

Der Staat als Aktionär

Neuntes deutsch-österreichisch-schweizerisches Symposium,
Wien, 17.–18. Mai 2018

Herausgegeben von

Susanne Kalss, Holger Fleischer und Hans-Ueli Vogt

Mohr Siebeck

Holger Fleischer ist Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

Susanne Kalss ist Universitätsprofessorin am Institut für Zivil- und Unternehmensrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien.

Hans-Ueli Vogt ist Professor für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich.

ISBN 978-3-16-158886-0 / eISBN 978-3-16-158887-7

DOI 10.1628/978-3-16-158887-7

ISSN 0340-6709 / eISSN 2568-6577

(Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	IX
 <i>Hans-Ueli Vogt</i>	
Öffentlich-rechtliche Organisationsform vs. staatliche Beteiligung an einer Aktiengesellschaft – Prolegomena zum „Staat als Aktionär“: Die Rolle von Aktiengesellschaften in der Corporate Governance des Staates	1
Diskussion (<i>Sebastian Brehm</i>)	21
 <i>Michael Holoubek</i>	
Der Staat als Aktionär – Verfassungsrechtliche Vorgaben aus österreichischer Sicht	23
 <i>Thomas Mann</i>	
Der Staat als Aktionär – Öffentlich-rechtliche Besonderheiten in Deutschland	39
Diskussion (<i>Sophie Natlacen</i>)	55
 <i>Michael Gruber</i>	
Der Beamte als Aufsichtsratsmitglied	57
 <i>Klaus Ulrich Schmolke</i>	
Vertreter von Gebietskörperschaften im Aufsichtsrat – Fragen der Information, Verschwiegenheit und Bewältigung von Interessenkonflikten	75
Diskussion (<i>Florian Ebner/Alexander Leonhartsberger</i>)	99

Walter Bayer

Der Staat als Spitze eines Konzerns –
Was kann das Aktiengesetz leisten? 103

Peter V. Kunz

Staatsbeteiligungen und ausgewählte Verantwortlichkeiten 127

Diskussion (*Veronika Kubasta/Sebastian Brehm*)..... 141

Susanne Kalss

Der Bundes Public Corporate Governance Kodex 145

Diskussion (*Veronika Kubasta*)..... 169

Jessica Schmidt

Golden Shares – VW and Beyond 171

Christoph B. Bühler

Spezialgesetzliche Aktiengesellschaften –
Regelungsanliegen und -instrumente 195

Diskussion (*Veronika Kubasta/Sophie Natlacen*) 209

Autorenverzeichnis 211

Staatsbeteiligungen und ausgewählte Verantwortlichkeiten

*Peter V. Kunz**

I.	Wirtschaftsaktivitäten des Staates	127
1.	Marktwirtschaft	127
2.	Wettbewerbsverzerrungen	128
II.	Beteiligungsformen	130
1.	Staat und „reguläre“ AG	130
2.	Gemischtwirtschaftliche AG	131
a)	Grundlagen	131
b)	Sonderrechtsstellung	132
3.	Spezialgesetzliche AG	133
a)	Bundesebene	133
b)	Kantonale Ebene	134
4.	Weitere öffentliche Unternehmen	135
III.	Verantwortlichkeiten	136
1.	Rechtsgrundlage(n) und Haftung(en)	136
2.	Passivlegitimation	137
a)	Staat	137
b)	VR-Mitglieder	139

I. Wirtschaftsaktivitäten des Staates

I. Marktwirtschaft

Staatliche Wirtschaftsaktivitäten stellen ein bedeutendes wirtschaftsrechtliches Thema dar. Die Schweiz ist heute (und war früher) keine Staats- und Planwirtschaft, sondern seit jeher eine *Marktwirtschaft* mit einer *liberalen Wirtschaftsordnung*, die beispielsweise das Eigentum garantiert (Art. 26 BV) sowie die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) sicherstellt.¹ M. E. hat der Staat² eine bundesverfassungsrechtlich abgestützte Nichtinterventionsobliegenheit. Das schweizerische Grundmodell lautet *Laisser-faire*.

* Die Erstpublikation erfolgte in GesKR 2018, S. 156 ff. (das Manuskript wurde im März 2018 abgeschlossen).

¹ Zur Ausgangslage: *Kunz*, Jusletter vom 21.11.2016, Rn. 1 ff. m. w. H.

² Gemeint sind Körperschaften des öffentlichen Rechts (Bund, Kantone, Gemeinden etc.).

Der Staat kann bzw. muss sogar nur, aber immerhin, *hoheitlich intervenieren*, wenn es um ausgewiesene *öffentliche Interessen* geht, nämlich – als Beispiele – aus Überlegungen zum Schutz von Schwächeren (Konsumenten, Arbeitnehmer etc.) oder zur Sicherstellung unerlässlicher Rechtsgüter (z. B. Versorgungssicherheit oder „Service public“). Regulatorisch stehen in diesem Zusammenhang – statt *Laisser-faire* – einerseits *Verbote* und andererseits *Aufsichten* im Vordergrund; dieses „Dreieck hoheitlicher Interventionsalternativen“ erscheint besonders auffällig im Bereich des Finanzmarktrechts.³

M. E. müssen in einer liberalen Marktwirtschaft (etwa in der Schweiz) außerdem staatliche Wirtschaftstätigkeiten *in Konkurrenz zu Privaten ausgeschlossen* sein,⁴ oder m. a. W. besteht geradezu eine staatliche Wirtschaftsinaktivitätsobliegenheit. Immerhin zur *Sicherstellung unerlässlicher Rechtsgüter* darf sich der Staat in die (Privat-)Wirtschaft „einmischen“, wobei primär zwei Mechanismen zur Verfügung stehen: *Staatsgarantien* sowie *Staatsbeteiligungen*, wobei Wettbewerbsverzerrungen in beiden Fällen drohen.

Das *Erfordernis staatlicher „Zurückhaltung“* im Wirtschaftsbereich (insbesondere die Nichtinterventionsobliegenheit sowie die Wirtschaftsinaktivitätsobliegenheit) beruht nicht nur auf der liberalen Wirtschaftsordnung, sondern auch auf dem *Verhältnismässigkeitsprinzip*: „Staatliches Handeln muss im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein“ (Art. 5 Abs. 2 BV). Dabei handelt es sich um ein Rechtsstaatsprinzip, das bei jedem staatlichen Handeln⁵ (etwa bei Rechtssetzungen) berücksichtigt werden muss.⁶

2. Wettbewerbsverzerrungen

In einer liberalen Marktwirtschaft ist rechtspolitisch sicherzustellen, dass es trotz allfälliger hoheitlicher Interventionen (z. B. Staatsgarantien oder Staatsbeteiligungen an Unternehmungen) möglichst zu *keinen Wettbewerbsverzerrungen* kommt. Im Zusammenhang mit „Staatsunternehmen“ bzw. „Staatsbetrieben“ oder mit staatlichen Beteiligungen werden immer wieder höchst emotionale, *politische*

³ Generell: Kunz, Finanzmarktregulierung, Basel 2016, S. 99 ff.

