

# **Der Staat als faktisches Organ einer von ihm beherrschten privaten Aktiengesellschaft**

Peter Böckli\*

em. Professor, Advokat

Christoph B. Bühler\*

Dr. iur., LL.M., Advokat

## **I. Einleitung**

Betätigt der Staat sich ausserhalb der klassischen Verwaltung, so stösst er mit seinen überkommenen Strukturen auf Schwierigkeiten, vor allem, wenn er sich wirtschaftlich betätigt und – wenn auch immer noch mit dem öffentlichen Interesse im Auge – ins Gewand des Unternehmers schlüpft. Die Führung einer wirtschaftlich tätigen Organisationseinheit setzt Flexibilität und damit eine gewisse Autonomie, eigene Finanzen und in der Regel auch eine eigene Rechtspersönlichkeit voraus<sup>1</sup>. Der Staat kann, um diesen Anforderungen gerecht zu werden, eine selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts<sup>2</sup> oder eine öffentlichrechtliche Aktiengesellschaft mit den wirtschaftlichen Aufgaben betrauen. Immer häufiger aber überträgt die öffentliche Hand eine stark von staatlichen Interessen geprägte wirtschaftliche Leistungserstellung auf eine privatrechtliche Aktiengesellschaft nach Artikel 620 ff. OR, und behält sämtliche Aktien im Eigentum. Eine weitergehende Privatisierung erfolgt dort, wo der Staat sich mit Privaten die Trägerschaft und Leitung der Aktiengesellschaft teilt, wobei sich der Staat in diesem Fall fast immer eine Mehrheitsbeteiligung vorbehält. Diese steht in untrennbarer Verbindung mit den übertragenen, immer noch stark durch öffentliche Interessen geprägten Aufgaben; sie soll dem Staat den Einfluss und die Kontrolle sichern, die der öffentlichen Zweckbestimmung seiner Beteiligung entspricht<sup>3</sup>.

\* Die Verfasser danken Herrn lic. iur. Manuel MOHLER für seine Mitwirkung bei der Erarbeitung der Literatur und für verschiedene Hinweise.

<sup>1</sup> JAAG (2000), 28.

<sup>2</sup> Vgl. zur Eigentümerrolle des Staates gegenüber seinen selbständigen Anstalten BÖCKLI (2007), 1141 ff.

<sup>3</sup> Vgl. *Corporate Governance-Bericht 2006*, Ziff. 4.1, 35.

Immer, wenn der Staat als Allein- oder Mehrheitsaktionär Einfluss auf die Führung einer von ihm beherrschten *privaten* Aktiengesellschaft nimmt, stellen sich die Fragen nach der Zulässigkeit und Grenzen einer bestimmenden Einwirkung des Staates aus aktienrechtlicher Sicht und die Frage nach den haftungsrechtlichen Risiken, die der Staat dabei eingeht.

## II. Formen der Staatsbeteiligungen an einer Aktiengesellschaft

Der Staat hat grundsätzlich drei Möglichkeiten, sich an einer *Aktiengesellschaft* zu beteiligen<sup>4</sup>:

- (i) Der Staat kann sich neben Privaten an der Trägerschaft und Leitung einer *gemischtwirtschaftlichen* Aktiengesellschaft beteiligen. Die Beteiligung erfolgt im Rahmen der Sonderregelung von Artikel 762 OR, wonach der öffentlichen Hand statutarisch Sonderrechte auf Ernennung und Abberufung von Mitgliedern des Verwaltungsrats oder der Revisionsstelle eingeräumt werden<sup>5</sup>. Die gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft gründet auf einem Vertrag zwischen der Aktiengesellschaft und der öffentlichen Hand, wobei der Vertragsschluss durch das Gemeinwesen einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Beispiele für gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaften sind die *Skyguide*<sup>6</sup>, die *Flughafen Zürich AG*<sup>7</sup> oder die *St. Galler Kantonalbank*.
- (ii) Der Staat kann zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe auch eine *spezialgesetzliche* Aktiengesellschaft schaffen. Der Bund kann eine solche Gesellschaft gestützt auf seine Organisationskompetenz<sup>8</sup> sowie auf die Rechtsetzungskompetenz im Privatrecht<sup>9</sup> beliebig durch Gesetz bilden. Demgegenüber sind die Kantone durch Artikel 763 OR eingeschränkt, wonach die Aktiengesellschaft unter Mitwirkung öffentlicher Behörden geleitet werden und der Kanton die subsidiäre Haftung übernehmen muss<sup>10</sup>. Die Errichtung einer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft folgt nicht nach den Regeln des Obligationenrechts, sondern richtet sich nach kantonalem Gesetz oder einem speziellen Bundeserlass, in dem die Grundzüge der Organisation, des Kapitals sowie der Haftungsverhältnisse geregelt werden. Beispiele für spezialgesetzliche Aktiengesellschaften

<sup>4</sup> Vgl. FORSTMOSER / JAAG (2000), 18 ff.; BINDER / ROBERTO (2007), N. 2-4 zu Art. 762; JAAG (2000), 30 ff.; DAENIKER (2000), 57 ff.

<sup>5</sup> FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL (1996), § 63 N. 7; JAAG (2000), 31.

<sup>6</sup> Art. 40 Abs. 2 LFG; Art. 5 ff. VFSD.

<sup>7</sup> § 2 des Flughafengesetzes ZH.

<sup>8</sup> Art. 178 Abs. 3 BV.

<sup>9</sup> Art. 122 Abs. 1 BV.

<sup>10</sup> Vgl. JAAG (2000), 32.

sind auf Bundesebene etwa die *Schweizerische Nationalbank*<sup>11</sup>, die *SBB*<sup>12</sup> sowie die *Swisscom*<sup>13</sup> und auf kantonaler Ebene die *Genfer*, *Jurassische*, *Waadtländische*, *Walliser* und *Zuger Kantonalbank*<sup>14</sup>.

- (iii) Schliesslich kann sich der Staat an einer rein *privatrechtlich* strukturierten Aktiengesellschaft nach Artikel 620 ff. OR beteiligen. Der Staat hält dabei wie ein Privater eine Beteiligung als Aktionär an der Aktiengesellschaft und geniesst im Vergleich zu einem privaten Investor keine Sonderrechte. Aktiengesellschaften, die sich vollumfänglich im Eigentum des Staates befinden, werden auch als «öffentliche Unternehmen in Privatrechtsform» bezeichnet<sup>15</sup>. Beispiele dafür sind auf Bundesebene die *Rüstungsunternehmen des Bundes (RUAG)*, als interkantonales Unternehmen die *Nordostschweizerischen Kraftwerke (NOK)* und – als kantonale Unternehmen – die *Berner* und die *Luzerner Kantonalbank*.

Der vorliegende Beitrag zielt auf die aktienrechtlichen Auswirkungen einer Beteiligung des Staates an einer privaten Aktiengesellschaft im Sinne dieses letzteren Anwendungsfalls ab.

### **III. Aktienrechtliche Rahmenbedingungen des aktiven Hineinwirkens Staates in die von ihm beherrschte Aktiengesellschaft**

#### **A. Keine Treupflicht des Aktionärs im Aktienrecht**

Dem Aktionär steht die Interpretation seiner Rolle als Anteilseigner grundsätzlich frei. Weder ist er zur gestaltenden Einflussnahme auf die Unternehmenspolitik noch grundsätzlich zur Zurückhaltung verpflichtet. Ob und wie ein Aktionär von seinen Rechten Gebrauch macht, hängt regelmässig von individuellen Investitionszielen ab, die kurzfristigen oder langfristigen finanziellen Interessen entsprechen oder strategischer Natur sein mögen.

Der Aktionär hat über die Liberierungspflicht hinaus keine Pflichten<sup>16</sup> und zwar – auch wenn er an der Gesellschaft mehrheitlich beteiligt ist – gegenüber «seiner» Aktiengesellschaft nach bewährter Schweizer Lehre auch *keine echte Treupflicht*<sup>17</sup>. Artikel 680 Absatz 1 OR bestimmt:

<sup>11</sup> Art. 1 Abs. 1 NBG.

<sup>12</sup> Art. 2 Abs. 1 SBBG.

<sup>13</sup> Art. 2 Abs. 1 TUG.

<sup>14</sup> Per 1.1.2010 wird auch die *Glarner Kantonalbank* in eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft umgewandelt.

<sup>15</sup> Vgl. JAAG (2000), 30 m.w.H.

<sup>16</sup> FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL (1996), § 42 N. 8; Botschaft 2007, 1664, Ziff. 2.1.15.

<sup>17</sup> FORSTMOSER (1998), 254 ff.; BÖCKLI (2004), § 1 N. 14 und § 13 N. 659.

«<sup>1</sup> Der Aktionär kann auch durch die Statuten nicht verpflichtet werden, mehr zu leisten als den für den Bezug einer Aktie bei ihrer Ausgabe festgesetzten Betrag.»

Die Gesellschaft ist rechtlich ausserstande, einen Aktionär verbindlich auf eine bestimmte Art der Bildung ihres eigenen körperschaftlichen Willens festzulegen. Dies verstiesse auch gegen das Grundprinzip von Artikel 698 OR, demzufolge das oberste Organ die Versammlung der Aktionäre ist, in der diese gerade den Willen der Gesellschaft bestimmen. Würde die Gesellschaft als juristische Person den Willen jener bestimmen, die die Geschicke der Gesellschaft bestimmen, läge die letzte Willensfestlegung beim Exekutivorgan<sup>18</sup>.

