

**GUTACHTEN**

**vom 29. Februar 2016**

**von  
Fürsprecher Dr. Lorenz Meyer,  
ehemaliger Präsident des Bundesgerichts**

**betreffend**

**Finanzaufsicht im Kanton Basel-Stadt**

unter Mitwirkung von Fürsprecher Hans-Rudolf Saxer

## Inhaltsverzeichnis

I.	Auftrag.....	3
II.	Zusammenfassung.....	3
III.	Sachverhalt .....	5
IV.	Rechtliche Erwägungen.....	7
	A. Zur ersten Frage nach der allgemeinen Kompetenzverteilung.....	7
	1. Kompetenzen der parlamentarischen Oberaufsicht.....	8
	2. Kompetenzen des Regierungsrats.....	11
	3. Kompetenzen der Finanzkontrolle .....	12
	B. Zur zweiten Frage nach der Kompetenzverteilung bei Beteiligungen des Kantons Basel-Stadt ..	15
	1. Allgemeines zu den Beteiligungen .....	15
	2. Allgemeines zur Aufsicht bei Beteiligungen .....	17
	3. Kompetenzen der parlamentarischen Oberaufsicht.....	18
	4. Aufsichtskompetenzen des Regierungsrats.....	19
	5. Finanzaufsicht durch die Finanzkontrolle.....	21
	C. Zur dritten Frage nach dem Zusammenspiel zwischen der Parlamentarischen Oberaufsicht, der Aufsicht des Regierungsrats und der Finanzkontrolle .....	23
	D. Zur vierten Frage nach allfälligen Kompetenzüberlagerungen oder Lücken .....	25
	1. Allgemeines .....	25
	2. Finanzkontrolle und externe Revisionsstelle .....	26
	3. Finanzkontrolle und Fachdepartement.....	27
	4. Finanzkontrolle und privatrechtliche Aktiengesellschaft.....	29
V.	Anhang.....	30
	A. Aktenverzeichnis .....	30
	B. Materialien.....	31

## I. AUFTRAG

- 1 Das **Ratsbüro des Grossen Rates** des Kantons Basel-Stadt und der **Regierungsrat** des Kantons Basel-Stadt auf der einen Seite (nachfolgend: Auftraggeber) sowie **Dr. Lorenz Meyer** auf der andern Seite (nachfolgend: Gutachter) unterzeichneten am 7./14. Dezember 2015 einen Auftrag zur Erstellung eines **Gutachtens betreffend Finanzaufsicht** im Kanton Basel-Stadt.
- 2 Das Gutachten hat zum **Ziel**, das Zusammenspiel von Oberaufsicht, Aufsicht und Finanzaufsicht zu optimieren sowie Doppelspurigkeiten und Kontrolllücken zu vermeiden. Das Gutachten soll dabei folgende Fragen klären:
  1. **Welche Kompetenzen haben die parlamentarische Oberaufsicht, der Regierungsrat und die Finanzkontrolle im Einzelnen?**
  2. **Wer übt die Oberaufsicht und die Aufsicht über die Beteiligungen des Kantons Basel-Stadt aus, wo ist die Finanzaufsicht anzusiedeln und was beinhaltet sie?**
  3. **Wie ist das Zusammenspiel zwischen der parlamentarischen Oberaufsicht, der Aufsicht des Regierungsrats und der Finanzkontrolle geregelt?**
  4. **In welchen Bereichen überlagern sich die Kompetenzen der einzelnen Beteiligten oder gibt es Lücken (samt Lösungsvorschlägen)?**

## II. ZUSAMMENFASSUNG

- 3 **Das Parlament übt die Oberaufsicht aus, die Regierung die Aufsicht und die Finanzkontrolle die Finanzaufsicht.**
- 4 **Parlamentarische Oberaufsicht ist die Kontrolle, ob die Regierung die Aufsicht ordnungsgemäss wahrnimmt. Die Oberaufsicht soll erstens die Regierung veranlassen, dem Parlament und damit auch der Öffentlichkeit gegenüber Rechenschaft abzulegen und zweitens soll sie damit einen Beitrag zum Erhalt und zur Stärkung des Vertrauens in das Funktionieren der staatlichen Organe leisten. Die Oberaufsicht beschränkt sich darauf, Informationen zu beschaffen, Zustimmung und Kritik zu formulieren, Empfehlungen auszusprechen und allenfalls mit den parlamentarischen Mitteln (Motionen, Postulaten usw.) Massnahmen anzustossen. Die Oberaufsicht umfasst kein Weisungsrecht und auch nicht die Befugnis, Entscheide zu ändern oder anstelle der beaufsichtigten Instanz zu handeln.**

- 5 Die Aufsicht der Regierung über die Verwaltung ist eng mit deren eigentlichen Leitungsbefugnis verbunden. Sie verfügt über eine umfassende Dienstaufsicht. Die Regierung hat das Recht und die Pflicht, verbindliche Anordnungen zuhanden der Verwaltung zu treffen und deren Einhaltung zu überwachen.
- 6 Der Aufsichtsbereich der Regierung bildet gleichzeitig auch den Rahmen für die parlamentarische Oberaufsicht und für die Finanzaufsicht der Finanzkontrolle. Die Aufsichtsbereiche sind daher deckungsgleich. Die Oberaufsicht ist aber mit Rücksicht auf die unterschiedlichen staatspolitischen Funktionen zurückhaltender als die Aufsicht.
- 7 Die Finanzkontrolle gewährleistet als oberstes Fachorgan der Finanzaufsicht die unabhängige Aufsicht über die Haushaltsführung und nimmt die Aufgabe einer Verwaltungskontrolle wahr. Sie unterstützt den Grossen Rat bei der Oberaufsicht und die Regierung bei der Aufsicht. Sie ist fachlich unabhängig und selbstständig. Sie stellt Anträge und macht Empfehlungen; sie verfügt aber über kein Weisungsrecht.
- 8 Die Übertragung von öffentlichen Aufgaben auf Organisationen ausserhalb der Zentralverwaltung ändert nichts daran, dass auch diese sowohl der Oberaufsicht durch das Parlament, als auch der Aufsicht durch die Regierung und der Finanzaufsicht durch die Finanzkontrolle unterliegen.
- 9 Dabei soll das Parlament im Sinne der Gewaltenteilung nicht direkt in die Leitung der verselbstständigten Verwaltungsträger eingreifen. Es soll vielmehr sicherstellen, dass die Regierung die Aufsicht im Einklang mit den Verfassungs- und Gesetzesvorgaben erfüllt.
- 10 Wie weit die Aufsicht des Regierungsrats gegenüber verselbstständigten Verwaltungsträgern geht, hängt davon ab, wie gross der durch das Gesetz gewährte Umfang der Autonomie ist. Der Regierungsrat formuliert die Eignerstrategie und prüft, ob die Organe des ausgelagerten Betriebs ihre Aufgaben ordnungsgemäss wahrnehmen.
- 11 Bei verselbstständigten Verwaltungsträgern besteht eine Überlagerung der Zuständigkeit der Finanzkontrolle auf der einen Seite sowie der externen Revisionsstellen und der Fachdepartemente auf der andern Seite. Der Finanzkontrolle kann aus Gründen der Verhältnismässigkeit und zur Vermeidung von Doppelspurigkeiten (Wirtschaftlichkeit) nicht noch einmal die gleiche Aufgabe zukommen, wie der externen Revisionsstelle oder dem Fachdepartement.
- 12 Wo eine externe Revisionsstelle besteht, kommt dieser in erster Linie die Revisionstätigkeit zu. Die Finanzkontrolle prüft, ob die externe Revisionsstelle ihre Aufgabe ordnungsgemäss erfüllt. Sofern die Finanzkontrolle dabei auf Unregelmässigkeiten stösst, kann sie Nachbesserung verlangen oder ihrerseits Kontrollen durchführen.
- 13 Die verselbstständigten Verwaltungsträger werden in erster Linie durch die Fachdepartemente zuhanden des Regierungsrats beaufsichtigt. Sie sind es, die die Risikobeurteilung, die Zielerrei-

chung und die Mittelverwendung zu überprüfen haben. Die Finanzkontrolle prüft, ob das Fachdepartement seine Aufgaben ordnungsgemäss wahrnimmt. Sollte dies nicht der Fall sein, kann sie Nachbesserung verlangen oder ihrerseits zusätzliche Kontrollen vornehmen.

- 14 **Mit diesem Vorgehen wird insbesondere auch sichergestellt, dass die politische Wertung der Leistungen der verselbstständigten Aufgabenträger (insbesondere Anstalten) durch die hierfür zuständigen Fachdepartemente vorgenommen wird.**
- 15 **Bei privatrechtlichen Unternehmen muss sich die Ausgestaltung der Aufsicht den Vorschriften des Aktienrechts anpassen. Damit wird der Vorrang des Bundeszivilrechts vor dem kantonalen Recht respektiert.**
- 16 **Der Kanton Basel-Stadt kennt theoretisch keine Kontrolllücken. Eine lückenlose Kontrolle des gesamten Finanzhaushaltes ist allerdings aus Gründen der Verhältnismässigkeit weder erwünscht noch machbar. Die Prüfungen müssen schwerpunktmässig aufgrund laufender Risikoabschätzungen erfolgen.**
- 17 **Das Zusammenspiel zwischen den in der Finanzaufsicht involvierten Stellen (Finanzkontrolle, geprüfte Stelle, zuständiges Departement, Regierungsrat und Appellationsgericht, Finanzkommission und Geschäftsprüfungskommission) ist im Finanz- und Verwaltungskontrollgesetz (FVKG) zweckmässig geregelt. Werden diese Regeln konsequent eingehalten, ist sichergestellt, dass die Aufsicht von den verschiedenen Behörden, im Einklang mit ihren unterschiedlichen Funktionen, stufengerecht und wirksam wahrgenommen werden kann.**
- 18 **Positive oder negative Kompetenzkonflikte zwischen der Finanzkontrolle und anderen Stellen sind vom Regierungsrat als Aufsichtsbehörde zu entscheiden. Dieser kann aber der Finanzkontrolle nicht verbieten, Kontrollen durchzuführen. Punktuell auftauchende Schwierigkeiten können in Koordinationsgremien wie der Finanzkontroll-Delegation einer sachgerechten Lösung zugeführt werden.**

### III. SACHVERHALT

- 19 Im Rahmen des 2. Semestergesprächs 2015 der Finanzkontroll-Delegation (FKD) wurde u.a. das Schwerpunktthema Finanzaufsicht besprochen. Dabei orientierte der Leiter der Finanzkontrolle die FKD über den Entwurf eines neuen Konzepts zur Prüfungsplanung („Konzept Finanzaufsicht der Finanzkontrolle des Kantons Basel-Stadt“). Als Beilage zum neuen Konzept wurde eine Matrix mit Erläuterungen erarbeitet, welche einen Überblick über die gesetzlichen Aufsichtsbereiche und die Prüfungsformen der Finanzkontrolle geben soll. Da bei der Erarbeitung des Konzepts und während des Semestergesprächs festgestellt wurde, dass bei der Abgrenzung zwischen Oberaufsicht, Aufsicht und Finanzaufsicht Schwie-

rigkeiten und teilweise Überschneidungen bestehen, wurde beschlossen, ein **Gutachten** in Auftrag zu geben.