⁴ Hinweise: Vogel, Der Staat als Marktteilnehmer – Voraussetzungen der Zulässigkeit wirtschaftlicher Tätigkeit des Gemeinwesens in Konkurrenz zu Privaten, Diss. Zürich 2000, S. 273 ff. (Fazit).

⁵ Betroffen sind m. a. W. sämtliche Staatsfunktionen: Müller, Verhältnismässigkeit – Gedanken zu einem Zauberwürfel, Bern 2013, S. 47 ff.

⁶ Im Bericht vom 8.12.2017, „Staat und Wettbewerb, Auswirkungen staatlich beherrschter Unternehmen auf die Wettbewerbsmärkte, Bericht des Bundesrates in Erfüllung der Postulate 12.4172 FDP-Liberale Fraktion vom 13.12.2012 und 15.3880 Schilliger vom 22.09.2015“, wird sogar explizit darauf hingewiesen, S. 3 f.; die Verhältnismässigkeit stellt außerdem eine Voraussetzung der Zulässigkeit von Grundrechtseinschränkungen dar: „Einschränkungen von Grundrechten müssen verhältnismässig sein“ (Art. 36 Abs. 3 BV).

Privatisierungsdiskussionen geführt. Diverse parlamentarische Vorstöße beschäftigen sich mit entsprechenden Wettbewerbsverzerrungen.⁷

Im Jahr 2017 publizierte der Bundesrat (BR) einen Bericht betreffend „Auswirkungen staatlich beherrschter Unternehmen auf die Wettbewerbsmärkte“,⁸ die Existenz von Staatsbeteiligungen an Unternehmungen – v. a. an *Infrastrukturunternehmen* – wurde im Bericht „als gegeben“ angesehen und nicht in Frage gestellt.⁹ Unbesehen dessen wurde festgehalten: „Zumindest aus volkswirtschaftlicher Sicht, ist es *nicht zwingend optimal*, dass der *Staat selbst* Unternehmen besitzt und führt. Wenn er bestimmte Ziele verfolgt, kann er diese, jedenfalls aus theoretischer Sicht, stets auch durch eine gezielte Regulierungstätigkeit erreichen, ohne das gesamte Aktienkapital eines Unternehmens oder Anteile an Unternehmen zu besitzen [...]“.¹⁰

Zahlreiche Unternehmungen, die in Konkurrenz mit privaten Gesellschaften stehen, befinden sich heute nach wie vor in Staatsbesitz.¹¹ Auf Bundesebene stehen Post, Swisscom¹², SBB und RUAG im Vordergrund, doch auch die 26 Kantone halten ca. 800 Beteiligungen an mehr als 500 Unternehmungen.¹³ M. E. scheinen solche Staatsbeteiligungen, im Großen und Ganzen, durchaus *im Einklang* mit dem Volksempfinden zu stehen.¹⁴

Mit direkten oder mit indirekten *Staatsgarantien* kann der wirtschaftliche Untergang bzw. der Konkurs volkswirtschaftlich zentraler Unternehmungen verhindert werden, was insbesondere in der Finanzbranche bedeutsam erscheint.¹⁵ Hin-

⁷ Beispiele: Postulat 12.4172 (Für eine freie Wirtschaftsordnung. Gegen Wettbewerbsverzerrung durch Staatsunternehmen) von *NR A. Caroni*, Postulat 15.3880 (Konkurrenz der Staat die Wirtschaft? Übersicht tut not) von *NR P. Schilliger*; diese beiden Vorstöße führen zum Bericht BR re Wettbewerbsmärkte (Fn. 6), passim.

⁸ Vgl. Bericht BR re Wettbewerbsmärkte (Fn. 6), passim.

⁹ Bericht BR re Wettbewerbsmärkte (Fn. 6), S. 3.

¹⁰ Bericht BR re Wettbewerbsmärkte (Fn. 6), S. 4 f. (Hervorhebungen hinzugefügt).

¹¹ Die Gründe sind in aller Regel historisch erklärbar; Bericht BR re Wettbewerbsmärkte (Fn. 6), S. 3: „Der Staatsbesitz an Infrastrukturunternehmen ist oft historisch mit der Existenz von natürlichen Monopolen und der Bereitstellung von Grundversorgungsleistungen begründet“ (re Post/Swisscom: a. a. O., S. 15); die Doktrin spricht – allerdings uneinheitlich – von „öffentlichen Unternehmen“: *Tschannen/Zimmerli/Müller*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 10 Rn. 2 f. m. w. H.

¹² Die Swisscom ist, etwas trivialisiert, der „TT“-Teil der ehemaligen „PTT“.

¹³ Hinweise: Bericht BR re Wettbewerbsmärkte (Fn. 6), S. 5.

¹⁴ Auf der einen Seite sind mit Staatsbeteiligungen für die Unternehmen regelmäßig *Vorteile* verbunden, beispielsweise ein *höheres Kreditrating* auf dem Markt (vgl. Bericht BR re Wettbewerbsmärkte (Fn. 6), S. 10 f. ad Fn. 17); auf der anderen Seite werden teilweise auch bewusst *Nachteile* vorgesehen (a. a. O., S. 9), etwa das *Kreditvergabeverbot* für die PostFinance AG.

¹⁵ Systemrelevante Banken haben eine materielle Staatsgarantie (dadurch entstehen Wettbewerbsverzerrungen zugunsten solcher Unternehmungen und zulasten von anderen privaten Konkurrenzunternehmen: *Kunz* (Fn. 1), Rn. 24); die meisten KB verfügen zudem über eine formelle Staatsgarantie.

ter *Staatsbeteiligungen an AG* stehen regelmäßig ähnliche Motive,¹⁶ wobei – allen Staatsebenen – primär zwei Beteiligungsformen im Vordergrund stehen, nämlich die gemischtwirtschaftlichen AG (Art. 762 OR) auf der einen Seite sowie die spezialgesetzlichen AG auf der anderen Seite.