## B. Unübertragbare und Befugnisse der Generalversammlung

Trotz des Wortlautes von Artikel 698 OR besteht in Doktrin und Praxis Einigkeit darüber, dass der Begriff «*oberstes*» Organ nicht bedeutet, der Generalversammlung würde «Omnipotenz» zukommen. Der Gesetzgeber hat die Kompetenzen und Handlungsspielräume des Verwaltungsrats gegenüber denjenigen der Generalversammlung in der letzten Revision des Aktienrechts von 1991 vielmehr bewusst ausgedehnt. Zwar steht die Generalversammlung in dem Sinne zuoberst, dass sie den Verwaltungsrat wählt und abberuft und wichtige Weichenstellungen trifft. Generalversammlung und Verwaltungsrat stehen aber entsprechend der *Paritätstheorie* nicht hierarchisch über- bzw. untereinander, sondern *funktional neben einander*, je mit eigenen, abgegrenzten Kompetenzbereichen<sup>19</sup>. Das Gesetz weist sowohl der Generalversammlung (Art. 698 Abs. 2 OR) als auch dem Verwaltungsrat (Art. 716a Abs. 1 OR) gewisse Aufgabenbereiche *zwingend* zur Erfüllung zu<sup>20</sup>.

Allerdings gilt es zu beachten, dass die Generalversammlung nach wie vor die Kapitalstruktur der Gesellschaft bestimmt und die Ausschüttungen festlegt. Zudem beschliesst die Generalversammlung die Statuten. Durch eine entsprechend enge statutarische Zweckumschreibung kann sie dafür sorgen, dass bestimmte Tätigkeiten und grundlegende Entscheide, wie etwa die Gründung von Tochtergesellschaften, von der Generalversammlung zu beschliessen sind.

Artikel 698 Absatz 2 OR enthält den Katalog der «*unübertragbaren Befugnisse*» der Generalversammlung. Im Bereich dieser zwingend der Generalversammlung zugewiesenen Befugnisse muss sie materiell selbst entscheiden; eine Delegation ist nicht möglich. Zum unübertragbaren Zuständigkeitsbereich der Generalversammlung gehören insbesondere die Festsetzung und Änderung der Statuten, die Wahl und Abberufung der anderen Organe, die Genehmigung von Jahresbericht,

<sup>18</sup> FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL (1996), § 23 N. 95 f.

<sup>19</sup> FORSTMOSER (1994), S. 170 ff.; HOMBURGER, ZK (1997), Art. 716a N. 513 ff.; BÖCKLI (2004), § 13 N. 439/40.

<sup>20</sup> Vgl. dazu nachstehend III.C.

Jahresrechnung und einer allfälligen Konzernrechnung, die Beschlussfassung über die Gewinnverwendung sowie der Erteilung der Entlastung.

Ziffer 6 von Artikel 698 Absatz 2 OR schliesslich ist als *Generalklausel* ausgestaltet, die auf *weitere Gesetzes- und Statutenbestimmungen* verweist, welche die Beschlussfassung durch die Generalversammlung vorbehalten. Grundsätzlich muss die Grenze der Zulässigkeit in Anwendung der Paritätstheorie dort gezogen werden, wo die Befugnisse von Gesetzes wegen zwingend einem anderen Organ zugewiesen sind<sup>21</sup>.

### **C. Festlegung der Strategie als unentziehbare Kernkompetenz des Verwaltungsrates**

Die Aktiengesellschaft verfolgt nach dem Verständnis des Gesetzes eine eigene, vom Verwaltungsrat festzulegende *Strategie*, die in Artikel 716a Absatz 1 Ziffer 1 OR unter dem Begriff der «Oberleitung» zusammenfasst ist. Die Oberleitung der Gesellschaft gehört zu den unübertragbaren und unentziehbaren Kernkompetenzen des Verwaltungsrates. Der Begriff der «Oberleitung» beinhaltet

- (i) die Festlegung der Ziele und Unternehmenspolitik;
- (ii) die Wahl der Mittel und Ressourcen, um die Ziele zu erreichen;
- (iii) die dauernde Bemühung um das Gleichgewicht zwischen Zielen und Mitteln im Auf und Ab des Geschäftsganges;
- (iv) die grundsätzliche Weisung an die Geschäftsführung, wie sie die Ziele anzustreben und wie sie mit diesen Mitteln umzugehen hat, und schliesslich
- (v) die Bereitschaft zum Eingreifen, wenn die Dinge aus dem Ruder zu laufen beginnen.

Das bedeutet, die Festlegung der Strategie der Gesellschaft, die Auswahl und die Abgrenzung der konkreten Geschäftsfelder, die Festlegung der unternehmerischen Prioritäten und die Sorge um das finanzielle Gleichgewicht sind zwingend Aufgaben des Verwaltungsrates<sup>22</sup>.

Wegen der gesetzlich verankerten Eigenverantwortung des Verwaltungsrates sind die Aktionäre nicht in der Lage, beliebige Kompetenzen *rechtsgültig* der Generalversammlung zuzuteilen. Nur solche Gegenstände, die nicht Akte der Geschäftsführung betreffen, können die Statuten im Sinne von Artikel 698 Absatz 2 Ziffer 6 OR dem Entscheid der Aktionäre zuordnen. Im Bereich der unentziehbaren und unübertragbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates ist eine Ab-

<sup>21</sup> BÖCKLI (2004), § 12 N. 33, § 13 N. 439/40; a.M. BERTSCHINGER (2002), 316/17, der aus dieser Bestimmung parallele Geschäftsführungskompetenzen der Generalversammlung ableitet. – Vgl. Botschaft 2007, 1686, Ziff. 2.1.30 zur Frage eines Genehmigungsvorbehalts für Verwaltungsratsbeschlüsse.

<sup>22</sup> BÖCKLI (2004), § 13 N. 307.

schiebung der letzten Verantwortung an die Generalversammlung nicht möglich<sup>23</sup>.

Anders als bei der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft kann der Staat in Bezug auf rein *privatrechtliche* Aktiengesellschaften somit keine verbindlichen strategischen Ziele vorgeben. Strategische oder politische Zielvorgaben, die dem Staat einen besonderen Einfluss ermöglichen, sieht das Aktienrecht nicht vor. Der Staat hat seine Rechte als Anteilseigner vielmehr im Rahmen der Generalversammlung wahrzunehmen<sup>24</sup>. Diese ist jedoch ebenfalls *kein Geschäftsführungsorgan*. Sie ist weder dazu berufen noch dazu geeignet, Geschäftsführungsentscheide zu treffen. Eine parallele Geschäftsführungskompetenz der Generalversammlung wäre auch nicht vereinbar mit dem verantwortungsrechtlichen Prinzip der Kongruenz von Führung und Haftung<sup>25</sup>. Ein echter Vorbehalt der Genehmigung von Geschäftsführungsentscheiden durch die Generalversammlung würde die Zuweisung der letzten Entscheidungskompetenz an ein anderes Organ bedeuten, womit in den zwingenden unübertragbaren Kompetenzbereich des Verwaltungsrates gemäss Artikel 716a Absatz 1 OR eingegriffen würde<sup>26</sup>. Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Generalversammlung aber auch für Geschäftsführungsentscheide, die unterhalb der Bedeutungsebene der unentziehbaren und unübertragbaren Kernkompetenzen des Artikel 716a Absatz 1 OR liegen, unzuständig.

#### D. Der «fiduziarische Verwaltungsrat» ausserhalb des Konzernverbunds

Das Aktienrecht setzt der Vorstellung eines «treuhänderischen Verwaltungsrates» enge Grenzen, jedenfalls *ausserhalb des Konzernverhältnisses*<sup>27</sup>. Einer Bindung des Verwaltungsrates durch Mandatsvertrag ist insoweit die rechtliche Wirkung zu versagen, als sie gegen die Konzeption des Verwaltungsrates als eigenverantwortlich handelndes Beratungs- und Beschlussorgan verstösst.

Unterwirft sich der *Verwaltungsrat* ausserhalb einer Konzernstruktur dennoch den konkreten Weisungen Dritter – wie z.B. der Hauptaktionäre –, so begibt er sich in ein Spannungsverhältnis mit seiner Pflicht, die Interessen der Gesellschaft gemäss Artikel 717 OR in guten Treuen zu wahren. Der Verwaltungsrat darf sich auf jeden Fall im Bereich der Hauptaufgaben des Artikel 716a Absatz 1 OR, wo er nach eigenem bestem Wissen und Gewissen zu handeln hat, nicht an Dritte

<sup>23</sup> FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL (1996), § 22 N. 77; BÖCKLI (2004), § 13 N. 293; a.M. BERTSCHINGER (2002), 309 ff.

<sup>24</sup> Vgl. zu den aktienrechtlichen Kontrollmitteln im Sinne von Art. 620 ff. OR auch NOBEL (2000), 159 ff.

<sup>25</sup> Vgl. dazu unten V.B.

<sup>26</sup> Vgl. zum Ganzen BÖCKLI (2004), § 12 N. 36 ff. und § 13 N. 293 ff.; Botschaft 1983, BBl 1983 II, 842 und 921; FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL (1996), § 30 N. 71; NIKITINE (2007), 199. Eine in bestimmter Hinsicht hier abweichende Meinung von BERTSCHINGER (2002), 309 ff. ist bislang singular geliebt.

<sup>27</sup> Vgl. zur Rechtslage im Konzernverbund BÜHLER / HÄRING (2009), 103 ff.

ketten. Er muss eigenverantwortlich handeln und ist dem Unternehmensinteresse und nicht den Partikulärinteressen einzelner Aktionäre verpflichtet.

