegenüber der heutigen Situation bedeuten.

35 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). Gerade im vorliegenden Fall, wo es u.a. auch darum geht, eine möglichst flexible Rechtsform zu finden, welche zudem weiterhin eine Steuerung durch die Gemeinde ermöglicht, kann eine vertiefte Prüfung dieser Rechtsform entfallen.¹⁹

36 Das Gemeindegesetz des Kantons St.Gallen (GG) regelt in Art. 140 ff. den Zweckverband. Der Zweckverband besteht aus mehrerer Gemeinden. Im Kanton St.Gallen sind einige Alters- und Pflegeheime in der Form eines Zweckverbands organisiert.²⁰ Der Zweckverband verfügt – wie eine selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt – über eine eigene Rechtspersönlichkeit. Nachdem jedoch zurzeit kein gemeinsamer Betrieb eines Altersheims mit andern Gemeinden angestrebt wird, fällt der Zweckverband von vorneherein ausser Betracht.

¹⁹ Soweit Alters- und Pflegeheime als Stiftungen organisiert sind, handelt es sich häufig um privatrechtliche Stiftungen.

²⁰ Z.B. Zweckverband Altersheim Geserhus der Gemeinden Rebstein und Marbach.

- 37 Auch die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft wird mehrheitlich dem öffentlichen Recht zugeordnet. Nachdem die Organisation der Gesellschaft durch den Gesetzgeber bestimmt werden kann, bringt die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft zwar grundsätzlich eine grosse Flexibilität mit sich. Auf der anderen Seite ist dies jedoch auch mit einer Unsicherheit in der Rechtsanwendung aufgrund fehlender Literatur und Judikatur verbunden, die wohl in der Theorie unterschätzt wird. Insgesamt ist die Organisationsform der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft nur wenig verbreitet.²¹ 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. Nachdem dies vorliegend nicht der Fall ist, da zahlreiche Alters- und Pflegeheime in der Form der öffentlich-rechtlichen Anstalt oder der Aktiengesellschaft organisiert sind, ist die Organisationsform der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft nicht näher zu prüfen.
- 38 Ein öffentliches oder gemischtwirtschaftliches Unternehmen kann neben der Aktiengesellschaft in weiteren Formen des Privatrechts organisiert werden. An dieser Stelle wird jedoch nicht näher auf die Prüfung der folgenden privatrechtlichen Rechtsformen eingegangen:
- Privatrechtliche Stiftung;
 - Verein;
 - Genossenschaft;
 - GmbH.
- 39 In Bezug auf die Stiftung kann auf das in Rz. 35 Gesagte verwiesen werden, was auch für eine privatrechtliche Stiftung gilt. Der Verein und die Genossenschaft kommen aufgrund ihrer Gesellschaftsstruktur von vorneherein nicht in Frage. Eine GmbH wäre zwar grundsätzlich denkbar, weist aber im Vergleich zur Aktiengesellschaft für ein öffentliches Unternehmen deutliche Nachteile in Bezug auf die gesetzlich vorgegebenen Aufgaben und Kompetenzen ihrer Organe auf, weshalb nicht weiter auf diese Rechtsform eingegangen wird.

C. Beurteilungskriterien im Überblick

1. Vorbemerkung

- 40 Im Rahmen dieses Berichts werden in Absprache mit der Auftraggeberin die Kriterien gemäss Rz. 8 beurteilt.

²¹ 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.

- 41 Soweit eine Änderung der Organisationsform in eine privatrechtliche Aktiengesellschaft in Betracht gezogen wird, sollte der guten Ordnung halber noch eine steuerliche Vorabklärung in Bezug auf die Steuerbefreiung und allfällige diesbezügliche Rahmenbedingungen durchgeführt werden (Rz. 10). Alsdann sind sozialversicherungsrechtliche und betriebswirtschaftliche Überlegungen miteinzubeziehen, die ebenfalls nicht Gegenstand des vorliegenden Berichts bilden.
- 42 Nachfolgend erfolgen Erläuterungen dazu, was die ausgewählten, zu untersuchenden Kriterien beinhalten und weshalb diese für die Beurteilung der Rechtsformen von Bedeutung sind.

2. Aufsichts- und Steuerungsinstrumente

- 43 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
- 44 Kriterien der Aufsicht im Allgemeinen bilden insbesondere die Rechtmässigkeit, Ordnungsmässigkeit, Zweckmässigkeit, Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit der Aufgabenerfüllung.²⁴
- 45 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
- 46 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

²² FREUDIGER, S. 90 mit weiteren Hinweisen.

²³ FREUDIGER, S. 91.

²⁴ FREUDIGER, S. 91.

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

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

47 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 einer ausgelagerten Einheit einzugreifen.²⁷ Bei diesem Kriterium wird somit geprüft, ob die verschiedenen Steuerungsmöglichkeiten der einzelnen Rechtsformen für die gewünschte Kontrolle durch die Gemeinde geeignet und angemessen sind.

3. Aufgabentypus

48 Soweit eine rechtlich selbständige Organisation geschaffen wird, stehen dafür sowohl Rechtsformen des öffentlichen als auch privaten Rechts zur Verfügung. Die Wahl der Rechtsform richtet sich – wie vorstehend gezeigt wurde (Rz. 43 ff.) – nach dem politischen Aufsichts- und Steuerungsbedarf, welcher eng mit der Art der zu erbringenden Leistung zusammenhängt.

49 Die Vielfalt der Aufgaben, welche heute durch die öffentliche Hand auf allen Staatsebenen erfüllt werden, machte es erforderlich, diese für eine zweckmässige Beurteilung zu typologisieren. Dazu kann – unabhängig von der Staatsebene – auf die vom Bund entwickelte Typologie zurückgriffen werden.

50 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

51 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. Beim Betrieb eines Alters- und Pflegeheims handelt es sich nicht um eine Ministerialaufgabe. Selbstverständlich handelt es sich auch nicht um eine Aufgabe der Wirtschafts- oder Sicherheitsaufsicht.²⁹

52 Anspruchsvoller ist in der Regel die Frage, ob es sich bei einem ausgelagerten oder auszulagernden Aufgabengebiet eher um Dienstleistungen mit Monopolcharakter oder

²⁷ FREUDIGER, S. 95f. mit dem Hinweis, dass die Weisungsungebundenheit ein prägendes Merkmal von nicht mehr zur Zentralverwaltung gehörenden Aufgabenträgern darstellt.

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

²⁹ Entsprechende Beispiele finden sich vor allem auf Bundesebene: Weko, FINMA, ESBK usw..

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

53 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.³⁰

54 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.»³¹ Gemäss CG-Leitsatz 1 des Bundesrates ist – auf Bundesebene – für die Auslagerung von *Dienstleistungen mit Monopolcharakter* im Regelfall die Organisationsform der *selbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt* zu wählen.

55 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;

³⁰ CG-Bericht BR 2006, S. 8261f..

³¹ CG-Zusatzbericht BR 2009, S. 2662.

- die Dienstleistungen sind *mehrheitlich marktfähig* und damit *preisfinanziert*;
- das Synergiepotenzial und der Koordinationsbedarf sind gering, während dem ein eigenständiges Auftreten des Aufgabenträgers u.a. aus Marketing-Gründen von Vorteil ist.

56 Bei der nachfolgenden Beurteilung der Eignung der einzelnen Rechtsformen wird vertieft auf dieses Kriterium eingegangen. Bereits jetzt kann festgehalten werden, dass es sich bei einem Alters- und Pflegeheim um eine Institution handelt, deren Dienstleistungen eine Mischform darstellen.

4. Wirtschaftliche Selbständigkeit

57 Das Kriterium der wirtschaftlichen Selbständigkeit ist wiederum eng verbunden mit dem Kriterium «Aufgabentypus». 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.

58 Vor diesem Hintergrund ist bei der Rechtsform der Aktiengesellschaft zu prüfen, ob eine solche grundsätzlich in der Lage ist, eine wirtschaftliche Eigenständigkeit zu erlangen. Es gibt im Übrigen zahlreiche Altersheime, welche als Aktiengesellschaften im alleinigen Eigentum von Gemeinden stehen und ebenso Altersheime, welche als sog. gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaften betrieben werden.³²

59 Zum Thema «wirtschaftliche Selbständigkeit» gehört auch die Finanzierung und Kapitalausstattung einer Gesellschaft, auf die ebenfalls eingegangen wird. Zudem gilt es einen Blick auf die Mittel- und Gewinnverwendungsmöglichkeiten zu werfen.

5. Anstehende Investition Liegenschaft

60 Die Gemeinde wird in den nächsten Jahren massgebliche Investitionen in die Liegenschaft zu tätigen haben. Vor diesem Hintergrund soll das Thema Rechtsform auch unter diesem Blickwinkel beleuchtet werden.

³² Als eine gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft wird ein Unternehmen bezeichnet, bei dem der Staat oder staatliche Institutionen zusammen mit privaten Aktionären Anteile an einer Gesellschaft halten. Dies bedeutet, dass sowohl öffentliche als auch private Interessen in der Unternehmensführung vertreten sind. Solche Unternehmen sind oft in Branchen tätig, die als wichtig für das Gemeinwohl erachtet werden, wie beispielsweise Energieversorgung, Verkehr oder Gesundheitswesen.

6. Personalrecht

- 61 Das Personal ist auch in auszulagernden Einheiten die Schlüsselressource schlechthin. Es muss sichergestellt werden, dass genügend qualifiziertes Personal zur Aufgabenerfüllung zur Verfügung steht. Dies trifft insbesondere für ein Alters- und Pflegeheim zu, welches sich in einem Arbeitsmarkt befindet, welches von Fachkräftemangel stark betroffen ist.³³
- 62 Aus rechtlicher Sicht stellt sich insbesondere die Frage, ob das Personal in auszulagernden Einheiten privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich angestellt wird.
- 63 Sowohl aus Sicht der Eignerin als auch aus derjenigen der ausgelagerten Einheit interessiert die Frage, inwieweit Letztere in Bezug auf die Personalbeschaffung autonom ist bzw. ob diesbezüglich Vorgaben der Gemeinde 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.

7. Haftung

- 64 Wenn es darum geht, für eine Organisation die Rechtsform zu wählen bzw. zu überprüfen, spielt das Kriterium der Haftung eine wichtige Rolle. Im vorliegenden Bericht werden für jede untersuchte Organisationsform die grundlegenden Haftungsregimes dargestellt, wobei jeweils zwischen folgenden Haftungssubjekten unterschieden wird:
- Ausgelagerte Einheit;
 - Gemeinde;
 - Organe;
 - Mitarbeitende.
- 65 Es werden nur die zivilrechtliche Haftung und die Staatshaftung untersucht. Es würde den Rahmen dieses Berichts sprengen, auch noch auf das Straf- und Disziplinarrecht einzugehen.
- 66 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.

³³ In der Schweiz gibt es einen Fachkräftemangel im Bereich Alterspflege. Die demografische Entwicklung hat zu einem erhöhten Bedarf an qualifizierten Fachkräften geführt. Um diesem Fachkräftemangel entgegenzuwirken, sind verschiedene auch staatliche Massnahmen in die Wege geleitet worden, zum Beispiel die Ausbildungsoffensive im Rahmen der Umsetzung der 1. Etappe der Pflegeinitiative.

8. Rechtsformspezifischer Umsetzungsaufwand

- 67 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 selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt) in Betracht gezogen wird («Transformationsaufwand»).
- 68 Vom Rechtssetzungsaufwand im engeren Sinn zu unterscheiden ist der (spätere) Umsetzungsaufwand (Personalübergang, Vermögensübertragung, Übergang von Rechten und Pflichten, Kapitalausstattung usw.). Auch beim Umsetzungsaufwand handelt es sich noch um Transformationsaufwand.
- 69 Der Umsetzungsaufwand unterscheidet sich je nach gewählter neuer Organisationsform erheblich. Er ist mindestens so entscheidend wie der Rechtsetzungsaufwand an sich. Insofern sind beide Transformationsaufwände relevant und gesamthaft zu betrachten.

III. ANALYSE

A. Öffentlich-rechtliche Anstalt

1. Begriff, Merkmale und Formen

- 70 Die öffentlich-rechtliche Anstalt³⁴ 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.³⁵
- 71 Es wird zwischen unselbständigen und selbständigen Anstalten unterschieden.³⁶ 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 ist indessen noch nichts über den Autonomiegrad der Anstalten gesagt (Rz. 73 f.).³⁷
- 72 Demgegenüber verfügt die **selbständige** Anstalt über eine eigene Rechtspersönlichkeit.³⁸ 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.³⁹
- 73 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.⁴⁰
- 74 Das Ausmass der **Autonomie** im Einzelnen zeigt sich insbesondere darin, wie gross das Mass an Entscheidungsfreiheit ist, welches der Anstaltsleitung gestützt auf die

³⁴ Der besseren Lesbarkeit halber wird in diesem Teil III/A nur noch von «Anstalt» gesprochen.

³⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 24, N 1659 u. 1661.

³⁶ Im Rahmen der nachfolgenden Analyse werden die beiden Formen gestützt auf die Beurteilungskriterien je einzeln untersucht. An dieser Stelle werden sie zusammen betrachtet, verbunden mit Hinweisen in Bezug auf deren Unterscheidung.

³⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 24, N 1667.

³⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 24, N 1664.

³⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 24, N 1665 mit dem Hinweis, dass eine teilweise subsidiäre Staatshaftung nicht ausgeschlossen ist (auch «Ausfallhaftung» genannt). Dies hängt vom Haftungsrecht der jeweiligen Gebietskörperschaft ab. Für den Kanton St.Gallen und seine Gemeinden siehe die Ausführungen in Rz. 1200 ff..

⁴⁰ Der Bund beispielsweise hat für die Praxis einen Mustererlass für Anstalten erlassen, welcher auf seine Gouvernanz-Strategie 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.

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 Benutzer.⁴¹

- 75 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. 74).⁴² Soweit die Anstalt das Benützungsverhältnis regelt, erfolgt dies regelmässig in Form von Anstaltsverordnungen (Rechts- und Verwaltungsverordnungen).⁴³ 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.⁴⁴ Nachdem zur Gründung der Anstalt ein individueller Organisationserlass zu schaffen ist, besteht diesbezüglich ein grosser legislatischer Spielraum.
- 76 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.⁴⁵ Dies vor allem für Leistungen einer Anstalt, welche im Monopolbereich angeboten werden (wie beispielsweise die Nutzung von Infrastrukturen).

2. Formelle Grundlagen

- 77 Die öffentlich-rechtliche Anstalt benötigt eine öffentlich-rechtliche Grundlage («Organisationserlass»)⁴⁶. Der Handelsregistereintrag ist nicht konstitutiv. Demgegenüber sind auch die juristischen Personen des öffentlichen Rechts⁴⁷ zu einem deklaratorischen Handelsregistereintrag verpflichtet, soweit sie ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben.⁴⁸
- 78 Die Grundlage dazu, dass eine Gemeinde Aufgaben an eine öffentlich-rechtliche Anstalt übertragen kann, findet sich in Art. 125 Abs. 1 GG. Unter den in dieser Bestimmung

⁴¹ FREUDIGER, S. 27; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 24, N 1670.

⁴² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 24, N 1671.

⁴³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 24, N 1670.

⁴⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 24, N 1671.

⁴⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 24, N 1674.

⁴⁶ FREUDIGER, S. 25; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 24, N 1663 mit dem wichtigen Hinweis, dass dies nicht bedeuten muss, dass die öffentlich-rechtliche Anstalt in allen Belangen dem öffentlichen Recht untersteht.

⁴⁷ Darunter fällt die **selbständige** Anstalt.

⁴⁸ HUGUENIN/REITZE, BSK ZGB I, Art. 52, N 9.

verwendeten Begriff «öffentlich-rechtliche Unternehmen» fallen auch die selbständigen und unselbständigen Anstalten. Gemäss Art. 3 Abs. 1 GG kann die Gemeinde – im Rahmen des übergeordneten Rechts – für ihren Aufgabenbereich rechtsetzende Erlasse beschliessen. Darunter würde auch ein Organisationserlass für eine Anstalt fallen. Bereits an dieser Stelle wird darauf hingewiesen, dass die Gründung einer **selbständigen** Anstalt dem obligatorischen Referendum untersteht (Art. 125 Abs. 2 GG).