II. Beteiligungsformen

1. Staat und „reguläre“ AG

Der Staat kann sich – mindestens aus Gesellschaftsrechtsperspektive – ohne weiteres an einer „regulären“ AG gemäß Art. 620 ff. OR beteiligen, und zwar originär¹⁷ oder derivativ¹⁸. Insofern spielt es für die betroffene Gesellschaft *keine Rolle, wer Aktionär* ist. Der Staat könnte sich also beispielsweise durch Aktienkauf an Nestlé, an Novartis oder an Credit Suisse beteiligen, und es gäbe *keine aktienrechtliche Sonderbehandlung* für den Staat.¹⁹ Eine Finanzbeteiligung kann somit ein Motiv für eine staatliche Beteiligung sein.²⁰

Ob für solche Staatsbeteiligungen im Einzelfall *rechtliche* Schranken bestehen oder nicht, entscheidet nicht das Aktienrecht, sondern das öffentliche Recht (auf Bundes-, auf kantonaler oder auf kommunaler Ebene).²¹ M. E. nicht unterschätzt werden sollte indes das *Risiko des Rechtsscheiterns*, dass mit einer Staatsbeteiligung eine implizite Staatsgarantie verbunden sein kann. Die AG selber müssen hingegen diese Rechtsfragen nicht beantworten. Ein anderes Thema ist, ob Beteiligungen an „regulären“ AG *politisch* sinnvoll wären.²²

¹⁶ Der Staatsbesitz bei Unternehmen verschafft eine „implizite Staatsgarantie“ (betreffend Swisscom: Bericht BR re Wettbewerbsmärkte (Fn. 6), S. 11); nebst der Konkursverhinderung geht es oftmals auch um die Möglichkeit der Einflussnahme und damit um die Steuerung der wirtschaftlichen Aktivitäten.

¹⁷ Der Staat ist (Mit-)Gründer einer AG oder beteiligt sich im Rahmen einer Aktienkapitalerhöhung.

¹⁸ Es erfolgt ein Erwerb von Aktien, wohl meist durch Aktienkauf.

¹⁹ *Bühler*, SJZ 2011, 513, 514; der Staat wäre bei einer „regulären“ AG einfach ein „regulärer“ Aktionär; Sonderbehandlungen erfolgen hingegen bei gemischtwirtschaftlichen AG sowie bei spezialgesetzlichen AG.

²⁰ Vgl. *Jaag*, FS Forstmoser, 2003, S. 379, 382; zudem: *Forstmoser/Jaag*, Der Staat als Aktionär – Haftungsrechtliche Risiken der Vertretung des Staates im Verwaltungsrat von Aktiengesellschaften, Zürich 2000, Rn. 11.

²¹ Beteiligungen zu Anlagezwecken können durchaus der Verwaltung des Finanzvermögens des Staates dienen: *Tschannen/Zimmerli/Müller* (Fn. 11), § 10 Rn. 3 a. E.; allg.: *Vogel* (Fn. 4), S. 61 f.; *Jaag* (Fn. 20), S. 397, 382 ff.

²² Spezifische Herausforderungen ergeben sich z. B. aus der Anlage von Vermögenswerten der SNB.

2. Gemischtwirtschaftliche AG

a) Grundlagen

Die *gemischtwirtschaftliche AG* wird u. a. in Art. 762 OR (Titel: „Beteiligung von Körperschaften des öffentlichen Rechts“) geregelt,²³ sozusagen als *lex specialis* zum Aktienrecht gemäß Art. 620 ff. OR.²⁴ Ebenfalls zu berücksichtigen sind außerdem eventuelle Spezialerlasse sowie die Statuten. Die Gesellschaftsform ist weder eine „reguläre“ AG noch eine spezialgesetzliche AG, und das „gemischtwirtschaftliche Unternehmen bleibt auf seltsame Weise *Diener zweier Herren*: Es muss die Interessen des Gemeinwesens genauso bedienen wie die Interessen des Kapitals. Dass daraus *Konflikte* entstehen können, liegt auf der Hand.“²⁵

Aktienrechtlich werden vier Elemente für eine gemischtwirtschaftliche AG vorausgesetzt: Es geht – *erstens* – um den Staat bzw. um „Körperschaften des öffentlichen Rechts wie Bund, Kanton, Bezirk oder Gemeinde“ (Art. 762 Abs. 1 OR),²⁶ die – *zweitens* – ein „öffentliches Interesse an einer Aktiengesellschaft“ haben (Art. 762 Abs. 1 OR)²⁷ und allenfalls an der Unternehmung „als Aktionär beteiligt“ (Art. 762 Abs. 2 OR)²⁸ sind, so dass – *drittens* – die Statuten dem Staat gewisse Aktionärssonderrechte einräumen,²⁹ vorausgesetzt wird bei Art. 762 OR sodann, dass – *viertens* – die Gesellschaftsform einer AG gegeben ist.

Gemischtwirtschaftliche AG kommen sowohl auf kantonaler Ebene (z. B. im Wesentlichen bei der BLS AG)³⁰ als auch auf Bundesebene vor.³¹ Erwähnt wer-

²³ Vgl. *Stämpfli*, Die gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft – Ihre Willensbildung und Organisation, Diss. Bern 1991, passim; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 63 Rn. 2 ff. und v. a. Rn. 6 ff.; *Meier-Hayoz/Forstmoser*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., Bern 2012, § 1 Rn. 40 ff.; *Vogel* (Fn. 4), S. 40 ff. sowie 177 ff.; *Forstmoser/Jaag* (Fn. 20), Rn. 13 ff.; *Buob*, Aktiengesellschaften mit staatlicher Beteiligung, Diss. St. Gallen 2008, Rn. 25 ff.

²⁴ Bei diesen Gesellschaften gelangt – vorbehaltlich Art. 762 OR – somit das Aktienrecht zur Anwendung: *Stämpfli* (Fn. 23), S. 24 sowie 104; *Wernli/Rizzi*, in: BSK OR II, Rn. 4 zu Art. 762 OR.

²⁵ *Tschannen/Zimmerli/Müller* (Fn. 11), § 10 Rn. 5 a. E. (Hervorhebungen hinzugefügt); z. T. wird – ähnlich wie im Konzernrecht – von einem „*doppelten Pflichtenexus*“ gesprochen: *Jaag* (Fn. 20), S. 379, 395 ad Fn. 77; *Vogel* (Fn. 4), S. 181; allg.: *Forstmoser/Jaag* (Fn. 20), Rn. 71.

²⁶ Hinweise: *Wernli/Rizzi*, in: BSK OR II (Fn. 24), Rn. 7 zu Art. 762 OR; *Buob* (Fn. 23), Rn. 29.

²⁷ *Buob* (Fn. 23), Rn. 38 ff.; *Stämpfli* (Fn. 23), S. 12 ff.; *Vogel* (Fn. 4), S. 181 ff.

²⁸ Die staatliche Kapitalbeteiligung ist zwar bei einer gemischtwirtschaftlichen AG nicht unerlässlich, stellt jedoch den Regelfall dar: *Tschannen/Zimmerli/Müller* (Fn. 11), § 10 Rn. 3.

²⁹ Es besteht also nicht *ipso iure* ein Anspruch des Staates, sondern es braucht eine entsprechende statutarische Grundlage: *Wernli/Rizzi*, in: BSK OR II (Fn. 24), Rn. 4/Rn. 9 zu Art. 762 OR.

³⁰ Bei der BLS am Kapital beteiligt ist der Kanton Bern mit 55,8 %, der Bund mit 21,7 % und andere Kantone sowie Gemeinden mit gesamthaft 7 %.