Der Verwaltungsratspräsident einer Aktiengesellschaft ist dafür verantwortlich, dass in der Gesellschaft die «Unentziehbarkeit» der Hauptaufgaben gemäss Artikel 716a Absatz 1 OR auch in der gelebten Wirklichkeit eingehalten wird. «Unentziehbar» heisst, dass die in Artikel 716a OR genannten Kernaufgaben wirklich von den gewählten und im Handelsregister eingetragenen Mitgliedern des Verwaltungsrates – und von niemandem anders – ausgeübt werden. Die Unentziehbarkeit bezieht sich dabei gerade auf das Verbot einer Abschiebung oder allmählichen Abwanderung von Oberleitungs-, Organisations- und Personalentscheiden der Verwaltungsratsebene «nach oben», d.h. auf die Ebene der bedeutenden Aktionäre oder des Mehrheitsaktionärs<sup>28</sup>.

#### **IV. Der Staat als faktisches Organ**

Neben den dargelegten allgemeinen aktienrechtlichen Rahmenbedingungen hat der Staat, wenn er als Hauptaktionär aktiv in die Gesellschaft hineinwirkt eine rechtliche Grenze zu beachten: die Scheidelinie zwischen einem aktiv interessierten Aktionär und einem faktischen Organ.

##### **A. Begriff der faktischen Organschaft**

Schon die Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23.2.1983 definierte die «faktische Organschaft» wie folgt:

*«Als faktisches Organ [gilt] der Hauptaktionär, der sich in die Geschäftsführung einmischt, der Treugeber oder Hintermann, der dem fiduziarischen Verwaltungsrat Weisungen erteilt, alle verborgenen Direktoren sowie jedermann, der, ohne gewählt oder besonders bezeichnet zu sein, dauernd und selbständig für die Gesellschaft und ihr Unternehmen wichtige Entscheide fällt»<sup>29</sup>.*

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind faktische Organe Personen, die tatsächlichen Organen vorbehalten Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgeblich mitbestimmen<sup>30</sup>. Als Beeinflussung in diese Sinne gilt jedoch nicht diejenige, die sich auf die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte in der Generalversammlung

<sup>28</sup> Zum andersartigen Fall der Kompetenzattraktion bei der Konzernierung durch die Obergesellschaft vgl. BÖCKLI (2004), § 11 N. 237 ff. und N. 275 ff.; BÜHLER / HÄRING (2009), 109 f.

<sup>29</sup> Botschaft 1983, BBl 1983 II 745 ff., Ziff. 361

<sup>30</sup> BGE 104 II 197; 107 II 353 ff.; 108 V 199; 114 V 213; 114 V 78; 128 III 92 ff. und 128 III 29 ff.

beschränkt. Auch der Aktionär, der sich ein Weisungsrecht über einen anderen Aktionär verschafft, bleibt auf der Ebene und in der Rolle der Aktionäre und wird nicht zum faktischen Organ. Der Begriff bezieht sich vielmehr auf die Einmischung der Hauptaktionäre *ausserhalb* der Generalversammlung. Nur wer an Entscheidungen in einer Weise mitwirkt, die wesentlich über die Vorbereitung und Grundlagenbeschaffung hinausgeht, kann faktisches Organ sein. Es geht um ein «organtypisches» Verhalten<sup>31</sup>.

## B. Rechtswidrigkeit der faktischen Organschaft

Verhält sich ein Hauptaktionär organtypisch und ist er unter den dargelegten Gesichtspunkten als sogenanntes faktisches Organ der Aktiengesellschaft zu qualifizieren, so untersteht er grundsätzlich der gesetzlichen Treuepflicht des Verwaltungsrates nach Artikel 717 Absatz 1 OR<sup>32</sup>. Rein als Aktionär dagegen, auch als Mehrheitsaktionär, bestehen für ihn, wie erwähnt, keine gesetzlichen Treuepflichten. Eine Beteiligungsquote als quantitatives Moment begründet noch keine Treuepflicht<sup>33</sup>. Und was vor allem in der deutschen Literatur<sup>34</sup> mit Vorliebe unter dem Stichwort «Treuepflicht der Aktionäre» erscheint, bezieht sich in Tat und Wahrheit weitgehend auf das Gebot eines Verhaltens nach Treu und Glauben und das Missbrauchsverbot. Dass jeder Aktionär und vor allem jeder bedeutende Aktionär sich an die allgemeinen Rechtsregeln zu halten hat, versteht sich von selbst.

Hauptaktionäre, die zum faktischen Organ werden, begehen zahlreiche Normverstösse: eine vom Wahlkörper nicht gewählte und im Handelsregister nicht eingetragene Person übernimmt organtypische Funktionen der Gesellschaft. Sie verstösst damit gegen die Hauptregel der rechtmässigen *Selbstverwaltung* einer Kapitalgesellschaft<sup>35</sup>. Eine Kompetenzattraktion ist nur im Konzernverhältnis unter bestimmten Voraussetzungen rechtlich akzeptabel, nämlich als Auswirkung der «einheitlichen Leitung» einer Obergesellschaft gegenüber einer Untergesellschaft. Im Falle organtypischen Eingreifens der Organe der Obergesellschaft im Bereich der Untergesellschaft handelt es sich aber immer um ein Wirken von dort ordnungsgemäss gewählten, im Handelsregister auch eingetragenen und als Konzernleitung legitimierten Organmitgliedern der oberen Ebene. *Ausserhalb des Konzernverbundes* jedoch ist die sogenannte faktische Organschaft unrechtmässig. Der Verwaltungsrat darf sie nicht dulden, und der als «verdeckter Verwaltungsrat»

<sup>31</sup> Begriff geprägt von FORSTMOSER (1982), 125 ff.

<sup>32</sup> KUNZ (2001), § 8 N. 45; BÖCKLI (2004), § 13 N. 659; BÖCKLI / BÜHLER (2005), 108.

<sup>33</sup> Zustimmend FORSTMOSER (1998), 254 ff.; KUNZ (2001), § 8 N. 44; BÖCKLI / BÜHLER (2005), 108; anders WATTER (1993), 124 f.

<sup>34</sup> RÖHRICHT (2003), 513 ff.; SCHMIDT (2002), 587 ff., 799 ff.

<sup>35</sup> Vgl. zum Grundsatz der Selbstverwaltung der Aktiengesellschaft BÖCKLI / BÜHLER (2008), 38; BÖCKLI (2004), § 1 N. 16; VON STEIGER (1976), 526; BAUDENBACHER, BSK (2002), Vorbem. zu Art. 620 N. 7.



handelnde Aktionär selbst macht sich verantwortlich. Eine Person, die über einen sogenannten «fiduziarischen Verwaltungsrat» durch Erteilung von konkreten Weisungen organotypisch in die Willensbildung des Verwaltungsrates einer Aktiengesellschaft eingreift, handelt rechtswidrig in doppelter Hinsicht<sup>36</sup>:

- (i) sie macht sich zum *faktischen Organ*, was in sich eine Verletzung der aktienrechtlicher Ordnung ist; und
- (ii) sie stiftet den Weisungsempfänger zur Verletzung der in Artikel 716a OR verankerten Pflicht zur *eigenverantwortlichen* Ausübung des Amtes eines Verwaltungsrates an.

Das rechtliche Problem trifft also sowohl den als Quasiorgan handelnden Hauptaktionär, wie auch, und insbesondere, den *Verwaltungsrat* bzw. seine Mitglieder. Der als faktisches Organ handelnde Aktionär und der «normal gewählte» Verwaltungsrat haften solidarisch, sofern die übrigen Voraussetzungen von Artikel 754 OR gegeben sind.

Der Aktionär, auch der Mehrheitsaktionär oder Alleinaktionär, ist von den in Artikel 716a Absatz 1 aufgezählten Aufgaben der Oberleitung, Gestaltung, Wahl und Aufsicht ausgeschlossen. Wenn der Staat in den Oberleitungsfragen der von ihm beherrschten Aktiengesellschaft wirklich mitwirken will, bleibt ihm nach Schweizer Aktienrecht somit nur ein rechtmässiger Weg: die Wahl eines ihr Vertrauen geniessenden Vertreters in den Verwaltungsrat im Sinne von Artikel 707 Absatz 3 OR. Auch dann allerdings stellt sich die Frage, ob und inwieweit der Staat später zur Verantwortung gezogen werden kann, wenn Dritte den im Verwaltungsrat tätigen Staatsvertreter wegen Pflichtverletzung und direkter oder indirekter Schädigung ins Recht fassen.

## **V. Aktienrechtliche Verantwortlichkeit des Staates aus faktischer Organschaft**

### **A. Haftungsvoraussetzungen**

Die Voraussetzungen der Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit nach Artikel 754 OR sind<sup>37</sup>:

- (i) ein *Schaden*;

<sup>36</sup> Vgl. BÄRTSCHI (2001), 101 ff.; HASENBÖHLER (2003), 25 f.; BÖCKLI (2004), § 13 N. 92, § 18 N. 109 und 141; BÖCKLI / BÜHLER (2005), 108; a.M. FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL (1996), § 28, N. 175 ff.; HOMBURGER, ZK (1997), Art. 716a N. 528, Art. 717 N. 26; DRUEY (1998), 15 f.; KRNETA (2005), N. 182 und N. 314; vgl. auch BGer. 4C.397/1998 vom 15.6.1999.

<sup>37</sup> BÄRTSCHI (2001), § 10 ff.; WIDMER / BANZ, BSK (2002), Art. 754 N. 13 ff.; HASENBÖHLER (2003), § 5; BÖCKLI (2004), § 18 N. 359; CORBOZ (2005), Art. 754 N. 17 ff.

- (ii) dessen *adäquatkausale Verursachung*;
- (iii) das Vorliegen einer *Pflichtwidrigkeit*, i.e. die Verletzung von Sorgfalts- oder anderen Rechtspflichten, die sich aus Gesetz oder Statuten ergeben; sowie
- (iv) ein *Verschulden*, wobei jedes Verschulden ausreicht.