- 20 Dem Gutachter wurden im Vorfeld der Vertragsunterzeichnung die **Unterlagen** 1 bis 4 gemäss Aktenverzeichnis im Anhang zur Verfügung gestellt.
- 21 Im Hinblick auf die nähere Konkretisierung der aufgetretenen unterschiedlichen Einschätzungen führte der Gutachter am 12. Januar 2016 mit den folgenden Personen je ein separates **Gespräch**: Herrn Grossrat Remo Gallacchi, Leiter Finanzkontroll-Delegation / Frau Regierungsrätin Dr. Eva Herzog, Vorsteherin Finanzdepartement (im Beisein von Frau Dr. Alexandra Schilling, Generalsekretärin Finanzdepartement) / Herrn Daniel Dubois, Leiter Finanzkontrolle (im Beisein von Herrn Dieter von Allmen, Stv. Leiter Finanzkontrolle). Diese Persönlichkeiten führten dabei im Wesentlichen Folgendes aus:
- 22 **Daniel Dubois**: Er weist darauf hin, dass die Finanzkontrolle seit 2008 auf Wunsch der GPK auch die Aufgabe der Verwaltungskontrolle wahrnehme. Es seien noch nie Prüfungsaufträge der Regierung abgelehnt worden. In den letzten Jahren seien vermehrt öffentliche Aufgaben (und damit verbunden hohe Finanzmittel) in selbstständige Trägerschaften ausgegliedert worden (Industrielle Betriebe, Basler Verkehrsbetriebe etc.). Die Finanzkontrolle müsse auf diese Entwicklung reagieren und sicherstellen, dass keine Bereiche entstünden, in denen nicht geprüft werde. Diese Entwicklung sei der Hauptgrund für die Erarbeitung des neuen Konzepts Finanzaufsicht der Finanzkontrolle des Kantons Basel-Stadt gewesen. Aufgrund der Einschätzung der Finanzkontrolle bestünden im Bereich Beteiligungsmanagement (Beilage 4 zum Konzept) Differenzen mit dem Finanzdepartement. Die Finanzkontrolle erachte es als ihre Aufgabe, zuhanden der zuständigen Departemente Berichte über die Tätigkeit der ausgelagerten öffentlich-rechtlichen Anstalten zu verfassen. Dabei gehe es zum Beispiel darum zu prüfen, ob die (guten) Public Governance-Regeln des Regierungsrates, die „Spielregeln“ des Beteiligungs-Reportings sowie kantonale Vorschriften (z.B. Personal- und Submissionsrecht) eingehalten würden. Diese Bereiche würden von den privaten Revisionsgesellschaften nicht geprüft. Im Gegenzug werde die Finanzkontrolle die Finanzrechnung dieser Anstalten, da Aufgabe der Revisionsgesellschaften, nicht prüfen. Sie nehme in Aussicht, diese Prüfungen bei Revisionen in den Departementen durchzuführen (nicht bei den Anstalten). Wenn die Departemente das Beteiligungsmanagement sauber handhabten, sei die Finanzkontrolle zufrieden und werde den eigenen Aufwand zurücknehmen. Die Finanzkontrolle suche keine Arbeit um der Arbeit willen.
- 23 **Remo Gallacchi**: Er hält fest, dass sich die Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Finanzdepartement und der Finanzkontrolle aus seiner Sicht auf die ausgelagerten Betriebe (Anstalten) bezögen. Für den Grossen Rat sei wichtig, dass die Aufsicht über die ausgelagerten Betriebe funktioniere. Für ihn sei sekundär, wer diese Aufsicht sicherstelle; Hauptsache sei, dass die Aufsicht wahrgenommen werde. Es bestünden strategische Vorgaben des Regierungsrates zuhanden dieser Anstalten. Ob diese eingehalten würden, möchte die Finanzkontrolle kontrollieren. Demgegenüber sei das Finanzdepartement der Auffassung, dass diese Prüfung Sache der Departemente sei. Für ihn sei wichtig zu wissen, was die Finanz-

kontrolle allenfalls nicht prüfen dürfe. Ferner sollten zwischen der GPK, der Finanzkommission und der Finanzkontrolle keine Doppelspurigkeiten bzw. Kontrolllücken bestehen.

- 24 **Dr. Eva Herzog:** Sie hält fest, dass die Finanzkontrolle im Wesentlichen eine Revisionsstelle sei. Als solche könne sie die ihr gesetzlich zustehenden Prüfungen selbstverständlich durchführen. Sie spreche sich jedoch entschieden dagegen aus, dass die Finanzkontrolle „mitregiere“, indem sie politische Wertungen und/oder Vorgaben, die der Regierungsrat vorgenommen habe, hinterfrage. Diese Problematik manifestiere sich bei den Beteiligungen. Die Kontrolle darüber, ob die Anstalten die Eignerstrategien des Regierungsrates sachgerecht umsetzten, sei Sache des Regierungsrates und der Departemente, nicht aber der Finanzkontrolle. Der Finanzkontrolle komme keine Oberaufsicht über Regierung und Verwaltung zu. Sie sei vielmehr ein Instrument der Finanzaufsicht, das namentlich auch Regierung und Verwaltung dienen solle. Die gesetzlichen Zuständigkeiten der Finanzkontrolle würden keineswegs bestritten, aber bei den Beteiligungen wolle die Finanzkontrolle Aufgaben wahrnehmen, die ihr nicht zustünden. Die Finanzkontrolle könne kontrollieren, aber nur in ihrem Aufsichtsbereich.
- 25 Dem Gutachter wurden anlässlich dieser Gespräche und im Nachgang dazu die Unterlagen 5 bis 15 gemäss Aktenverzeichnis im Anhang zur Verfügung gestellt.

#### IV. RECHTLICHE ERWÄGUNGEN

##### A. ZUR ERSTEN FRAGE NACH DER ALLGEMEINEN KOMPETENZVERTEILUNG

- 26 **Die Frage lautet:** Welche Kompetenzen haben die parlamentarische Oberaufsicht, der Regierungsrat und die Finanzkontrolle im Einzelnen?
- 27 Gemäss der in Art. 3 Bundesverfassung (BV)<sup>1</sup> verankerten Grundnorm der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung sind die Kantone souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist. Die Gestaltung der kantonsinternen **Behördenstruktur** gehört zu den **Kerngebieten kantonaler Autonomie**<sup>2</sup> und ist in der BV ausdrücklich gewährleistet.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, BV (SR 101).

<sup>2</sup> Denise Buser, in: Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt: Festgabe zum 125jährigen Jubiläum der Advokatenkammer in Basel, 2008 (im Folgenden: Handbuch), S. 349.

<sup>3</sup> Art. 47 Abs. 2 BV; Markus Müller/Reto Feller, Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Auflage, 2013, S. 5.

28 Kantonales Organisationsrecht muss – wie alles kantonale Recht – **bundesrechtskonform** sein.<sup>4</sup> Leitlinien und Schranken ergeben sich zum einen aus der Bundesverfassung selber, zum anderen aber auch aus dem ausführenden Bundesrecht.<sup>5</sup>

#### 1. Kompetenzen der parlamentarischen Oberaufsicht

29 Gemäss § 69 der baselstädtischen Kantonsverfassung (KV)<sup>6</sup> richtet sich die Organisation der Behörden nach dem Grundsatz der **Gewaltenteilung**. Keine Behörde übt staatliche Macht unkontrolliert und unbegrenzt aus und keine Behörde darf ohne verfassungsrechtliche oder gesetzliche Grundlage in den Zuständigkeitsbereich einer anderen Behörde einwirken.

30 § 80 KV bezeichnet den **Grossen Rat** als gesetzgebende und **oberste aufsichtsführende Behörde** des Kantons. Gemäss § 83 Abs. 2 Bst. d KV erlässt der Grosse Rat in seiner Funktion als Gesetzgeber die Grundzüge der Organisation und der Aufgaben der Behörden. Vorliegend von besonderem Interesse ist die Bestimmung in § 90 KV, wonach der Grosse Rat die Oberaufsicht über den Regierungsrat, die Verwaltung, die Gerichtsbehörden und die anderen Träger öffentlicher Aufgaben ausübt, soweit sie dem Kanton obliegende Aufgaben wahrnehmen.

31 Gemäss der älteren Webseite des Grossen Rates von 2007 ist Oberaufsicht die **Kontrolle, ob die Verwaltung und die Justiz ordnungsgemäss arbeiten und ihren Verpflichtungen nachkommen**.<sup>7</sup> Denise Buser hat diese Umschreibung im Handbuch übernommen.<sup>8</sup> Auf der gegenwärtig aufgeschalteten Webseite wird auf eine Definition der Oberaufsicht verzichtet und lediglich ausgeführt, dass der Grosse Rat über die gesamte Staatsverwaltung einschliesslich der selbstständigen Verwaltungsbetriebe die Oberaufsicht habe.<sup>9</sup> Der Grosse Rat hat dabei zu prüfen, ob der Regierungsrat seine Leitungs- und Aufsichtsfunktion ordnungsgemäss erfüllt hat.

32 Da die Begrifflichkeiten der KV keine Abweichungen vom in der Schweiz geltenden Gewaltenteilungsprinzip erkennen lassen, kann zur näheren Bestimmung der Oberaufsicht auch auf die gesamtschweizerisch von der **Lehre** entwickelten Grundsätze abgestellt werden.

33 Die parlamentarische Oberaufsicht gehört zu den klassischen Anwendungsbeispielen der sog. **Gewaltenschränkung**. Diese zeichnet sich dadurch aus, dass sie Elemente des Zusammenwirkens mit an-

---

4 Art. 49 Abs. 1 BV.

5 Müller/Feller, a.a.O., S. 6.

6 Verfassung des Kantons Basel-Stadt vom 23. März 2005 (SG 111.100).

7 [www.grossrat.bs.ch](http://www.grossrat.bs.ch), Stand 2007.

8 Handbuch, a.a.O., S. 366.

9 Gemäss Konzept Finanzaufsicht der Finanzkontrolle des Kantons Basel-Stadt, von der Geschäftsleitung am 23. Oktober 2015 freigegeben (im Folgenden: Konzept), hat der Grosse Rat im Rahmen seiner Oberaufsicht zu prüfen, ob der Regierungsrat seine Leitungs- und Aufsichtsfunktion im Einklang mit den gesetzlichen Vorgaben erfüllt hat (Beilage 4, S. 2).

deren Behörden, hier der Aufsicht durch die Regierung, enthalten. Die **Schnittstellen** werden zwar durch Verfassung und Gesetz geregelt, lassen sich aber oftmals nicht exakt voneinander trennen.<sup>10</sup>

- 34 Die parlamentarische Oberaufsicht verfolgt zwei **Zielsetzungen**: Erstens soll sie die Regierung zwingen, dem Parlament und damit auch der Öffentlichkeit gegenüber Rechenschaft abzulegen, und zweitens soll sie damit einen Beitrag zum Erhalt und zur Stärkung des Vertrauens in das Funktionieren der staatlichen Organe leisten.<sup>11</sup>
- 35 Die Oberaufsicht des Parlaments erstreckt sich auf **sämtliche Handlungen und Unterlassungen von Regierung und Verwaltung**.<sup>12</sup> Es gibt keine Tätigkeit, die ihrer Natur nach der parlamentarischen Oberaufsicht entzogen ist. Die parlamentarische Oberaufsicht geht auf der anderen Seite aber auch nicht weiter als die Leitungs- und Aufsichtsbefugnisse der Regierung.<sup>13</sup> Die **Bereiche von Oberaufsicht und Aufsicht** sind daher weitgehend **deckungsgleich**.<sup>14</sup> Die Lehre spricht davon, dass sie sich akzessorisch bzw. kongruent verhalten.<sup>15</sup>
- 36 Die Oberaufsicht durch das Parlament hat dessen **staatspolitischer Funktion** im Gefüge der Staatsgewalten Rechnung zu tragen. In der Lehre wird deshalb „**stufengerechte Zurückhaltung**“<sup>16</sup> oder eine „**distanziert-politische Beurteilung**“<sup>17</sup> gefordert oder es wird ausgeführt, die Oberaufsicht sei „**grosszügiger**“ und „**weitmaschiger**“ als die Aufsicht durch die Regierung.<sup>18</sup>
- 37 Im Unterschied zur Aufsicht durch die Regierung beschränkt sich die Oberaufsicht darauf, **Informationen** zu beschaffen, **Unterstützung und Kritik** zu formulieren, **Empfehlungen** auszusprechen und allenfalls – gestützt auf das **parlamentarische Instrumentarium** (z.B. Motion, Initiative usw.) – Massnahmen in die Wege zu leiten. Die Oberaufsicht verschafft **nicht** die Befugnis, **Entscheide aufzuheben**, abzuändern oder **anstelle der beaufsichtigten Instanz zu handeln**. Zwischen der Oberaufsicht und den Beaufsichtigten besteht kein hierarchisches (Weisungs-)Verhältnis. Die Ausübung der Oberaufsicht darf nicht dazu

---

<sup>10</sup> Denise Buser, in: Handbuch, a.a.O., S. 353.

<sup>11</sup> Giovanni Biaggini, Kommentar zu Art. 169 Bundesverfassung, Orell Füssli Kommentar, 2007, S. 750; Heinrich Koller, Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz (BGG), Basel 2008, N. 12 zu Art. 3 BGG.