³¹ Hinweise: *Tschannen/Zimmerli/Müller* (Fn. 11), § 10 Rn. 4; *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 23), § 1 Rn. 44.

den kann etwa *Skyguide*: „¹Der Bundesrat kann den zivilen und den militärischen Flugsicherungsdienst ganz oder teilweise auf eine Aktiengesellschaft übertragen. ²Die Gesellschaft muss die folgenden Anforderungen erfüllen: a. Sie darf nicht gewinnorientiert sein. b. Sie muss gemischtwirtschaftlich sein. c. Der Bund muss die Mehrheit am Kapital und an den Stimmen haben. d. Die Statuten bedürfen der Genehmigung des Bundesrates. [...]“ (Art. 40a LFG).³²

b) Sonderrechtsstellung

Bei den gemischtwirtschaftlichen AG erhält der Staat eine *Sonderrechtsstellung*, und zwar sowohl bei den Rechten als auch bei den Pflichten, d. h., es handelt sich nicht um eine einseitige Staatsprivilegierung. Bei den Rechten hat der Staat einerseits ein *Abordnungsrecht* und andererseits ein *Abberufungsrecht* für Mitglieder des VR und – in der Praxis selten³³ – der Revisionsstelle.³⁴ Diese Sonderrechte des Staats (meist als Aktionär) werden allerdings kompensiert durch eine *spezifische Staatshaftung* (Art. 762 Abs. 4 OR).

Da *lex specialis*, gehen diese Sonderregelungen dem „regulären“ Aktienrecht gemäß Art. 620 ff. OR vor. Das trifft in erster Linie zu auf die Bestimmungen zur Wahl von VR bzw. Revisionsstelle (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR) sowie auf deren Abberufung (Art. 705 Abs. 1 OR) und schließlich im Hinblick auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit von Mitgliedern des VR bzw. der Revisionsstelle im Rahmen von Art. 752 ff. OR.

Die *statutarische Umsetzung* betreffend Abordnungsrecht bei einer gemischtwirtschaftlichen AG wird – als Beispiel – bei der BLS ersichtlich, indem Art. 19 Abs. 1 der Statuten fest schreibt: „Der Verwaltungsrat besteht aus maximal 11 Mitgliedern. Die Schweizerische Eidgenossenschaft sowie die Kantone Bern und Wallis haben das Recht, je ein Mitglied im Sinne von Art. 762 OR in den Ver-

³² Bundesgesetz über die Luftfahrt (Luftfahrtgesetz, LFG) vom 21.12.1948: SR 748.0; es handelt sich um „Skyguide Schweizerische Aktiengesellschaft für zivile und militärische Flugsicherung“: Art. 2 Abs. 2 Verordnung über den Flugsicherungsdienst (VFSD) vom 18.12.1995: SR 748.132.1.

³³ Das Abordnungsrecht ist *alternativ* ausgestaltet, d. h., es können entweder Mitglieder in den VR oder in die Revisionsstelle abgeordnet werden: *Wernli/Rizzi*, in: BSK OR II (Fn. 24), Rn. 2 zu Art. 762 OR.

³⁴ Art. 762: „¹Haben Körperschaften des öffentlichen Rechts wie Bund, Kanton, Bezirk oder Gemeinde ein öffentliches Interesse an einer Aktiengesellschaft, so kann der Körperschaft in den Statuten der Gesellschaft das Recht eingeräumt werden, Vertreter in den Verwaltungsrat oder in die Revisionsstelle abzuordnen, auch wenn sie nicht Aktionärin ist. ²Bei solchen Gesellschaften sowie bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen, an denen eine Körperschaft des öffentlichen Rechts als Aktionär beteiligt ist, steht das Recht zur Abberufung der von ihr abgeordneten Mitglieder des Verwaltungsrates und der Revisionsstelle nur ihr selbst zu“; zur Sonderrechtsstellung: *Wernli/Rizzi*, in: BSK OR II (Fn. 24), Rn. 14 ff. zu Art. 762 OR; *Jaag* (Fn. 20), S. 379, 394 ff.; *Buob* (Fn. 23), Rn. 186 ff.; *Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 13 Rn. 49 sowie Rn. 86 f.

waltungsrat zu delegieren. Die übrigen Mitglieder werden durch die Generalversammlung gewählt³⁵. Das Abberufungsrecht wird ebenfalls geregelt.³⁵

3. Spezialgesetzliche AG

a) Bundesebene

Das öffentliche Recht, nicht das Aktienrecht gemäß Art. 620 ff. OR, sieht – wenn auch relativ selten³⁶ – *spezialgesetzliche AG* vor.³⁷ Bei diesen Staatsunternehmen handelt es sich weder um „reguläre“ AG³⁸ noch um gemischtwirtschaftliche AG. Insbesondere die zentralen *Infrastrukturunternehmen* auf Bundesebene sind als spezialgesetzliche AG organisiert:³⁹ die Post⁴⁰, die Swisscom⁴¹ sowie die SBB⁴². D. h., die Gründung (oder Umwandlung) sowie die Organisation dieser Unternehmen beruhen auf Spezialerlassen.

Auf der einen Seite enthalten die *Spezialerlasse* zu den *Unternehmungen* gesellschaftsrechtliche Normen: Aktienkapital (Art. 5 POG, Art. 5 TUG und Art. 6 SBBG), Organe (Art. 7 ff. TUG und Art. 9 ff. SBBG; mit einem Verbot der Personalunion von VR und GL und einem Vertretungsanspruch des Personals im

³⁵ Art. 10 Ziff. 2 Statuten BLS: „Die Generalversammlung der Aktionäre ist das oberste Organ der Gesellschaft. Es stehen ihr folgende unübertragbaren Befugnisse zu: [...] Wahl und Abberufung derjenigen Mitglieder des Verwaltungsrates, die nicht von der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Kantonen Bern und Wallis gemäss Art. 19 der Statuten delegiert sind [...]“.

³⁶ Vogel, ZBl 104 (2003), 418, 427.

³⁷ Vgl. Vogel, ZBl 104 (2003), 418, passim; Tschannen/Zimmerli/Müller (Fn. 11), § 10 Rn. 9 ff.; Böckli (Fn. 34), § 1 Rn. 70 ff.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 23), § 63 Rn. 23 ff.; Meier-Hayoz/Forstmoser (Fn. 23), § 1 Rn. 31b ff.; Bühler, SJZ 2011, 513, 514.

³⁸ Im Gegensatz zu diesen Gesellschaften entstehen die spezialgesetzlichen AG nicht auf vertraglicher Basis, sondern unmittelbar durch Gesetzesakt: Vogel, ZBl 104 (2003), 418, 419; Buob (Fn. 23), Rn. 51.

³⁹ Die SNB stellt eine weitere spezialgesetzliche AG dar (Art. 1 Abs. 1 NBG i. V.m. Art. 25 ff. NBG).