Der *Beweis* dieser Voraussetzungen obliegt dem Kläger. Ein Teil der Lehre vertritt allerdings die Auffassung, dass die Haftung gegenüber der Gesellschaft und den Aktionären, anders als jene gegenüber den Gläubigern, als vertragsähnlich zu qualifizieren ist und daher mit Verweis auf Artikel 97 Absatz 1 OR das Verschulden vermutet wird und das Nicht-Verschulden vom Beklagten zu beweisen ist<sup>38</sup>. In der Praxis spielt diese Finesse allerdings anerkanntermassen keine Rolle, weil ohnehin die Gerichte, wenn der Kausalzusammenhang und die Pflichtverletzung im Prozess einmal erstellt sind, das Verschulden als gegeben annehmen<sup>39</sup>.

## **B. Passivlegitimation des Staates aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit**

### *1. Qualifikation des Staates als «Organ» im Sinne der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit?*

Im Schweizer Recht ist die aktienrechtliche Verantwortlichkeit bekanntlich rein *persönlich* konzipiert; sie trifft die *handelnde Organperson* als solche und nicht das Organ als Gremium (Verwaltungsrat, Geschäftsleitung)<sup>40</sup>. Nach der Praxis des Bundesgerichts sind jene Personen der Haftung unterstellt, «*die tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend bestimmen*»<sup>41</sup>, wobei nur die oberste Leitung einer Gesellschaft betroffen ist<sup>42</sup>.

Wirkt ein Aktionär – meist ist es der Hauptaktionär – in einer Art, die für ein Organ typisch ist, in die Geschäfte der beherrschten Gesellschaft hinein, so wird er nach den dargelegten Gesichtspunkten zu deren faktischem Organ. Er haftet in diesem Fall sowohl der Gesellschaft wie deren Gläubigern nach Artikel 754 OR bei schuldhafter Verletzung seiner Pflichten. Dies bedeutet, dass die Verantwortlichkeit des Artikel 754 OR den organtypisch in die Gesellschaft hineinwirkenden Aktionär so trifft, wie wenn er dem Verwaltungsrat der beherrschten Gesellschaft

<sup>38</sup> FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL (1996), § 36 N. 35 ff. m.w.H.

<sup>39</sup> BÖCKLI (2004), § 18 N. 432.

<sup>40</sup> Vgl. FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL (1996), § 36 N. 5 ff.; BÄRTSCHI (2001), 93; HASENBÖHLER (2003), 17.

<sup>41</sup> BGE 117 II 443; ähnlich schon BGE 114 V 218 und wieder BGE 128 III 31.

<sup>42</sup> BGE 117 II 573; so auch FORSTMOSER (1993), 10.

angehören würde<sup>43</sup>. Diese Rechtsauffassung wird heute zwar von der grossen Mehrheit der Autoren grundsätzlich geteilt<sup>44</sup>, jedoch wird ihr vereinzelt in jüngerer Zeit entgegengehalten, gemäss Artikel 707 Absatz 3 OR könnten nur *natürliche Personen* dem Verwaltungsrat angehören<sup>45</sup>. Diesem Einwand ist mit der überwiegenden Lehrmeinung<sup>46</sup> und Praxis<sup>47</sup> zu entgegnen, dass bei der Revision des Aktienrechts Artikel 754 OR so geändert wurde, dass er unmittelbar auf *«alle mit der Geschäftsführung befassten Personen»* anwendbar wird, womit die faktischen Organe in die aktienrechtliche Verantwortlichkeit einbezogen werden sollten. Hat ein Aktionär die faktische Geschäftsführung übernommen, kann er sich nicht mit dem Argument der Haftung gemäss Artikel 754 OR entziehen, er hätte, wenn er sich formell zur Wahl in den Verwaltungsrat gemeldet hätte, nach Artikel 707 Absatz 3 OR als solche nicht gewählt werden können, weil er keine natürliche Person sei<sup>48</sup>.

Artikel 707 Absatz 3 OR bestimmt:

*«Ist an der Gesellschaft eine juristische Person [...] beteiligt, so ist sie als solche nicht als Mitglied des Verwaltungsrates wählbar, dagegen können an ihrer Stelle ihre Vertreter gewählt werden.»*

Diese Bestimmung ist auch auf den Staat als Aktionär einer Aktiengesellschaft anwendbar<sup>49</sup>. Der Bund, der Kanton oder die Gemeinde sind als solche nicht in den Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft wählbar, doch können an ihrer Stelle «Vertreter» gewählt werden.

Grundsätzlich können bei den Aktiengesellschaften drei Arten von Staatsvertretern unterschieden werden<sup>50</sup>: die von der Generalversammlung nach Artikel 698 OR *gewählten*<sup>51</sup>, die nach Artikel 762 OR vom Gemeinwesen *entsandten* sowie die direkt gestützt auf das öffentliche Recht *entsandten*. Die letzteren beiden Kategorien scheiden im hier zur Beurteilung stehenden Fall der Beteiligung des Staates an einer rein *privatrechtlichen* Aktiengesellschaft von vornherein aus.

<sup>43</sup> Vgl. BGE 4C. 214.2001, Erw. 3a vom 29.10.2001, Erw. 3a; VON PLANTA (1981), 83; BÖCKLI / BÜHLER (2005), 108 f.; VETTER (2007), 72/3.

<sup>44</sup> Vgl. HOFSTETTER (1995), 194; VOGEL (1997), 349 ff.; FORSTMOSER (2000), 129.

<sup>45</sup> So vor allem VON BÜREN (2005), 207 ff.

<sup>46</sup> Vgl. FORSTMOSER (1987), N. 722 ff.; WERNLI, BSK (2002), Art. 707 N. 40; BÖCKLI (2004), § 18 N. 109 und 141 ff.; KRNETA (2005), N. 2076; VETTER (2007), 199/200.

<sup>47</sup> Vgl. BGE 133 V 498 ff., 502/03.

<sup>48</sup> Vgl. BÜHLER / HÄRING (2009), 109.

<sup>49</sup> Vgl. FORSTMOSER / JAAG (2000), N 106 f.

<sup>50</sup> Vgl. auch FORSTMOSER / JAAG (2000), N. 26 ff.

<sup>51</sup> Zu denen auch «Vertreter» gemäss Art. 707 OR zu zählen sind.

## 2. «Doppelter Pflichtnexus» des Staatsvertreters im Verwaltungsrat

Der Staatsvertreter hat in der Aktiengesellschaft die gleichen Rechte und grundsätzlich auch die gleichen Pflichten wie ein «normales» Mitglied eines Verwaltungsrates. Die Mitglieder des Verwaltungsrates sind von Gesetzes wegen verpflichtet, die Interessen der Aktiengesellschaft zu fördern<sup>52</sup>. Diese können jedoch im Widerspruch stehen zu den vom Vertreter des Staates zu wahrenden Interessen des Staates. In diesem Fall steht der Vertreter im Dilemma, welchen Interessen Vorrang einzuräumen ist; die Staatsvertreter stehen in einem sogenannten «doppelten Pflichtnexus»<sup>53</sup>, vergleichbar mit einem privaten Grossaktionär, der seinen Vertreter im Sinne von Artikel 707 Absatz 3 OR in den Verwaltungsrat einer Gesellschaft wählen lässt. Danach gehen zwar die Pflichten eines Verwaltungsratsmitgliedes gegenüber der Gesellschaft in jedem Fall vor. Doch soll ein Verwaltungsratsmitglied die Interessen eines abordnenden Aktionärs und dessen Weisungen insoweit befolgen dürfen, als dies im Rahmen des oft weiten freien Ermessensbereichs eines Verwaltungsrates möglich ist. Eine Pflichtverletzung liegt damit nur dann vor, wenn bei Interessenkollisionen nicht dem Gesellschaftsinteresse der Vorrang gegeben wird. Soweit also für einen Entscheid ein Ermessensspielraum besteht, dürfen die Interessen des Staates von seinen «entsandten» Verwaltungsratsmitgliedern durchaus berücksichtigt werden, und diese Mitglieder dürfen insoweit auch Weisungen des Staates befolgen<sup>54</sup>.

## 3. Haftung des Staates als entsendender Aktionär?

Hat der Staat einen «Vertreter» im Sinne von Artikel 707 Absatz 3 OR in den Verwaltungsrat einer rein privatrechtlichen Aktiengesellschaft abgeordnet, so haftet nach den dargelegten Grundsätzen zunächst einmal ausschliesslich das abgeordnete Verwaltungsratsmitglied persönlich. Seine Haftung folgt direkt aus Artikel 754 Absatz 1 OR. Ein allfälliger Regressanspruch des Vertreters des Staates im Verwaltungsrat der von ihm kontrollierten Aktiengesellschaft könnte sich aus dem bestehenden Mandatsvertrag zwischen dem Staat und dem Staatsvertreter im Verwaltungsrat ableiten.

Aus Sicht des Staates stellt sich nun aber die Frage, ob diese «Entsendung» in den Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft die Haftung des Staates kraft faktischer Organschaft auslösen könnte. Nach Auffassung der grossen Mehrheit der Autoren gibt es nach Schweizer Recht *keine faktische Organschaft schon kraft Entsendung allein*<sup>55</sup>. Die Haftung des Entsenders respektive des Staates tritt erst ein, sobald dieser sich in der andern Gesellschaft «organtypisch» verhält, d.h. wenn er durch

<sup>52</sup> Art. 717 Abs. 1 OR.

<sup>53</sup> Begriff von MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER (2007), § 16 N. 467.