3. Notwendiger Regelungsgegenstand

79 Der Hof Haslach ist bereits heute als unselbständige Anstalt ausgestaltet. Indessen verfügt die Gemeinde Au über keine selbständigen Anstalten. Für die weitere Beurteilung der Eignung der Organisationsform der öffentlichen Anstalt ist es indessen wichtig, aufzuzeigen, welche zentralen Regelungen – insbesondere bei **selbständigen** – Anstalten zu treffen sind und wie diese aussehen können. Wie oben unter Rz. 73 erwähnt, besteht zwar eine hohe Flexibilität bei der Ausgestaltung der entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen – dennoch ergeben sich gewisse Eckpfeiler, welche es zu beachten gilt.

80 Auf Bundesebene besteht ein Mustererlass für die Gründung von öffentlich-rechtlichen Anstalten.⁴⁹ 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 zurückgegriffen.

81 Namentlich die folgenden Inhalte sind in einem Gründungserlass zu regeln, soweit sie sich nicht – namentlich bei **unselbständigen** Anstalten – aus bestehenden Erlassen (GO, Reglemente usw.) ergeben:

- Rechtspersönlichkeit (unselbständige oder selbständige Anstalt);
- Bezeichnung, Sitz;
- Ziele, welche mit der Anstalt verfolgt werden;
- Aufgaben, welche die Anstalt zur Zielerreichung zu erfüllen hat;
- Evtl. Festlegung, dass die Gemeinde 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 Organe;

⁴⁹ 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).

- 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. Steuern, Gebühren, Taxen, Transferzahlungen, Leistungsabgeltungen, Drittmittel usw.);
- Reporting (Geschäftsbericht, Rechnungslegungsstandards);
- Reservebildungsmöglichkeiten (z.B. für künftige Investitionen, Deckung von Haftungsrisiken);
- Steuerbefreiung von nicht gewerblichen Leistungen;⁵⁰
- Regelung in Bezug auf Infrastrukturen (Eigentum der Anstalt, Nutznießung, Miete usw.);
- Organisation der Aufsicht (in Abstimmung mit der GO);
- 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);
- 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 der Anstalt und den Anpassungsbedarf übriger Erlasse).

4. Beurteilung selbständige Anstalt

4.1. Vorbemerkung

82 Der Hof Haslach ist heute als unselbständige Anstalt ausgestaltet. Aus methodischen Gründen wird nachfolgend zuerst auf die selbständige Anstalt eingegangen. Dies ermöglicht es, im Nachgang dazu bei der Behandlung der bekannten – heute bestehenden – unselbständigen Anstalt speziell auf die Unterschiede dieser beiden Anstaltsformen einzugehen.

4.2. Aufsichts- und Steuerungsinstrumente

83 Bei einer Anstalt ergeben sich die Aufsichts- und Steuerungsmöglichkeiten in erster Linie aus dem der Anstalt zugrundeliegenden Organisationserlass. Bei einer öffentlich-rechtlichen Anstalt können die Aufsichts- und Steuerungsmittel grundsätzlich massge-

⁵⁰ Steuerrechtliche Überlegungen bilden nicht Gegenstand dieses Berichts.

schneidert auf die auszulagernde Einheit ausgerichtet werden. Damit kann der Gesetzgeber auch das Mass der Autonomie (als Gegenstück zur Steuerung durch die Gemeinde) konkret festlegen.

- 84 Zur Veranschaulichung bzw. als möglicher Ausgangspunkt zur Beurteilung der Aufsichts- und Steuerungsmöglichkeiten von selbständigen Anstalten wird nachfolgend auf den Mustererlass des Bundes⁵¹ eingegangen.
- 85 Soweit eine Gemeinde eine Aufgabe auslagert, sollte sie in jedem Fall – unabhängig von der gewählten Rechtsform der Institution, welche die Aufgabe erfüllt – eine Eignerstrategie erlassen. Im Rahmen der *Eignerstrategie* kann die strategische Entwicklungsrichtung der Unternehmung vorgegeben werden. Bei einer selbständigen Anstalt hätten sich die strategischen Ziele selbstverständlich an den im jeweiligen Organisationserlass definierten Zweck- und Aufgabenbereichen zu orientieren. Die Eignerstrategie kann diesfalls dazu dienen, die unternehmerischen Aktivitäten zu beeinflussen und zu steuern. Sie bildet im Ergebnis die Grundlage für die *Unternehmensstrategie*.
- 86 Es ist Aufgabe des strategischen Leitungsgremiums (in der Regel als «Verwaltungsrat» bezeichnet) die übergeordneten Ziele der Eigner auf die unternehmensstrategische Ebene herunterzubrechen und so für deren Umsetzung zu sorgen.⁵² Daher empfiehlt es sich, bereits in der Eignerstrategie klare Leitplanken für die Leitung des Unternehmens festzulegen.
- 87 Die Zielerreichung kann dabei durch verschiedene Instrumente, wie beispielsweise ein regelmässiges Eigergespräch und oder einen Bericht zur Erfüllung der Eignerstrategie, sichergestellt werden.
- 88 Zudem ist entscheidend, wie das strategische Leitungsgremium zusammengesetzt ist. Die Wahl des Leitungsgremiums obliegt der Gemeinde als Eignerin der selbständigen Anstalt. Es wird empfohlen, ein Anforderungsprofil für das Leitungsgremium und seine Mitglieder festzulegen.⁵³
- 89 Bei stärkerem Steuerungsbedarf kann – im Gegensatz zu einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft – im Organisationserlass einer selbständigen Anstalt und damit auf Gesetzesstufe eine direkte Steuerung verankert werden. Während bei einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft die gesetzlichen Kompetenzen der Organe nur beschränkt geändert werden können (z.B. keine Delegationsmöglichkeiten bestimmter Aufgaben des Verwaltungsrats nach oben [Generalversammlung] oder nach unten [Geschäftsleitung]), ist dies bei einer selbständigen Anstalt ohne weiteres möglich. Dies deshalb, weil im Organisationserlass die Organe und ihre jeweiligen Kompetenzen frei bestimmt

⁵¹ 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).

⁵² BUSCHMANN/KRUMMENACHER, S. 57.

⁵³ Dies erfolgt häufig als Anhang zur Eignerstrategie.

werden können. Es ist somit im Einzelfall zu prüfen, ob neben dem Erlass einer Eigenerstrategie und der Überprüfung der Zielerreichung (Eigenerbericht, Eignerggespräch etc.) zusätzliche oder sogar direkte Steuerungsmöglichkeiten (z.B. Genehmigungsvorbehalte für bestimmte Geschäfte) im Organisationserlass zu verankern sind. Dabei ist jedoch stets eine Abwägung zwischen dem notwendigen Steuerungsbedarf und der erwünschten Autonomie der Anstalt zu treffen.

90 Bei der Abwägung des Autonomiegrades ist zu bedenken, dass sich die Gemeinde 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 Eigenerin auf strategischer Ebene mit übergeordneten mittelfristigen Zielvorgaben (siehe zu letzterem oben Rz. 85 ff.). Dabei nimmt sie aus einer Gesamtsicht Einfluss auf ihre Entwicklung als Organisation («unternehmensbezogene Vorgaben») und auf ihre Aufgaben («aufgabenseitige Vorgaben»). Die Intensität der aufgabenseitigen Steuerung kann dabei insbesondere aus folgenden drei Kriterien abgeleitet werden:⁵⁴

- Regelungstiefe der massgebenden Gesetzgebung;⁵⁵
- Finanzierung im erheblichen Umfang aus Steuermitteln;⁵⁶
- Risikosituation.

91 Wie weit also konkret in die Autonomie der selbstständigen Anstalt eingegriffen wird, hängt nach dem Gesagten letztlich davon ab, wie die Gemeinde die vorstehend aufgeführten Kriterien beurteilt.

92 Neben den bereits erwähnten Instrumenten finden sich in den Organisationserlassen regelmässig weitere Aufsichtsinstrumente. 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. 93). In Bezug auf eine kommunale Anstalt würden die entsprechenden Kompetenzen sinnvollerweise dem Gemeinderat übertragen.

93 Danach ist bzw. wäre die Regierung (Bundesrat bzw. Gemeinderat) zuständig für die Wahl und Abberufung der Verwaltungsräte und der Revisionsstelle sowie für die Begründung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Geschäftsführer. Damit kommen bei der Anstalt der Exekutive Aufgaben zu, welche bei einer privaten Aktiengesellschaft auf zwei Organe aufgeteilt sind, nämlich auf die Generalversammlung

⁵⁴ In Anlehnung an CG-Leitsatz 16 des Bundes.

⁵⁵ So ist beispielsweise in Bezug auf den Hof Haslach massgebend, dass in Bezug auf die Thematik Heimwesen bereits verschiedene gesetzliche Rahmenbedingungen bestehen.

⁵⁶ Je stärker die Aufgabenerfüllung mittels allgemeiner Steuermittel unterstützt wird, desto stärker sind die aufgabenseitigen Vorgaben betreffend die Schwerpunkte der Mittelverwendung zu gewichten (EFV-Bericht 2006, S. 51).

(Wahl Verwaltungsräte, Revisionsstelle) und auf den Verwaltungsrat (Wahl Geschäftsführer).

- 94 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.⁵⁷ Derartige direkte Genehmigungsvorbehalte ergäben sich bei einer (privatrechtlichen) Aktiengesellschaft nicht. Vielmehr müssten entsprechende Geschäfte über Weisungen an entsandte Verwaltungsräte «gesteuert» werden.
- 95 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. 85 ff. verwiesen.
- 96 Insgesamt hätte der Gemeinderat gegenüber der Anstalt eine stärkere Position, als er dies als Aktionärsvertreter gegenüber einer von ihm beherrschten Aktiengesellschaft hätte. 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.
- 97 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.⁵⁸ 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. 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.⁵⁹
- 98 Wie die vorstehenden Ausführungen zeigen, bestehen vielfältige und auch genügende Möglichkeiten zur Steuerung einer selbständigen Anstalt durch die Gemeinde.

⁵⁷ Grundsätzlich untersteht das Personal einer Anstalt auf Bundesebene dem BPG. Eine spezifisch auf die Anstalt bezogene zusätzliche Personalverordnung ist möglich, aber durch den Bundesrat zu genehmigen (Art. 10 Mustererlass).

⁵⁸ Vgl. dazu beispielsweise Art. 23 Abs. 3 Mustererlass.

⁵⁹ Bemerkungen Mustererlass, S. 10.

4.3. Aufgabentypus

- 99 Eine selbstständige 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. 53).
- 100 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.⁶⁰ 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 darstellt.
- 101 Der Hof Haslach stellt einen klassischen Heimbetrieb dar und bietet Dienstleistungen in der Betreuung, Pflege und Hotellerie an. Die Haupteinnahmequellen sind verschiedene Taxen (Pflege, Betreuung, Pension) sowie Einnahmen aus der Gastronomie. Es handelt sich damit um eine Misch-Finanzierung durch die öffentliche Hand, Krankenkassen und Private. Die Angebote des Hof Haslach stehen jedoch – trotz Pflegeheimliste und teilweise vorgegebenem Finanzierungsregime – im Wettbewerb mit anderen ähnlichen Institutionen.
- 102 Wie in Rz. 56 bereits erwähnt, handelt es sich bei einem Alters- und Pflegeheim letztendlich um eine Mischform, welche sowohl Dienstleistungen mit Monopolcharakter als auch Dienstleistungen am Markt erbringt. Die Versorgungssicherheit für die Bevölkerung kann unabhängig von der Organisationsform der einzelnen Institutionen über das Instrument der Pflegeheimliste gesteuert werden. Es kann damit festgehalten werden, dass vorliegend sowohl eine selbstständige Anstalt als auch eine Aktiengesellschaft geeignet sind, um die in Frage stehenden Aufgaben wahrzunehmen (zur Eignung der Aktiengesellschaft siehe Rz. 208 ff.).
- 103 Der Vollständigkeit halber ist noch darauf hinzuweisen, dass eine Anstalt auch hoheitliche Aufgaben übernehmen bzw. sogar polizeiliche Funktionen ausüben kann.⁶¹

4.4. Wirtschaftliche Selbständigkeit

- 104 Das Kriterium der wirtschaftlichen Selbständigkeit muss bei einer selbstständigen 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

⁶⁰ Vgl. Anhang 1 zum Regierungsbeschluss über die Pflegeheimliste vom 20. Dezember 2011.

⁶¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N. 1680 f. 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.

sind auch die Finanzierung und Kapitalausstattung sowie die mögliche Mittel- und Gewinnverwendung zu sehen.

- 105 Soweit eine Anstalt für bestimmte Tätigkeiten Gebühren erheben soll, sind diese in einer eigenen Gebührenverordnung durch die Anstalt zu regeln. Dabei sind das Äquivalenz- und das Kostendeckungsprinzip zu beachten.⁶²
- 106 Die notwendige Kapitalausstattung für eine neu zu gründende selbstständige Anstalt ist im Einzelnen zu prüfen. Diese hängt von den Aufgaben und den allenfalls zu übernehmenden notwendigen Infrastrukturen ab. 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.⁶³
- 107 Eine selbstständige Anstalt wäre durch den Gemeinderat in seiner Rolle als Eigner mit strategischen Zielen, die schwergewichtig aufgabenseitige, aber auch unternehmensbezogene Vorgaben enthalten, zu steuern (oben Rz. 83 ff.). 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 (Gemeinderat, Bürgerschaft) im Rahmen seiner Finanzierungsbeschlüsse ebenfalls Einfluss auf die Mittelverwendung nehmen. Dies sollte jedoch vorliegend nicht der Fall sein, da der Hof Haslach nach Möglichkeit – gestützt auf die in Rz. 100 erwähnten Finanzierungsquellen – selbsttragend zu führen ist (Art. 21 Regl. APH).
- 108 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 im Einzelfall zu entscheiden, ob und wie weitgehend einer Anstalt die Möglichkeit zur Reservebildung gegeben werden soll.⁶⁴ Es ist dabei zu beachten, dass mit der Möglichkeit zur Reservebildung eine gewisse Flexibilität für künftige Entwicklungen und Investitionen geschaffen werden kann und zugleich auch allfällige Haftungsrisiken abgesichert werden können.

4.5. Anstehende Investition Liegenschaft

- 109 Im Zusammenhang mit der anstehenden Investition stellt sich grundsätzlich die Frage, wie der selbstständigen Anstalt die Infrastruktur (namentlich die Liegenschaft) zur Verfügung gestellt werden soll.

⁶² Siehe dazu Art. 13 Mustererlass; das Äquivalenz- und das Kostendeckungsprinzip sollten auch von einer kommunalen Anstalt eingehalten werden.

⁶³ Siehe dazu auch Art. 25 Mustererlass.

⁶⁴ Siehe z.B. auf Bundesebene die Bemerkungen zum Mustererlass, S. 44f. mit detaillierten Hinweisen zu Umfang, Zweck und Einschränkungen von allfälligen Reservebildungen.

- 110 Gemäss Mustererlass (Art. 21) ist vorgesehen, dass der Bund der Anstalt die Liegenschaften zur Nutzung resp. Miete überlässt, diese aber im Eigentum des Bundes verbleiben. Bezogen auf die Gemeinde Au würde dies bedeuten, dass die Liegenschaft weiterhin im Eigentum der Gemeinde steht (und damit auch die anstehenden Investitionen durch die Gemeinde getragen werden) und die selbstständige Anstalt für die Inanspruchnahme der Infrastruktur eine Nutzungsentschädigung an die Gemeinde entrichtet.
- 111 Eine andere Möglichkeit wäre, die Liegenschaft in das Eigentum der Anstalt zu überführen, womit die Investitionen von der Anstalt selbst vorgenommen werden könnten. Eine entsprechende Eigentumsübertragung bedürfte einer Grundlage im Organisationserlass. Konkret wäre beispielsweise zu klären, zu welchen Werten die entsprechenden Infrastrukturen übernommen werden können und ob und in welcher Form diese abzugelten sind. Derartige Fragen können zumindest dem Grundsatz nach in den Schluss- resp. Übergangsbestimmungen geklärt werden. Für ein solches Vorgehen müsste die selbstständige Anstalt allerdings von der Gemeinde mit entsprechenden Mitteln ausgestattet werden.
- 112 Es kann damit festgehalten werden, dass grundsätzlich verschiedene Möglichkeiten bestehen, wie der Anstalt die Infrastruktur zur Verfügung gestellt werden kann (Nutzungsentschädigung oder Eigentumsübertragung). In Analogie zur «Vorgabe» beim Bund wird empfohlen, die Liegenschaft im Eigentum der Gemeinde zu belassen und deren Nutzung durch die Anstalt abgelten zu lassen.