⁴⁰ Bericht BR re Wettbewerbsmärkte (Fn. 6), S. 30 ff.; Art. 2 Abs. 1 POG: „Die Post ist eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft“, notabene mit der Firma „Die Schweizerische Post AG [...]“ (Art. 2 Abs. 2 POG); bei der Post stehen drei Tochtergesellschaften im Vordergrund: die PostFinance AG (als „Ausgliederung“: Art. 14 POG), die PostAuto Schweiz AG sowie die Post CH AG; re Postkonzerngesellschaften: Art. 1 lit. e VPG i. V.m. Art. 2 VPG sowie Art. 46 ff. VPG (die Konzernleitung erfolgt durch den VR der Post: Art. 4 VPOG); als Aufsichtsbehörde der Post ist die Postkommission (PostCom) tätig: Art. 20 ff. PG.

⁴¹ Bericht BR re Wettbewerbsmärkte (Fn. 6), S. 24 ff.; Art. 2 Abs. 1 Satz 1 TUG: „Die Unternehmung ist eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft“; die Firma ergibt sich nicht aus dem Gesetz, sondern aus den Statuten bzw. dem HR: Art. 2 Abs. 2 TUG; vgl. Böckli (Fn. 34), § 1 Rn. 82 ff.; Buob (Fn. 23), Rn. 60 ff.

⁴² Bericht BR re Wettbewerbsmärkte (Fn. 6), S. 38 ff.; Art. 2 Abs. 1 SBBG: „Unter der Firma ‚Schweizerische Bundesbahnen SBB [...]‘ besteht eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft mit Sitz in Bern“; zudem: Art. 24 ff. SBBG; allg.: Buob (Fn. 23), Rn. 65 ff.; Böckli (Fn. 34), § 1 Rn. 80 f.

VR: z. B. Art. 8 Abs. 2/Abs. 3 POG) sowie Eintragung im HR (Beispiel: Art. 2 Abs. 2 SBBG).⁴³ Im Übrigen wird festgehalten, dass betreffend spezialgesetzliche AG das *Aktienrecht subsidiär* als *lex generalis* zur Anwendung gelangt,⁴⁴ was sich u. a. betreffend Haftungen bzw. Verantwortlichkeiten als wichtig erweist.

Auf der anderen Seite sehen die *Spezialerlasse* spezifische Regelungen zum *Aktionariat* der spezialgesetzlichen AG vor. Bei den drei erwähnten spezialgesetzlichen AG ist der Bund jeweils entweder als *Alleinaktionär* oder als *Mehrheitsaktionär* beteiligt, also bei der Post⁴⁵, bei der Swisscom⁴⁶ sowie bei der SBB⁴⁷. Aufgrund des Staatsbesitzes wird im Markt – notabene sogar durch den Bund bekräftigt⁴⁸ – eine *implizite Staatsgarantie* vermutet, was zu einem höheren Kreditrating sowie zu niedrigeren Finanzierungskosten führt.

b) Kantonale Ebene

Die kantonalen Aktienrechtsordnungen wurden in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts durch das OR 1883 abgelöst, d. h., es bestehen keine „regulären“ kantonalrechtlichen AG mehr. Immerhin kommen *spezialgesetzliche AG auf kantonaler Ebene* vor (z. B. KB),⁴⁹ bei denen jedoch öffentliche Interessen im Vordergrund stehen.⁵⁰ Auf diese Gesellschaften ist im Prinzip das *Aktienrecht nicht* anwendbar.⁵¹

⁴³ Sämtliche Unternehmen – ebenfalls die SNB – sind im HR eingetragen, und zwar mit der Transparenzergänzung „Spezialgesetzliche Aktiengesellschaft gemäss [...]“.

⁴⁴ Art. 4 POG: „Soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt, gelten für die Post die aktienrechtlichen Vorschriften des Obligationenrechts“; zudem: Art. 2 Abs. 1 a. E. TUG i. V. m. Art. 4 TUG und Art. 2 NBG; allg.: *Tschannen/Zimmerli/Müller* (Fn. 11), § 10 Rn. 9 (die Regelungen sind indes nicht als Privatrecht, sondern als öffentliches Recht zu betrachten: a. a. O., § 10 Rn. 11); *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 23), § 1 Rn. 34; *Vogel*, ZBl 104 (2003), 418, 422 f.

⁴⁵ Art. 6 POG: „Der Bund ist Aktionär der Post. Er muss über die kapital- und stimmenmässige Mehrheit verfügen“; der Bund ist heute alleiniger Aktionär: Bericht BR re Wettbewerbsmärkte (Fn. 6), S. 30.

⁴⁶ Art. 6 Abs. 1 TUG: „Der Bund ist Aktionär der Unternehmung und muss die kapital- und stimmenmässige Mehrheit halten“; die Bundesbeteiligung beträgt 50,95 %: Bericht BR re Wettbewerbsmärkte (Fn. 6), S. 24.

⁴⁷ Art. 7 SBBG: „¹Der Bund ist Aktionär der SBB. ²Der Bundesrat kann beschliessen, Aktien an Dritte zu veräussern oder von Dritten zeichnen zu lassen. ³Der Bund muss zu jeder Zeit die kapital- und die stimmenmässige Mehrheit besitzen“; heute ist der Bund nach wie vor Alleinaktionär: Bericht BR re Wettbewerbsmärkte (Fn. 6), S. 38.

⁴⁸ Zur Swisscom: Bericht BR re Wettbewerbsmärkte (Fn. 6), S. 11 und 38; zur Post: a. a. O., S. 38.

⁴⁹ *Vogel* (Fn. 4), S. 54 m. w. H. in Fn. 257.

⁵⁰ Es handelt sich m. a. W. ebenfalls um öffentliche Unternehmen, nicht Privatunternehmungen.

⁵¹ Das bei diesen Gesellschaften zur Anwendung gelangende *Kantonalrecht* wird dem *öffentlichen Recht* zugeordnet: *Vogel* (Fn. 4), S. 54; das kantonale Recht verweist allerdings regelmäßig doch wieder auf das Aktienrecht: *Buob* (Fn. 23), Rn. 68.