<sup>54</sup> Vgl. zum Ganzen JAAG (2003), 395; FORSTMOSER / JAAG (2000), N. 68 ff.

<sup>55</sup> Vgl. BÖCKLI (2004), § 18 N. 143; gleicher Ansicht auch FORSTMOSER / JAAG (2000), N. 117, die dafürhalten, dass den Staat, wenn er sich ein Weisungsrecht vorbehält, es dann aber nicht ausübt, keine Haftung trifft.

den «Entsandten» – manifestiert durch die Art des *tatsächlichen* Wirkens – so handelt, wie ein echtes Organmitglied handeln würde, und diese Prerogative erkennbar für sich in Anspruch nimmt<sup>56</sup>. Die blosse Möglichkeit der Einflussnahme begründet für sich alleine keine faktische Organstellung und damit keinen Grund für eine direkte Verantwortlichkeit des Staates.

Ein offen oder verdeckt einen «Vertreter» in den Verwaltungsrat wählendes Gemeinwesen wird nach den erwähnten Überlegungen immer dann haftbar, wenn es *über seinen Vertreter tatsächlich an der Willensbildung der Aktiengesellschaft und damit an der Geschäftsführung teilnimmt*. Dies ist der Fall, sobald es sich in der anderen Gesellschaft *organtypisch* verhält, indem es durch den Vertreter so handelt, wie ein echtes Organmitglied handeln würde. Konkret bedeutet dies:

- (i) Der Staat wird – neben der abgeordneten Person – haftbar, wenn er sich gegenüber seinem Vertreter ein öffentlichrechtlich verankertes *Weisungsrecht zu der Verwaltungsratsstätigkeit vorbehalten* hat und dieses auch tatsächlich in einer Weise ausübt, die diese Person zu einem verlängerten Arm des Staates macht.
- (ii) Übt der Staat das gegenüber seinem Vertreter vorbehaltene Weisungsrecht nicht aus, trifft ihn unter Umständen keine Haftung, fehlt es doch an einer *tatsächlichen Einflussnahme* und damit an einer faktischen Organstellung.
- (iii) Wird ein Vertreter mit dem allgemeinen Auftrag gewählt, die *Interessen des Staates angemessen zu wahren* und im Rahmen der Zielsetzungen und Interessen der Aktiengesellschaft zu berücksichtigen, so besteht keine direkte Verantwortlichkeit. Die allgemeine Weisung ist so zu verstehen, dass das abgeordnete Verwaltungsratsmitglied als «Vertreter» im Sinne von Artikel 707 Absatz 3 OR den im Rahmen des doppelten Pflichtnexus bestehenden Spielraum ausnützen und in diesem Rahmen die Interessen des Staates wahrnehmen soll<sup>57</sup>.
- (iv) Keine Haftungsgrundlage besteht schliesslich, wenn ein «Vertreter» im Sinne von Artikel 707 Absatz 3 OR gewählt wird, *ohne* dass ihm für die Amtsausübung irgendwelche *Auflagen* gemacht werden.

4. *Typische Anwendungsfälle der tatsächlichen Einflussnahme des Staates auf die von ihm beherrschte Aktiengesellschaft*

Das mag alles als einleuchtend erscheinen; in Tat und Wahrheit sind die Dinge komplexer. Es zeigt sich immer wieder, dass der Staat – vielleicht zunächst unausgesprochen – eine aktive und manchmal sogar bestimmende Einwirkung auf die Oberleitung der privaten Aktiengesellschaft, an der er beteiligt ist, im Auge

<sup>56</sup> Vgl. WERNLI, BSK 2002, Art. 707 N. 40 f.; BÜRGI, ZK (1979), Art. 707 N. 34; SAG 1986, 39; FORSTMOSER (1987), N. 717 ff.

<sup>57</sup> Vgl. FORSTMOSER / JAAG (2000), N. 118.

hat. Das erscheint ihm, aus der obrigkeitlichen Tätigkeit heraus, als das Natürlichste der Welt.

Deutliche Ansätze zu einer tatsächlichen Einflussnahme des Staates auf die Willensbildung der Organe der von ihm kontrollierten Aktiengesellschaft, die sich zu organtypischem Handeln verdichten können und dann haftungsrelevant werden, zeigen sich in der Praxis etwa wie folgt:

- (i) Besondere *privilegierte Informationsregelung* und interne Vorrechte für den oder die Staatsvertreter im Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft;
  - (ii) Ausgedehnte *Berichterstattung* und regelmässige *Aussprachen* zwischen dem Staat und dem Verwaltungsrat;
  - (iii) *Einsichtnahme* des Staates in die Unterlagen der operativen Geschäftstätigkeit der Aktiengesellschaft über den «Vertreter» und Möglichkeit, nötigenfalls entsprechend Einfluss auszuüben, insbesondere zur Wahrung von staatspolitischen Interessen;
  - (iv) *Genehmigung* von bestimmten Projekten von strategischer oder staatspolitischer Bedeutung wird dem Staat vorbehalten.
- a) *Haftungsrechtliche Relevanz der Delegation eines Staatsvertreters in den Verwaltungsrat der von ihm kontrollierten Aktiengesellschaft*

Es ist grundsätzlich zulässig, dass der Staat seinem Vertreter im Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft gewisse Weisungen erteilt – und zwar unabhängig davon, ob der «Vertreter» im Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft zum Staat in einem Auftrags- oder einem Arbeitsverhältnis steht. Solche «Weisungen» sind so lange wenig problematisch, als sie allgemein gehalten sind und sich auf zu erreichende Ziele und Verhaltensrichtlinien beschränken. Je mehr darin jedoch Instruktionen zu konkreten Massnahmen der Geschäftsführung liegen, und je häufiger und spezifischer sie erteilt werden, desto mehr tritt der Staat als Entsender in das Gefährungsgebiet der faktischen Organstellung ein. Problematisch sind solche Weisungen dann, wenn sie mit den Interessen der Aktiengesellschaft nicht vereinbar sind. Es ist deshalb zu erwägen, dass die Statuten der dem Staat mehrheitlich oder ganz gehörenden Aktiengesellschaft die Berücksichtigung der Interessen des Staates auch zu den Zwecken der Aktiengesellschaft machen<sup>58</sup>.

- b) *Haftungsrechtliche Relevanz eines intensiven Informationsaustausches zwischen dem Staat und dem Verwaltungsrat der von ihm kontrollierten Aktiengesellschaft*

Ist der Staat Aktionär einer *privatrechtlichen Aktiengesellschaft*, stehen ihm, wie erwähnt, grundsätzlich nur jene Kompetenzen zu, die das Aktienrecht für Aktionäre vorsieht. Ausserhalb des Bereichs der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften im Sinne von Artikel 762 OR – ein hier ausgeschlossener Fall – verfügt der Staat

<sup>58</sup> JAAG (2003), 395.

grundsätzlich über die gleichen Einfluss- und Informationsrechte wie die übrigen Aktionäre.

Lässt der Verwaltungsrat dem Staat als Aktionär spezifische Informationen über die Geschäftsführung zukommen, so kann dies aktienrechtlich unter zwei Gesichtspunkten heikel sein:

- (i) Im Gegensatz zu den Vermögensrechten sind die Informationsrechte des Aktionärs im Aktienrecht *nicht nach dem Umfang der Beteiligung abgestuft*, sondern jeder Aktionär hat nach Massgabe des *Gleichbehandlungsprinzips* grundsätzlich dieselben Informationsrechte;
- (ii) Den Aktionär, und sei es der Hauptaktionär oder sogar 100%iger Aktionär, trifft, wie bereits erwähnt, im Gegensatz zum Verwaltungsratsmitglied grundsätzlich *keine echte Treuepflicht* gegenüber der Gesellschaft. Weder die Gesellschaft noch ein Minderheitsaktionär hat eine Möglichkeit, einen Hauptaktionär wegen Verletzung der Interessen der Gesellschaft einzuklagen.

Den grösseren oder bedeutenden Aktionären und auch dem Hauptaktionär kommt nach heute überwiegendem Rechtsverständnis grundsätzlich *kein echter privilegierter Informationsstatus* zu<sup>59</sup>. Die selektive Weitergabe von Informationen darf den erheblich an der Gesellschaft beteiligten Empfänger gegenüber dem anonymen Aktionär nicht substanziell bevorzugen<sup>60</sup>. Unbedenklich ist demgegenüber nach Ansicht der Verfasser die Vermittlung dichter und vertiefter Informationen, wenn bedeutende Aktionäre während des Geschäftsjahres mit einem Informationsbegehren an den Verwaltungsrat herantreten<sup>61</sup>. Die Botschaft zur Revisionsvorlage vom 21.12.2007 drückt zu Artikel 707 E-OR 2007<sup>62</sup> denn auch die Meinung aus, es ergebe sich aus dem Vertretungsverhältnis, dass der Vertreter seinen «Auftraggeber» über die Arbeit des Verwaltungsrates grundsätzlich informieren dürfe.

- c) *Haftungsrechtliche Relevanz eines Genehmigungsvorbehalts zugunsten des Staates in Bezug auf bestimmte Projekte von strategischer oder staatspolitischer Bedeutung*

Anders als bei den selbständigen öffentlichrechtlichen Anstalten und teilweise auch den spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften kann der Staat den von ihm mehrheitlich beherrschten *privatrechtlichen* Aktiengesellschaften keine verbindlichen strategischen Ziele vorgeben. Strategische Ziele, die dem Staat einen besonderen Einfluss ermöglichen, sieht das Aktienrecht nicht vor. Seine Rechte als

<sup>59</sup> BÖCKLI (2004), § 13 N 700 ff. Vgl. auch BGE 132 III 71, 80.