4.6. Personalrecht

- 113 Gemäss Art. 2 Abs. 1 Pers. Regl. gilt dieses für alle voll- oder teilzeitlich angestellten Mitarbeiter der Politischen Gemeinde Au und ihrer Unternehmen. Damit sind auch die Mitarbeitenden einer selbstständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt dem Pers. Regl. als öffentlichem Personalstatut unterstellt.
- 114 Die grundsätzliche Unterstellung der Mitarbeitenden unter das öffentliche Personalstatut der «Eigentümerin» der selbstständigen Anstalt stellt den Regelfall dar. Dies kann entweder im Personalstatut (hier Art. 2 Pers. Regl.) oder auch im Organisationserlass der jeweiligen Anstalt verankert sein (oder in letzterem nochmals «deklaratorisch» festgehalten werden).
- 115 Im Übrigen ist es jedoch auch möglich, im Organisationserlass – im Sinne einer spezialgesetzlichen Regelung – abweichende Bestimmungen vom Personalstatut vorzusehen. Zur Illustration wird diesbezüglich nachfolgend nochmals auf die Bundesebene eingegangen mit dem Hinweis verbunden, dass auch auf kommunaler Ebene entsprechende Spezialregelungen für Anstaltsmitarbeitende denkbar wären.

- 116 Das Bundespersonalgesetz (BPG) gilt auch für das Personal der dezentralen Verwaltungseinheiten, soweit nicht deren spezialgesetzliche Bestimmungen eine andere Regelung vorsehen.⁶⁵ 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.⁶⁶ 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.⁶⁷
- 117 Neben dem BPG selbst ist für die öffentlich-rechtliche Anstalt auch die Rahmenverordnung BPG⁶⁸ 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.⁶⁹ 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 Entlohnung und Nebenleistungen beinhalten.
- 118 Bezogen auf die kommunale Ebene ergibt sich zusammenfassend, dass die Mitarbeitenden einer selbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt der Gemeinde dem Personalstatut – hier der Gemeinde Au (Pers. Regl.) – unterstehen, soweit keine abweichenden Regelungen dazu im Organisationerlass getroffen werden. Diese Abweichungen sollten jedoch in engen Grenzen gehalten werden, um die grundsätzliche Anwendbarkeit des Pers. Regl. nicht «auszuhöhlen». Zudem sollte dem Gemeinderat ein Genehmigungsvorbehalt für ein allfälliges «Zusatzreglement» der Anstalt eingeräumt werden.
- 119 Damit kann sich bei einer selbständigen Anstalt – allerdings in Grenzen – eine grössere Flexibilität in Bezug auf die Anstellungsbedingungen ergeben, soweit dies gewünscht wird.

⁶⁵ FREUDIGER, S. 154.

⁶⁶ CG-Zusatzbericht BR 2009, S. 2690; EFV-Bericht 2006, S. 34.

⁶⁷ EFV-Bericht 2006, S. 34.

⁶⁸ Rahmenverordnung zum Bundespersonalgesetz (Rahmenverordnung BPG) vom 20. Dezember 2000 (SR 172.220.11).

⁶⁹ EFV-Bericht 2006, S. 34.

4.7. Haftung

- 120 Im Kanton St.Gallen findet sich die Grundlage für die Haftung des Gemeinwesens in Art. 62 der Kantonsverfassung. Die allgemeine verfassungsrechtliche Haftungsnorm wird auf Gesetzesstufe im Verantwortlichkeitsgesetz (VG) konkretisiert. Gemäss Art. 1 Abs. 1 VG haften der Staat, die Gemeinden, die übrigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften und die öffentlich-rechtlichen Anstalten des kantonalen Rechtes für den Schaden, den ihre Behörden und Angestellten in Ausübung dienstlicher Verrichtungen Dritten widerrechtlich zufügen.
- 121 Gemäss Botschaft zum Verantwortlichkeitsgesetz wird durch Art. 1 VG der Grundsatz der Haftung des Gemeinwesens für rechtswidrige Amtshandlungen normiert und ist in diesem Sinne umfassend. Erfasst sind deshalb auch Gemeindeunternehmen, die als öffentlich-rechtliche juristische Personen organisiert sind.⁷⁰
- 122 Nachfolgend werden die Haftung der selbstständigen Anstalt, diejenige der Gemeinde und diejenige von Mitarbeitenden dargestellt. Für alle diese drei Haftungssubjekte gilt zu beachten, dass Art. 1 Abs. 1 VG die Haftung auf Schäden beschränkt, welche «in Ausübung dienstlicher Verrichtung» verursacht werden. Damit ist eine Haftung nach dem Verantwortlichkeitsgesetz insbesondere dann ausgeschlossen, wenn die deliktische Handlung von der betreffenden Person in deren privater Eigenschaft vorgenommen worden ist. Um von einer dienstlichen Verrichtung im Sinne von Art. 1 Abs. 1 VG auszugehen, braucht es sich jedoch nicht um eine Amtstätigkeit im Sinne der Ausübung staatlicher Hoheit zu handeln. Vielmehr fällt gemäss Botschaft zum VG beispielsweise auch die Tätigkeit des Pflege- und Hauspersonals einer öffentlichen Krankenanstalt (bzw. eines öffentlichen Alters- und Pflegeheims) darunter. Es ist dabei für die Haftung im Aussenverhältnis unerheblich, ob das interne Dienstverhältnis dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht untersteht.⁷¹

a. Haftung der selbstständigen Anstalt

- 123 Die selbständigen Anstalten sind Träger von Rechten und Pflichten und verfügen über eigenes Vermögen.⁷² Damit haftet eine in Form der selbständigen Anstalt organisierte ausgelagerte Einheit grundsätzlich selbständig für die von ihr verursachten Schäden

⁷⁰ Botschaft VG, S. 735 f..

⁷¹ Botschaft VG, S. 737 f. Ebenfalls nicht vom Anwendungsbereich des VG erfasst sind Fälle, in denen das Gemeinwesen ausdrücklich als Subjekt des Privatrechts auftritt oder wo eine «gewerbliche Verrichtung» i.S.v. Art. 61 OR vorliegt (Botschaft VG, S. 737). Die Abgrenzung zwischen «dienstlichen» und «gewerblichen» Verrichtungen ist indessen nicht ganz einfach und in der Lehre seit langem umstritten. Im Allgemeinen gelten Verrichtungen dann als «gewerblich», wenn der Staat mit seinem Personal im privatrechtlichen Verkehr als gleichgestelltes Rechtssubjekt gegenüber Privaten auftritt (KESSLER, BSK OR I, Art. 61, N 6). Eine abschliessende Beurteilung kann jedoch nur gestützt auf den jeweiligen Einzelfall vorgenommen werden.

⁷² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 24, N 1665.

gegenüber Dritten. Nicht zuletzt vor diesem Hintergrund sollte der Gemeinderat gestützt auf den Organisationerlass festlegen können, dass die Anstalt zur Finanzierung künftiger Investitionen und zur Deckung von Haftungsrisiken Reserven bildet.⁷³

- 124 Wie die Gemeinde haftet auch die Anstalt für denjenigen Schaden, welche ein Angestellter in Ausübung dienstlicher Verrichtungen einem Dritten widerrechtlich zufügt, sofern sie nicht nachweist, dass den Angestellten kein Verschulden trifft. Der Dritte hat keinen Anspruch gegenüber dem Angestellten (sog. «originäre Staatshaftung», siehe dazu nachfolgend Rz. 128 f.).

b. Haftung der Gemeinde

- 125 Wie gesehen haftet die selbstständige Anstalt aufgrund ihrer Rechtspersönlichkeit grundsätzlich mit ihrem eigenen Vermögen.
- 126 Es stellt sich damit die Frage, ob die Gemeinde im Sinne einer subsidiären Staatshaftung («Ausfallhaftung») belangt werden kann, soweit der Schaden im Rahmen der Erfüllung einer amtlichen Verrichtung entstanden ist, so wie dies beispielsweise auf Bundesebene geregelt ist.⁷⁴
- 127 Eine entsprechende Regelung ist im VG des Kantons St.Gallen nicht ersichtlich. Es besteht mithin keine gesetzliche Ausfallhaftung der Gemeinde. Unabhängig davon dürfte aus politischen Gründen gleichwohl zumindest faktisch eine Ausfallhaftung bestehen.

c. Haftung der Behördenmitglieder und Angestellten

- 128 Nach Art. 7 Abs. 1 VG sind Behördenmitglieder und Angestellte für den Schaden verantwortlich, den sie der öffentlich-rechtlichen Körperschaft oder Anstalt durch vorsätzliche oder grobfahrlässige Verletzung der Dienstpflicht zufügen. Als Angestellte gelten Personen, die in einem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis stehen, auch wenn sie nebenamtlich oder provisorisch angestellt sind (Art. 7 Abs. 2 VG).
- 129 Während Art. 7 VG die unmittelbare oder direkte Schädigung des Gemeinwesens (vorliegend der Anstalt) betrifft, regelt Art. 8 Abs. 1 VG den Rückgriff für den Fall einer Haftpflicht der Anstalt (indirekte Haftung). Sofern die Anstalt in Erfüllung ihrer Haftpflicht Schadenersatz geleistet hat, kann sie auf den Angestellten zurückgreifen, jedoch nur im Falle von Vorsatz oder Grobfahrlässigkeit. Hingegen ist es für Geschädigte nicht möglich, Behördenmitglieder und Angestellte unmittelbar zu belangen (Art. 1 Abs. 3 VG). Bei einem vorsätzlichen oder grobfahrlässigen Verhalten eines Behördenmitglieds oder Angestellten hat sich die geschädigte Person deshalb immer an das Gemeinwesen zu halten (daher «originäre Staatshaftung»), welches dann allenfalls selbst Rückgriff auf die für den Schaden verantwortliche Person nehmen kann.

⁷³ So wie dies auf Bundesebene Art. 18 Mustererlass vorsieht.

⁷⁴ Art. 19 i.V.m. Art. 3 Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes.

- 130 Voraussetzung für die Haftung der Behördenmitglieder und Angestellten ist sowohl bei der direkten als auch bei der indirekten Haftung, dass es sich um die Verletzung einer Dienstpflicht (siehe Rz. 122) handelt und dass diese vorsätzlich oder grobfahrlässig herbeigeführt worden ist. Die Haftungsvoraussetzung des Verschuldens ist für Behördenmitglieder und Angestellte damit deutlich tiefer als beispielsweise für Verwaltungsräte einer Aktiengesellschaft (vgl. Rz. 242). Bei letzterer reicht als Verschulden bereits Fahrlässigkeit und insbesondere auch Fahrlässigkeit durch Unterlassen.⁷⁵

4.8. Rechtsformspezifischer Umsetzungsaufwand

- 131 Wie bereits mehrfach erwähnt, besteht der rechtsformspezifische Rechtsetzungsaufwand bei einer selbstständigen Anstalt darin, einen Organisationserlass zu schaffen («Organisationsreglement über den Betrieb XY»). Auf Bundesebene kann der Mustererlass für öffentlich-rechtlichen Anstalten als Grundlage herangezogen werden, womit der Aufwand überschaubar bleibt. Für die kommunale Ebene stellt die Erarbeitung eines Organisationserlasses für eine öffentlich-rechtliche Anstalt – trotz Anlehnung an den Mustererlass – 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.»⁷⁶
- 132 Neben der Schaffung eines Organisationserlasses (zum konkreten Regelungsgegenstand siehe Rz. 81) wäre vorliegend zumindest auch die Gemeindeordnung anzupassen, da diese in Art. 35 Bst. c die Führung des Alters- und Pflegeheims als unselbstständiges öffentlich-rechtliches Unternehmen vorsieht.
- 133 Gemäss Art. 6 Bst. a GO fallen der Erlass und die Änderung der Gemeindeordnung in die Kompetenz der Bürgerschaft. Darüber hinaus unterstehen nach Art. 125 Abs. 2 GG die Gründung und Auflösung selbstständiger öffentlich-rechtlicher Unternehmen in jedem Fall dem *obligatorischen Referendum*.⁷⁷ Der Rechtsetzungsaufwand sollte daher nicht unterschätzt werden.
- 134 Vom Rechtsetzungsaufwand zu unterscheiden ist der Umsetzungsaufwand. Diesbezüglich kann festgehalten werden, dass der Vorteil von öffentlich-rechtlichen Unternehmensformen ist, dass in ihren Organisationserlassen die Umsetzung (der Auslagerung oder der Gründung) bereits auf öffentlich-rechtlicher Basis «vorgespurt» werden

⁷⁵ MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Bd. I, N 4.123 mit weiterführenden Hinweisen.

⁷⁶ FREUDIGER, S. 226.

⁷⁷ Gemäss Art. 7 Bst. a GO erfolgt in Bezug auf Erlass und Änderung der Gemeindeordnung eine Urnenabstimmung nur dann, wenn ein Drittel der Bürgerversammlung für die Schlussabstimmung eine Urnenabstimmung verlangt. Das GG geht jedoch als übergeordnetes Recht (und zudem auch als «lex specialis») der GO vor mit der Folge, dass bei der Gründung einer selbstständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt in jedem Fall das obligatorische Referendum zur Anwendung gelangt.

kann (insbesondere durch die Schlussbestimmungen). Es können gegenüber privatrechtlichen Organisationsformen vorteilhaftere und einfachere Regelungen getroffen werden.

- 135 Im Art. 25 Mustererlass ist die Errichtung der Anstalt geregelt, d.h. die Umwandlung der alten Verwaltungseinheit (oder eines Teils davon) in die neue Anstalt. Grundsätzlich tritt die neue Anstalt in die bisherigen Rechtsverhältnisse ein und regelt diese (nur) neu, wo dies erforderlich ist. Dies ist ein gewichtiger Vorteil – beispielsweise gegenüber einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft – und erleichtert den Umwandlungsprozess erheblich.
- 136 Auch der Übergang der Arbeitsverhältnisse kann im Organisationserlass kraft öffentlichen Rechts einfach geregelt werden. Ein Blick in Art. 26 des Mustererlasses zeigt, dass die «Personalübernahme» deutlich einfacher funktioniert als dies im Rahmen eines Betriebsübergangs nach Art. 333 OR der Fall wäre.
- 137 In Bezug auf die Vermögensübertragung kann festgehalten werden, dass diese bei der Umwandlung einer Verwaltungseinheit in eine Anstalt gemäss Art. 25 Abs. 5 Mustererlass steuer- und gebührenfrei erfolgen kann. Das Fusionsgesetz (FusG) kommt nicht zur Anwendung. Der Bundesrat (bzw. vorliegend der Gemeinderat) bezeichnet, welche Vermögenswerte auf die Anstalt übergehen und genehmigt das entsprechende Inventar und die Eröffnungsbilanz der neuen Anstalt (Art. 25 Abs. 3 Mustererlass). Bei Bedarf kann der Bund bzw. die Gemeinde auch Darlehen gewähren (Art. 25 Abs. 6 Mustererlass).

4.9. Zwischenergebnis

- 138 Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass die Ausgestaltung des Hof Haslach als selbständige Anstalt zweckmässig wäre (zumindest, wenn man «auf der grünen Wiese beginnen» würde). Es gibt keine wesentlichen Aspekte, welche gegen diese Rechtsform sprechen. Auch vom Aufgabentyp her würde die Form der selbständigen Anstalt gut zum Hof Haslach passen.
- 139 Im Rahmen der Gesetzgebung (Organisationserlass) kann der «Autonomiegrad» der selbstständigen Anstalt je nach Bedarf grösser oder kleiner ausgestaltet werden. Die Steuerung einer selbstständigen Anstalt sollte insbesondere durch mittelfristig ausgerichtete strategische Ziele erfolgen. Dabei unterscheiden sich die programmatischen Schwerpunkte und die Aufgaben- und unternehmensbezogenen Ziele samt Kennzahlen nicht wesentlich von solchen in Eignerstrategien von Aktiengesellschaften (vgl. nachfolgend Rz. 200 ff.). Mittels dieser strategischen Ziele kann der Gemeinderat genügend steuern, ohne die auszulagernde Einheit zu stark einzuschränken.
- 140 Rein formal gesehen ist selbständige Anstalt in Bezug auf ihre Entscheidungsfreiheit und Kompetenzen weniger autonom als dies eine private Aktiengesellschaft ist. Wie bei den Ausführungen zur Steuerung der privatrechtlichen Aktiengesellschaft jedoch zu zeigen sein wird (Rz. 195 ff.), ist deren «Flexibilität» nur wenig grösser, wenn man

wie im vorliegenden Fall davon ausgeht, dass die Gemeinde Allein- oder zumindest Mehrheitsaktionärin wäre.