Die Nichtanwendbarkeit von Art. 620 ff. OR setzt allerdings im Rahmen von Art. 763 Abs. 1 OR⁵² drei Elemente voraus:⁵³

Erstens, die Gesellschaften⁵⁴ müssen durch „besondere kantonale Gesetze gegründet worden“ sein und müssen, zweitens, „unter Mitwirkung öffentlicher Behörden verwaltet werden“; außerdem muss bei solchen Gesellschaften, drittens, der „Kanton die subsidiäre Haftung für deren Verbindlichkeiten“ übernehmen.⁵⁵ Das nationale Aktienrecht wird bei solchen Gesellschaften, die keine subsidiäre Kantonschaftung vorsehen, einzig für den Fall ausgeschlossen, dass sie vor dem Jahr 1883 gegründet worden sind. Generell kann festgehalten werden, dass spezialgesetzliche AG gemäß Art. 763 OR *kaum verbreitet* sind.⁵⁶

4. Weitere öffentliche Unternehmen

Es gibt unterschiedliche Kategorisierungen betreffend die Unternehmungen mit Staatsbeteiligungen. Rechtsgrundlagen bestehen im Wesentlichen einzig für gemischtwirtschaftliche AG einerseits sowie für spezialgesetzliche AG andererseits. In der Doktrin wird indessen eine weitere Kategorie – die *öffentlichen Unternehmen in Privatrechtsform* – vorgeschlagen.⁵⁷ Abzugrenzen sind diese Unternehmungen zu beiden Seiten:

Es handelt sich – anders als bei spezialgesetzlichen AG – um *privatrechtliche* Gesellschaften (v. a. um „reguläre“ AG gemäß Art. 620 ff. OR). Zudem sehen diese Unternehmen in den *Statuten* – anders als bei gemischtwirtschaftlichen AG – keine Sonderrechte des Staates vor, zumindest als Grundsatz. Charakteristisch für diese Gesellschaften sind zwei Elemente: „Die Gesellschaftsanteile liegen meist ausschliesslich in öffentlicher Hand (Private sind höchstens am Rand beteiligt); [...] das Unternehmen ist gemeinhin nicht gewinnorientiert“⁵⁸.

In dieser Kategorie von AG mit Staatsbeteiligungen werden beispielsweise die RUAG Holding AG, die PostFinance AG – eine Tochtergesellschaft der Post – sowie die Rheinsalinen AG aufgeführt.⁵⁹ Bei der *PostFinance AG*, entstanden als

⁵² Diese Ordnung (als *lex specialis*) gilt nicht bei spezialgesetzlichen AG nach Bundesrecht: *Wernli/Rizzi*, in: BSK OR II (Fn. 24), Rn. 1 zu Art. 763 OR.

⁵³ Generell: *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 23), § 63 Rn. 42 ff.; *Vogel* (Fn. 4), S. 54 ff.; *ders.*, ZBl 104 (2003), 418, 420 ff.; *Wernli/Rizzi*, in: BSK OR II (Fn. 24), Rn. 3 ff. zu Art. 763 OR.

⁵⁴ Art. 763 Abs. 1 OR erwähnt „Gesellschaften und Anstalten, wie Banken, Versicherungs- oder Elektrizitätsunternehmen“; diese Aufzählung erfolgt beispielhaft und nicht abschließend.

⁵⁵ Die subsidiäre Staatshaftung stellt ein notwendiges Element im Rahmen von Art. 763 Abs. 1 OR dar: *Vogel*, ZBl 104 (2003), 418, 420; dass bei Unternehmen mit einer Staatsbeteiligung auch der Staat – primär oder sekundär – zur Verantwortung gezogen werden kann, ist an sich nicht außergewöhnlich, wie sich bei der gemischtwirtschaftlichen AG zeigt: Art. 762 Abs. 4 OR.

⁵⁶ *Wernli/Rizzi*, in: BSK OR II (Fn. 24), Rn. 1 zu Art. 763 OR; *Vogel*, ZBl 104 (2003), 418, 421; als Beispiele werden immerhin diverse KB erwähnt: *Buob* (Fn. 23), Rn. 69 ff.

⁵⁷ Statt aller: *Tschannen/Zimmerli/Müller* (Fn. 11), § 10 Rn. 6 ff.

⁵⁸ *Tschannen/Zimmerli/Müller* (Fn. 11), § 10 Rn. 6 a. E. (Hervorhebungen des Originals weggelassen).

⁵⁹ *Tschannen/Zimmerli/Müller* (Fn. 11), § 10 Rn. 7.

„Ausgliederung“ in eine „privatrechtliche Aktiengesellschaft“ (Art. 14 Abs. 1 POG), muss die Post eine Aktionärin sein.⁶⁰ Die *RUAG* (ehemals der „Bundesrüstungsbetrieb“)⁶¹ wurde vom Bund auf der Grundlage von Art. 620 ff. OR gegründet. Da *Rheinsalinen* eine „reguläre“ AG ist, verstößt eine Statutenbestimmung mit einer Aktionärspflicht gegen Art. 680 Abs. 1 OR.⁶²

M. E. in diese Kategorie – und insbesondere nicht zu gemischtwirtschaftlichen AG – gehört ebenfalls die *BEKB*, also die KB des Kantons Bern. Bei der *BEKB* handelt es sich, was relativ selten vorkommt bei den KB, um eine „reguläre“ AG, ohne dass ein statutarisches Abordnungsrecht in deren VR besteht. Unbesehen dessen wird der *Kanton Bern privilegiert*, indem die konkrete Vinkulierungsklausel mit einer Prozent-Begrenzung in der Höhe von 5 % des Aktienkapitals nicht anwendbar ist.⁶³

III. Verantwortlichkeiten

1. Rechtsgrundlage(n) und Haftung(en)

Verantwortlichkeiten bzw. Haftungen – m. a. W. Schadenersatzansprüche – stellen nicht allein bei den „regulären“ AG, sondern ebenfalls bei den Unternehmungen mit Staatsbeteiligungen ein Zentralthema dar. Probleme ergeben sich u. a. aus allfälligen Überschneidungen von öffentlich-rechtlichen Aspekten (Staatshaftungsrecht)⁶⁴

⁶⁰ Die Post (und damit indirekt der Bund) muss die kapital- und stimmenmäßige Mehrheit halten: Art. 14 Abs. 2 POG; heute gehören 100 % der Aktien der Schweizerischen Post AG.

⁶¹ Art. 1 BGRB: „¹Zur Sicherstellung der Ausrüstung der Armee [...] kann der Bund [...] Aktiengesellschaften des privaten Rechts gründen oder sich an solchen Gesellschaften beteiligen. ²Der Bundesrat wird ermächtigt, Aktiengesellschaften des privaten Rechts im Namen des Bundes zu gründen [...]“; die gesamte Wirtschaftstätigkeit in diesem Bereich hat mittels AG zu erfolgen: Art. 3 BGRB; der Bund soll im bzw. in den VR der entsprechenden Gesellschaften vertreten sein: Art. 4 BGRB; obwohl durch das BGRB nicht vorgeschrieben, ist der Bund der Alleinaktionär der *RUAG* (vgl. Bericht BR re Wettbewerbsmärkte (Fn. 6), S. 43); allg.: *Schmutz*, Gefangen zwischen Markt und Verwaltung, *NZZ* vom 1.3.2018, 12.

⁶² In diesem Sinn: Der Bund vom 19.12.2016, 1 und 15 („Salzmonopol gerät unter Druck“ und „Der Professor ist baff“).

⁶³ Die *BEKB* sieht *vinkulierte Namenaktien* vor, für die eine *Eintragungsschranke* von 5 % des Aktienkapitals besteht; Art. 5 Abs. 3 lit. a a. E. Statuten *BEKB* enthält in diesem Zusammenhang indessen die folgende *Ausnahmebestimmung*: „Der Kanton Bern ist von der Eintragungsbegrenzung befreit“; d. h., der Kanton Bern, der Ende des Jahres 2017 eine Beteiligung von 51,5 % am Aktienkapital hielt, kann als „regulärer“ Mehrheitsaktionär die Willensbildung der *BEKB* maßgeblich bestimmen.