<sup>60</sup> KRNETA (2005), N. 1927

<sup>61</sup> Vgl. zum Ganzen BÖCKLI / BÜHLER (2005), 110 ff. und KRNETA (2005), N. 1927. Schon früher HOMBURGER (1997), Art. 717 N. 1115

<sup>62</sup> Botschaft 2007, 1685 Ziff. 2.1.30.

Eigner hat der Staat im Rahmen der *Generalversammlung* (zusammen mit allenfalls vorhandenen weiteren Aktionären) wahrzunehmen<sup>63</sup>.

Die *Oberleitung* der Gesellschaft gehört, wie erwähnt, zum unentziehbaren und unübertragbaren Kernkompetenzbereich der Geschäftsführung, für die *ausschliesslich* der Verwaltungsrat zuständig ist. Die Generalversammlung ist demgegenüber *kein Geschäftsführungsorgan*. Sie ist weder dazu berufen, noch dazu geeignet, Geschäftsführungsentscheide zu treffen. Eine parallele Geschäftsführungskompetenz der Generalversammlung wäre auch nicht vereinbar mit dem verantwortungsrechtlichen Prinzip der Kongruenz von Führung und Haftung. Ein echter Vorbehalt der Genehmigung von Geschäftsführungsentscheiden durch die Generalversammlung würde die Zuweisung der letzten Entscheidungskompetenz an ein anderes Organ bedeuten, womit in den zwingenden unübertragbaren Kompetenzbereich des Verwaltungsrates gemäss Artikel 716a Absatz 1 OR eingegriffen würde<sup>64</sup>.

Die Generalversammlung hat somit grundsätzlich keine Möglichkeit, die Entscheidung über bestimmte Projekte von strategischer oder staatspolitischer Bedeutung an sich zu ziehen, und der Verwaltungsrat kann ihr umgekehrt auch keine solchen Entscheide zur Genehmigung übertragen<sup>65</sup>. Tut der Staat dies als Alleinaktionär dennoch, setzt er sich der Gefahr aus, als *faktisches Organ* qualifiziert zu werden. Selbst wenn man solche Transaktionsentscheide nicht dem Bereich der Oberleitung zuordnen würde, bleiben sie doch Geschäftsführungsmassnahmen, die im Kompetenzbereich des Verwaltungsrates liegen<sup>66</sup>.

d) *Aktienrechtsrevision gemäss Botschaft des Bundesrates vom 21.12.2007*

Der damalige Justizminister Christoph BLOCHER hat – ohne dass es in der Vernehmlassung ein Thema gewesen wäre – in den Gesetzesentwurf vom 21.12.2007 eine Bestimmung<sup>67</sup> aufnehmen lassen, die den Gesellschaften erlauben würde, in die Statuten einen Genehmigungsvorbehalt für genau umschriebene Verwaltungsratsbeschlüsse aufzunehmen, die ausserhalb des unentziehbaren und unübertragbaren Kompetenzbereichs von Artikel 716a Absatz 1 Ziffern 3-7 OR 1991 liegen. Es ist allerdings unklar, um welche Entscheide es sich dabei kon-

<sup>63</sup> Vgl. zu den aktienrechtlichen Kontrollmitteln im Sinne von Art. 620 ff. OR auch NOBEL (2000), 159 ff.

<sup>64</sup> Siehe zum Ganzen BÖCKLI (2004), § 12 N. 36 ff. und § 13 N. 293 ff.; Botschaft 1983, BBl 1983 II, 842 und 921; FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL (1996), § 30 N. 71; NIKITINE (2007), 199. Eine in bestimmter Hinsicht stark abweichende Meinung von BERTSCHINGER ist bislang singular geblieben.

<sup>65</sup> FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL (1996), § 22 N. 77; BÖCKLI (2004), § 13 N. 293.

<sup>66</sup> Art. 716 Abs. 2 OR. Vgl. zum Vorschlag des Bundesrates, eine Möglichkeit von Vorbehaltsgeschäften in Aktiengesellschaften zu schaffen: Botschaft 2007, 1686 f., Ziff. 2.1.30; Art. 627 Ziff. 14 und Art. 716b E-OR 2007.

<sup>67</sup> Art. 716b E-OR 2007 i.V.m. Art. 627 Ziff. 14 E-OR 2007.



kret handeln soll. Die im Entwurf nicht explizit ausgenommenen Kernkompetenzen des Verwaltungsrates gemäss Artikel 716a Absatz 1 Ziffer 1 und 2 können jedenfalls nicht gemeint sein, denn gerade die *Oberleitung* der Gesellschaft und die *Organisationsverantwortung* sind typische Geschäftsführungsaufgaben, zu deren Wahrnehmung die Generalversammlung funktional ungeeignet ist<sup>68</sup>. Eine entsprechende Delegation wäre aber auch nach der bestehenden gesetzlichen Konzeption ausgeschlossen, weil die Geschäftsführung gemäss Artikel 716b und Artikel 718 Absatz 2 nur an Mitglieder des Verwaltungsrates (Delegierte) und an Dritte, nicht aber an die Generalversammlung delegierbar ist<sup>69</sup>. Soweit sich der Genehmigungsvorbehalt aber auf die Entschädigungen der Spitzenorgane beziehen soll, wäre die Bestimmung in Artikel 716b E-OR 2007 rein deklaratorischer Natur, denn eine entsprechende Regelung soll ja bereits in Artikel 627 Ziffer 4 E-OR 2007 ihre Kompetenzgrundlage finden.

Zu einem Systembruch würde auch die weitergehende Regelung in Artikel 716b Absatz 3 E-OR 2007 führen, die bestimmt, dass die Genehmigung durch die Generalversammlung die Haftung des Verwaltungsrates nicht einschränken soll. Sie steht dem fundamentalen Grundprinzip des Aktienrechts, wonach Kompetenz und Verantwortlichkeit stets in Korrelation zueinander stehen, diametral entgegen. Die Regelung verstösst ebenso gegen das haftungsrechtliche Verschuldensprinzip, das auch im Verantwortlichkeitsrecht massgeblich ist; denn sie würde zum unhaltbaren Zustand führen, dass der Verwaltungsrat im Bereich der Vorbehaltsgeschäfte für Entscheidungen, die ausserhalb seines Einflussbereichs liegen, die Verantwortung trägt. *Dieter Dubs*<sup>70</sup> glaubt, diese Dysfunktionen durch eine subtile Abgrenzung der blossen Genehmigungskompetenz der Generalversammlung von der beim Verwaltungsrat verbleibenden Entscheidungsmacht erklären zu können. Dieser Ansatz vermag jedoch nicht zu überzeugen, denn durch den Genehmigungsvorbehalt wird dem Verwaltungsrat eben gerade die entscheidende letzte Einflussmöglichkeit (*«ultimate decision-making power»*) genommen. Der Bestimmung in Artikel 716b Absatz 3 E-OR 2007 kann damit praktisch nur ein Sinn beigemessen werden, wenn man sich auf das in der Botschaft 2007<sup>71</sup> angedeutete Szenario einlässt, wonach die an der Generalversammlung teilnehmenden Aktionäre in Bezug auf die Vorbehaltsgeschäfte als «faktische Organe» im hier dargelegten Sinne in die Haftung zu nehmen wären. Es versteht sich, dass sich allein aus der Tatsache eines eingerichteten Genehmigungsvorbehalts noch keine faktische Organschaft ableiten lässt. Der Aktionär muss nach dem Gesagten vielmehr durch sein *persönliches*

<sup>68</sup> BÖCKLI (2008), 359/60; a.M. offenbar DUBS (2008), 164 und 171, der dafürhält, dass sich der sachliche Anwendungsbereich des Genehmigungsbeschlusses auf bestimmte Verwaltungshandlungen, namentlich Strategieentscheide oder die Festlegung der Organisation, oder Gesellschaftsangelegenheiten, die der Verwaltungsrat an die Geschäftsführung delegiert habe, erstrecken könne.

<sup>69</sup> KUMMER (2006), 917.

<sup>70</sup> DUBS (2008), 169

<sup>71</sup> Botschaft 2007, 1687, Ziff. 2.1.30.

*Verhalten* auch tatsächlich die Merkmale eines faktischen Organs erfüllen. Spricht man dem Genehmigungsbeschluss der Generalversammlung aber grundsätzlich eine haftungsrechtliche Relevanz ab, so wird man dem Beschluss jedenfalls nicht die Wirkung zuerkennen können, dass der Unternehmensentscheid dadurch eine höhere Legitimation oder Akzeptanz erhält<sup>72</sup>.

### C. Die anspruchsberechtigten Personen

Gemäss Artikel 754 OR sind die betroffene *Aktiengesellschaft*, deren *Aktionäre* sowie die *Gesellschaftsgläubiger* beim Vorliegen der vorerwähnten Haftungsvoraussetzungen zum Erheben einer Verantwortlichkeitsklage berechtigt.

Die Klagebefugnisse (Aktivlegitimation) für die Geltendmachung einer Verantwortlichkeitsklage ist unterschiedlich geregelt, je nach dem

- (i) ob die Klage sich gegen eine Aktiengesellschaft *im Konkurs* oder *ausserhalb des Konkurses* richtet,
- (ii) ob der Kläger sich *direkt geschädigt* sieht oder seinen Ersatzanspruch daraus ableitet, dass der Beklagte durch seine Pflichtverletzung das Gesellschaftsvermögen vermindert und dadurch *indirekt* den Kläger geschädigt hat, und
- (iii) ob der Kläger als *Aktionär* oder als *Gesellschaftsgläubiger* klagt.