- 141 Das Personal der selbständigen 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 Zusatz zum Pers. Regl. (z.B. Anhang) die notwendigen Rechtsgrundlagen zu schaffen.
- 142 Die Umwandlung des Hof Haslach von einer unselbständigen Anstalt in eine selbständige Anstalt wäre indessen mit einem nicht zu unterschätzenden Aufwand verbunden, der sich nur dann lohnt, wenn die Vorteile einer selbständigen Anstalt gegenüber einer unselbständigen Anstalt erheblich sind. Wie vorne (Rz. 73 f.) bereits erwähnt, ist die reine juristische Rechtsform (selbständig bzw. unselbständig) nicht allein massgebend für den effektiven Autonomiegrad einer Anstalt. Dies deshalb, weil der Autonomiegrad auch innerhalb der jeweiligen Anstaltsform nach den Bedürfnissen im Einzelfall ausgestaltet werden kann.
- 143 Deshalb gilt es nachfolgend bei der Behandlung der unselbständigen Anstalt insbesondere zu prüfen, ob diese mit Nachteilen gegenüber einer selbständigen Anstalt behaftet ist, welche eine Umwandlung rechtfertigen. Gegebenenfalls können Anpassungen bei der heutigen unselbständigen Anstalt zielführender sein und sich mit deutlich weniger Aufwand realisieren lassen, soweit überhaupt eine Notwendigkeit für Anpassungen besteht. In den nachfolgenden Ausführungen wird deshalb in erster Linie auf die Unterschiede der beiden Anstaltsformen eingegangen.

5. Beurteilung unselbständige Anstalt

5.1. Vorbemerkung

- 144 Bei der Beurteilung der unselbständigen Anstalt wird von den heutigen Regelungen betreffend den Hof Haslach ausgegangen. Wo dies zweckmässig erscheint, wird aufgezeigt, welche Anpassungsmöglichkeiten bestehen. Auf diese wird indessen nur summarisch eingegangen. Eine Überarbeitung der Regelungen bzw. des Regl. APH kann Gegenstand einer allfälligen zweiten Phase bilden (Rz. 7).

5.2. Aufsichts- und Steuerungsinstrumente

- 145 Der Gemeinderat übt die Oberaufsicht über den Hof Haslach aus.⁷⁸ Dies wäre auch bei einer selbständigen Anstalt der Fall. Sodann besteht eine Altersheimkommission, welche die unmittelbare Aufsicht – insbesondere über die Betriebsführung – ausübt.⁷⁹ Diese Aufgabe käme der Altersheimkommission bei einer selbständigen Anstalt – wohl als «Verwaltungsrat» bezeichnet – ebenfalls zu.

⁷⁸ Art. 5 Regl. APH.

⁷⁹ Art. 6 Regl. APH.

- 146 Im Vergleich zu einer klassischen Organisationsform bei einer selbständigen Anstalt nimmt der Gemeinderat einzelne Aufgaben wahr, welche eher beim Verwaltungsrat (Altersheimkommission) angesiedelt wären, beispielsweise die Wahl des Personals der Heimleitung.⁸⁰ Im Weiteren hat der Verwaltungsrat typischerweise die Aufgaben und Kompetenzen inne, die nicht ausdrücklich einem anderen Organ zugeschrieben sind.⁸¹
- 147 Eine allfällige Anpassung der Kompetenzen der einzelnen Organe ist auch dann möglich, wenn die Rechtsform der unselbständigen Anstalt beibehalten wird.
- 148 Anlässlich des Workshops mit der Auftraggeberin hat sich gezeigt, dass der Gemeinderat über keine eigentliche «Eignerstrategie» für den Hof Haslach verfügt. Es wird unbedingt empfohlen, für den Hof Haslach eine Eignerstrategie zu erarbeiten. Die Eignerstrategie ist für ein öffentliches Unternehmen – unabhängig von seiner Rechtsform – ein unverzichtbares Mittel zur strategischen Steuerung. Die Eignerstrategie enthält insbesondere die unternehmerischen, wirtschaftlichen, sozialen und politischen Ziele der Eigner und die dazugehörigen Vorgaben zur Umsetzung dieser Ziele in Bezug auf die Geschäftstätigkeit, die Unternehmensleitung, die Finanzen, die Personalpolitik usw..
- 149 Sobald die Eignerstrategie besteht, kann gestützt darauf geprüft werden, ob die Kompetenzen und Aufgaben der einzelnen Organe gemäss Regl. APH angepasst werden sollten, beispielsweise die Kompetenzen der «Altersheimkommission» (Verwaltungsrat) gestärkt werden sollten, so wie das bei einer selbständigen Anstalt üblich wäre.
- 150 Im Übrigen kann in Bezug auf die Steuerungs- und Aufsichtsmöglichkeiten auf das bestehende Regl. APH verwiesen werden mit der Feststellung verbunden, dass die Autonomie selbst für eine unselbständige Anstalt nach heutiger Konzeption eher gering ausfällt und sich diese nahe an der Grenze zur Zentralverwaltung bewegt. Eine stärkere Autonomie des Hof Haslach kann jedoch wie erwähnt auch ohne Wechsel zur Rechtsform der selbständigen Anstalt erreicht werden.

5.3. Aufgabentypus

- 151 In Bezug auf den Aufgabentypus kann auf die Ausführungen bei der selbständigen Anstalt verwiesen werden (Rz. 99 ff.), da diesbezüglich nicht zwischen unselbständigen und selbständigen Anstalten unterschieden werden muss.

5.4. Wirtschaftliche Selbständigkeit

- 152 Da die unselbständige Anstalt über keine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt, muss sich auch nicht wirtschaftlich selbständig sein.

⁸⁰ Art. 6 Regl. APH.

⁸¹ Hier dem Gemeinderat zugeordnet (Art. 5 Regl. APH).

5.5. Anstehende Investition Liegenschaft

153 Auch in diesem Punkt ist entscheidend, dass die unselbständige Anstalt über keine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt. Somit steht ihr ganzes Vermögen inkl. der Liegenschaft von vorneherein im Eigentum der Gemeinde. Dennoch können allfällige «Nutzungsentschädigungen» oder interne Verrechnungen buchhalterisch einem gesonderten Rechnungsabschnitt zugeordnet werden.

5.6. Personalrecht

154 In Bezug auf das Beurteilungskriterium Personalrecht kann ebenfalls auf die Ausführungen bei der selbständigen Anstalt verwiesen werden (Rz. 113 ff.). Auch bei einer unselbständigen Anstalt ist es nicht ausgeschlossen, für deren Mitarbeitende – wiederum in engen Grenzen – besondere Regelungen zu treffen. Dies wird bei unselbständigen Anstalten regelmässig dann gemacht, wenn dies aufgrund der besonderen Betriebsumstände erforderlich ist.

5.7. Haftung

155 Nachdem die unselbständige Anstalt über keine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt, stellt sie auch kein Haftungssubjekt dar (vgl. auch Rz. 71). Somit haftet die Gemeinde für die von den Angestellten widerrechtlich verursachten Schäden, soweit sie nicht nachweisen kann, dass diese kein Verschulden trifft. In Bezug auf einen allfälligen Rückgriff auf die Angestellten bzw. deren Haftung im Allgemeinen kann auf die Ausführungen bei der selbständigen Anstalt (insbesondere Rz. 128 ff.) verwiesen werden.

156 In Bezug auf die Haftung besteht damit zumindest rechtlich ein bedeutender Unterschied zwischen der unselbständigen und der selbständigen Anstalt. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass das Haftungsrecht des Kantons St.Gallen keine Ausfallhaftung kennt. Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass wohl realpolitisch auch bei einer Ausgestaltung des Hof Haslach als selbständige Anstalt dennoch von einer «faktischen Ausfallhaftung» auszugehen ist, falls die Gemeinde bereit ist, die Institution im Notfall mit den notwendigen Mitteln zu alimentieren (Rz. 127 ff.). Insoweit relativiert sich der vermeintliche Vorteil der selbständigen Anstalt in Bezug auf die Haftung nicht unerheblich.

5.8. Rechtsformspezifischer Umsetzungsaufwand

157 Bei einer Beibehaltung des rechtlichen «Status quo» ist der Umsetzungsaufwand selbstredend am geringsten. Die Aufsichts- und Steuerungsinstrumente können bei Bedarf mit relativ kleinem Aufwand optimiert werden. Diesbezüglich wird empfohlen,

zuerst eine Eignerstrategie⁸² zu erarbeiten und gestützt darauf allfälligen Anpassungsbedarf – namentlich am Regl. APH – vorzunehmen.

- 158 Die allfällige Anpassung des Regl. APH liegt nach Art. 29 GO in der Kompetenz des Gemeinderats. Vorbehalten bleibt jedoch das fakultative Referendum (Art. 29 Abs. 2 GO i.V.m. Art. 12 GO i.V.m. Art. 23 Abs. 1 Bst. a GG).⁸³

5.9. Zwischenergebnis

- 159 Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass sich die unselbständige und die selbständige Anstalt in weiten Teilen sehr ähnlich sind. Soweit man davon ausgeht, dass die Liegenschaft auch bei einer selbständigen Anstalt im Eigentum der Gemeinde verbleiben würde und zudem die «faktische Ausfallhaftung» auch der selbständigen Anstalt in Betracht zieht – was beides empfohlen wird – ergibt sich kein Handlungsbedarf in Bezug auf eine Umwandlung von der heute unselbständigen in eine selbständige Anstalt.
- 160 Hingegen wird empfohlen, die Aufgaben- und Kompetenzverteilung zwischen den Organen (Gemeinderat, Altersheimkommission, Heimleitung) zu optimieren. Bevor diese Anpassung vorgenommen wird, sollte eine Eignerstrategie erstellt werden. Diese gibt dem Gemeinderat die notwendige Sicherheit, dass sich das strategische Leitungsgremium und die Heimleitung mit ihrer Unternehmensstrategie bzw. Geschäftsführung im Rahmen der vorgegebenen Eignerziele bewegen.
- 161 Soweit an der Anstaltsform an sich festgehalten wird, rechtfertigt sich auch der Umsetzungsaufwand keinesfalls, welcher mit einem Wechsel von einer unselbständigen zu einer selbständigen Anstalt verbunden wäre. Dies bedeutet indessen nicht, dass die selbständige Anstalt nicht eine geeignete Organisationsform wäre, würde man «auf der grünen Wiese» beginnen. Gerade dann müsste man sich indessen die Frage stellen, ob man nicht einen Schritt weitergehen und damit eine privatrechtliche Aktiengesellschaft in Betracht ziehen sollte. Mit der Beurteilung der Aktiengesellschaft befasst sich das nächste Kapitel.

⁸² Ein Muster für eine Eignerstrategie für ein öffentliches Unternehmen findet sich bei MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Bd. II, S. 1166 ff..

⁸³ Nach Art. 73 Abs. 1 GG kommt ein Referendumsbegehren zustande, wenn die in der Gemeindeordnung festgelegte Zahl der Stimmberechtigten schriftlich die Abstimmung durch die Bürgerschaft verlangt. Nach Art. 12 GO kann in der Gemeinde Au das fakultative Referendum von 400 Stimmberechtigten verlangt werden. Zum Verfahren siehe Art. 16 GO i.V.m. Art. 74a GG i.V.m. Art. 14 ff. RIG.

B. Aktiengesellschaft

1. Begriff und Merkmale

- 162 Die Aktiengesellschaft ist noch immer «das Kernstück» des schweizerischen Gesellschaftsrechts⁸⁴ und eignet sich für grosse und kleine Unternehmen gleichermaßen.
- 163 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 Kapital (Aktienkapital) in Teilsummen (Aktien) zerlegt ist und für deren Verbindlichkeiten nur das Gesellschaftsvermögen haftet.»⁸⁵
- 164 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 bei einer Beteiligung von Körperschaften unter bestimmten Voraussetzungen Abweichungen gegenüber den nachstehend beschriebenen allgemeinen Regelungen ermöglicht. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, als nicht empfohlen wird, von Art. 762 OR Gebrauch zu machen. Dennoch wird der Vollständigkeit halber in Rz. 175 ff. darauf eingegangen.
- 165 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 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.»
- 166 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 erfordert in zweierlei Hinsicht einen Ausgleich. Einerseits sind Gläubigerschutzbestimmungen erforderlich, weil den Gläubigern als Haftungssubstrat lediglich das Gesellschaftsvermögen zur Verfügung steht. Darunter fallen insbesondere Bestimmungen zur richtigen Ermittlung⁸⁶ und

⁸⁴ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16, N 1.

⁸⁵ Die letzte Aktienrechtsrevision ist auf den 1.1.2023 in Kraft getreten. Namentlich die Offenlegung von Interessenskonflikten (Art. 717a OR) sowie die Einhaltung der neuen Vorschriften im Zusammenhang mit der Liquiditätsplanung durch den Verwaltungsrat (Art. 725 OR) sind durchaus im Interesse der Eigentümer von Aktiengesellschaften.

⁸⁶ Vgl. beispielsweise die Gründungsvorschriften (Art. 621 ff. OR), die Kapitalerhöhungsvorschriften (Art. 650 ff. OR), die Rechnungslegungsvorschriften (seit 2013 unabhängig von der Rechtsform nach Art. 957 ff. OR) oder die Revisionsstellenvorschriften (Art. 727 ff. OR).

Sicherung des Bestands⁸⁷ des Eigenkapitals sowie die Haftungsbestimmungen.⁸⁸ Andererseits sind auch Schutzrechte zugunsten der Aktionäre (Rz. 168) normiert, welche eine Kontrolle der Gesellschaft durch sie gewährleisten.

- 167 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.
- 168 Demgegenüber kommen dem Aktionär verschiedene Rechte zu, namentlich vermögensmässige Rechte⁸⁹, Mitwirkungsrechte⁹⁰ und Schutzrechte.⁹¹
- 169 Im Weiteren ist die Rechtsstellung des Aktionärs durch folgende aktienrechtliche Prinzipien geschützt:
- das Sachlichkeitsgebot;⁹²
 - das Prinzip der schonenden Rechtsausübung;⁹³
 - den Grundsatz der Gleichbehandlung.
- 170 Vor allem im Zusammenhang mit gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften (vgl. zum Begriff die Fussnote in Rz. 58) 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 [indessen] nicht absolut: Eine ungleiche Behandlung ist dort zulässig, wo sie ein angemessenes Mittel zu einem gerechtfertigten Zweck darstellt.»⁹⁴ Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist im Aktienrecht ausdrücklich verankert und er bindet explizit nicht nur die Generalversammlung, sondern auch den Verwaltungsrat. Gene-

⁸⁷ Vgl. beispielsweise das Rückzahlungsverbot von Aktienkapital (Art. 680 Abs. 2 OR), die aktienrechtlichen Rückerstattungspflichten (Art. 678f. OR), die Einschränkung des Erwerbs eigener Aktien (Art. 659 ff. OR), die Vorschriften bei der Kapitalherabsetzung (Art. 732 ff. OR) oder die Vorschriften bei Kapitalverlust und Überschuldung (Art. 725 ff. OR).

⁸⁸ Art. 752 ff. OR.

⁸⁹ Dividendenrecht (Art. 660 Abs. 1 OR), Bezugsrecht (Art. 652b OR) und Recht auf Anteil am Liquidationserlös (Art. 660 Abs. 2 OR).

⁹⁰ Teilnahme an der Generalversammlung (Art. 689ff. OR) und Ausübung des Stimmrechts (Art. 692 ff. OR).

⁹¹ Einsichts- und Auskunftsrechte (Art. 697 OR), Recht auf Durchführung einer Sonderuntersuchung (Art. 697a ff. OR), Recht auf Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen (Art. 706 f. OR), Recht zur Verantwortlichkeitsklage (Art. 752 ff. OR) und Recht auf Auflösungsklage aus wichtigem Grund (Art. 736 Abs. 4 OR).

⁹² Gemäss dem Sachlichkeitsgebot bedarf jede Einschränkung der Rechtsstellung des Aktionärs einer sachlichen Rechtfertigung.

⁹³ 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 des Betroffenen eingreift. Dieses Prinzip ist somit mit dem verwaltungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismässigkeit verwandt.

⁹⁴ BGE 69 II 250.

ralversammlungsbeschlüsse, 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).