⁶⁴ Statt aller: *Buob* (Fn. 23), Rn. 554 ff.

mit privatrechtlichen Fragen;⁶⁵ auf *aktienrechtliche* Themen wird im Folgenden übersichtsmäßig hingewiesen.⁶⁶

Allfällige Schadenersatzkläger, also in erster Linie die Aktionäre, die Gläubiger oder die AG selber, können *gegen Mitglieder des VR* – und allenfalls *gegen den Staat* – auf unterschiedlicher Rechtsgrundlage vorgehen. Dies hängt primär ab von der vorliegenden Gesellschaftsform („reguläre“ AG, gemischtwirtschaftliche AG etc.) und damit von der konkret anwendbaren Gesetzesbasis (z. B. Art. 754 ff. OR, Art. 762 OR oder Art. 763 OR); insofern erweist sich die Rechtslage für die „*Staatsvertreter*“ *im VR* als differenziert.⁶⁷

In aller Regel geht es bei Schadenersatzansprüchen gegen Unternehmensexekutiven, etwas trivialisiert, um *vier Haftungsvoraussetzungen*, die meist vom Kläger zu beweisen sind:⁶⁸ Schaden, Pflichtverletzung⁶⁹, Verschulden und Kausalzusammenhang. Daran ändert sich bei privatrechtlichen Klagen auch dann nichts, wenn keine natürliche Person als Mitglied des VR, sondern vielmehr der „*delegierende*“ *Staat eingeklagt* werden sollte.

2. Passivlegitimation

a) Staat

(1) Grundordnung

Die Antwort auf die zentrale Frage „Haftet der Staat für Unternehmen mit Staatsbeteiligung?“ erscheint so simpel wie komplex: „Es kommt darauf an“. Sollte es um den *Staat als Aktionär* gehen, etwa bei den „regulären“ AG, haftet der Staat nicht, selbst wenn ein „Staatsvertreter“ von der GV als Mitglied des VR gewählt worden sein sollte.⁷⁰ Bei AG besteht *keine Aktionärhaftung*, und auf diese aktien-

⁶⁵ Dabei geht es primär um die Verantwortlichkeit der *Unternehmensexekutive* und um das Spannungsdreieck zwischen AG, VR-Mitgliedern sowie Aktionären; vgl. *Forstmoser/Jaag* (Fn. 20), passim; zur Corporate Governance: *Bühler*, SJZ 2011, 513, passim.

⁶⁶ Es erfolgt eine Beschränkung auf die *Verantwortlichkeit* (Art. 754 ff. OR) sowie auf die *Passivlegitimationen* der „Staatsvertreter“ im VR und des Staates; statt aller: *Buob* (Fn. 23), Rn. 852 ff.

⁶⁷ Der Begriff „Staatsvertreter“ wird untechnisch verwendet; damit können, müssen aber nicht die abgeordneten Mitglieder im VR von gemischtwirtschaftlichen AG gemeint sein (Art. 762 Abs. 1 OR).

⁶⁸ Prototypisch wird für die VR-Mitglieder festgehalten, dass sie „für den Schaden verantwortlich [sind], den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen“ (Art. 754 Abs. 1 OR); allg.: *Kunz*, AJP 1998, 1267, 1267 ff. und v. a. 1272 ff.; *Forstmoser/Jaag* (Fn. 20), Rn. 53 ff.

⁶⁹ Bei Staatsbeteiligungen stellt sich v. a. die Rechtsfrage, ob das Mitglied des VR eine Pflichtverletzung begeht, wenn es die Weisungen des Staates – entgegen den Interessen der AG – befolgt.

⁷⁰ *Forstmoser/Jaag* (Fn. 20), Rn. 104.

rechtliche Grundordnung⁷¹ kann sich auch der Staat als Aktionär – vorbehaltlich einer allfälligen Vertrauenshaftung – berufen.⁷²

Davon zu unterscheiden ist die Situation, dass der Staat als Aktionär maßgeblichen Einfluss auf die Willensbildung der AG nimmt, beispielsweise im Rahmen einer staatlichen Mehrheitsbeteiligung oder auf andere Weise. Verantwortlich sind nicht allein formelle Organe, also primär die Mitglieder des VR, sondern „alle mit der Geschäftsführung [...] befassten Personen“ (Art. 754 Abs. 1 OR). Der *Staat als materielles Organ* kann somit *ausnahmsweise* auf Grundlage von Art. 754 ff. OR zur Verantwortung gezogen werden.⁷³

Die aktienrechtlichen Regelungen betreffend die Verantwortlichkeit (und die Praxis dazu) gelangen nicht zuletzt bei den *spezialgesetzlichen AG* – zumindest auf *Bundesebene* – zur Anwendung. Dies ergibt sich beispielsweise aus Art. 14 SBBG: „Für die Verantwortlichkeit der Mitglieder des Verwaltungsrates und der Generaldirektion der SBB sowie der Revisionsstelle gelten die Artikel 752 ff. des Obligationenrechts über die Verantwortlichkeit“.⁷⁴ M. a. W. besteht *keine (automatische) Staatshaftung* bei diesen Gesellschaften.

(2) Spezialregelungen

Die aktienrechtliche Grundordnung sieht, etwas trivialisiert, eine staatliche Nichthaftung vor. Anders verhält es sich indessen bei den *spezialgesetzlichen AG* auf *kantonal* Ebene. Bei diesen Unternehmungen gilt das Aktienrecht im Prinzip nicht, allerdings nur unter der Voraussetzung, dass „der Kanton die subsidiäre Haftung für deren Verbindlichkeiten übernimmt“ (Art. 763 Abs. 1 OR).⁷⁵ In diesem engen Wirtschaftsbereich besteht somit eine *subsidiäre Staatshaftung*, und zwar für die *Kantone als Aktionäre* (v. a. bei KB).⁷⁶

Eine *Staatshaftung* wird schließlich bei den *gemischtwirtschaftlichen AG* explizit vorgesehen: „Für die von einer Körperschaft des öffentlichen Rechts abgeordneten Mitglieder haftet die Körperschaft der Gesellschaft, den Aktionären

⁷¹ Art. 620 Abs. 2 OR: „Die Aktionäre sind nur zu den statutarischen Leistungen verpflichtet und haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht persönlich“; die Statuten der AG können keine Aktionärspflichten (und v. a. keine Gesellschafterhaftung) vorsehen: Art. 680 Abs. 1 OR.

⁷² Sollten indessen spezifische Absprachen bzw. „Verständnisse“ zwischen dem Staat als Aktionär und einem „Staatsvertreter“ im VR bestehen, könnte allenfalls im Innenverhältnis regressiert werden.