<sup>12</sup> Georg Müller, Probleme der Abgrenzung der parlamentarischen Oberaufsicht im Bund, in ZSR NF 111 (1992), S. 412.

<sup>13</sup> Biaggini, a.a.O. Seite 750.

<sup>14</sup> Paul Tschümperlin, Die Aufsicht des Bundesgerichts, in SJZ 105 (2009), S. 237.

<sup>15</sup> Georg Müller/Stefan Vogel, Oberaufsicht der Bundesversammlung über verselbständigte Träger von Bundesaufgaben, in Schweiz. Zentralblatt 111/2010, S. 660.

<sup>16</sup> Philippe Mastronardi/Benjamin Schindler/Patrik Louis, Art. 169 BV in: Bernhard Ehrenzeller et al., (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2014, S. 652.

<sup>17</sup> Müller/Vogel, a.a.O., S. 652.

<sup>18</sup> Paul Tschümperlin, a.a.O., S. 236.

führen, dass das Parlament zu einer Art. „**Überregierung**“ wird.<sup>19</sup> Die Oberaufsicht ist daher **unmittelbar sanktionslos**.<sup>20</sup>

- 38 Allerdings genehmigt der Grosse Rat die jährlichen **Rechenschaftsberichte** des Regierungsrates, der Gerichte, der Ombudsstelle und der selbstständigen Verwaltungsbetriebe,<sup>21</sup> er beschliesst über das **Budget** und genehmigt die **Staatsrechnung**.<sup>22</sup> Er kann durch Nichtgenehmigung von Rechenschaftsbericht und Rechnung sowie Abänderung des Budgets insofern auch im Bereich der Oberaufsicht unmittelbar Sanktionen mit erheblicher politischer Wirkung aussprechen. Im Übrigen zeigen auch Kritik und Empfehlungen des Grossen Rates zwar nicht unmittelbar, aber **mittelbar oftmals politische Wirkung**.
- 39 Was den **Zeitpunkt** der Wahrnehmung der Oberaufsicht betrifft, ist dieser grundsätzlich **nachträglich**. Anknüpfungspunkt ist ein Entscheid des beaufsichtigten Organs. Die Abgabe von Empfehlungen in laufenden Verfahren ist grundsätzlich nicht zulässig, da sie eine Kompetenzvermischung zur Folge hätte. Die Regierung hat einen Anspruch darauf, dass sie im Rahmen eines freien, unbeeinflussten Meinungsbildungsprozesses zu einem Entscheid kommen kann. Die Lehre spricht vom Schutz eines „eigenständigen Beratungsbereichs“.<sup>23</sup>
- 40 **Hängige Geschäfte** können nur unter einschränkenden Voraussetzungen von den Kontrollorganen geprüft werden. Dies etwa dann, wenn Informationen zur Beurteilung erledigter Angelegenheiten beschafft werden sollen<sup>24</sup> oder wenn es um permanente Problemlagen geht.
- 41 Die Oberaufsicht beschäftigt sich in der Regel nicht mit **Einzelfällen**, sondern bewegt sich auf einer generell-abstrakten Ebene. Auch Einzelfälle können indessen eine grundsätzliche oder systemische Bedeutung haben, die eine Befassung der Oberaufsicht rechtfertigen kann.
- 42 Oberaufsicht und Aufsicht können abstrakt zwar einigermaßen klar voneinander abgegrenzt werden. Im Einzelfall kann die Abgrenzung jedoch mit Schwierigkeiten verbunden sein. Hilfreich kann in solchen Fällen der **Grundsatz der Verhältnismässigkeit** sein, der auch bei der parlamentarischen Oberaufsicht – wie bei der gesamten Staatstätigkeit – zu beachten ist.<sup>25</sup> Dieser Grundsatz verlangt, dass ein Eingreifen der Oberaufsichtsbehörde (z.B. öffentliche Formulierung einer Kritik) zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels (z.B. Wiederherstellung des Vertrauens der Öffentlichkeit) geeignet und

---

<sup>19</sup> Biaggini, a.a.O., S. 750.

<sup>20</sup> Denise Buser, Handbuch, a.a.O., S. 365.

<sup>21</sup> § 90 Abs. 2 KV.

<sup>22</sup> § 88 Abs. 1 KV.

<sup>23</sup> Bernhard Ehrenzeller, Zum Verhältnis Parlament - Regierung, Ausgewählte Fragen am Beispiel der Bernischen Parlamentsreform, AJP 2013, S. 782 ff., S. 794.

<sup>24</sup> Müller, a.a.O., S. 413.

<sup>25</sup> Art. 5 Abs. 2 BV sowie § 5 KV.

notwendig ist. Ausserdem muss der angestrebte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zu den eingesetzten Mitteln sein.<sup>26</sup>

- 43 Schliesslich ist das Verhältnis zwischen Grosse Rat und Regierungsrat wegen der engen geschäftlichen Verzahnung auch durch **ausserrechtliche Faktoren** mitgeprägt. So befördert gegenseitiges Vertrauen die konstruktive Zusammenarbeit. Vertrauen setzt voraus, dass sich Behörden kennen (z.B. Präsenz des Regierungsrats an den Sitzungen des Grossen Rates und dessen Kommissionen), dass sich beide Behörden an ihre verfassungsrechtlichen Zuständigkeiten halten und sich gegenseitig ernst nehmen und beachten.<sup>27</sup>
- 44 Das Parlament nimmt die Oberaufsicht über die Haushaltsführung durch die **Finanzkommission** wahr. Da der Finanzkontrolle seit der Umwandlung des Finanzkontrollgesetzes im Jahre 2008 in ein Finanz- und Verwaltungskontrollgesetz auch Aspekte der Verwaltungskontrolle übertragen wurden, ist insoweit auch die **Geschäftsprüfungskommission** mit der Finanzkontrolle befasst und kann ihr Aufträge erteilen.<sup>28</sup> Organisatorisch ist die Finanzkontrolle dem **Büro des Grossen Rates** zugeordnet.<sup>29</sup>
- 45 Zusammenfassend übt das **Parlament** die **Oberaufsicht** aus.

## 2. Kompetenzen des Regierungsrats

- 46 Die KV legt in § 101 fest, dass der Regierungsrat die **leitende und oberste vollziehende Behörde** des Kantons ist. § 108 statuiert die Leitung der Verwaltung als eine der wichtigsten Aufgaben des Regierungsrats: Der Regierungsrat **steht der Verwaltung vor und beaufsichtigt die anderen Träger öffentlicher Aufgaben** in deren Ausübung. Er sorgt für eine rechtmässige, wirksame und bürgernahe Verwaltungstätigkeit und bestimmt im Rahmen von Verfassung und Gesetz die zweckmässige Organisation. Er sorgt für einfache und rasche Verwaltungsabläufe.<sup>30</sup>
- 47 Das Organisationsgesetz<sup>31</sup> seinerseits bezeichnet den Regierungsrat in § 1 als oberste leitende und vollziehende Behörde des Kantons. § 3 weist dem Regierungsrat unter der Marginalie „Regierungstätigkeit“ u.a. die Kompetenzen zu, die hauptsächlichen Ziele staatlichen Handelns festzulegen (Buchstabe a) und die staatliche Aktivität in allen wichtigen Bereichen zu planen (Buchstabe c).

---

<sup>26</sup> Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2010, S. 133.

<sup>27</sup> Dazu auch Denise Buser, Handbuch, a.a.O., S. 383 f.

<sup>28</sup> § 15 Abs. 1 FVKG.

<sup>29</sup> § 2 Abs. 3 FVKG.

<sup>30</sup> § 101 und 108 Abs. 1 - 3 KV.

<sup>31</sup> Gesetz betreffend die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung des Kantons Basel-Stadt (Organisationsgesetz, OrG) vom 22. April 1976 (SG 153.100).

48 Die verfassungsmässig dem Regierungsrat zugeordnete Kompetenz der Leitung der Verwaltung verschafft ihm zugleich eine **umfassende (Dienst-)Aufsicht** über die ganze Verwaltung. Diese Aufsicht basiert auf dem hierarchischen Aufbau der Verwaltungsbehörden.<sup>32</sup> Die Aufsichtsbefugnis ist eng mit der eigentlichen Leitungsbefugnis der Regierung verbunden. Die Regierung hat das Recht und Pflicht zum Erlass von **verbindlichen Anordnungen** zuhanden der Verwaltung, und sie muss deren **Einhaltung überwachen**. Dazu gehören auch die weitgehenden Organisations-, Planungs- und Koordinationskompetenzen der Regierung. Diese sind besonders ausgeprägt gegenüber der Zentralverwaltung.

49 Zusammenfassend kommt dem **Regierungsrat** die **Aufsicht** zu.

### 3. Kompetenzen der Finanzkontrolle

50 Unter der Marginalie „Finanzkontrolle“ legt **§ 125 KV** fest, dass die Aufsicht über die staatlichen Finanzen durch unabhängige Kontrollorgane sicherzustellen ist. Das Gesetz regelt die Aufsicht über die Verwendung staatlicher Leistungen an Dritte.

51 Als **oberstes Fachorgan der Finanzaufsicht** des Kantons Basel-Stadt gewährleistet die Finanzkontrolle gemäss § 1 des Finanz- und Verwaltungskontrollgesetzes (FVKG)<sup>33</sup> die unabhängige **Aufsicht** über die **Haushaltführung** des Kantons. Sie nimmt die Aufgabe einer **Verwaltungskontrolle** wahr, indem sie das staatliche Handeln auf seine Wirksamkeit und Effizienz überprüft.

52 Die Finanzkontrolle **unterstützt den Grossen Rat** bei der Ausübung der Oberaufsicht über Verwaltung und Rechtspflege sowie den **Regierungsrat** bei der Ausübung der Dienstaufsicht über die Verwaltung. Die Finanzkontrolle ist **fachlich unabhängig und selbstständig**. Sie ist in ihrer Prüfungstätigkeit nur Verfassung und Gesetz verpflichtet. **Niemand ist befugt, der Finanzkontrolle Kontrollen zu untersagen**.<sup>34</sup>

53 Der **Finanzaufsicht** durch die Finanzkontrolle **unterliegen** gemäss § 3 Abs. 1 FVKG, vorbehältlich abweichender Regelungen in Spezialgesetzen

- a) das **Rechnungswesen des Grossen Rats**,
- b) die kantonale **Verwaltung**,
- c) die Verwaltung der **Rechtspflege**,
- d) die selbstständigen und unselbstständigen **öffentlich-rechtlichen Anstalten**,

<sup>32</sup> Statt vieler: Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1227 ff.

<sup>33</sup> Finanz- und Verwaltungskontrollgesetz vom 17. September 2003 (FVKG; SG 610.200).

<sup>34</sup> § 2 Abs. 2, 4 und 5 FVKG.

- e) **Organisationen** und Personen ausserhalb der kantonalen Verwaltung, denen der **Kanton öffentliche Aufgaben überträgt**,
- f) Organisationen und Personen, die kantonale **Leistungen gestützt auf das Subventionsgesetz** empfangen,
- g) **Unternehmungen**, an deren Stamm-, Grund- oder Aktienkapital der Kanton mit **mehr als 50 %** beteiligt ist, respektive über die Stimmenmehrheit verfügt.

54 Die Finanzaufsicht der Finanzkontrolle umfasst die Prüfung der **Ordnungsmässigkeit**, der **Rechtmässigkeit**, der **Wirtschaftlichkeit**, der **Zweckmässigkeit**, der **Sparsamkeit** und der **Wirksamkeit** der **Haushaltführung**.<sup>35</sup> Die Prüfungstätigkeit ist nach den Bestimmungen des FVKG und nach anerkannten Prüfungsgrundsätzen durchzuführen.<sup>36</sup>

55 Neben der ihr von Gesetzes wegen übertragenen allgemeinen Aufgabe, den gesamten Finanzhaushalt zu prüfen<sup>37</sup>, können der Finanzkontrolle von parlamentarischen Untersuchungskommissionen, der Finanzkommission und der Geschäftsprüfungskommission des Grossen Rates, dem Regierungsrat, den Departementen, dem Appellationsgericht und den selbstständigen öffentlich-rechtlichen Anstalten **besondere Prüfungsaufträge** erteilt werden.<sup>38</sup>

56 Wer der Aufsicht durch die Finanzkontrolle untersteht, **unterstützt** sie bei der Durchführung ihrer Aufgaben, legt insbesondere auf Verlangen die notwendigen Unterlagen vor und erteilt die erforderlichen Auskünfte.<sup>39</sup>

57 Gemäss § 14 Abs. 3 des **Staatsbeitragsgesetzes**<sup>40</sup> sind dem zuständigen Departement und der Finanzkontrolle alle erforderlichen Auskünfte zu erteilen und Einsicht in den Betrieb und in die finanziellen Verhältnisse, einschliesslich Budget, Rechnung und Bilanz, zu gewähren.