- 171 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 ihre Vertreter im Verwaltungsrat abzugeben, auf der anderen Seite aber auch eine unmittelbare Haftung des Gemeinwesens für deren Handlungen zur Folge hat (Rz. 180 ff.).
- 172 Von Gesetzes wegen sind bei Aktiengesellschaften folgende Organe vorgesehen:
- Generalversammlung (Art. 698 ff. OR);
 - Verwaltungsrat (Art. 707 ff. OR);
 - Revisionsstelle (Art. 727 ff. OR).
- 173 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.⁹⁵ Diesbezüglich wird vor allem auf die wirkungsvolle und zweckmässige Möglichkeit hingewiesen, einen Beirat zu bestellen.
- 174 Bei einem Beirat handelt es sich um ein freiwillig gebildetes Gremium, welches mehrheitlich aus unternehmensexternen Personen besteht und der obersten Führungsebene insbesondere bei den strategischen Entscheidungen beratend zur Seite steht. Grundsätzlich haben die Mitglieder des Beirates keine Organstellung, sofern sie keine Entscheidungen fällen. Ihre Aufgaben, Kompetenzen usw. sollten in einem Beiratsreglement festgehalten werden.⁹⁶

⁹⁵ Beispiele für solche weitere 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).

⁹⁶ Ein Musterreglement findet sich bei MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Bd. II, S. 1089 ff..

2. Beteiligung von Gemeinwesen im Besonderen

2.1. Die Ausnahmebestimmung von Art. 762 OR

- 175 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.⁹⁷
- 176 Gestützt auf Art. 762 OR wird der öffentlichen Hand ermöglicht, unter Abweichung von fundamentalen Regelungen des Aktienrechts Einfluss auf die Gesellschaft zu nehmen, so insbesondere betreffend die Bestellung der Organe (Verwaltungsrat oder Revisionsstelle) und deren Abberufung.⁹⁸
- 177 Gerade letzterer Punkt spielt indessen bei einer Alleinaktionärin nur eine untergeordnete Rolle.⁹⁹ Wie noch gezeigt wird, ist im Falle der Wahl der privatrechtlichen Aktiengesellschaft für den Hof Haslach zu empfehlen, dass die Gemeinde Alleinaktionärin wird. Damit erübrigen sich nicht nur spezielle Einsetzungs- und Abberufungsmodalitäten im Sinne von Art. 762 OR, sondern es ergeben sich auch keine Hürden in Bezug auf die Gleichbehandlung der Aktionäre, wobei dieser Punkt in der Praxis insbesondere im Zusammenhang mit Informationsrechten wichtig ist.

2.2. Anwendbarkeit von Art. 762 OR

- 178 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.¹⁰⁰
- 179 Im Falle des Hof Haslach könnten die Voraussetzungen erfüllt werden. Bei der Politischen Gemeinde Au handelt es sich um eine öffentliche-rechtliche Körperschaft und eine entsprechende Statutenbestimmung kann bei Bedarf ohne Weiteres aufgenommen werden. Der Betrieb eines Alters- und Pflegeheims steht im öffentlichen Interesse, zumal keine allzu hohen Anforderungen an das öffentliche Interesse zu stellen sind.¹⁰¹ Sollte der Hof Haslach inskünftig als Aktiengesellschaft organisiert werden, kann die

⁹⁷ WERNLI, BSK OR II, Art. 762, N 4.

⁹⁸ WERNLI, BSK OR II, Art. 762, N 3.

⁹⁹ Der guten Ordnung halber ist festzuhalten, dass nach der hier vertretenen Auffassung mit WERNLI und wohl der überwiegenden Lehre davon auszugehen ist, dass auch eine Aktiengesellschaft unter Art. 762 OR fallen kann, welche ganz im Eigentum der öffentlichen Hand steht; WERNLI, BSK OR II, Art. 762, N 13; STÄMPFLI, S. 139; FORSTMOSER/JAAG, N 12.

¹⁰⁰ WERNLI, BSK OR II, Art. 762, N 7 ff..

¹⁰¹ WERNLI, BSK OR II, Art. 762, N 8 mit Hinweis auf STÄMPFLI, S. 114 und weiteren Hinweisen.

Anwendbarkeit von Art. 762 OR im Rahmen der Statutengestaltung sichergestellt werden.¹⁰²

2.3. Rechtsfolgen von Art. 762 OR

a. Einsetzung und Abberufung von abgeordneten Verwaltungsräten

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

181 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.¹⁰³

182 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. 184 ff.).

183 Es ist indessen bereits an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass verschiedene Gemeinwesen – so auch der Bund – bewusst darauf verzichten, Verwaltungsräte in die Aktiengesellschaften abzuordnen. Denn selbstverständlich können auch in einer Aktiengesellschaft, welche im Mehrheits- oder sogar alleinigen Eigentum der öffentlichen Hand steht, die Verwaltungsräte «normal» an der Generalversammlung gewählt werden. Dies mit der Folge, dass die aktienrechtlichen Sonderregelungen von Art. 762 OR nicht zum Tragen kommen. Es ist also eine Abwägung der Vorteile und Nachteile der der Anwendbarkeit der Sonderregelungen vorzunehmen (dazu Rz. 191).

b. Auskunfts- und Weisungsrecht gegenüber abgeordneten Verwaltungsräten

184 Die Verwaltungsräte müssen gestützt auf Art. 717 Abs. 1 OR die Interessen der Gesellschaft wahren.¹⁰⁴

185 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

¹⁰² Zweckbestimmung, welche das öffentliche Interesse ausweist; Bestimmung betreffend die Möglichkeit der Entsendung von Verwaltungsräten anstelle einer ordentlichen Wahl.

¹⁰³ SAILE/BURGHERR/LORETAN, N 551.

¹⁰⁴ Statt vieler: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16, N 673.

wird von einem sog. «doppelten Pflichtenexus» gesprochen.¹⁰⁵ Die abgeordneten Verwaltungsräte tragen also «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 [z.B. Festlegung der Nutzungsentschädigung für Infrastruktur] 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.

- 186 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 Gesellschaftsinteressen Vorrang habe und damit nicht über das allgemein aktienrechtlich zulässige Weisungsrecht nach Art. 707 Abs. 3 OR hinausgegangen werden dürfe.¹⁰⁶
- 187 Die Kernfrage lautet also, welche Pflichten das abgeordnete Verwaltungsratsmitglied gegenüber dem entsendeten Gemeinwesen hat bzw. nach welchen Gesichtspunkten es sein Handeln ausrichten muss.¹⁰⁷ WERNLI geht zu Recht davon aus, dass bei Fällen nach Art. 762 OR von vorneherein eine hohe Konvergenz zwischen öffentlichen und gesellschaftlichen Interessen vorliegt. Das bedeutet mit anderen Worten, dass sich ein Verwaltungsrat, der die Weisungen des entsendenden Gemeinwesens befolgt, im Ergebnis auch am – so verstandenen – Gesellschaftsinteresse orientiert.¹⁰⁸
- 188 Bei den gewählten Verwaltungsratsmitgliedern ist grundsätzlich klar, dass bei der Interessenabwägung ihre Pflichten gegenüber der Gesellschaft vorgehen. Demzufolge darf ein gewähltes Verwaltungsratsmitglied die Interessen einer entsendenden Aktionärin grundsätzlich nur soweit berücksichtigen, «als ihm bei der Beurteilung der Gesellschaftsinteressen freies Ermessen zukommt.»¹⁰⁹ Demnach dürfen nur «im Ermessensbereich» Instruktionen des Gemeinwesens (als Aktionärin) befolgt werden. Hinge-

¹⁰⁵ Statt vieler: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 28, N 44.

¹⁰⁶ Eine Darstellung der unterschiedlichen Positionen findet sich bei WERNLI, BSK OR II, Art. 762, N 23 f.

¹⁰⁷ WERNLI, BSK OR II, Art. 762, N 24.

¹⁰⁸ Dazu WERNLI, 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.»

¹⁰⁹ SAILE/BURGHERR/LORETAN, N 553.

gen läge eine Pflichtverletzung vor, wenn bei einer Interessenkollision nicht dem Gesellschafts- sondern dem Interesse des Gemeinwesens als Aktionärin der Vorrang gegeben würde.¹¹⁰

- 189 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.»¹¹¹
- 190 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.
- 191 In Übereinstimmung mit dem Bund ist zu empfehlen, von der Möglichkeit der Ausgestaltung der Aktiengesellschaft gemäss Art. 762 OR abzusehen. Aus Sicht einer Alleinaktionärin überwiegen die haftungsrechtlichen Nachteile¹¹² gegenüber den Vorteilen (weitergehende Weisungsrechte und Informationsmöglichkeiten) klar.

3. Beurteilung Aktiengesellschaft

3.1. Vorbemerkung

- 192 Im vorliegenden Fall wird aus verschiedenen Überlegungen empfohlen, dass die Gemeinde über 100% der Aktien verfügt. Dies insbesondere deshalb, weil damit keine «Rücksicht» auf andere Aktionäre genommen werden muss und die Gemeinde ihre Eignerstrategie unabhängig von anderen Interessen frei festlegen kann. Zudem entfällt auch die Thematik «Gleichbehandlung» (oben Rz. 171).
- 193 Sodann kann die Alleinaktionärin jederzeit eine Universalversammlung nach Art. 701 OR abhalten, ohne entsprechende Vorschriften für die Einberufung einer Generalversammlung beachten zu müssen. Falls auch nur ein einziger Minderheitsaktionär damit nicht einverstanden ist, kann er eine Universalversammlung verhindern.
- 194 Auch aus wirtschaftlicher Sicht macht eine Minderheitsbeteiligung von Dritten wenig Sinn. Sollte sich die Gemeinde überlegen, diese Aufgabe teilweise einem Dritten zu

¹¹⁰ SAILE/BURGHERR/LORETAN, N 553 mit weiteren Hinweisen.

¹¹¹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 28, N 45 mit dem Hinweis auf die explizite Regelung im deutschen Aktienrecht; SAILE/BURGHERR/LORETAN, N 559; auch WERNLI, BSK OR II, Art. 762, N 25 weist auf die Geheimhaltungspflicht des Gemeinwesens und die Regelung im deutschen Aktienrecht hin.

¹¹² Zum Haftungsregime einer «normalen» privatrechtlichen Aktiengesellschaft nachfolgend Rz. 2311 ff..

überlassen, wäre eher zu prüfen, ob anstelle einer Auslagerung eine Aufgabenübertragung oder gar eine Privatisierung in Frage kämen. Nachdem dies jedoch nicht der Fall ist, wird nachfolgend wie erwähnt davon ausgegangen, dass die Gemeinde Alleinaktionärin einer zu gründenden Aktiengesellschaft wäre.

3.2. Aufsichts- und Steuerungsinstrumente

- 195 Eine privatrechtliche Aktiengesellschaft verfügt zwingend über folgende Organe: Generalversammlung, Verwaltungsrat und Revisionsstelle (Rz. 172).
- 196 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 Verwaltungsrates;
 - Genehmigung der Jahresrechnung sowie Beschlussfassung über die Verwendung des Bilanzgewinns;
 - Beschlussfassung über weitere Gegenstände, die ihr durch Gesetz oder die Statuten vorbehalten sind.
- 197 Die Gemeinde als Alleineigentümerin der Aktiengesellschaft kann diese gewichtigen oben aufgeführten Rechte in der Generalversammlung wahrnehmen.
- 198 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.
- 199 Entscheidend ist, dass die Gemeinde als Alleinaktionärin bestimmen kann, wer im Verwaltungsrat Einsitz nimmt. Der zulässige Einfluss auf den Verwaltungsrat – beispielsweise mittels Vorgaben in einer Eignerstrategie (Rz. 148) – kann mittels Mandatsverträgen (Rz. 204) abgesichert werden. Zudem wird dringend empfohlen, ein Anforderungsprofil für die Mitglieder des Verwaltungsrats zu erstellen. Dieses kann dabei helfen, sicherzustellen, dass alle notwendigen Kompetenzen in einem Verwaltungsrat vor-

handen sind. Im Übrigen verfügt die Generalversammlung jederzeit über die Möglichkeit, einen Verwaltungsrat abzurufen.¹¹³ Dies ist auch kurzfristig möglich: Es können eine Generalversammlung in der Form einer Universalversammlung nach Art. 701 OR durchgeführt und ein oder mehrere Verwaltungsräte abberufen werden. In der Praxis dürfte diese Vorgehensweise wohl die «ultimo ratio» darstellen – nichtsdestotrotz zeigt die bloße Möglichkeit auf, «wer letztendlich das Sagen hat».

- 200 Es wurde bereits an verschiedener Stelle darauf hingewiesen, dass in der Praxis einer Eignerstrategie eine hohe Bedeutung zukommt. Die gilt insbesondere auch für öffentliche Unternehmen, welche als Aktiengesellschaften organisiert sind.
- 201 Die Aktionäre bzw. die Eigner (in casu die Gemeinde) stellen dem Unternehmen Kapital zur Verfügung, welches im Sinne des statuarisch festgelegten Zwecks verwendet werden soll. Der Zweckartikel soll Dritten gegenüber Auskunft über das Tätigkeitsfeld der Gesellschaft geben, ohne jedoch so eng formuliert zu sein, dass das Unternehmen in seiner Entwicklung beschränkt wird.¹¹⁴ Aufgrund des (bewusst) allgemein gehaltenen Zweckartikels kann deshalb ein Bedürfnis der Eigner entstehen, ihre Absichten, die sie mit der Beteiligung am betreffenden Unternehmen verfolgen, zu konkretisieren.¹¹⁵
- 202 Mit einer Eignerstrategie können die Aktionäre bzw. Eigner die «gewünschte strategische Entwicklungsrichtung der Unternehmung und deren Rahmenbedingungen sowie Wertvorstellungen als normative Grundsätze vorgeben».¹¹⁶ Zugleich bietet die Eignerstrategie die Möglichkeit, die Ausrichtung der eigenen Beteiligung periodisch zu hinterfragen.¹¹⁷ Die Eignerstrategie stellt damit einerseits ein Handlungsleitfaden für die Unternehmensführung dar und kann andererseits zur Orientierung der Eigner selbst dienen.¹¹⁸
- 203 Die Eignerstrategie beeinflusst direkt die unternehmerischen Aktivitäten, indem sie die Grundlage für die Unternehmensstrategie darstellt. Es ist Aufgabe des strategischen Organs (namentlich des Verwaltungsrats) die übergeordneten Ziele der Eigner auf die unternehmensstrategische Ebene herunterzubrechen und so für deren Umsetzung zu sorgen.¹¹⁹ Daher empfiehlt es sich, bereits in der Eignerstrategie klare Leitplanken für die Leitung des Unternehmens festzulegen.
- 204 Insbesondere die Verpflichtung zur Umsetzung der Eignerstrategie kann in einem Mandatsvertrag geregelt werden. Mandatsverträge werden zwischen einem Aktionär und einem von ihm in den Verwaltungsrat gewählten Verwaltungsrat abgeschlossen. Auf

¹¹³ DUBS/TRAUFFER, BSK-OR II, Art. 705, N 1.

¹¹⁴ BÖCKLI, § 1, N 303.

¹¹⁵ SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER, S. 29.

¹¹⁶ BUSCHMANN/KRUMMENACHER, S. 36.

¹¹⁷ SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER, S. 114.

¹¹⁸ BUSCHMANN/KRUMMENACHER, S. 36 f.

¹¹⁹ BUSCHMANN/KRUMMENACHER, S. 57.

der einen Seite stehen danach natürliche oder juristische Personen¹²⁰, welche als Aktionäre die Möglichkeit haben, einen Verwaltungsrat zu bezeichnen bzw. ihm ein entsprechendes Mandat zu erteilen. Auf der anderen Seite steht eine natürliche Person¹²¹, welche dazu bereit ist, ein Verwaltungsratsmandat anzunehmen.¹²² Das Recht eines Aktionärs, einen Verwaltungsrat zu bestimmen kann sich – wie vorliegend – schlicht kraft seines Stimmrechts in der Generalversammlung ergeben.

205 Es ist in der Praxis nicht selten, dass in den Statuten Aktionärsrechte fixiert werden, welche über das gesetzliche Mindestmass hinausgehen.¹²³ Damit können der Generalversammlung zusätzliche Entscheidungsbefugnisse eingeräumt werden oder es kann statuiert werden, dass gewisse Entscheidungen des Verwaltungsrates durch die Generalversammlung zu genehmigen sind. Wichtig ist, dass derartige Statutenbestimmungen klar und eindeutig formuliert sind, damit sie in der Praxis problemlos angewendet werden können. Zwar stellen solche zusätzlichen Befugnisse der Generalversammlung einen gewissen Schutz vor Entscheidungen des Verwaltungsrates dar. Es ist aber zu beachten, dass nur solche Befugnisse eingeräumt werden können, welche nicht in die zwingend dem Verwaltungsrat zustehenden Kompetenzen eingreifen. Zudem ist die Kehrseite der Medaille auch, dass bei einer Entscheidung durch die Generalversammlung diese zumindest teilweise den Verwaltungsrat von seiner Haftung befreit. Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich – insbesondere bei 100%-Beteiligungen – von solchen zusätzlichen Kompetenzen der Generalversammlung abzusehen, es sei denn, dies sei beispielsweise aus politischen Gründen notwendig.