#### 1. Klage des Aktionärs oder Gesellschaftsgläubigers aus indirekter Schädigung ausserhalb des Konkurses

Ausgangspunkt für die in Artikel 756 Absatz 1 OR angesprochene Verantwortlichkeitsklage «*ausser Konkurs*» ist der Fall, in dem ein oder mehrere Organmitglieder mit ihrer Leitungs- und Aufsichtstätigkeit die *Gesellschaft* geschädigt haben. Sie haben ihre gesetzlichen Pflichten schuldhaft verletzt, indem sie etwas gegen diese Pflichten getan oder etwas pflichtwidrig unterlassen haben. Dadurch haben sie direkt die Gesellschaft in ihrem Vermögen (bzw. dadurch indirekt die Aktionäre) geschädigt.

Ganz offensichtlich hat in dieser Situation die *Gesellschaft* als direkt geschädigte juristische Person einen Anspruch auf Schadenersatz gegen die pflichtvergesenen Personen, die Kraft ihres Amtes eigentlich das Vermögen der Gesellschaft zu schützen haben. Gemäss Artikel 693 Absatz 3 Ziffer 4 OR kann in einem solchen Fall die Generalversammlung selbst einen Beschluss auf Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage gegen die eigenen Organmitglieder fassen. Praktisch klagt aber bei Untätigkeit der Gesellschaft der *Aktionär*, jedoch ausschliesslich auf Leistung

<sup>72</sup> NIKITINE (2007), 202.

an die Gesellschaft. Es handelt sich dann funktional um einen der sehr seltenen Fälle der gesetzlich eingerichteten *Prozessstandschaft*<sup>73</sup>.

Was es nicht gibt, ist eine Klage des *Aktionärs* gegen Organmitglieder aus *indirekter Schädigung* auf Leistung an sich selbst. Was es aus dogmatischen Gründen *ausser Konkurs* ebenfalls nicht geben kann, ist eine Klage des *Gläubigers* aus indirekter Schädigung. So lange die Gesellschaft aufrecht steht, fallen nach der festen Rechtsprechung des Bundesgerichts die *Gläubiger* als «Geschädigte» *ausser Betracht*, da ja ihre Forderungen durch Aktiven gedeckt sind; sie sind daher nicht geschädigt<sup>74</sup>.

2. *Klage eines Aktionärs oder Gesellschaftsgläubigers aus direkter Schädigung ausser Konkurs*

Aus den unmittelbar hiervor erwähnten Überlegungen kann es *ausser Konkurs* auch keine Klage des *Gläubigers* aus direkter Schädigung geben. Auch eine *direkte Klage von Aktionären* *ausser Konkurs* auf Zahlung an sich selbst ist kaum denkbar. Praktisch muss der Kläger das Opfer einer «gemeinrechtlichen Tat» sein – oder aber es liegt einer der seltenen Fälle einer Vertrauenshaftung vor<sup>75</sup>.

3. *Klage gegen Organmitglieder nach Konkursöffnung*

Sobald der *Konkurs eröffnet* wird, ändert sich die Rechtslage hinsichtlich der Aktivlegitimation zur Geltendmachung einer Verantwortlichkeitsklage tief greifend wie folgt:

- (i) *Die Gläubiger werden klageberechtigt*. Sobald die Gesellschaft insolvent wird, sind geschädigt nicht nur die Aktionäre, die ihren Kapitaleinsatz verlieren, sondern auch die Gesellschaftsgläubiger, deren Forderungen kaum mehr einbringlich sind;
- (ii) *Die Aktionäre verlieren ihre Klagebefugnis*<sup>76</sup>;
- (iii) *Die Ersatzansprüche fallen in den Topf des «einheitlichen Anspruchs der Gläubigersamtheit»*<sup>77</sup>. Der indirekte Schaden, der den Gläubigern durch die Überschuldung, d.h. die mangelnde Deckung ihrer Forderungen durch verwertbare Aktiven der Gesellschaft, im Konkurs entsteht, wird mit dem Schaden der Gesellschaft identisch erklärt;

<sup>73</sup> So auch BÄRTSCHI (2001), 153, HASENBÖHLER (2003), 170; BÖCKLI (2004), § 18 N. 226 ff. und N. 466; a.M. FORSTMOSER (1986), 72 ff., der von einem eigenen materiellen Anspruch des Aktionärs ausgeht.

<sup>74</sup> Vgl. BGE 117 II 438; 122 III 146 ff.; 125 III 89; HASENBÖHLER (2003), 173/74; BÖCKLI (2004), § 18 N. 263, 267; FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL (1996), § 36 N. 25.

<sup>75</sup> Vgl. BÖCKLI (2004), § 18 N. 243 ff.

<sup>76</sup> Vgl. BGE 117 II 439.

<sup>77</sup> Vgl. BGE 117 II 432.

- (iv) *Aktiv legitimiert ist mit dem Konkursdekret ausschliesslich die Konkursverwaltung;*
- (v) *Die Einreden der Organmitglieder gehen weitgehend unter*<sup>78</sup>;
- (vi) *Die Aktivlegitimation direkt Geschädigter erlischt praktisch mit der Konkursöffnung*<sup>79</sup>. Sie bleibt nur in äusserst seltenen Fällen erhalten, in denen die rechtswidrige Handlung des Organmitglieds die Gesellschaft nicht ebenfalls geschädigt hat.

4. *Beurteilung der Aktivlegitimation einer Verantwortlichkeitsklage gegen den Staat als faktisches Organ der von ihm kontrollierten Aktiengesellschaft*

a) *Klage von Aktionären*

Bei der Beurteilung der *Klagebefugnis* (Aktivlegitimation) zur Geltendmachung einer Verantwortlichkeitsklage gegen (faktische) Organmitglieder der Aktiengesellschaft für deren Schulden ist die besondere Konstellation zu berücksichtigen, dass der Staat oft selbst nicht nur Mehrheits- sondern *Alleinaktionär der Aktiengesellschaft* ist. Der Grad der Privatisierung wird durch den Staat festgelegt. Der Staat wird weder als direkt noch als indirekt geschädigter Aktionär – gestützt auf den Tatbestand der faktischen Organschaft – gegen sich selbst klagen. In diesem Fall ist nach dem Gesagten auch die im Wege der «*Prozessstandschaft*» (Klage auf Zahlung nicht an den Kläger, sondern an die Gesellschaft) von Aktionären geltend gemachte Klage auf Leistung an die Gesellschaft nach Artikel 756 Absatz 1 OR nur in der Theorie denkbar.

Selbst wenn man die Möglichkeit einer Klage der Gesellschaft gestützt auf die «*Prozessstandschaft*»<sup>80</sup> bejahen würde, wären Verantwortlichkeitsansprüche der Gesellschaft nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts<sup>81</sup> insoweit ausgeschlossen, als der Staat als Alleinaktionär eine bestimmte Verhaltensweise als verbindlich angeordnet hat, die dann den haftungsbegründenden Pflichtverstoss des betreffenden (faktischen) Organmitglieds zum Gegenstand hatte.

b) *Klage von Gläubigern*

Ähnlich ist das Ergebnis hinsichtlich einer eventuellen Klage der *Gesellschaftsgläubiger*. So lange die Aktiengesellschaft aufrecht steht, bleibt auch eine Klage der Gläubiger ausgeschlossen, denn deren Forderungen sind ja durch die Gesellschaftsaktiven gedeckt. Ausserhalb des Konkurses gibt es – mit Ausnahme der besonderen Konstellation, in der neben dem Staat auch private Minderheitsaktionä-

<sup>78</sup> Nach der mit dem Urteil «Biber Holding» eingeleiteten bzw. präzisierten neuen Praxis überleben mehrere Einreden die Konkursöffnung, vgl. BGE 132 III 351.

<sup>79</sup> BGE 122 III 176/77; 125 III 86.

<sup>80</sup> Im Sinne von Art. 756 Abs. 1 OR.

<sup>81</sup> BGE 4C.397/1998 vom 15.6.1999 und BGE 131 III 644.

re an der Aktiengesellschaft beteiligt sind – somit praktisch gar keine Personen, die zur Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage aktivlegitimiert wären.

Im Falle der *Eröffnung des Konkurses* verlieren die Aktionäre ohnehin nach der Bundesgerichtspraxis ihre Klagebefugnis, und in Bezug auf die Klage der Gesellschaft bleibt es beim hiervor Gesagten. Auch die Aktivlegitimation direkt geschädigter Gläubiger erlischt weit gehend mit der Konkursöffnung. Damit verbleibt für die Geltendmachung einer Verantwortlichkeitsklage überhaupt nur ein einziger denkbarer Kreis von Anspruchsberechtigten: es sind die indirekt geschädigten Gläubiger der Aktiengesellschaft, deren Verantwortlichkeitsansprüche *im Konkurs* der Aktiengesellschaft gegen den Staat, der die Rolle eines faktischen Organs der Aktiengesellschaft gespielt hat, von der Konkursverwaltung eingeklagt werden.

Es versteht sich, dass Verantwortlichkeitsansprüche immer dann besonders hartnäckig verfolgt werden, wenn beim Beklagten *«deep pockets»* erwartet werden<sup>82</sup>. Einer aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage gegen den Staat sind jedoch enge prozessrechtliche Grenzen gesetzt.