58 Das **Finanzkontrollgesetz** (die Ergänzung des Titels in Finanz- und Verwaltungskontrollgesetz erfolgte erst mit Beschluss des Grossen Rats vom 16. April 2008<sup>41</sup>) wurde vom Grossen Rat am 17. September 2003 erlassen. Bei der Beratung und Beschlussfassung des neuen Gesetzes stützte sich das Parlament

---

35 § 12 FVKG.

36 § 13 FVKG.

37 § 14 FVKG.

38 § 15 Abs. 1 und 2 FVKG.

39 § 23 FVKG.

40 Staatsbeitragsgesetz vom 11. Dezember 2013 (GS 610.500).

41 Bericht und Antrag der Geschäftsprüfungskommission des Grossen Rates zu einer Teilrevision des Finanzkontrollgesetzes (FKG) sowie Bericht zu einem Anzug vom 27. Februar 2008, Nr. 07.5273.02, im Folgenden: Bericht der GPK; vgl. Rz. 62.

weitgehend auf den Bericht und die Anträge seiner Finanzkommission.<sup>42</sup> Die Finanzkommission ortete in ihrem Bericht verschiedene **Mängel** der früheren Regelung im Finanzhaushaltgesetz und der Finanzhaushaltverordnung, zum Beispiel bezüglich Unabhängigkeit der Finanzkontrolle, personelle Dotierung, Zuständigkeit der Finanzaufsicht für ausgelagerte Staatsaufgaben oder -betriebe etc.<sup>43</sup> Die Kommission empfahl dem Parlament das **Monistische System**. Dies bedeutet, dass die Aufgaben der externen und internen Revision von einer einzigen Institution, nämlich der Finanzkontrolle, wahrgenommen werden. Diese unterstützt sowohl das Parlament bei der Oberaufsicht über Regierung und Verwaltung als auch die Regierung bei deren Aufsicht über die Verwaltung.<sup>44</sup> Die Finanzkommission hat sich bei der Ausarbeitung des Gesetzesentwurfs stark auf ein von der Fachvereinigung der Finanzkontrollen erarbeitetes **Mustergesetz** für die Kantone abgestützt und dieses, unter Vornahme spezifischer Anpassungen an die Verhältnisse in Basel-Stadt, über weite Strecken übernommen. Die Finanzkontrolle wurde neu dem **Büro des Grossen Rats** zugeordnet (**früher Finanzdepartement**).<sup>45</sup>

59 In § 18 FVKG hat der Grosse Rat auf Antrag seiner Finanzkommission eine vom Mustergesetz abweichende Regelung beschlossen: Werden festgestellte wesentliche Mängel nicht behoben, entscheidet der **Regierungsrat** auf Antrag der Finanzkontrolle über die notwendigen Massnahmen. Die Finanzkommission des Grossen Rats ist über diesen Entscheid zu informieren. Es wurde bewusst darauf **verzichtet**, eine **Weisungsbefugnis** der Finanzkontrolle vorzusehen. Die Finanzkommission erachtete es als nicht opportun, dass die Finanzkontrolle „operativ tätig wird. Die Finanzkontrolle sollte im Sinne von Empfehlungen Anträge stellen“.<sup>46</sup>

60 **Dies bedeutet, dass die Finanzkontrolle Berichte erstattet und darin Anträge stellt sowie Empfehlungen abgibt. Ihr kommt aber kein Verfügungs- oder Weisungsrecht zu.**

61 Was den **Aufsichtsbereich** der Finanzkontrolle betrifft, ist festzuhalten, dass dieser nur so weit gehen kann, als auch die Aufsicht der Regierung und die Oberaufsicht des Grossen Rats reicht. Dass Aufsicht und Oberaufsicht nach herrschender Lehre **deckungsgleich** oder akzessorisch bzw. kongruent zueinander sind, wurde bereits ausgeführt.<sup>47</sup> Im Sinn eines stringenten Gesamtsystems ergibt sich ohne Weiteres, dass sich die Finanzaufsicht der Finanzkontrolle nicht über den Aufsichts- bzw. Oberaufsichtsbereich hinaus entfalten kann. Für eine Finanzaufsichtstätigkeit über diese demokratisch festgelegten Bereiche hinaus bestehen weder ein sachlicher Grund noch eine rechtliche Grundlage. In § 2 Abs. 2 FVKG ist denn auch festgelegt, dass die Funktion der Finanzkontrolle darin besteht, den Grossen Rat und den Re-

---

42 Bericht der Finanzkommission des Grossen Rates zu einem Finanzkontrollgesetz (FKG) sowie Bericht zu zwei Anzügen vom 24. Juni 2003 / 037615 / 985979 / 017016, im Folgenden: Bericht der Finanzkommission.

43 Bericht der Finanzkommission, a.a.O., S. 7 ff.

44 Bericht der Finanzkommission, a.a.O., S. 14.

45 Vgl. § 2 Abs. 3 FVKG.

46 Bericht der Finanzkommission, S. 8.

47 Vgl. Rz. 35.

gierungsrat bei der Ausübung der Oberaufsicht bzw. der Dienstaufsicht zu unterstützen.<sup>48</sup> **Die Finanzkontrolle stellt somit ein (wichtiges) Instrument von Parlament und Regierung zur Wahrnehmung ihrer Oberaufsicht beziehungsweise Aufsicht dar. Einen darüber hinaus wahrzunehmenden eigenständigen Aufgabenbereich gibt es nicht.**

62 Wie in Rz. 58 bereits erwähnt, erfolgte am 16. April 2008 eine Revision des Finanzkontrollgesetzes aus dem Jahr 2003. Diese Teilrevision erfolgte auf Antrag der **Geschäftsprüfungskommission** (GPK) des Grossen Rates<sup>49</sup> und hatte zum Ziel, die Finanzkontrolle zusätzlich mit der Aufgabe der Verwaltungskontrolle zu betrauen bzw. die bereits seit 2003 im Gesetz bestehende Kompetenz zur Vornahme von Prüfungen der Leistungen und der Wirksamkeit<sup>50</sup> zu betonen. In diesem Zusammenhang erfolgte die Umbenennung des Gesetzes in Finanz- und **Verwaltungskontrollgesetz** (FVKG), die Erweiterung des Aufgabenbereichs in § 1 (Evaluationen im Leistungs- und Wirksamkeitsbereich) sowie die Statuierung des direkten Geschäftsverkehrs zwischen GPK und Finanzkontrolle in mehreren Gesetzesparagrafen.

63 Zusammenfassend kommt der **Finanzkontrolle** die **Finanzaufsicht** zu.

## B. ZUR ZWEITEN FRAGE NACH DER KOMPETENZVERTEILUNG BEI BETEILIGUNGEN DES KANTONS BASEL-STADT

64 **Die Frage lautet:** Wer übt die Oberaufsicht und die Aufsicht über die Beteiligungen des Kantons Basel-Stadt aus, wo ist die Finanzaufsicht anzusiedeln und was beinhaltet sie?

### 1. Allgemeines zu den Beteiligungen

65 In jüngerer Zeit wurden auch im Kanton Basel-Stadt **vermehrt Aufgaben aus der Zentralverwaltung ausgegliedert** und deren Erfüllung an selbstständige Organisationen übertragen. Gemäss § 4 der Public Corporate Governance-Richtlinien<sup>51</sup> ist für verselbstständigte Einheiten **grundsätzlich die selbstständige öffentlich-rechtliche Anstalt** vorzusehen. Unter **einschränkenden** Voraussetzungen ist auch die **privatrechtliche Aktiengesellschaft** oder eine **andere Organisationsform** möglich. Tatsächlich lassen sich bestimmte Staatsaufgaben besser erfüllen, wenn sie ausgelagert, d.h. Organisationen ausserhalb der Zentralverwaltung übertragen werden, die über eine gewisse Autonomie verfügen. Diese rechtlich selbstständigen Institutionen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts, die ganz oder teilweise im Ei-

<sup>48</sup> In diesem Sinn sind § 11 Abs. 3 letzter Satz und § 15 Abs. 3 erster Satz FVKG systemwidrig.

<sup>49</sup> Bericht der GPK.

<sup>50</sup> § 14 Abs. 1 Bst. c FKG.

<sup>51</sup> Des Regierungsrats des Kantons Basel-Stadt, dritte überarbeitete Version vom 27. April 2015, § 4 S. 20 (im Folgenden PCG-Richtlinien); so auch Beteiligungsstrategie des Kantons Basel-Stadt (im Folgenden: Beteiligungsstrategie), S. 5.

gentum des Kantons stehen, nennt man **Beteiligungen**, unabhängig davon, ob sie im Verwaltungs- oder im Finanzvermögen geführt werden.<sup>52</sup>

- 66 Es gibt verschiedene **Gründe** für eine solche Auslagerung. Im Vordergrund stehen die Wirtschaftlichkeit und Wirksamkeit der Aufgabenerfüllung.<sup>53</sup> Geht es um wirtschaftliche Tätigkeiten des Staates, die in Konkurrenz zu privaten Unternehmungen ausgeübt werden, so sind effiziente, flexible Strukturen und eine unternehmerische Führung erforderlich, die sich im Rahmen der Zentralverwaltung nicht realisieren lassen. Die Auslagerung erleichtert auch die Zusammenarbeit mit privaten Organisationen und verkürzt die Entscheidungswege. Eine Rolle kann ferner spielen, dass die politische Einflussnahme reduziert wird, um die Glaubwürdigkeit und Neutralität der mit der Aufgabenerfüllung betrauten Institution zu stärken.<sup>54</sup> Die Dezentralisierung kann zudem die Professionalisierung der obersten Leitungs- und Verwaltungsorgane der Beteiligungen fördern.<sup>55</sup>
- 67 Der Kanton nimmt bei einer Auslagerung in Kauf, dass dadurch **demokratische und rechtsstaatliche Defizite** entstehen und ein **gewisser Kontrollverlust** oder zusätzliche Kontrollkosten anfallen können.<sup>56</sup>
- 68 Vor- und Nachteile der Ausgliederung sowie der erforderliche Umfang der Kontrolle müssen daher im Einzelfall abgewogen werden.
- 69 Soweit es sich um Auslagerungen in öffentlich-rechtliche **Anstalten** handelt, unterstehen sie dem **kantonalen öffentlichen Recht**. Sie sind in einem **Gesetz im formellen Sinn** zu regeln. Soweit kantonale Aufgaben in **privatrechtliche Aktiengesellschaften** ausgelagert werden, ist vorab das **Bundesrecht**, d.h. das Obligationenrecht, anwendbar.
- 70 Der Kanton Basel-Stadt hat seine Beteiligungen<sup>57</sup> und deren Rechtsform<sup>58</sup> im Jahresbericht 2013 **aufgelistet**. Im Verwaltungsvermögen fallen von ihrer Bedeutung her vor allem die vom Kanton beherrschten selbstständigen öffentlich-rechtlichen Anstalten, wie die Basler Verkehrs-Betriebe, die verschiedenen Spitäler, die Industriellen Werke sowie die Basler Kantonalbank, ins Gewicht. Hinzu kommen gemeinschaftliche Beteiligungen, insbesondere mit dem Kanton Basel-Landschaft, wie die als öffentlich-rechtliche Anstalt ausgebildete BVG- und Stiftungsaufsicht, die Universität, die Motorfahrzeugprüfstation beider Basel oder die interkantonalen Beteiligungen an der Strafanstalt Bostadel, der Polizeischule Hitzkirch oder auch die Beteiligungen an der Fachhochschule Nordwestschweiz und an den Schweizerischen Rheinhäfen. Der Kanton Basel-Stadt besitzt im Verwaltungsvermögen zudem einige Minderheitsbeteili-

---

52 PCG-Richtlinien, S. 4.

53 Vgl. Beteiligungsstrategie, S. 1.

54 Vgl. Beteiligungsstrategie, S. 2; Müller/Vogel, S. 658 ff.

55 Jahresbericht 2013 des Kantons Basel-Stadt, S. 443.

56 Vgl. Beteiligungsstrategie, S. 2.

57 Jahresbericht 2013, Beteiligungsspiegel, S. 444.

58 Jahresbericht 2013, Rechtsform und öffentliche Aufgabe der Beteiligungen, S. 447.

gungen an Aktiengesellschaften wie an der MCH Group AG, der Schweizer Rheinsalinen AG und anderen. Im Finanzvermögen befinden sich vor allem Beteiligungen an Aktiengesellschaften, so zu 100 % an der Basler Personenschiffahrtsgesellschaft AG und an der TechnologiePark Basel AG.