206 Zusammenfassend können insbesondere folgende Instrumente eingesetzt werden, um eine Aktiengesellschaft durch die Eigentümerin zu steuern:

- Stimmrecht in der Generalversammlung;
- Eignerstrategie;
- Mandatsvertrag;
- allenfalls Einsetzung eines Beirats.

207 Neben diesen (gesellschaftsrechtlichen) Steuerungsmöglichkeiten besteht selbstverständlich auch die gewichtige Möglichkeit, im Rahmen von Leistungsvereinbarungen Einfluss auf die Aktiengesellschaft als Leistungserbringerin zu nehmen.

3.3. Aufgabentypus

208 Eine privatrechtliche Aktiengesellschaft stellt in der Regel dann die geeignete Organisationsform für eine ausgelagerte Einheit dar, wenn diese Dienstleistungen am Markt

¹²⁰ Diese Vertragspartei wird als Mandant bezeichnet.

¹²¹ Diese Vertragspartei wird als Mandatar bezeichnet.

¹²² MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Bd. I, N 6.36.

¹²³ MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Bd. I, N 3.522 mit entsprechenden Beispielen.

erbringt (dazu einlässlich Rz. 55 ff. und Rz. 99 ff.) und nicht hoheitlich handelt.¹²⁴ Im Weiteren muss eine privatrechtliche Aktiengesellschaft wirtschaftlich selbständig sein (dazu Rz. 212 ff.).

- 209 Damit wäre zu prüfen, ob durch den Hof Haslach Dienstleistungen am Markt erbracht werden. Dabei kann der «Markt» auch reguliert sein.
- 210 Der Hof Haslach stellt einen klassischen Alters- und Pflegeheimbetrieb mit umfassendem Angebot dar. Die Haupteinnahmequellen sind die Pensions- und Pflegekosten. Die Angebote des Hof Haslach stehen – trotz Heimliste und teilweise vorgegebenem Finanzierungsregime – im Wettbewerb mit anderen ähnlichen Institutionen (vgl. dazu die Ausführungen bei der Beurteilung der selbständigen Anstalt in Rz. 100 ff.). Die Dienstleistungen des Hof Haslach sind grundsätzlich marktfähig und – innerhalb des Pflegefinanzierungsregimes – auch preisfinanziert. Damit erbringt der Hof Haslach Leistungen am Markt, weshalb die Rechtsform der Aktiengesellschaft unter dem Blickwinkel des Aufgabentypus geeignet ist. Es gilt aber auch festzuhalten, dass dies ebenso für die Rechtsform der öffentlichen Anstalt gilt (Rz. 102).
- 211 Zusammenfassend ergibt sich, dass ein Alters- und Pflegeheimbetrieb bezüglich Aufgabentypus eine typische Mischform darstellt. Damit kommen sowohl die öffentliche Anstalt als auch die Aktiengesellschaft als geeignete Rechtsform in Frage.

3.4. Wirtschaftliche Selbständigkeit

- 212 Bei einer privatrechtlich organisierten Aktiengesellschaft muss die wirtschaftliche Selbständigkeit zwingend gegeben sein. Das bedeutet jedoch nicht, dass keine staatlichen Mittel in eine private Aktiengesellschaft fließen dürfen (z.B. in Form von Transferzahlungen, Abgeltungen, Versicherungsleistungen usw.). Dies gilt insbesondere dann, wenn ein Leistungsaustausch zu marktüblichen oder gesetzlich vorgegebenen Preisen (Tarifen) stattfindet.
- 213 Vor diesem Hintergrund ist zu prüfen, ob eine privatrechtliche Aktiengesellschaft mit ihrem jeweiligen Hauptzweck grundsätzlich in der Lage ist, eine wirtschaftliche Eigenständigkeit zu erlangen. Im Rahmen dieses Kriteriums spielt auch die Finanzierung und Kapitalausstattung sowie die Mittel- und Gewinnverwendung eine wichtige Rolle.
- 214 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 bei der Gründung Vermögenswerte übernommen bzw. angeschafft werden müssen.

¹²⁴ 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.

- 215 Die Gemeinde 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 Gemeinde als Eigentümerin über eine hohe Bonität verfügt. Zusätzliches Eigenkapital kann zudem jederzeit in Form von Kapitalerhöhungen zugeführt werden.¹²⁵
- 216 Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht ist die Kapitalisierung und Finanzierung von Aktiengesellschaften grundsätzlich einfach zu handhaben, insbesondere für eine Alleinaktionärin. Deutlich aufwändiger dürfte dagegen der Prozess für die Gemeinde aufgrund finanzhaushaltsrechtlicher Vorgaben sein, welcher notwendig ist, bis einer Kapitalerhöhung zugestimmt werden kann. Dies schränkt die gesellschaftsrechtliche Flexibilität dieses Instrumentes in der Praxis stark ein.
- 217 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 einem Alters- und Pflegeheim ohne weiteres möglich sein, denn es bestehen zahlreiche Alters- und Pflegeheime in der Rechtsform der Aktiengesellschaft, namentlich auch solche, welche im Alleineigentum einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft stehen.¹²⁶
- 218 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).
- 219 Die Aktionäre – und insbesondere die Alleinaktionärin – haben dennoch massgeblichen Einfluss sowohl auf die Gewinn- als auch auf die Mittelverwendung.
- 220 Das wohl wichtigste vermögensmässige Recht 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 der Aktionäre zur Verfügung steht.¹²⁷
- 221 Der Entscheid über die Auszahlung einer Dividende steht der Generalversammlung zu, wobei diese die gesetzlichen Schranken zu beachten hat.¹²⁸ Damit entscheiden im Ergebnis die in der Generalversammlung anwesenden (instruierten) Gemeindevertreter über die Höhe der auszuzahlenden Dividende an die Gemeinde. Wie BÖCKLI zutreffend festhält, bekommt der Aktionär bei Ausschüttung einer Dividende nichts, was er nicht

¹²⁵ Es wird an dieser Stelle darauf verzichtet, auf die verschiedenen Möglichkeiten der Kapitalerhöhung einzugehen.

¹²⁶ Statt vieler: Alterszentrum Kappelhof AG (100%-Beteiligung der Gemeinde Wittenbach).

¹²⁷ BÖCKLI, § 40, N 17.

¹²⁸ BÖCKLI, § 40, N 19.

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.»¹²⁹

- 222 In Bezug auf die Gewinnausschüttung kann damit die Gemeinde 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 Gemeinde betreffend ihre Entscheidungen über die Höhe einer Dividende jedoch aufgrund der aktienrechtlichen Schranken.
- 223 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.¹³⁰

3.5. Anstehende Investition Liegenschaft

- 224 In Bezug auf die Liegenschaft kann weitgehend auf die Ausführungen bei der selbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt verwiesen werden, was die Ausgestaltungsmöglichkeiten an sich betrifft (Einbringung der Liegenschaft in die Aktiengesellschaft, Zurverfügungstellung der Liegenschaft gegen Nutzungsentschädigung durch die Gemeinde).
- 225 Im Falle einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft sollte die Liegenschaft nach hier vertretender Auffassung im Eigentum der Gemeinde verbleiben. Die Liegenschaftsnutzung gegen eine entsprechende Entschädigung durch die Aktiengesellschaft erscheint nicht nur in vermögensrechtlicher Hinsicht zielführender, sondern auch verfahrensmässig einfacher. Anders als bei einer selbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt könnte die Einbringung in die Aktiengesellschaft nicht in den Übergangsbestimmungen des – hier fehlenden – öffentlich-rechtlichen Organisationserlasses «vorgespurt» werden.

¹²⁹ BÖCKLI, § 40, N 20.

¹³⁰ Gemäss Art. 671 Abs. 3 OR 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.»

226 Damit ergeben sich in Bezug auf die Liegenschaft bzw. die geplanten Investitionen keine Vor- oder Nachteile gegenüber einer öffentlich-rechtlichen Anstalt.

3.6. Personalrecht

227 Naturgemäss erfolgt die Anstellung des Personals in privatrechtlichen Aktiengesellschaften gemäss Obligationenrecht.¹³¹ 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. 228). Ebenso ist schon an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass es für die Gemeinde als Eigentümerin auch bei einem privatrechtlichen Personalstatut Einfluss- und Steuerungsmöglichkeiten gibt (dazu Rz. 229 f.).

228 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.¹³²

229 Die Gemeinde kann eine ausgelagerte Einheit in der Rechtsform der privatrechtlichen Aktiengesellschaft über personalpolitische Zielvorgaben steuern, wobei sie diesbezüglich deutlich eingeschränkter ist als bei einer öffentlich-rechtlichen Anstalt. 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 (vgl. Rz. 148).

230 Bei einem privatrechtlichen Personalstatut besteht unbestrittenermassen der grössere Spielraum (Lohnhöhe, Arbeitsbedingungen usw.) als dies bei einem öffentlich-rechtlichen Personalstatut der Fall ist. Dies kann sich gerade im Zusammenhang mit der Bekämpfung des Fachkräftemangels ausbezahlt machen, indem attraktive Arbeitsbedingungen vereinbart werden können bzw. diesbezüglich mehr Flexibilität besteht als dies im öffentlichen Dienstrecht der Fall ist.

¹³¹ 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.

¹³² Dazu einlässlich MÜLLER/PÄRLI/CARONI, S. 875ff..

3.7. Haftung

a. Übersicht Haftungsregime

- 231 Die Haftungssubjekte sind im St.Galler Verantwortlichkeitsgesetz (VG) abschliessend aufgezählt. Nach Art. 1 Abs. 1 VG haften der Staat (Kanton), die Gemeinden, die übrigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften und die öffentlich-rechtlichen Anstalten des kantonalen Rechts für den Schaden, den ihre Behörden und Angestellten in Ausübung dienstlicher Verrichtungen Dritten widerrechtlich zufügen (vgl. dazu die Ausführungen bei der selbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt in Rz. 120 ff.).
- 232 Private Aktiengesellschaften fallen im Kanton St.Gallen nicht unter das Verantwortlichkeitsgesetz. Dies gilt auch dann, wenn sie Aufgaben wahrnehmen, die im öffentlichen Interesse stehen («staatliche Aufgabenerfüllung»)¹³³ und oder eine öffentlich-rechtliche Körperschaft wie eine Gemeinde (Allein-)Aktionärin ist.
- 233 Ebenso ist nirgends festgehalten, dass bei staatlicher Aufgabenerfüllung durch eine Institution in privater Rechtsform eine Ausfallhaftung desjenigen Gemeinwesens besteht, welches die Aufgabe ausgelagert hat. Damit gelten bei einer Auslagerung in eine privatrechtliche Aktiengesellschaft durch eine St.Galler Gemeinde auch «lediglich» die zivil- und nicht zusätzlich die öffentlich-rechtlichen Haftungsregelungen.¹³⁴

b. Privatrechtliche Aktiengesellschaft

- 234 Die Aktiengesellschaft haftet mit ihrem Vermögen. Eine Haftung kann aus einer Vielzahl von Gründen entstehen. So beispielsweise, wenn eine Pensionärin infolge einer Fehlmanipulation einer Mitarbeitenden stürzt und sich Verletzungen zuzieht. In diesem Fall würde die geschädigte Person wohl in erster Linie haftungsrechtlich gegen die Aktiengesellschaft vorgehen.¹³⁵
- 235 Die Aktiengesellschaft selbst wiederum kann aus Art. 321e OR allenfalls «Regress» auf die Mitarbeitende nehmen (Rz. 242).

c. Gemeinde Au als Aktionärin

- 236 Gemäss Art. 680 Abs. 1 OR kann der Aktionär nicht zu mehr verpflichtet werden, als den für den Bezug einer Aktie bei ihrer Ausgabe festgesetzten Betrag. Es handelt sich dabei um eine «Fundamentalnorm» des Aktienrechts. Die Bestimmung beschränkt durch zwingendes Recht die Pflichten der Aktionäre gegenüber der Gesellschaft auf

¹³³ Der Begriff «staatliche Aufgabenerfüllung» ist dabei weit auszulegen.

¹³⁴ Auf strafrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Haftungsfällen wird im Rahmen dieses Berichts nicht eingegangen.

¹³⁵ Die Geschädigte könnte unabhängig davon auch direkt gegen die Mitarbeitende vorgehen (Art. 41 OR).

die Liberierungspflicht.¹³⁶ Die Gemeinde hat damit aktienrechtlich kein Haftungsrisiko. Im schlimmsten Fall verliert sie das Eigenkapital.

- 237 Unabhängig davon ist jedoch zu bedenken, dass bei Konstellationen mit Alleinaktionariat regelmässig vertragliche Verflechtungen zwischen Aktionärin und Gesellschaft bestehen (Darlehensverträge, Mietverträge, Leistungsverträge usw.). Im Falle eines Konkurses kann damit infolge Nichterfüllung entsprechender Verträge durch die Aktiengesellschaft weiterer Schaden für die Aktionärin entstehen (Verlust Aktionärsdarlehen etc.). Sodann gilt zu bedenken, dass es wohl «realpolitisch» kaum denkbar ist, dass eine Gemeinde ihre Altersheim-Aktiengesellschaft Konkurs gehen lassen würde. In der Regel springt in solchen Fällen dann die Aktionärin mit finanzieller Hilfe (à fonds-perdu, Darlehen, Rangrücktritte usw.) ein. Soweit dies – wohl aus realpolitischen Gründen – der Fall ist, besteht faktisch ebenfalls eine Art «Ausfallhaftung».

d. Organe

- 238 Das Aktienrecht umschreibt in Art. 754 OR die Voraussetzungen der Verantwortlichkeit der Exekutivorgane und unterstellt sowohl die rechtmässig bestellten als auch die faktischen Organe, die mit der Geschäftsführung oder Liquidation befasst sind, der Haftung für den Schaden, den sie in schuldhafter Pflichtverletzung verursacht haben. Es haftet dabei nicht das Gremium, sondern stets die einzelne Person.¹³⁷
- 239 Die Voraussetzungen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit entsprechen denjenigen des allgemeinen Haftpflichtrechts. Es muss ein Schaden vorliegen, welcher natürlich und adäquat kausal durch eine schuldhaft begangene Pflichtverletzung verursacht worden ist. Die Pflichtverletzung ist eine besondere Form der Widerrechtlichkeit, deren Grundlage die Sorgfalts- und Treuepflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR sowie die Gleichbehandlungspflicht nach Art. 717 Abs. 2 OR bildet. Die Pflichtverletzung und auch das Verschulden werden nach einem objektiven Massstab beurteilt; massgebend ist, wie sich eine vernünftige und korrekte Person unter den gegebenen Umständen hätte verhalten müssen.¹³⁸ Als Beurteilungsmassstab kommt betreffend den Verwaltungsrat der «Business Judgment Rule» eine wichtige Bedeutung zu.¹³⁹
- 240 Darüber hinaus stellt sich die Frage der Aktiv- und Passivlegitimation, d.h. wem das Klagerecht zusteht und gegen wen die Verantwortlichkeitsklage zu erheben ist. Aktivlegitimiert können entweder die Gesellschaft, die Aktionäre oder die Gläubiger sein (Art. 754 Abs. 1 OR). Wer im konkreten Fall zur Klage legitimiert ist, hängt einerseits

¹³⁶ VOGT, BSK OR II, Art. 680, N 1.

¹³⁷ BÖCKLI, § 16, N 35; Im Falle einer faktischen Organhaftung ist auch die Verantwortlichkeit einer juristischen Person möglich (BÖCKLI, § 16, N 41).

¹³⁸ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16, N 785 ff..