⁷³ Vgl. *Forstmoser/Jaag* (Fn. 20), Rn. 106 ff.; *Bühler* (Fn. 19), 513, 517 f.; allg.: *Kunz*, *Materielle Organschaft („faktische VR“): Voraussetzungen sowie Folgen im Aktienrecht*, in: *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX*, Bern 2014, S. 173, passim.

⁷⁴ Materiell identische Verweisungsnormen sind Art. 11 Abs. 2 POG sowie Art. 18 Abs. 2 TUG; generell: *Buob* (Fn. 23), Rn. 907 ff. und 911 ff.

⁷⁵ Von diesem Erfordernis einer subsidiären Staatshaftung der Kantone wird einzig bei AG verzichtet, die vor dem Jahr 1883 gegründet wurden (Art. 763 Abs. 2 OR); m.W. gibt es heute überhaupt keinen Anwendungsfall einer solchen AG mehr.

⁷⁶ Vgl. *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 23), § 63 Rn. 42 ff.; *Vogel* (Fn. 4), S. 54 ff.

und den Gläubigern gegenüber, unter Vorbehalt des Rückgriffs nach dem Recht des Bundes und der Kantone“ (Art. 762 Abs. 4 OR).⁷⁷ Damit wird ausschließlich die *Passivlegitimation des Staates* festgelegt, ohne dass damit eine Privilegierung – z. B. betreffend Pflichten – verbunden wäre.⁷⁸

b) VR-Mitglieder

Für *sämtliche VR-Mitglieder* besteht eine *unbeschränkte Haftung*, sofern sie in Verletzung ihrer Pflichten vorsätzlich oder fahrlässig einen Schaden verursachen (Art. 754 Abs. 1 OR). Diese aktienrechtliche Ordnung gilt für sämtliche Mitglieder des VR, folglich sind die allfälligen „*Staatsvertreter*“ *persönlich haftbar*, mindestens im Prinzip.⁷⁹ M. E. stellt insbesondere die Befolgung von Weisungen des Staates keine Abwehrmöglichkeit dar, wenn *weisungsgemäßes Verhalten* nicht mit den Gesellschaftsinteressen in Einklang steht.⁸⁰

Für die „*Staatsvertreter*“ im VR kann es allenfalls zu einer *Haftungsbefreiung* kommen, zumindest im *Innenverhältnis* (Stichwort: Regress auf den „delegierenden“ Staat). Als Rechtsgrundlage kommen beispielsweise das öffentliche Recht zur Anstellung des „*Staatsvertreter*“ oder eine allfällige Abrede mit dem „delegierenden“ Staat in Frage; sofern die *Weisungen des Staates* befolgt werden, muss der „*Staatsvertreter*“ schadlos gehalten werden.⁸¹

Im Übrigen kann es zu einer *Haftungsbefreiung* der Mitglieder des VR im *Außenverhältnis* kommen, basierend auf aktienrechtlichen Vorkehrungen. Als Beispiel kann in diesem Zusammenhang die *Delegation im VR* erwähnt werden: „Wer die Erfüllung einer Aufgabe befugterweise einem anderen Organ überträgt, haftet für den von diesem verursachten Schaden, sofern er nicht nachweist, dass er bei der Auswahl, Unterrichtung und Überwachung die nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat“ (Art. 754 Abs. 2 OR).⁸²

⁷⁷ Nach dieser Regelung haftet der Staat direkt, primär und ausschließlich: *Stämpfli* (Fn. 23), S. 132; *Wernli/Rizzi*, in: BSK OR II (Fn. 24), Rn. 20 f. zu Art. 762 OR; allg.: *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 23), § 63 Rn. 5; *Buob* (Fn. 23), Rn. 880 ff.

⁷⁸ Dies wird etwa in Art. 762 Abs. 2 OR ersichtlich, denn die vom Staat abgeordneten Personen „haben die gleichen Rechte und Pflichten wie die von der Generalversammlung gewählten“.

⁷⁹ Übersicht: *Forstmoser/Jaag* (Fn. 20), Rn. 97 ff.; außerdem zu den „regulären“ AG: *Buob* (Fn. 23), Rn. 854; *Jaag* (Fn. 20), S. 379, 397; *Stämpfli* (Fn. 23), S. 132.

⁸⁰ Gleicher Meinung: *Buob* (Fn. 23), Rn. 855 und 876 f.; allg.: *Wernli/Rizzi*, in: BSK OR II (Fn. 24), Rn. 23 f. zu Art. 762 OR; *Jaag* (Fn. 20), S. 379, 396 f.; *Stämpfli* (Fn. 23), S. 128 ff.; *Forstmoser/Jaag* (Fn. 20), Rn. 36 f.

⁸¹ M. E. ergibt sich diese Pflicht des Staates aus Gründen des Vertrauensschutzes; *Jaag* (Fn. 20), S. 379, 397, hält fest: „Wird ein Vertreter des Staates für Schädigungen der Gesellschaft belangt, muss er sich, wenn er gemäss den Weisungen des Auftraggebers gehandelt hat, beim Staat für den geleisteten Schadenersatz schadlos halten können“; der Autor macht allerdings geltend, dass dies „ausdrücklich zu regeln“ ist in einer Vereinbarung (a. a. O., S. 397), und lässt offen, was gelten soll, wenn es daran fehlt.

⁸² Die „*Staatsvertreter*“ *als Nicht-Delegierte* des VR haften nicht, wenn dieser dreifache Nachweis („*curae in eligendo, in instruendo et in custodiendo*“) gelingt; weitere Voraussetzun-

Eine *Haftungsbefreiung* – notabene im *Außenverhältnis* – für die abgeordneten Mitglieder ergibt sich schließlich aus Art. 762 Abs. 4 OR,⁸³ also nur, aber immerhin bei den *gemischtwirtschaftlichen AG*. Passivlegitimiert ist aufgrund dieser Regelung nicht das abgeordnete Mitglied des VR, sondern einzig der abordnende Staat. Sollten die „Staatsvertreter“ jedoch ihre VR-Pflichten im Rahmen von Art. 762 Abs. 3 OR verletzen, müssen sie im Innenverhältnis mit *Regressansprüchen des Staates* rechnen (Art. 762 Abs. 4 OR).⁸⁴

gen für eine haftungsbefreiende Delegation ergeben sich aus Art. 716b OR; generell: *Buob* (Fn. 23), Rn. 790 ff.

⁸³ Es handelt sich um eine „ausschließliche Haftung des Gemeinwesens an Stelle der persönlichen Verantwortlichkeit“ der VR-Mitglieder: *Stämpfli* (Fn. 23), S. 105; zudem: *Forstmoser/Jaag* (Fn. 20), Rn. 74 sprechen von einer *stellvertretenden Haftung* für die abgeordneten Mitglieder des VR.

⁸⁴ Vgl. *Forstmoser/Jaag* (Fn. 20), Rn. 100 sowie 170 ff. m. w. H.