71 Mit dem Erlass der Public Corporate Governance-Richtlinien, der Formulierung einer Beteiligungsstrategie und – daraus abgeleitet – der Eignerstrategien für die verschiedenen selbstständigen öffentlich-rechtlichen Anstalten hat der Regierungsrat ein **kohärentes Gesamtsystem** für ein wirksames Beteiligungsmanagement geschaffen. Dieses entspricht in wesentlichen Teilen dem „4-Kreise-Modell“, welches der Bundesrat für vergleichbare Fragestellungen auf eidgenössischer Ebene entwickelt hat und wie es die Finanzkommission des Kantons Basel-Stadt gefordert hat<sup>59</sup>. Die entsprechenden Grundsätze hat er in einem Corporate-Governance-Bericht festgehalten.<sup>60</sup>

## 2. Allgemeines zur Aufsicht bei Beteiligungen

72 Die Übertragung von öffentlichen Aufgaben auf Organisationen ausserhalb der Zentralverwaltung ändert nichts daran, dass der **Kanton** für deren Erfüllung **mitverantwortlich** bleibt. Deshalb muss er bei jeder Form der Auslagerung von Aufgaben deren Träger beaufsichtigen.<sup>61</sup> Es versteht sich deshalb, dass auch diese verselbstständigten Träger von öffentlichen Aufgaben sowohl der **Oberaufsicht** durch den Grossen Rat als auch der **Aufsicht** durch den Regierungsrat unterliegen. Sie bewegen sich nicht in einem (ober-)aufsichtsfreien Raum.

73 Die Ziele der Auslagerung von Kantonsaufgaben lassen sich nur erreichen, wenn die verselbstständigten Einheiten über ausreichende **Autonomie**, d.h. Entscheidungs- und Handlungsspielräume, verfügen. Der Grad und die Ausgestaltung dieser Autonomie sind je nach dem Zweck, der mit der Dezentralisierung verfolgt wird, unterschiedlich.<sup>62</sup> Auch der Umfang der staatlichen Kontrolle bemisst sich am Autonomiegrad, welcher dem verselbstständigten Aufgabenträger eingeräumt wurde und dieser bemisst sich an den Gründen, welche die Auslagerung rechtfertigen.

74 So muss der Kanton seine Aufsichtsbefugnisse **zurückhaltend** ausüben, wenn die Organisationen ausserhalb der Zentralverwaltung möglichst **flexibel, unternehmerisch und unabhängig** von politischen Einflüssen sein sollen.

75 Je mehr der Kanton die Tätigkeit der verselbstständigten Träger kontrolliert, desto geringer sind deren Handlungs- und Entscheidungsspielräume. Ist die **Kontrolle** ebenso **engmaschig** wie in der Verwaltung, kann sich die Frage nach dem **Sinn der Ausgliederung** stellen.

---

<sup>59</sup> Bericht der Finanzkommission vom 24. Juni 2003 zum Finanzkontrollgesetz, S. 8.

<sup>60</sup> Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., S. 287; Bericht des Bundesrats zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben (Corporate-Governance-Bericht) vom 13. September 2006, BBl 2006, S. 824 ff. (im Folgenden: Corporate-Governance-Bericht).

<sup>61</sup> Müller/Vogel, S. 658 ff.

<sup>62</sup> Müller/Vogel, S. 658 ff.

76 Der Umfang der Autonomie von Trägern ausgelagerter Kantonsaufgaben wird also u.a. auch durch die Art und Intensität der Kontrolle bestimmt. Sie lässt sich deshalb kaum generell regeln, sondern wird in der für die betreffenden Träger massgebenden Gesetzgebung umschrieben. Diese Regelung soll auch in die konkrete Kontrolltätigkeit der verschiedenen Behörden einfließen.

77 Die **wesentlichen Elemente des Aufsichtsregimes** (und damit einhergehend der Grad der Autonomie) sollen in einem **Gesetz im formellen Sinn** geregelt sein.<sup>63</sup>

### 3. Kompetenzen der parlamentarischen Oberaufsicht

78 Wie ausgeführt<sup>64</sup> hat die Oberaufsicht des Grossen Rates den gleichen Bereich wie die Aufsicht des Regierungsrates und ist mit ihr deckungsgleich oder kongruent. Die Oberaufsicht geht deshalb weder weiter noch weniger weit als die Aufsicht. Sie ist aber distanzierter und weniger intensiv und hat nur politische Wirkungen.<sup>65</sup>

79 Führt deshalb die Ausgliederung einer Verwaltungseinheit aufgrund der spezialgesetzlichen Einräumung von Autonomie an eine öffentlich-rechtliche Anstalt zu einer **Reduktion der regierungsrätlichen Aufsicht**, so hat dies zur Folge, dass auch die **Oberaufsicht entsprechend eingeschränkt** wird.<sup>66</sup>

80 Dabei soll der Grosse Rat im Sinne der Gewaltenteilung nicht direkt in die Leitung der ausgegliederten Anstalt eingreifen. Er soll vielmehr **sicherstellen, dass der Regierungsrat seine Leitungs- und Aufsichtsfunktion** im Einklang mit den Verfassungs- und Gesetzesvorgaben **erfüllt**.<sup>67</sup>

81 Die parlamentarischen Oberaufsichtskommissionen wenden sich für Bemerkungen und Anfragen deshalb nicht direkt an die Anstalt, sondern an den **Regierungsrat**.<sup>68</sup>

82 Es entspricht teilweise einem Bedürfnis von **Parlamenten**, selber Mitglieder von Führungs- und Leitungsgremien in wichtige Beteiligungen zu **wählen**. Dies entspricht zwar nicht den PCG-Richtlinien, ist aber im Lichte der Gewaltentrennung **vertretbar**.<sup>69</sup>

---

63 Isabelle Häner, in Fachhandbuch Verwaltungsrecht, N. 28.59; vorne Rz. 69.

64 Vorne Rz. 35 und 61.

65 Vorne Rz. 36.

66 Müller/Vogel, S. 658 ff.

67 PCG-Richtlinien, S. 12 f.

68 Verschiedene Eignerstrategien des Regierungsrats des Kantons Basel-Stadt betreffend öffentlich-rechtliche Anstalten, Ziffern 4.1 bzw. 4.2.

69 PCG-Richtlinien, S. 12 und § 6 und 7; Jahresbericht 2013, S. 443; vgl. aber § 85 des Gesetzes über die Geschäftsordnung des Grossen Rats (GO) vom 29. Juni 2006 (GS 152.100), wonach der Grosse Rat die Mitglieder bzw. Präsiden u.a. in den Bankrat der Kantonalbank sowie in die Verwaltungsräte der Industriellen Werke und der Basler Verkehrsbetriebe wählt. Vgl. zudem den Bericht der Finanzkommission zum Ratschlag betreffend Totalrevision des Gesetzes über die Basler Kantonalbank vom 23. September 2015 (S. 3), wonach der Grosse Rat die Mitglieder des Bankrats auf Antrag des Regierungsrats weiterhin wählen soll.

83 Der Grosse Rat hat vereinzelt auch aus seinen Reihen **Mitglieder** in die strategischen Führungsorgane von ausgelagerten Aufgabenträgern **gewählt**. Dies ist **problematisch**, weil sich die entsprechenden Parlamentarier der Aufsicht durch den Regierungsrat unterstellen und gleichzeitig Mitglieder der Oberaufsichtsbehörde sind.<sup>70</sup>

84 Wie weit die Oberaufsicht bei **privatrechtlich organisierten Unternehmen** mit staatlicher Beteiligung geht, ist in der Lehre kontrovers. Die einen wollen diese auf die Prüfung der Frage beschränken, ob die Regierung die **Eignerinteressen** adäquat wahrnimmt, also insbesondere, ob die Regierung die strategischen Ziele richtig gesetzt hat. Andere bejahen die Oberaufsicht über die **Aufgabenwahrnehmung** als solche. Müller/Vogel<sup>71</sup> sprechen sich für eine differenzierte Lösung aus, die die Art der Aufgabe und die gewährte Autonomie berücksichtigt. Sofern der Grosse Rat einer ausgegliederten Einheit erhebliche Autonomie einräumt, sollte das Eignermodell im Vordergrund stehen.

#### 4. Aufsichtskompetenzen des Regierungsrats

85 In der Kompetenz der Regierung liegt gemäss § 108 KV ausdrücklich die **Aufsicht über verselbstständigte Träger von Verwaltungsaufgaben**. Dieser Grundsatz gilt allgemein in der Schweiz.<sup>72</sup>

86 Die Aufsicht stellt einen Teilbereich der Aufgaben des Regierungsrates als leitende und oberste vollziehende Behörde des Kantons dar.<sup>73</sup> Sie umfasst einerseits das **Recht und die Pflicht, die Aufgabenerfüllung** durch die ausgegliederten Träger von Verwaltungsaufgaben zu **prüfen**. Dazu gehört auch die jährliche **Risikobeurteilung** gemäss § 22 des Finanzhaushaltgesetzes<sup>74</sup>, die sinngemäss auch bei verselbstständigten Trägern erfolgen soll.<sup>75</sup> Andererseits umfasst die regierungsrätliche Aufsicht auch ein prospektives Element: Im Rahmen eines **Beteiligungsmanagements** müssen auch die mit den Beteiligungen angestrebten **strategischen Ziele** und das **Vorgehen** festgelegt werden.<sup>76</sup> Der Kanton Basel-Stadt hat entsprechend für die ausgegliederten Träger öffentlicher Aufgaben **Eignerstrategien** erarbeitet.<sup>77</sup> Er hat regelmässig zu prüfen, ob diese Vorgaben **eingehalten** werden.

<sup>70</sup> So auch § 6 (S. 23) der PCG-Richtlinien; im neuen Kantonalbankgesetz (vgl. Fn 69) S. 3 sollen weder Mitglieder des Grossen Rats noch des Regierungsrats wählbar sein.

<sup>71</sup> Müller/Vogel, S. 660 f.

<sup>72</sup> Giovanni Biaggini, in Fachhandbuch Verwaltungsrecht, 2015, N. 19.13.

<sup>73</sup> Kantonsverfassung, § 101.

<sup>74</sup> Gesetz über den kantonalen Finanzhaushalt (Finanzhaushaltgesetz) vom 14. März 2012 (GS 610.100); der Regierungsrat hat ein Konzept zur Risikoanalyse von Beteiligungen aus Sicht des Eigners beschlossen: vgl. Jahresbericht 2013, S. 442.

<sup>75</sup> So ist z.B. gemäss den dem Gutachter zur Verfügung gestellten Eignerstrategien ein angemessenes und systematisches Risikomanagement zu betreiben (Ziffer 3.6), und es ist durch den Verwaltungsrat zuhanden der Eigentümervertretung eine Risikobeurteilung durchzuführen, sobald die erforderliche Eigenkapitalquote unterschritten wird (Ziffer 3.3 oder 3.2).

<sup>76</sup> Vgl. § 104 Abs. 1 Kantonsverfassung.

<sup>77</sup> Dem Gutachter wurden die Eignerstrategien mit den je spezifischen Zielen für die Basler Verkehrs-Betriebe, die Universitären Psychiatrischen Kliniken Basel, das Universitätsspital Basel, das Felix Platter-Spital sowie das Universitäts-Kinderspital beider Basel zugestellt.