¹³⁹ Bei der Business Judgment Rule geht es vor allem um die sorgfältige Entscheidungsvorbereitung. Siehe dazu MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Bd. I, N 4.11 ff..

davon ab, wo (in wessen Vermögen) der Schaden eingetreten ist und andererseits, ob sich die Gesellschaft bei Klageerhebung im Konkurs befindet oder nicht.¹⁴⁰

- 241 Passivlegitimiert sind wie erwähnt die ordentlich bestellten Organe, wie beispielsweise der Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung oder auch der Beirat, sofern dieser auf Grundlage einer entsprechenden Statutenbestimmung als eigenes Organ mit Entscheidungskompetenz bestellt worden ist. Daneben unterstehen auch die faktischen Organe der Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR.¹⁴¹

e. Mitarbeitende

- 242 Die Mitarbeitenden haften gegenüber der Aktiengesellschaft nach der obligationenrechtlichen Bestimmung von Art. 321e OR. Danach ist der Arbeitnehmer für den Schaden verantwortlich, den er absichtlich oder fahrlässig dem Arbeitgeber zugefügt hat.¹⁴²

3.8. Rechtsformspezifischer Umsetzungsaufwand

- 243 Anders als bei der öffentlich-rechtlichen Anstalt benötigt es zur Gründung einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft keinen Organisationserlass. Die konstituierende Generalversammlung muss einen öffentlich zu beurkundenden Beschluss fassen, dass eine Aktiengesellschaft gegründet wird. Sie hat weiter die Statuten zu genehmigen, die Organe zu bestellen und festzustellen, dass alle Aktien gezeichnet und im erforderlichen Ausmass liberiert sind.¹⁴³
- 244 Dies mag auf den ersten Blick gegenüber einer öffentlich-rechtlichen Anstalt ein gewichtiger Vorteil sein, welchen es allerdings in zweierlei Hinsicht stark zu relativieren gilt: Einerseits fehlt die Möglichkeit, im Rahmen eines Organisationserlasses öffentlich-rechtliche Übergangsbestimmungen zu erlassen, welche die Umsetzung massgeblich vereinfachen können (Rz. 246). Andererseits sind im Falle einer Auslagerung bestimmte Erlasse (beispielsweise GO, Regl. APH usw.) in jedem Fall zu ändern, soweit eine neue Rechtsform gewählt wird (Rz. 245).
- 245 Soweit der Hof Haslach von einer unselbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt in eine privatrechtliche Aktiengesellschaft überführt würde, wäre mithin die GO anzupas-

¹⁴⁰ Eine detaillierte Übersicht zur Aktivlegitimation findet sich bei MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16, N 797.

¹⁴¹ Als faktisches Organ wird eine Person bezeichnet, die ohne ausdrückliche Wahl oder Ernennung tatsächlichen, d.h. formellen Organen vorbehaltenen Entscheidungen trifft oder die eigentliche Geschäftsführung besorgt und so massgeblich auf die Willensbildung der Gesellschaft einwirkt.

¹⁴² Art. 321e Abs. 1 OR; 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 zur Arbeit verlangt werden, sowie der Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers, die der Arbeitgeber gekannt hat oder hätte kennen sollen».

¹⁴³ Die Aktiengesellschaft erhält die Rechtspersönlichkeit jedoch erst mit der Eintragung im Handelsregister und nicht schon mit Abschluss des Errichtungsaktes (Art. 643 Abs. 1 OR).

sen. Darüber müsste die Bürgerschaft gemäss Art. 6 Bst. a GO befinden. Falls ein Drittel der Bürgerversammlung eine Urnenabstimmung verlangt, müsste eine solche durchgeführt werden (Art. 7 Bst. a GO).¹⁴⁴

- 246 Unabhängig davon ist der rechtsformspezifische Umsetzungsaufwand bei der privatrechtlichen Aktiengesellschaft auch aus anderen Gründen hoch: Das Personal müsste von einem öffentlich-rechtlichen in ein privatrechtliches Statut wechseln. Auch die Übertragung von Rechten und Pflichten sowie Vermögenswerten gestaltet sich anspruchsvoller als bei der Auslagerung in eine selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt; dasselbe gilt für die notwendige Kapitalausstattung.
- 247 Selbst wenn – wie nachfolgend beim Zwischenergebnis gezeigt wird – eine privatrechtliche Aktiengesellschaft grundsätzlich als Rechtsform in Frage käme, kann schon hier festgehalten werden, dass sich der sehr hohe rechtliche und organisatorische Umsetzungsaufwand nicht lohnen dürfte.

3.9. Zwischenergebnis

- 248 Die private Aktiengesellschaft stellt grundsätzlich eine geeignete Rechtsform für den Betrieb eines (staatlichen) Alters- und Pflegeheims dar. Die Steuerung durch die Gemeinde kann mittels gesetzlichen Instrumenten (insbesondere Stimmrecht in der Generalversammlung) und weiteren Steuerungsmöglichkeiten (Eignerstrategie, Mandatsverträge etc.) genügend eng erfolgen. Im Gegensatz dazu sind jedoch die Einfluss- und Steuerungsmöglichkeiten bei einer Anstalt direkter, insbesondere soweit diese unselbständig ist. Auch vom Aufgabentypus her stellt die Aktiengesellschaft ein geeignetes Gefäss dar, da es sich bei einem Alters- und Pflegeheim um eine Institution handelt, die Dienstleistungen am (regulierten) Markt anbietet.
- 249 Besondere Beachtung wäre der wirtschaftlichen Selbständigkeit einer privaten Aktiengesellschaft zu schenken. Dabei müsste insbesondere im Rahmen der Gründung die notwendige Kapitalausstattung sichergestellt werden. In Bezug auf die Liegenschaft wird empfohlen, diese nicht in die Aktiengesellschaft einzubringen, sondern durch die Gemeinde gegen eine Nutzungsentschädigung zur Verfügung zu stellen. Diesbezüglich ergeben sich somit keine Vorteile gegenüber einer öffentlich-rechtlichen Anstalt.
- 250 Ein Vorteil kann sich durch die grössere Flexibilität eines privatrechtlichen Personalstatuts ergeben. In Bezug auf das vermeintlich geringere Haftungsrisiko der Gemeinde ist zu beachten, dass wohl aus realpolitischer Sicht gleichwohl eine «faktische Ausfallhaftung» besteht. Zudem ist das Haftungsrisiko für die strategischen Leitungsorgane (insbesondere den Verwaltungsrat) höher.

¹⁴⁴ In Bezug auf die Gründung einer Aktiengesellschaft findet sich im Gegensatz zur Gründung einer selbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt keine Spezialnorm im GG (vgl. Rz. 133 und entsprechende Fussnote).

- 251 Der rechtliche Umsetzungsaufwand ist bei einem Wechsel von der heutigen unselbstständigen Anstalt in eine Aktiengesellschaft sehr hoch. Nachdem keine wesentlichen Vorteile einer privaten Aktiengesellschaft bestehen, welche nicht auch durch die Optimierung der heutigen unselbstständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt erreicht werden können, wird davon abgeraten, diesen Rechtsformwechsel in Angriff zu nehmen. Vielmehr sollte die bestehende unselbstständige öffentlich-rechtliche Anstalt optimiert werden.

IV. ZUSAMMENFASSUNG UND EMPFEHLUNGEN

A. Zusammenfassung

- 252 Aufgrund der allgemeinen Herausforderungen in der Alterspflege sowie vor dem Hintergrund anstehender Investitionen in den Hof Haslach hat der Gemeinderat die Auftragnehmerin ersucht, eine Überprüfung der rechtlichen Organisation des Hof Haslach vorzunehmen. In Absprache mit der Auftraggeberin wurden im vorliegenden Bericht die drei Rechtsformen der selbstständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt, der unselbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt (unselbständiges öffentlich-rechtliches Unternehmen; «Status quo») sowie der privatrechtlichen Aktiengesellschaft untersucht.
- 253 Der Untersuchung wurden verschiedene Beurteilungskriterien (Rz. 8) zugrunde gelegt. Die verwendeten Beurteilungskriterien sind dazu geeignet, die wesentlichen Unterschiede in Bezug auf die untersuchten Rechtsformen aufzuzeigen. Ziel des vorliegenden Berichts war es, anhand der ausgewählten Kriterien eine Auslegeordnung über die Rechtsformen zu machen und die jeweiligen Vor- und Nachteile herauszuarbeiten. Der vorliegende Bericht beschränkt sich dabei auf eine juristische Analyse. Nicht Gegenstand des vorliegenden Berichts ist hingegen eine betriebswirtschaftliche Beurteilung.
- 254 Nachfolgend findet sich ein zusammenfassender Überblick über die untersuchten Rechtsformen (Rz. 255 f.) und die konkreten Beurteilungskriterien (Rz. 257 ff.). Bereits an dieser Stelle kann vorweggenommen werden, dass grundsätzlich alle drei untersuchten Organisationsformen für den Hof Haslach in Frage kommen. Damit kommt insbesondere dem Rechtssetzungs- und Umsetzungsaufwand erhöhtes Gewicht zu.
- 255 Die selbstständige Anstalt verfügt – im Gegensatz zur unselbstständigen Anstalt – über eine eigene Rechtspersönlichkeit und ist damit selbst Trägerin von Rechten und Pflichten. Bei der Ausgestaltung der Autonomie einer Anstalt besteht ein grosser Gestaltungsspielraum, weil für jede (selbstständige und unselbstständige) Anstalt ein Organisationserlass zu schaffen ist, welcher – unter Einhaltung eines gewissen «Mindestinhalts» (vgl. Rz. 81) – individuell ausgestaltet werden kann.
- 256 Ebenso wie die selbstständige Anstalt verfügt auch die Aktiengesellschaft über eine eigene Rechtspersönlichkeit. Bei der Aktiengesellschaft handelt es sich um eine rein kapitalbezogene Gesellschaft, bei der sich die Beteiligung der Mitglieder in ihrer Kapitalbeteiligung erschöpfen und ihre Haftung darauf beschränkt sein soll. Sollte sich die Gemeinde dazu entschliessen, den Hof Haslach künftig als Aktiengesellschaft zu führen, so wäre zu empfehlen, dass die Gemeinde Alleinaktionärin wird, damit sie ihre Eigentümerstrategie unabhängig von anderen Interessen frei festlegen kann. Weiter sollte aufgrund haftungsrechtlicher Überlegungen von einer Ausgestaltung gemäss Art. 762 OR abgesehen werden.
- 257 Bei der Anstalt ergeben sich die **Aufsichts- und Steuerungsmöglichkeiten** in erster Linie aus dem Organisationserlass. In diesem können die Aufsichts- und Steuerungsmittel grundsätzlich massgeschneidert auf die auszulagernde Einheit ausgerichtet

werden. Im Gegensatz zur Aktiengesellschaft kann im Organisationserlass bei Bedarf auch eine direkte Steuerung verankert werden. Daneben kann durch eine Eignerstrategie die strategische Entwicklungsrichtung der Unternehmung vorgegeben werden. Insgesamt hätte der Gemeinderat damit gegenüber der selbstständigen Anstalt eine stärkere Position als er gegenüber einer von ihm beherrschten Aktiengesellschaft hätte.

- 258 Der Gemeinderat übt aktuell die Oberaufsicht über den Hof Haslach aus, was auch bei einer selbstständigen Anstalt zutreffen würde. Darüber hinaus nimmt der Gemeinderat in der heutigen Organisationsform Aufgaben wahr, welche bei der selbstständigen Anstalt eher in den Kompetenzbereich des strategischen Leitungsgremiums fallen würden. Dies ist jedoch keine zwingende Folge der gewählten Rechtsform. So könnte eine allfällige Anpassung der Kompetenzen der einzelnen Organe auch dann erfolgen, wenn die Rechtsform der unselbstständigen Anstalt beibehalten wird. Schliesslich stellt auch für unselbstständige Anstalten eine Eignerstrategie ein unverzichtbares Mittel zur strategischen Steuerung dar. Die Aufsichts- und Steuerungsmittel sowie die Autonomie der unselbstständigen Anstalt hängen deshalb wie bei der selbstständigen Anstalt massgeblich vom konkreten Organisationserlass ab.
- 259 Bei der Aktiengesellschaft ergeben sich die wesentlichen Aufsichts- und Steuerungsinstrumente nicht aus einem Organisationserlass, sondern teilweise bereits aus dem Aktienrecht selbst. Als zentrales Aufsichts- und Steuerungsinstrument ist das Stimmrecht in der Generalversammlung zu nennen. So obliegt es beispielsweise der Generalversammlung, die Mitglieder des Verwaltungsrats zu wählen bzw. abzuberufen. Beim Verwaltungsrat handelt es sich um die strategische Oberleitung der Gesellschaft. Es ist damit entscheidend, dass die Gemeinde als Alleinaktionärin bestimmen kann, wer im Verwaltungsrat Einsitz nimmt. Als weitere Steuerungsmittel kommen Mandatsverträge, Anforderungsprofile von Verwaltungsräten, Leistungsvereinbarungen sowie auch hier eine Eignerstrategie in Frage, welche als Handlungsleitfaden für die Unternehmensführung dienen soll. Es kann damit festgehalten werden, dass der Eignerstrategie ganz unabhängig von der zu wählenden Rechtsform eine zentrale Bedeutung zukommt und der Erlass einer solchen in jedem Fall zu empfehlen ist.
- 260 Insgesamt stehen der Gemeinde damit bei allen drei Rechtsformen zahlreiche Aufsichts- und Steuerungsinstrumente zu, welche je nach den konkreten Bedürfnissen «straffer» ausgestaltet werden können oder eben nicht (jeweils zulasten der Autonomie). Bei der (selbstständigen oder unselbstständigen) Anstalt hat der Gemeinderat jedoch tendenziell die stärkere Position als bei der Aktiengesellschaft.
- 261 Was den **Aufgabentypus** anbelangt ist festzustellen, dass es sich bei einem Alters- und Pflegeheim um eine Mischform handelt, welche sowohl Dienstleistungen mit Monopolcharakter als auch Dienstleistungen am Markt erbringt. Der Aufgabentypus steht damit keiner der drei untersuchten Rechtsformen entgegen, da die Versorgungssicherheit der Bevölkerung unabhängig von der Organisationsform gewährleistet werden kann.

- 262 Das Kriterium der **wirtschaftlichen Selbstständigkeit** muss sowohl bei einer selbstständigen als auch bei einer unselbstständigen Anstalt nicht erfüllt sein. Die notwendige Kapitalausstattung einer neu zu gründenden selbstständigen Anstalt wäre jedoch im Einzelnen zu prüfen, was mit einigem Aufwand verbunden sein dürfte. Ebenfalls geklärt werden müsste die Frage, wie der selbstständigen Anstalt die Infrastruktur zur Verfügung gestellt werden soll (Verbleib des Eigentums bei der Gemeinde gegen Nutzungsentschädigung oder Eigentumsübertragung auf die selbstständige Anstalt). Hingegen stellen sich solche Fragen bei der unselbstständigen Anstalt nicht, da sie aufgrund ihrer fehlenden Rechtspersönlichkeit über kein eigenes Vermögen verfügt. Dennoch können interne Verrechnungen buchhalterisch einem gesonderten Rechnungsabschnitt zugeordnet werden.
- 263 Im Gegensatz zur unselbstständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt muss bei der privatrechtlich organisierten Aktiengesellschaft die wirtschaftliche Selbstständigkeit zwingend gegeben sein. Dennoch dürfen auch staatliche Mittel in die Aktiengesellschaft fließen (dies insbesondere, wenn der Leistungsaustausch zu marktüblichen oder gesetzlich vorgegebenen Preisen stattfindet). Die Höhe der Anfangskapitalisierung hängt von den konkreten Aufgaben, der dazu notwendigen Betriebsmittel sowie vom Umfang der bei der Gründung zu übernehmenden bzw. anzuschaffenden Vermögenswerte ab. Bei einer Entscheidung für die Rechtsform der Aktiengesellschaft müssten diesbezüglich vertiefte Abklärungen getroffen werden. Weiter ist die Gemeinde als (Allein-)Aktionärin im Ergebnis auch dafür verantwortlich, dass die privatrechtliche Aktiengesellschaft mit genügend Liquidität versorgt ist. Die Kapitalisierung und Finanzierung von Aktiengesellschaften ist zwar grundsätzlich einfach zu handhaben, für Gemeinden dürfte der Prozess dagegen aufgrund finanzhaushaltsrechtlicher Vorgaben wesentlich aufwändiger sein als dies für ein privates Aktionariat der Fall wäre. Dafür hat die Gemeinde als Alleinaktionärin (mit Ausnahme der gesetzlichen Reservevorschriften) massgeblichen Einfluss sowohl auf die Gewinn- als auch auf die Mittelverwendung.
- 264 Die Aktiengesellschaft verfügt damit im Gegensatz zur unselbstständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt über wirtschaftliche Selbstständigkeit. Damit verbunden stellen sich jedoch zahlreiche Fragen betreffend die konkrete Finanzierung bzw. Mittelausstattung, welche vor der Gründung der Aktiengesellschaft sorgfältig zu planen wären. Dasselbe gilt (in eingeschränkterem Mass) auch für die selbstständige öffentlich-rechtliche Anstalt.
- 265 Ebenso wie bei der selbstständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt müsste auch bei der Aktiengesellschaft entschieden werden, wie mit der Liegenschaft konkret umgegangen werden soll (Einbringung der Liegenschaft, Zurverfügungstellung der Liegenschaft gegen Nutzungsentschädigung usw.). Da für beide Rechtsformen empfohlen wird, das Eigentum der Liegenschaft in Anlehnung an das «Grundmodell» auf Bundesebene bei der Gemeinde zu belassen, ergeben sich in betreffend die Liegenschaft bzw. die **geplanten Investitionen** keine besonderen Vor- oder Nachteile in Bezug auf die einzelnen Rechtsformen.