- 87 Wie weit die Aufsichtsfunktion des Regierungsrats gegenüber verselbstständigten Verwaltungsträgern geht, hängt namentlich davon ab, wie gross der durch das Gesetz gewährte **Umfang der Autonomie** ist. Dieser sollte auf die spezifische, übertragene Aufgabe zugeschnitten sein. In Frage kommende Bereiche der Autonomie sind die Organisation, die Betriebsführung und die Aufgabenerfüllung an sich.<sup>78</sup> Der Umfang der Autonomie kann in diesen Bereichen jeweils unterschiedlich geregelt sein.
- 88 Da der Regierungsrat die Aufsicht über Beteiligungen ausübt, ist es **nicht unproblematisch**, wenn seine **Mitglieder** in den obersten Führungsorganen dieser ausgelagerten Betriebe **Einsatz nehmen**, weil sie sich in diesem Fall selber beaufsichtigen müssen.
- 89 Bei **privatrechtlichen Unternehmen**, an denen der Kanton beteiligt ist, bestehen regelmässig keine kantonalen Spezialgesetze, denen der Umfang der Autonomie und damit auch der staatlichen Aufsicht entnommen werden kann. Gleichwohl unterstehen auch privatrechtlich organisierte Aufgabenträger der Aufsicht der Regierung, wenn und **soweit sie öffentliche Aufgaben erfüllen**. In einem solchen Fall muss sich die Ausgestaltung der Aufsicht indessen den Vorschriften des **Aktienrechts** anpassen.
- 90 Bei **Aktiengesellschaften** wird die Aufsicht in erster Linie durch die Generalversammlung, den Verwaltungsrat und die externe Revisionsstelle wahrgenommen. Bei Fehlentwicklungen sind Massnahmen in erster Linie über die Gesellschaftsorgane in die Wege zu leiten.<sup>79</sup> Der Kanton darf grundsätzlich nicht mittels öffentlich-rechtlicher Vorschriften die Umsetzung des Bundeszivilrechts in Frage stellen. Wenn eine Unternehmung in privatrechtlicher Form konzipiert ist, muss sich die Aufsicht (und damit auch die Oberaufsicht) grundsätzlich an den Spielregeln des Obligationenrechts orientieren. In diesem Zusammenhang zu beachten ist namentlich auch das aktienrechtliche Gleichbehandlungsgebot (Art. 706 Abs. 1 Ziff. 3, Art. 717 Abs. 2 OR). Ob eine punktuelle Abweichung von diesem Gebot zugunsten des Staates als Aktionär zulässig ist, dürfte dann bejaht werden, wenn diese auch im Interesse der Unternehmung selbst liegt. Weitergehende Informationsrechte des Staates könnten allenfalls auch durch das Einverständnis der übrigen Aktionäre gesichert werden.<sup>80</sup> Sie müssten jedenfalls auch dem Gebot der Verhältnismässigkeit entsprechen. Böckli/Bühler<sup>81</sup> sehen bei nicht börsenkotierten Unternehmen zusätzliche aktuelle Auskünfte an bestimmte (Gross-)Aktionäre zwischen den Generalversammlungen als möglich an, wenn sich der Verwaltungsrat von sachgerechten Kriterien leiten lässt. Diese Voraussetzung erachten sie als gegeben, wenn kumulativ „das Interesse der Gesellschaft es verlangt und die Anforderung des sachlichen Grundes, der Erforderlichkeit und des Übermassverbots eingehalten werden und keine ungerechtfertigte Begünstigung oder Benachteiligung einer Gruppe vorliegt. Entscheidend ist dabei, dass das Interesse

---

78 Isabelle Häner, in Fachhandbuch Verwaltungsrecht, 2015, N. 28.53.

79 Isabelle Häner, in Fachhandbuch Verwaltungsrecht, 2015, N. 28.61.

80 Georg Müller/Stefan Vogel, S. 663.

81 Peter Böckli/Christoph B. Bühler, Vorabinformationen an Grossaktionäre: Möglichkeiten und Grenzen nach Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, SZW 2005, S. 109.

der *Gesellschaft* der bestimmende rechtliche Richtpunkt ist, nicht das partikuläre Interesse einer bedeutenden Aktionärsgruppe als solchen“.

91 Zumindest bei jenen Unternehmen, die **Dienstleistungen am Markt** erbringen, ist eine hohe Autonomie und damit eine massgebliche Beschränkung der Aufsicht angezeigt. Die Aufsicht des Regierungsrats sollte sich in der Regel auf die **Eignerinteressen des Kantons** beschränken.<sup>82</sup> Dazu gehört namentlich die Setzung strategischer Ziele. Die Aufsicht soll grundsätzlich über die Organe der Unternehmung (Generalversammlung, Verwaltungsrat, externe Revisionsstelle) erfolgen. Der Corporate-Governance-Bericht des Bundesrats<sup>83</sup> formuliert dies wie folgt: „Das Aktienrecht bestimmt, welche Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten einem Aktionär und somit auch dem Bundesrat bezüglich privatrechtlicher Aktiengesellschaften zustehen. Gleiches gilt für aktionärsseitige Massnahmen bei Fehlentwicklungen. Die strategischen Ziele des Bundesrates erlangen gegenüber dem Verwaltungsrat einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft **nicht rechtlich, wohl aber faktisch eine verbindliche Wirkung**“. Als Gross- oder Mehrheitsaktionär kann der Kanton wie ausgeführt auch zwischen den Generalversammlungen in einem beschränkten Rahmen Informationen einholen. Die **Grenzen des Bundeszivilrechts (Aktienrecht** und allenfalls Kapitalmarktrecht) sind aber zu **respektieren**.

92 Zurückhaltung gegenüber wirtschaftlich tätigen Unternehmen ist auch geboten im Hinblick auf den in der Bundesverfassung verankerten Grundsatz der Staatsfreiheit der Wirtschaft.<sup>84</sup> Dieser verlangt unter anderem, dass staatliche Aufsicht nicht darauf hinausläuft, dass der Staat via die inhaltliche Kontrolle unternehmerischer Entscheidungen (oder als Folge anderer Formen der Einmischung) unternehmerische Verantwortung (mit-)übernimmt.<sup>85</sup>

## 5. Finanzaufsicht durch die Finanzkontrolle

93 Die Auflistung der Aufsichtsbereiche in **§ 3 Abs. 1 FVKG**<sup>86</sup> bietet bezüglich der Buchstaben **a** (Rechnungswesen Grosser Rat), **b** (Verwaltung) und **c** (Verwaltung Rechtspflege) keine besonderen Schwierigkeiten. Die Finanzaufsicht ist in diesen Bereichen umfassend, so wie sie bei der Beantwortung der **ersten Frage umschrieben** worden ist.

94 Den Aufsichtsbereichen gemäss **§ 3 Buchstabe d** (Anstalten), **e** (Organisationen und Personen, denen der Kanton öffentliche Aufgaben überträgt), **f** (Organisationen und Personen, die Finanzhilfe empfangen) und **g** (Unternehmungen, an deren Kapital der Kanton mit mehr als 50 % beteiligt ist) ist gemeinsam,

<sup>82</sup> Vgl. vorne Rz. 84.

<sup>83</sup> Corporate-Governance Bericht vom 13. September 2006, S. 8288.

<sup>84</sup> Art. 27 i.V. mit Art. 94 BV.

<sup>85</sup> Giovanni Biaggini in Handbuch Verwaltungsrecht, N. 19.129.

<sup>86</sup> Vorne Rz. 53.

dass nach § 3 Abs. 3 FVKG die **Finanzkontrolle** die Finanzaufsicht **auch dann** ausübt, **wenn nach Gesetz oder Statuten eine eigene Revisionsstelle eingerichtet** ist.

- 95 Der Finanzkontrolle unterliegen gemäss § 3 Abs. 1 **Buchstabe d** FVKG **zunächst** die selbstständigen und unselbstständigen **öffentlich-rechtlichen Anstalten**. Sofern die Anstalt keine eigene Revisionsstelle eingerichtet hat, ist die Aufsicht der Finanzkontrolle gleich wie in der Zentralverwaltung.
- 96 Die **grossen selbstständigen Anstalten** des Kantons weisen eine **eigene Revisionsstelle** auf<sup>87</sup>. Sämtliche der dem Gutachter zur Verfügung gestellten Eignerstrategien sehen vor, dass diese vom Regierungsrat für insgesamt maximal acht Jahre gewählt wird, wobei dem Verwaltungsrat ein Vorschlagsrecht – und der Finanzkontrolle ein Anhörungsrecht<sup>88</sup> – zukommt. Die **externe Revisionsstelle prüft**, ob die Jahresrechnung der Anstalt den gesetzlichen Vorschriften und dem gewählten Rechnungslegungsstandard entspricht, sie prüft den Antrag des Verwaltungsrats über die Verwendung des Bilanzgewinns, kontrolliert die Existenz des IKS und nimmt ihre Anzeigepflichten wahr.
- 97 Bei dieser Sachlage können einerseits **Abgrenzungsprobleme** entstehen mit der **externen Revisionsstelle** und andererseits mit der **Fachaufsicht durch die Departemente**. Das FVKG bestimmt dazu, die **Finanzkontrolle** habe ihre Tätigkeit mit anderen Organen, die Prüfungen wahrnehmen, zu **koordinieren**. Wie diese Abgrenzungsprobleme gelöst werden können, prüft der Gutachter bei der Beantwortung der **vierten Frage** nach den Überschneidungen und Lücken.
- 98 Ähnlich verhält es sich bezüglich der **Buchstaben e und f** von § 3 Abs. 1 FVKG (**Organisationen** und Personen ausserhalb der kantonalen Verwaltung, denen der Kanton **öffentliche Aufgaben überträgt** sowie Organisationen und Personen, die kantonale **Leistungen** gestützt auf das Staatsbeitragsgesetz **empfangen**). Auch bei diesen können sich **Abgrenzungsprobleme** ergeben, welche bei der **vierten Frage** zu behandeln sind.
- 99 In Abweichung vom Mustergesetz wurde in § 3 **Buchstabe g** FVKG eine Bestimmung aufgenommen, wonach künftig auch **Unternehmungen**, an deren Stamm-, Grund- oder Aktienkapital der Kanton mit **mehr als 50 %** beteiligt ist, respektive über die Stimmenmehrheit verfügt, der Finanzaufsicht unterliegen. Dieser Zusatz wurde etwas modifiziert von Art. 8 Abs. 1 lit. e des Eidgenössischen Finanzkontrollgesetzes<sup>89</sup> übernommen. Zur Begründung wies die Finanzkommission darauf hin, dass diese Gesellschaften einen Service Public erbringen und der Kanton massgebliche finanzielle Risiken mitträgt. Das Parlament solle die Möglichkeit erhalten, bei Sonderereignissen durch die Finanzkontrolle Prüfungen durchführen zu lassen. Diese Möglichkeit soll nach Auffassung der Finanzkommission in die Statuten der jeweiligen Un-

---

<sup>87</sup> Ziffer 3.6 der Eignerstrategien; auch zum Folgenden.

<sup>88</sup> § 3 Abs. 3 FVKG, § 14 Abs. 3 FVKG.

<sup>89</sup> Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzkontrolle (Finanzkontrollgesetz, FKG) vom 28. Juni 1967 (SR 614.0).

ternehmen aufgenommen werden. Damit es zu keiner Vorzugsbehandlung des Kantons als Aktionär kommt, sollen alle Aktionäre den Bericht der Finanzkontrolle einsehen können.<sup>90</sup>

- 100 Vor dem Hintergrund der Ausführungen in Rz. 89 ff. besteht nach Auffassung des Gutachters **kein Raum, dass die Finanzkontrolle in einer solchen Unternehmung eigene Revisionen durchführen** kann. Sie kann aber im Auftrag der Regierung, einer parlamentarischen Kommission oder auch selbstständig zuhanden der Staatsvertreter prüfen, ob die privatrechtlichen Revisionen korrekt durchgeführt wurden, und sie kann bei der Auswahl der Revisionsstelle mitwirken.<sup>91</sup> Und es kann in gravierenden Situationen das aktienrechtliche Instrument der Sonderprüfung<sup>92</sup> eingesetzt werden. Sollte diese eingeschränkte Möglichkeit der Aufsicht nicht ausreichen, müsste geprüft werden, ob diese Aufgabe nicht in einem öffentlich-rechtlichen Rahmen (mit verstärkter Aufsicht) wahrgenommen werden sollte. Allenfalls könnte auch die Schaffung einer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft als Mittelweg in Betracht fallen.<sup>93</sup> Diese Optionen sind wesentlich vielversprechender, als zu versuchen, das Bundeszivilrecht in nicht systemkonformer Weise anzupassen. Letzteres ist politisch und auch rechtlich heikel, denn das Bundeszivilrecht geht kantonalem öffentlichem Recht vor.<sup>94</sup> Im Kanton Basel-Stadt ist diese **heikle Rechtslage faktisch von geringer Relevanz**, da nur wenige Aktiengesellschaften mit einer Mehrheitsbeteiligung des Kantons bestehen.

C. ZUR DRITTEN FRAGE NACH DEM ZUSAMMENSPIEL ZWISCHEN DER PARLAMENTARISCHEN OBERAUFSICHT, DER AUFSICHT DES REGIERUNGSRATS UND DER FINANZKONTROLLE

- 101 **Die Frage lautet:** Wie ist das Zusammenspiel zwischen der parlamentarischen Obergeraufsicht, der Aufsicht des Regierungsrates und der Finanzkontrolle geregelt?
- 102 Das **Zusammenspiel** zwischen Parlament (Oberaufsicht), Regierungsrat (Aufsicht) und Finanzkontrolle (Finanzaufsicht) ist **im Finanz- und Verwaltungskontrollgesetz (FVKG) im Detail geregelt**. Basis dieser Zusammenarbeit ist der Grundsatz, dass die Finanzkontrolle mit den der Finanzaufsicht unterstellten Stellen, den Aufsichtskommissionen des Parlaments (Finanzkommission und Geschäftsprüfungskommission) sowie dem Regierungsrat direkt verkehrt.<sup>95</sup>

---

<sup>90</sup> Bericht der Finanzkommission, a.a.O., S. 20 ff.

<sup>91</sup> § 3 Abs. 3 FVKG.

<sup>92</sup> Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR; SR 220), Art. 697a f.

<sup>93</sup> Vgl. Müller/Vogel, a.a.O., S. 661; was allerdings mit Blick auf § 4 der PCG-Richtlinien problematisch wäre.

<sup>94</sup> Bundesverfassung, Art. 49 Abs. 1.

<sup>95</sup> § 11 FVKG.

- 103 Die Finanzkontrolle hat demnach die Befugnis, den Dienstweg im Normalfall nicht beachten zu müssen. Dies bedeutet eine wesentliche Beschleunigung der Abläufe und eine Erhöhung der Wirksamkeit ihrer Finanzaufsicht.
- 104 Die Finanzkontrolle teilt die Ergebnisse ihrer Prüfung der geprüften Stelle in schriftlicher Form mit und fordert sie zur Stellungnahme auf. Bei Feststellung wesentlicher Mängel werden auch das betroffene Departement, das Finanzdepartement, das Appellationsgericht (soweit die Verwaltung der Rechtspflege betroffen ist) sowie die operative Gesamtleitung der betroffenen Anstalt orientiert.<sup>96</sup> Erscheint der Finanzkontrolle ein sofortiges Handeln angezeigt, wird zusätzlich auch die Finanzkommission informiert.<sup>97</sup> Bei wesentlichen Mängeln setzt die Finanzkontrolle der geprüften Stelle eine Frist von 30 Tagen, damit diese auf dem Dienstweg schriftlich dazu Stellung nehmen und Auskunft über die getroffenen oder eingeleiteten Massnahmen erteilen kann.<sup>98</sup> Wird der festgestellte wesentliche Mangel durch die geprüfte Stelle nicht behoben, werden keine Massnahmen zu seiner Behebung eingeleitet oder wird innerhalb der gesetzten Frist kein Bericht erstattet, entscheidet der Regierungsrat (oder gegebenenfalls das Appellationsgericht) auf Antrag der Finanzkontrolle über die notwendigen Massnahmen.<sup>99</sup> Die Finanzkommission des Grossen Rats wird über den Entscheid des Regierungsrats oder gegebenenfalls des Appellationsgerichts orientiert.<sup>100</sup>
- 105 Mit diesem Ablauf ist sichergestellt, dass die zuständige Aufsichtsbehörde innert nützlicher Frist über die Differenz zwischen der Finanzkontrolle einerseits und der geprüften Stelle/dem zuständigen Departement andererseits verbindlich entscheiden kann. Mit der Zustellung des Entscheids an die Finanzkommission wird zudem das Parlament in die Lage versetzt, seiner Oberaufsichtsfunktion gerecht zu werden. Es kann sich, sofern es die Entscheidung der Aufsichtsbehörde als nicht sachgerecht erachtet, seinerseits der Sache annehmen, den Entscheid der Aufsichtsbehörde allerdings nicht abändern.
- 106 Die Aufsichtskommissionen des Grossen Rates, der Regierungsrat, die Departemente, das Appellationsgericht und die selbstständigen öffentlich-rechtlichen Anstalten können der Finanzkontrolle besondere Prüfungsaufträge erteilen und sie als beratendes Organ in Fragen der Finanzaufsicht beiziehen<sup>101</sup>.
- 107 Mit dem Instrument des besonderen Prüfungsauftrags werden sowohl die Oberaufsicht als auch die Aufsichtsbehörden in die Lage versetzt, vermutete Schwachstellen, unklare Situationen oder Grundsatzfragen durch die Finanzkontrolle abklären zu lassen und damit ihren (Ober-)Aufsichtspflichten nachzukommen. Das spezifische Fachwissen der Finanzkontrolle kann damit im Interesse einer wirksamen

---

96 § 16 Abs. 1 FVKG.

97 Vgl. 16 Abs. 3 FVKG.

98 § 17 FVKG

99 Vgl. Rz. 48 und 100.

100 § 18 FVKG.

101 § 15 Abs. 1 und 2 FVKG.

(Ober-)Aufsicht gezielt nutzbar gemacht werden. Mit dem jährlichen Tätigkeitsbericht der Finanzkontrolle gemäss § 19 FVKG wird den Oberaufsichts- und den Aufsichtsbehörden ein Überblick über den Umfang und die Schwerpunkte der Prüftätigkeit sowie über wichtige Feststellungen und Beurteilungen ermöglicht.

108 Die der Aufsicht der Finanzkontrolle unterstehenden Stellen sind verpflichtet, das Finanzaufsichtsorgan in seiner Aufgabe zu unterstützen, die notwendigen Unterlagen vorzulegen und die erforderlichen Auskünfte zu erteilen. Zudem sind Mängel von grundsätzlicher und wesentlicher finanzieller Bedeutung auf dem Dienstweg unverzüglich der Finanzkontrolle zu melden<sup>102</sup>.

109 Diese Mitwirkungs- und Anzeigepflicht ist für die Wirksamkeit der Finanzaufsicht von grosser Bedeutung.

110 **Das Zusammenspiel zwischen den in der Finanzaufsicht involvierten Stellen (Finanzkontrolle / geprüfte Stelle / zuständiges Departement / Regierungsrat und Appellationsgericht / Finanzkommission und Geschäftsprüfungskommission) ist im Finanz- und Verwaltungskontrollgesetz (FVKG) auf zweckmässige Art und Weise geregelt. Werden diese „Spielregeln“ von allen Akteuren konsequent eingehalten, ist sichergestellt, dass die Finanzaufsicht im Kanton Basel-Stadt von den verschiedenen Behörden, im Einklang mit ihren unterschiedlichen Funktionen, stufengerecht und wirksam wahrgenommen werden kann.**

#### D. ZUR VIERTEN FRAGE NACH ALLFÄLLIGEN KOMPETENZÜBERLAGERUNGEN ODER LÜCKEN

111 **Die Frage lautet:** In welchen Bereichen überlagern sich die Kompetenzen der einzelnen Beteiligten oder gibt es Lücken (samt Lösungsvorschlägen)?

##### 1. Allgemeines

112 Es gibt Bereiche, in denen sich die **Kompetenzen überlagern**. Die wichtigsten werden im Folgenden behandelt. Die Abgrenzung von Oberaufsicht, Aufsicht und Finanzaufsicht ist aber in keinem Fall ein mathematisch exakter Vorgang. Stets sind die Grundsätze anwendbar, wie sie vorangehend beschrieben sind. Insbesondere sind die im FVKG festgelegten Verfahren und Zuständigkeiten konsequent einzuhalten.

113 Theoretisch gibt es im Kanton Basel-Stadt keine **Kontrolllücken** im Bereich der Finanzaufsicht. Es wird allerdings niemals möglich sein, bei einer kantonalen Verwaltung in der Grösse von Basel-Stadt mitsamt all ihren verselbstständigten Trägern von Kantonsaufgaben eine lückenlose Finanzaufsicht sicherzustellen. Es wird, auch unter dem Titel der Verhältnismässigkeit staatlichen Handelns, immer darum gehen, **Risikoeinschätzungen** vorzunehmen und schwerpunktmässig dort zu prüfen, wo namhafte finanzielle

---

<sup>102</sup> § 23 und 24 FVKG.

Risiken bestehen oder wo in der Vergangenheit Schwachstellen zutage getreten sind. Dieser Grundsatz der Risikoabwägung ist auch bei Revisionsstellen, die in der Privatwirtschaft arbeiten, eine Fragestellung, die für die gesamte Revisionstätigkeit wegleitend ist. Die hohe Kunst einer Revisionsstelle, ob sie nun im öffentlichen oder privaten Bereich arbeitet, ist es, diese zentrale Frage immer wieder aufzuwerfen und auf eine professionelle Art und Weise immer wieder zu beantworten.

## 2. Finanzkontrolle und externe Revisionsstelle

- 114 Bei der **Zusammenarbeit der Finanzkontrolle mit anderen Revisionsstellen** besteht eine **Kompetenzüberlagerung**. § 3 Abs. 3 FVKG legt fest, dass die Finanzkontrolle auch dort die Finanzaufsicht ausübt, wo nach Gesetz oder Statuten eine eigene Revisionsstelle eingerichtet ist. Dies ist in der Regel bei selbstständigen öffentlich-rechtlichen **Anstalten**, aber auch bei anderen **Organisationen** und Personen, **die öffentliche Aufgaben wahrnehmen** sowie im **Subventionsbereich** der Fall. Die **externe Revisionsstelle** führt in diesem Fall die ordentliche **Revision** durch.<sup>103</sup> Sie ist also primär verantwortlich. Das FVKG bestimmt dazu, die Finanzkontrolle habe ihre Tätigkeit mit andern Organen, die Prüfungen wahrnehmen, zu **koordinieren**.<sup>104</sup> Die Finanzkontrolle ist von Gesetzes wegen bei der **Vergabe der externen Revisionsmandate**, bei der **Vorlage der Prüfungsergebnisse** der Revisionsstelle und bei der **Schlussbesprechung** beizuziehen.<sup>105</sup>
- 115 **Grundlegend** ist dabei, dass der Finanzkontrolle aus Gründen der Verhältnismässigkeit und zur Vermeidung von Doppelspurigkeiten (Wirtschaftlichkeit) **nicht noch einmal die gleiche Aufgabe** zukommen kann, wie der externen Revision. Es fällt denn auch auf, dass die Finanzkontrolle in der Eignerstrategie für die Basler Verkehrsbetriebe nicht selbstständig, sondern im Zusammenhang mit der Aufsicht durch den Regierungsrat und der Oberaufsicht durch den Grossen Rat geregelt ist.<sup>106</sup>
- 116 Dies bedeutet, dass die Finanzkontrolle nur, aber immerhin, den Regierungsrat und den Grossen Rat in die Lage versetzen muss, ihre Aufsichts- bzw. Oberaufsichtsfunktion wahrzunehmen. Sie prüft daher, **ob die externe Revision ihre Aufgabe ordnungsgemäss wahrgenommen** hat. Sofern sie dabei auf **Unregelmässigkeiten** stösst, kann die Finanzkontrolle **Nachbesserung verlangen oder ihrerseits zusätzliche Kontrollen durchführen**.
- 117 Die Finanzkontrolle hat kürzlich ein **Konzept** Finanzaufsicht der Finanzkontrolle des Kantons Basel-Stadt<sup>107</sup> erarbeitet, in welchem sie unter anderem ihre Aufgaben bei den Beteiligungen<sup>108</sup> und bei der Finanzaufsicht in Ergänzung zur externen Revisionsstelle<sup>109</sup> darlegt.

---

<sup>103</sup> Vorne Rz. 96.

<sup>104</sup> § 3 Abs. 4 FVKG.

<sup>105</sup> § 3 Abs. 3 FVKG, § 14 Abs. 3 FVKG.