- 266 Betreffend **Personalrecht** gilt gemäss Art. 2 Abs. 1 Pers. Regl. dieses für alle voll- oder teilzeitlich angestellten Mitarbeiter der Politischen Gemeinde Au und ihrer Unternehmen. Damit wären sowohl Mitarbeitende einer selbständigen als auch einer unselbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt dem Pers. Regl. als öffentlichem Personalstatut unterstellt.
- 267 Hingegen erfolgt die Anstellung des Personals in privatrechtlichen Aktiengesellschaften gemäss Obligationenrecht, was zur Folge hat, dass das Arbeitsverhältnis als privatrechtliches zu qualifizieren ist und das öffentliche Dienstrecht nicht zur Anwendung gelangt. Dennoch hätte die Gemeinde auch in diesem Fall die Grundrechte und Verfassungsprinzipien zu beachten, was namentlich im Zusammenhang mit Verfahrensgarantien bei Kündigungen relevant ist. Dennoch besteht bei einem privatrechtlichen Personalstatut unbestrittenermassen der grössere Spielraum (Lohnhöhe, Arbeitsbedingungen usw.) als dies bei einem öffentlich-rechtlichen Personalstatut der Fall ist. In dieser Hinsicht könnte sich die Rechtsform der Aktiengesellschaft damit als vorteilhafter erweisen.
- 268 In Bezug auf die **Haftung** stellt die selbstständige Anstalt aufgrund ihrer Rechtspersönlichkeit ein eigenständiges Haftungssubjekt dar und haftet daher mit ihrem eigenen Vermögen. Eine Ausfallhaftung der Gemeinde sieht das Verantwortlichkeitsgesetz des Kantons St.Gallen nicht vor. Faktisch bzw. politisch dürfte dennoch eine Ausfallhaftung bestehen. Was den Rückgriff auf Behördenmitglieder und Angestellte betrifft, so ist eine solche nur denkbar, wenn der Schaden vorsätzlich oder grobfahrlässig herbeigeführt worden ist (Art. 7 und 8 VG). Die Haftungsvoraussetzung des Verschuldens ist für Behördenmitglieder und Angestellte damit deutlich enger definiert als beispielsweise für Organe oder Mitarbeitende einer Aktiengesellschaft, bei welchen bereits Fahrlässigkeit genügt.
- 269 Nachdem die unselbständige Anstalt über keine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt, stellt sie auch kein Haftungssubjekt dar. Somit haftet die Gemeinde in diesem Fall für die von den Angestellten widerrechtlich verursachten Schäden, soweit sie nicht nachweisen kann, dass diese kein Verschulden trifft. Dies bedeutet zumindest rechtlich einen bedeutenden Unterschied zwischen der unselbständigen und der selbständigen Anstalt. Aufgrund der realpolitisch wohl bestehenden faktischen Ausfallhaftung der Gemeinde, ist dieser vermeintliche Vorteil der selbstständigen gegenüber der unselbstständigen Anstalt jedoch erheblich zu relativieren.
- 270 Grundsätzlich haftet die Aktiengesellschaft mit ihrem eigenen Vermögen. Die Gemeinde als Aktionärin hat damit aktienrechtlich kein Haftungsrisiko und verliert im schlimmsten Fall das Eigenkapital. Die bereits bei der selbständigen Anstalt oben gemachten Ausführungen zur faktischen Ausfallhaftung dürften jedoch auch für die Aktiengesellschaft zutreffen.

- 271 Im Ergebnis lassen sich damit rechtlich zwar deutliche Unterschiede in Bezug auf die Haftung feststellen. Faktisch dürfte dies jedoch im Ergebnis von untergeordneter Bedeutung sein, da davon auszugehen ist, dass die Gemeinde als Alleineigentümerin in jedem Fall einer realpolitischen Ausfallhaftung untersteht.
- 272 Der **Rechtsetzungsaufwand** würde bei der selbstständigen Anstalt neben der Schaffung eines Organisationserlasses auch eine Anpassung der Gemeindeordnung umfassen, was in der Kompetenz der Bürgerschaft liegt (Art. 6 Bst. a GO). Unabhängig davon untersteht die Gründung einer selbstständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt dem obligatorischen Referendum (Art. 125 Abs. 2 GG). Der Rechtsetzungsaufwand sollte daher bei der selbstständigen Anstalt nicht unterschätzt werden.
- 273 Würde eine Umwandlung in eine selbstständige Anstalt in Betracht gezogen, würde diese grundsätzlich in die bisherigen Rechtsverhältnisse eintreten und die Rechtsverhältnisse müssten neu geregelt werden, wenn dies erforderlich ist. Dies stellt – beispielsweise gegenüber einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft – eine erhebliche Erleichterung des **Umwandlungsaufwands** dar.
- 274 Anders als bei der öffentlich-rechtlichen Anstalt benötigt es zur Gründung einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft keinen Organisationserlass. Für sich genommen ist die Gründung einer Aktiengesellschaft damit mit relativ wenig Aufwand verbunden. Allerdings gilt es zu berücksichtigen, dass im Falle einer Auslagerung bestimmte Erlasse (insbesondere GO, Regl. APH) in jedem Fall zu ändern wären und darüber hinaus die Möglichkeit fehlt, im Rahmen eines Organisationserlasses öffentlich-rechtliche Übergangsbestimmungen zu erlassen, welche die Umsetzung massgeblich vereinfachen können. Weiter ist zu beachten, dass der Umsetzungsaufwand beim Wechsel zur privatrechtlichen Aktiengesellschaft am höchsten sein dürfte. Insbesondere hätte ein Wechsel vom öffentlich-rechtlichen in ein privatrechtliches Personalstatut zu erfolgen und auch die Übertragung von Rechten und Pflichten sowie Vermögenswerten gestaltet sich anspruchsvoller als bei der selbstständigen Anstalt. Dasselbe gilt für die Kapitalausstattung.
- 275 Bei einer Beibehaltung des rechtlichen «Status Quo» ist der Rechtsetzungs- und Umsetzungsaufwand selbstredend am geringsten. Die Aufsichts- und Steuerungsinstrumente können bei Bedarf mit relativ kleinem Aufwand optimiert werden (siehe insbesondere Rz. 282). Die allfälligen Anpassungen des Regl. APH liegen – unter Vorbehalt des fakultativen Referendums – in der Kompetenz des Gemeinderats.
- 276 Die Untersuchung hat **zusammenfassend** gezeigt, dass die Ausgestaltung des Hof Haslach als unselbstständige Anstalt zweckmässig ist und es zumindest keine wesentlichen Aspekte gibt, welche gegen diese Rechtsform sprechen. Zwar wäre auch eine Führung des Hof Haslach als selbstständige Anstalt denkbar, jedoch sind sich die selbstständige und unselbstständige öffentlich-rechtliche Anstalt in weiten Teilen sehr ähnlich (insbesondere dann, wenn die Liegenschaft wie empfohlen im Eigentum der Gemeinde bleibt und von einer faktischen Haftung der Gemeinde ausgegangen wird).

Die Umwandlung des Hof Haslach von einer unselbständigen Anstalt in eine selbständige Anstalt wäre indessen mit einem nicht zu unterschätzenden Aufwand verbunden.

- 277 Dasselbe gilt für die Überführung in eine Aktiengesellschaft. Auch hier ergeben sich (allenfalls mit Ausnahme des Personalrechts) keine wesentlichen Vorteile gegenüber der heutigen Organisationsform; eine Umwandlung wäre jedoch mit erheblichem Aufwand verbunden.
- 278 Abschliessend kann bemerkt werden, dass der Autonomiegrad der unselbständigen Anstalt je nach Bedarf grösser oder kleiner ausgestaltet werden kann. Es könnte damit ohne weiteres eine Optimierung der Aufgaben- und Kompetenzverteilung zwischen den Organen (Gemeinderat, Altersheimkommission, Heimleitung) vorgenommen werden.

B. Beantwortung der konkreten Fragestellungen

- 279 **Welche Rechtsformen können für den Hof Haslach grundsätzlich empfohlen werden?**

Gestützt auf die Prüfung der festgelegten Beurteilungskriterien kann festgehalten werden, dass alle drei untersuchten Rechtsformen (unselbständige öffentlich-rechtliche Anstalt, selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt sowie privatrechtliche Aktiengesellschaft) grundsätzlich für den Hof Haslach geeignet sind.

- 280 **Wie wird die Zweckmässigkeit der heutigen Rechtsform beurteilt?**

Die rechtliche Ausgestaltung des Hof Haslach als unselbständige öffentlich-rechtliche Anstalt (unselbständiges öffentlich-rechtliches Unternehmen) ist zweckmässig.

- 281 **Soweit eine andere als die heutige Rechtsform empfohlen wird: Lohnt sich der Wechsel der Rechtsform?**

Die unselbständige und die selbständige Anstalt sind in weiten Teilen sehr ähnlich ausgestaltet. Sofern an der Anstaltsform an sich festgehalten wird, rechtfertigt sich der Umsetzungsaufwand, welcher mit einem Wechsel von einer unselbständigen zu einer selbständigen Anstalt verbunden wäre, nicht.

Gleiches gilt für die privatrechtliche Aktiengesellschaft. Auch diese ist zwar als Rechtsform geeignet; die mit der Aktiengesellschaft verbundenen Vorteile rechtfertigen jedoch den mit einem Rechtsformwechsel entstehenden Umsetzungsaufwand nicht.

- 282 **Soweit die Beibehaltung der heutigen Rechtsform empfohlen wird: Gibt es Verbesserungsbedarf, der ohne Änderung der Rechtsform umgesetzt werden kann?**

In einem ersten Schritt sollte eine Eignerstrategie für den Hof Haslach erlassen werden. Dies kann ohne Anpassung von Erlassen erfolgen. Die Eignerstrategie gibt klare Leitplanken für die Unternehmensstrategie vor. Die unternehmerischen, wirtschaftlichen, sozialen und politischen Ziele sind vom strategischen Leitungsgremium ebenso

zu beachten wie die Vorgaben zur deren Umsetzung in Bezug auf die Geschäftstätigkeit, Unternehmensleitung, Finanzen, Personalpolitik usw.. Zudem sollte ein Anforderungsprofil für das strategische Leitungsgremium festgelegt werden.

Nach Vorliegen der Eignerstrategie sollte überprüft werden, ob das Regl. APH anzupassen ist, wovon auszugehen ist, nachdem die heutige Ausgestaltung der unselbständigen Anstalt doch sehr nahe bei der Zentralverwaltung liegt. Dies insbesondere in Bezug auf die Aufgaben und Kompetenzen der einzelnen Organe. So könnte beispielsweise die Altersheimkommission die Funktion der strategischen Oberleitung im Sinne eines «Verwaltungsrats» wahrnehmen und damit den Gesamtgemeinderat entlasten. Damit könnte die Autonomie der unselbständigen Anstalt gestärkt werden, ohne dass ein wesentlicher Kontrollverlust stattfinden würde. Allenfalls ergibt sich gestützt auf die Eignerstrategie weiterer Anpassungsbedarf am Regl. APH oder in anderen Erlassen (z.B. Pers. Regl.).

C. Empfehlungen zum weiteren Vorgehen

- 283 In einem ersten Schritt sollte nun der Grundsatzentscheid gefällt werden, ob an der Rechtsform der unselbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt festgehalten wird, was empfohlen wird.
- 284 Nach diesem Grundsatzentscheid sollte eine Eignerstrategie ausgearbeitet werden (dies im Übrigen auch dann, wenn eine andere Rechtsform gewählt würde). Gestützt darauf ist der Anpassungsbedarf bei den bestehenden Erlassen (insbesondere Regl. APH) zu ermitteln und umzusetzen.

* * * * *

Staad, 10. Oktober 2024



Dr. Peter Kuratli

ANHANG A: LITERATURVERZEICHNIS

BIAGGINI, GIOVANNI / GÄCHTER, THOMAS / KIENER, REGINA: Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich/St.Gallen [zit. BIAGGINI/GÄCHTER/KIENER, §, N].

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

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

BUSCHMANN, UTE / KRUMMENACHER, SALOME: Eignerstrategien für Spitäler als Teil der Hospital Governance, in: RiU – Recht in privaten und öffentlichen Unternehmen Bd. Nr. 1/2012 [zit. BUSCHMANN/KRUMMENACHER, S.].

DUBS, DIETER / TRUFFER, ROLAND: Art. 698 OR, Art. 705 OR, in: Watter, R. / Vogt, H.-U. (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024 [zit. DUBS/TRUFFER, BSK OR-II, Art., 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].

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. (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 6. Aufl., Basel 2018 [zit. HUGUENIN/REITZE, BSK ZGB I, Art., N].

KESSLER MARTIN A.: Art. 61 OR, in: Honsell, H. / Vogt P.-N. / Wiegand W. (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015 [zit. KESSLER, BSK OR 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.].

MÜLLER, ROLAND / PÄRLI, KURT / CARONI, ANDREA: Kündigung privatrechtlicher Arbeitsverhältnisse in öffentlichen Unternehmen, in: AJP 7/2020, S. 875ff., [zit. MÜLLER/PÄRLI/CARONI, 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: 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.].

VOGT, HANS-UELI: Art. 680, in: Watter, R. / Vogt, H.-U. (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024 [VOGT, BSK OR II, Art., N].

WERNLI, MARTIN: Art. 762 OR, in: Watter, R. / Vogt, H.-U. (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2024 [zit. WERNLI, BSK OR II, Art., N].

ANHANG B: MATERIALIENVERZEICHNIS

Es werden nachfolgend nur Materialien aufgeführt, die nicht durch die Auftraggeberin zur Verfügung gestellt wurden.

Bericht des Bundesrates zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben (Corporate-Governance-Bericht) vom 13. September 2006 [zit. CG-Bericht BR 2006, S.]

Botschaft des Regierungsrates des Kantons St.Gallen an den Grossen Rat zum Entwurf eines Verantwortlichkeitsgesetzes vom 6. Oktober 1958, ABI 1958 41, 721 ff. [zit. Botschaft VG, S.]

Erläuternder Bericht der Eidgenössischen Finanzverwaltung zum Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates vom 13. September 2006 [zit. EFV-Bericht 2006, 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.].

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
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgericht
BGST	Bundesgesetz über die Sicherheitsorgane der Transportunternehmen im öffentlichen Verkehr vom 18. Juni 2010 (SR 745.2)
Botsch.	Botschaft
BPG	Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (SR 172.220.1)
BSK	Basler Kommentar
Bst.	Buchstabe
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
EFV	Eidgenössische Finanzverwaltung
ESBK	Eidgenössische Spielbankenkommission
f./ff.	und folgende Seite(n), Note(n), Randziffer(n) usw.
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FusG	Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz) vom 3. Oktober 2003 (SR 221.301)
GG	Gemeindegesezt vom 21. April 2009 (sGS 151.2)
ggf.	gegebenenfalls
GO	Gemeindeordnung der Politischen Gemeinde Au vom 4. April 2011
GV	Generalversammlung
Hrsg.	Herausgeber

i.e.S.	im engeren Sinn
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (SR 832.10)
N	Note(n)
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
Pers. Regl.	Personalreglement [der Politischen Gemeinde Au] vom 24. September 2018
Regl. APH	Reglement für das Alters- und Pflegeheim Hof Haslach vom 23. Oktober 2006
resp.	respektive
RIG	Gesetz über Referendum und Initiative vom 27. November 1967 (sGS 125.1)
RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (SR 172.010)
Rz.	Randziffer(n)
S.	Seite(n)
sGS	Systematische Gesetzessammlung Kanton St.Gallen
sog.	sogenannt(e)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
u.	und
u.a.	unter anderem
usw.	und so weiter

VG	Gesetz über die Haftung der öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten und die Verantwortlichkeit der Behörden und öffentlichen Angestellten (Verantwortlichkeitsgesetz) des Kantons St.Gallen vom 7. Dezember 1959 (sGS 161.1)
vgl.	vergleiche
VR	Verwaltungsrat
Weko	Wettbewerbskommission
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	Zitiert