<sup>106</sup> In Ziffer 4.1 und 4.2; dies gilt auch für die andern vergleichbaren Anstalten.

<sup>107</sup> Von der Geschäftsleitung am 23. Oktober 2015 freigegeben.

- 118 In der **Beilage 5** zum Konzept legt sie im Einzelnen dar, wie sie ihre Aufgabe in Ergänzung zur externen Revisionsstelle wahrnehmen will. Insbesondere führt sie in Ziffer 2<sup>110</sup> zu Beilage 5 aus, wie sie bei **Zwischenrevisionen** und bei **Jahresabschlussprüfungen** von externen Revisionsstellen vorgehen will. Diese Ausführungen sind **zweckmässig** und geben dem Gutachter zu keinen Bemerkungen Anlass.
- 119 Auch bei den **Organisationen** und Personen ausserhalb der kantonalen Verwaltung, **denen der Kanton öffentliche Aufgaben überträgt**<sup>111</sup>, sind in gleicher Weise Doppelspurigkeiten mit der externen Revisionsstelle zu vermeiden. Es kommt bei diesen hinzu, dass sich die Prüfung der Finanzkontrolle auf **jene Bereiche** zu konzentrieren hat, die einen **Zusammenhang mit der übertragenen öffentlichen Aufgabe** haben. In Leistungsvereinbarungen können entsprechende Bedingungen und Auflagen aufgenommen werden.<sup>112</sup> Soweit diese Organisationen und Personen auch **anderweitige Tätigkeiten** ausüben, fallen diese **nicht** unter die Finanzaufsicht der Finanzkontrolle.
3. Finanzkontrolle und Fachdepartement
- 120 Bei den **Beteiligungen** besteht eine **Überlagerung der Zuständigkeit** der Finanzkontrolle mit den **Aufgaben der Fachdepartemente**. Gemäss § 8<sup>113</sup> der PCG-Richtlinien bestimmt der Regierungsrat für **jede Beteiligung ein Fachdepartement**, welches die Geschäfte des Regierungsrates vorbereitet, dessen Vorgaben umsetzt und deren Einhaltung kontrolliert. Im Anhang 1 zu den PCG-Richtlinien<sup>114</sup> werden die **umfangreichen Aufgaben des Fachdepartements** im Einzelnen aufgeführt. Dazu gehören u.a. die Durchführung der Risikobeurteilung und die Analyse der Berichterstattung (Grad der Zielerreichung gemäss Eignerstrategie oder Leistungsvereinbarung bzw. Leistungsauftrag). **Dem Fachdepartement obliegt daher die Aufsicht über die Anstalten zuhanden des Regierungsrates.**
- 121 Auch der **Finanzkontrolle** obliegt in einem gewissen Umfang die **Verwaltungskontrolle**, indem sie die Ordnungsmässigkeit, Rechtmässigkeit, Wirtschaftlichkeit, Zweckmässigkeit, Sparsamkeit und Wirksamkeit der Haushaltsführung zu prüfen hat und Evaluationen durchführen kann. Die Formulierungen der Finanzkontrolle in **Ziffer 1 und 3 zu Beilage 5 des Konzepts** gehen denn auch davon aus, dass die Finanzkontrolle ebenfalls verantwortlich für die Prüfung sei, ob alle gesetzlichen oder vertraglichen Bestimmungen und Regelungen zwischen dem Leistungserbringer und dem Leistungsbesteller eingehalten werden.<sup>115</sup> Gleich verhält es sich in **Beilage 4** zum Konzept. Die Finanzkontrolle führt in **Ziffer 2** aus, die

---

108 Beilage 4.

109 Beilage 5.

110 Ziffer 2 Prüfungsgebiet/Gegenstand der Prüfung.

111 § 3 Abs. 1 Bst. e FVKG.

112 Vgl. § 14 Abs. 3 Staatsbeitragsgesetz.

113 S. 24.

114 S. 50.

115 Ziffer 1 Ausgangslage und Ziffer 3 Prüfungsziel.

Finanzaufsicht beinhalte das Beteiligungsreporting an den Regierungsrat und die Berichterstattung an den Grossen Rat. Sie beinhalte auch die Beurteilung der Public Corporate Governance sowie die Einhaltung kantonaler gesetzlicher Bestimmungen (u.a. Personalrecht, Vergaberecht etc.).

- 122 Auch in diesem Zusammenhang sind aus Gründen der Verhältnismässigkeit und Wirtschaftlichkeit **unnötige Doppelspurigkeiten zu vermeiden**. Nach Auffassung des Gutachters spricht vieles dafür, dass die **primäre Kontrollverantwortung beim zuständigen Fachdepartement** liegt. Dieser Schluss ergibt sich namentlich aus den **Funktionszuweisungen in der jeweiligen Spezialgesetzgebung** und aus dem bei den Fachdepartementen vorhandenen **spezifischen Fachwissen**. **Es sind die Fachdepartemente, die sich primär mit den Anstalten auseinandersetzen und dem Regierungsrat zu berichten haben. Aufgabe der Finanzkontrolle ist es demgegenüber zu prüfen, ob das Fachdepartement diese Kontrolle wirksam erfüllt. Sollte dies nicht der Fall sein, kann die Finanzkontrolle beim Fachdepartement Nachbesserung verlangen oder ihrerseits zusätzliche Abklärungen treffen, denn niemand ist befugt, der Finanzkontrolle Kontrollen zu untersagen.**<sup>116</sup>
- 123 So hat **beispielsweise** primär das Fachdepartement gelegentlich zu prüfen, ob bei den Anstalten die Regeln über das **öffentliche Beschaffungswesen** eingehalten werden, indem es bei der betroffenen Anstalt einen entsprechenden Bericht oder Unterlagen verlangt oder selber eine Kontrolle durchführt. Unterlässt es dies nach Auffassung der Finanzkontrolle in unzulässiger Weise, kann sie vom Fachdepartement Nachbesserung verlangen<sup>117</sup> oder – wenn nötig – selber eine Kontrolle durchführen.
- 124 Mit diesem Vorgehen wird insbesondere auch sichergestellt, dass die **politische Wertung** der Leistungen der verselbstständigten Aufgabenträger (Anstalten) durch die hierfür zuständigen Fachdepartemente vorgenommen wird.
- 125 Damit es nicht zu Doppelspurigkeiten oder Kontrolllücken kommt, ist eine **Absprache und Koordination** unabdingbar.<sup>118</sup> Soweit dies nicht gelingt und sich Differenzen bzw. **negative oder positive Kompetenzkonflikte** zwischen den Aufgaben der Fachdepartemente und der Finanzkontrolle ergeben, hat der **Regierungsrat** als Aufsichtsbehörde **zu entscheiden**, denn die Finanzkontrolle kann sich bei den Fachdepartementen nicht direkt mit Weisungen durchsetzen. Der Regierungsrat kann der Finanzkontrolle aber **nicht verbieten, Kontrollen** durchzuführen. Sofern die Differenzen derart grundlegend sind, dass der Bereich der **Oberaufsicht** betroffen ist, kann sich die Finanzkontrolle nach einem negativen Entscheid der Regierung an die Finanz- bzw. Geschäftsprüfungskommission wenden. Allerdings kann es **sinnvoller** sein, solche Differenzen im Rahmen der **Finanzkontroll-Delegation** des Kantons zu besprechen und zu bereinigen.

---

<sup>116</sup> § 2 Abs. 2, 4 und 5 FVKG.

<sup>117</sup> In dem in Rz. 104 dargestellten Verfahren.

<sup>118</sup> § 3 Abs. 4 FVKG.

126 Eine Kompetenzüberlagerung besteht schliesslich im **Staatsbeitragsbereich**<sup>119</sup>. Für die Überwachung der sachgerechten Verwendung dieser staatlichen Mittel ist sowohl das für den betreffenden Staatsbeitragsbereich verantwortliche Departement als auch die Finanzkontrolle zuständig. Diese gemeinsame Zuständigkeit ist sowohl in § 3 Abs. 5 FVKG als auch in § 14 Abs. 3 Staatsbeitragsgesetz abgebildet. Nach Auffassung des Gutachters spricht auch hier vieles dafür, dass die **primäre Verantwortung** für die Kontrolle der sachgerechten Mittelverwendung beim zuständigen **Fachdepartement** liegt. Aufgabe der **Finanzkontrolle** ist es demgegenüber zu prüfen, ob das Fachdepartement diese Kontrolle wirksam erfüllt. Sollte dies nicht der Fall sein, kann die Finanzkontrolle Nachbesserung verlangen oder ihrerseits zusätzliche Kontrollen durchführen. Damit es nicht zu Doppelspurigkeiten oder Kontrolllücken kommt, ist wie oben eine Absprache und Koordination unabdingbar. Mit einer optimalen Koordination kann auch unnötiger Aufwand auf Seiten der Subventionsnehmer vermieden werden.

#### 4. Finanzkontrolle und privatrechtliche Aktiengesellschaft

127 Vorstehend wurde bereits darauf hingewiesen, dass bei privatrechtlichen Aktiengesellschaften nach Auffassung des Gutachters vorab das Privatrecht zu beachten ist. Es besteht **kein Raum für eine eigene Prüfungstätigkeit der Finanzkontrolle in diesen Unternehmungen**.<sup>120</sup> Sie kann einzig zuhanden der Staatsvertreter, der Regierung oder des Grossen Rats tätig werden.

Für allfällige weitere Fragen oder für eine Besprechung stehe ich Ihnen gerne zur Verfügung.



Dr. Lorenz Meyer

---

<sup>119</sup> § 3 Abs. 1 Buchstabe f) FVKG.

<sup>120</sup> Vgl. Rz. 100.

## V. ANHANG

### A. AKTENVERZEICHNIS

1. Aktennotiz 1. Semestergespräch 2015 der Finanzkontroll-Delegation (FKD) vom 4. März 2015
2. Aktennotiz 2. Semestergespräch 2015 der FKD vom 19. August 2015
3. Aktennotiz erstes a.o. Gespräch der FKD zum Thema Finanzaufsicht; Rolle der Finanzkontrolle vom 15. September 2015
4. Matrix Spezifische Schwerpunktprüfung im Bereich der Finanzaufsicht der Arbeitsgruppe Finanzaufsicht FIKO / Mai 2015 – Vernehmlassung
5. Powerpoint-Dokumentation Finanzkontrolle Basel-Stadt vom 10. Juli 2015
6. Konzept Finanzaufsicht der Finanzkontrolle des Kantons Basel-Stadt vom 23. Oktober 2015
7. Beteiligungsstrategie des Kantons Basel-Stadt, erlassen vom Regierungsrat, undatiert
8. Beteiligungsmanagement Basel-Stadt: Public Corporate Governance-Richtlinien des Regierungsrats des Kantons Basel-Stadt, dritte überarbeitete Version vom 23. April 2015
9. Jahresbericht 2013, Kapitel 8 Die Beteiligungen des Kantons Basel-Stadt
10. Eignerstrategie des Regierungsrats des Kantons Basel-Stadt für die Basler Verkehrs-Betriebe 2014–2017 vom 2. September 2014
11. Eignerstrategie des Regierungsrats des Kantons Basel-Stadt für die Universitären Psychiatrischen Kliniken Basel vom 22. Dezember 2015
12. Eignerstrategie des Regierungsrats des Kantons Basel-Stadt für das Universitätsspital Basel vom 22. Dezember 2015
13. Eignerstrategie des Regierungsrats des Kantons Basel-Stadt für das Felix Platter-Spital vom 22. Dezember 2015
14. Eignerstrategie der Regierungsräte der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft für das Universitäts-Kinderspital beider Basel vom 9. Dezember 2014
15. Beteiligungsmanagement Basel-Stadt; Public Corporate Governance-Richtlinien vom 23. April 2015

## B. MATERIALIEN

- Bericht der Finanzkommission des Grossen Rates zu einem Finanzkontrollgesetz (FKG) sowie Bericht zu zwei Anzügen vom 24. Juni 2003 / 037615 / 985979 / 017016
- Bericht des Bundesrates zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben (Corporate-Governance-Bericht) vom 13. September 2006, BBl. 2006, S. 8233 ff.
- Bericht und Antrag der Geschäftsprüfungskommission des Grossen Rats zu einer Teilrevision des Finanzkontrollgesetzes (FKG) sowie Bericht zu einem Anzug vom 27. Februar 2008 / 07.5273.02