## VI. Fazit

1. Das Aktienrecht basiert auf dem Grundsatz der vollständigen rechtlichen und tatsächlichen Eigenständigkeit und Selbstverwaltung der Aktiengesellschaft. Die Stellung des Staates als Allein- oder Mehrheitsaktionär schafft für sich allein noch keine Haftungsgrundlage.
2. Sobald der Staat aber als bedeutender Aktionär, als Mehrheits- oder Alleinaktionär, aktiv in die von ihm beherrschte Aktiengesellschaft hineinwirkt, setzt er sich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nach Artikel 754 OR und damit einem Haftungsrisiko aus. Dies gilt jedenfalls insoweit, als sich der Staat als Aktionär nicht auf die Wahrnehmung der ihm als Aktionär zur Ausübung insbesondere in der Generalversammlung zugewiesenen Kompetenzen beschränkt. Eine Haftung aus Artikel 754 OR kommt in Betracht, wenn der Staat *faktisch* auf die von ihm kontrollierte Aktiengesellschaft in ähnlicher Weise Einfluss nimmt, wie es ein von der Generalversammlung gewähltes oder vom Verwaltungsrat ernanntes Exekutivorgan tut. Verhält sich der Staat in Bezug auf die Führung der Geschäfte der Aktiengesellschaft *«organtypisch»* und – in dieser Rolle – pflichtwidrig, ist das Risiko, dass er für die Schulden der Aktiengesellschaft, wenn diese ihren Verpflichtungen nicht mehr nach zu kommen vermag, gestützt auf den Tatbestand der *faktischen Organschaft* haftbar gemacht werden kann, nicht von der Hand zu weisen.
3. Ein *«organtypisches Verhalten»* kann sich insbesondere dadurch manifestieren, dass der Staatsvertreter im Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft – über seine Rolle als Mitglied des Gremiums hinaus – in deren Geschäfte hineinwirkt, in-

<sup>82</sup> Vgl. dazu BÜHLER / HÄRING (2009), 237 ff.; FORSTMOSER / JAAG (2000), N. 164 ff.

dem er sich erkennbar als Entscheidungsträger gebart und dort faktisch den Willen des Staates durchsetzt. Organtypisch handelt der Staat auch, wenn er dem «Vertreter» verbindliche Einzelweisungen zur Geschäftsführung erteilt und selbst sich wie ein Verwaltungsratsmitglied verhält. Heikel sind auch Einmischungen des Staates anlässlich von «Aussprachen» und die Ausübung eines mit der Aktiengesellschaft abgesprochenen oder gar im Organisationsreglement verankerten Genehmigungsvorbehalts für bestimmte Projekte von strategischer oder staatspolitischer Bedeutung. Die Entscheide der Geschäftsführung stehen nach der aktienrechtlichen Konzeption zwingend dem Verwaltungsrat bzw. den von ihm delegierten Organen zu, und zwar sowohl im Bereich der unübertragbaren als auch im Bereich der übertragbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates.

4. Allerdings ist im Auge zu behalten, dass die hier diskutierte Haftungsgrundlage bei organtypischem Verhalten nicht etwa dazu führt, den Staat schlicht zum Solidarbürgen oder Garanten für die Schulden der von ihm kontrollierten Aktiengesellschaft zu machen. Der Staat würde nur insoweit haften, als ihm – als faktischem Geschäftsführer – spezifische Pflichtwidrigkeiten in dieser vom ihm usurpierten Rolle nachgewiesen werden könnten, *und* diese Pflichtverstösse adäquat kausal einen bestimmten, dem Gericht nachgewiesenen Schaden verursacht hätten. Es geht um eine Haftung für pflichtwidrige Geschäftsführung, nicht um eine Solidarhaftung für die Schulden der vom Staat beherrschten Aktiengesellschaft.
5. Prozessrechtliche Überlegungen relativieren schliesslich das materielle Risiko einer *aktienrechtlichen Verantwortlichkeit des Staates aus faktischer Organschaft* noch weiter. Solange der Staat Alleinaktionär der Aktiengesellschaft bleibt und diese solvent ist, gibt es praktisch gar keine Personen, die zur Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage aktivlegitimiert wären. Kaum anders wäre die Rechtslage zu beurteilen, wenn sich neben dem Staat auch *weitere Aktionäre* an der Aktiengesellschaft beteiligen. In dieser Situation wäre *ausserhalb des Konkurses* die Geltendmachung einer Verantwortlichkeitsklage solcher Dritttaktionäre *auf Leistung an die Gesellschaft* denkbar. Auch *im Konkurs* wären grundsätzlich überhaupt nur die indirekt geschädigten Gläubiger anspruchsberechtigt.

## Literaturübersicht

**BÄRTSCHI Harald**, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Zürich 2001; **BAUDENBACHER Carl**, Art. 552-556, 594-597, 620-625, 772-775, 828-831, in: HONSELL Heinrich / VOGT Nedim Peter / WATTER Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530-1186 OR, 2. Aufl. Basel 2002 (zit. BSK 2002); **Bericht des Bundesrates** zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben (Corporate-Governance-Bericht) vom 13.9.2006 (zit. Corporate-Governance-Bericht 2006); **BERTSCHINGER Urs**, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit: Weisungen des Alleinaktionärs an die Verwaltungsräte schliessen Anspruch der Gesellschaft aus, SZW 72 (2000) 197 ff.; **BERTSCHINGER Urs**, Zuständigkeit der Generalversammlung der Aktiengesellschaft – ein unterschätzter Aspekt der Corporate Governance, in: Festschrift Jean Nicolas DRUEY, Zürich 2002, 309 ff.; **BÖCKLI Peter**, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl. Zürich 2004; **BÖCKLI Peter**, Corporate Governance: Der Staat in der Eigentümerrolle gegenüber seinen selbständigen Anstalten, in BREITENMOSEER Stephan *et al.* (Hrsg.), Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat, *Liber amicorum* Luzius WILDHABER, Zürich 2007, 1141 ff.; **BÖCKLI Peter**, Nachbesserungen und Fehlleistungen in der Revision des Aktienrechts, Zum Gesetzesentwurf vom 21.12.2007, SJZ 104 (2008) 333 ff. und 357 ff.; **BÖCKLI Peter / BÜHLER Christoph B.**, Vorabinformationen an Grossaktionäre: Möglichkeiten und Grenzen nach Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, SZW 77 (2005) 101 ff.; **BÖCKLI Peter / BÜHLER Christoph B.**, Rechtliche Grenzen einer Selbstbehinderung der Aktiengesellschaft durch ihre Statuten, in: VOGT Nedim Peter / STUPP Eric / DUBS Dieter (Hrsg.), Unternehmen – Transaktion – Recht, *Liber Amicorum* für Rolf WATTER zum 50. Geburtstag, Zürich 2008, 27 ff.; **BÖCKLI Peter / BÜHLER Christoph B.**, Ausklammerung der Revisionsstelle aus der Solidarhaftung mit den geschäftsführenden Organen, in: BOEMLE Max, Festschrift zum 80. Geburtstag, Zürich 2008, 235 ff.; **Botschaft des Bundesrates** über die Revision des Aktienrechts vom 23.2.1983, BBl 1983, 745 ff. (zit. Botschaft 1983); **Botschaft des Bundesrates** zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), Entwurf vom 21.12.2007 (zit. Botschaft 2007); **BÜHLER Christoph B. / HÄRING Daniel**, Décharge im Konzern, SZW 81 (2009), 103 ff.; **BÜRGI Wohlfart F. / NORDMANN Ursula**, Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Art. 739-71, Zürich 1979; **CORBOZ Bernard**, La responsabilité des organes en droit des sociétés, Commentaire des articles 752-761, 827 et 916-920 du Code des Obligations, Basel 2005; **DRUEY Jean Nicolas**, Stimmbindung in der Generalversammlung und im Verwaltungsrat, in: Rechtsfragen um die Aktionärbindungsverträge, Schriften zum neuen Aktienrecht 13, Zürich 1998, 9 ff.; **DUBS Dieter**, Der Genehmigungsbeschluss als neuartige Kompetenz-Kompetenz der Aktionäre gemäss Artikel 627 Ziffer 14 E-OR – Zum Vorschlag der eingeschränkten Flexibilisierung der aktienrechtlichen Kompe-

tenzordnung, SZW 80 (2008) 159 ff.; **FORSTMOSER Peter**, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl. Zürich 1987; **FORSTMOSER Peter**, Der mittelbare Schaden im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht – Überlegungen im Anschluss an BGE 111 II 182 ff., SAG 58 (1986) 69 ff.; **FORSTMOSER Peter**, Die privatrechtliche Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Schweizerische Juristische Karthothek, Ersatzkarte 406, Genf 1993; **FORSTMOSER Peter**, Eingriffe der Generalversammlung in den Kompetenzbereich des Verwaltungsrates – Möglichkeiten und Grenzen, SZW 66 (1994) 169 ff.; **FORSTMOSER Peter**, Gestaltungsfreiheit im schweizerischen Gesellschaftsrecht, in: Gestaltungsfreiheit und Gestaltungsrecht, ZGR Sonderheft 13 (1998) 254 ff.; **FORSTMOSER Peter**, Haftung im Konzern, in: Ch. M. BAER (Hrsg.): Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Bern / Stuttgart / Wien 2000, 89 ff.; **FORSTMOSER Peter / MEIER-HAYOZ Arthur / NOBEL Peter**, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996; **FORSTMOSER Peter / JAAG Tobias**, Der Staat als Aktionär, Haftungsrechtliche Risiken der Vertretung des Staates im Verwaltungsrat von Aktiengesellschaften, Zürich 2000; **HASENBÖHLER Stefan**, Die Haftungsvoraussetzungen der Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR, Zürich 2003; **HOFSTETTER Karl**, Sachgerechte Haftungsregeln für multinationale Konzerne, zur zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Muttergesellschaften im Kontext internationaler Märkte. Habil. Zürich, Tübingen 1995; **HOMBURGER Eric**, Kommentar zu Art. 707-726 OR, der Verwaltungsrat, 5. Teil, Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar, Zürich 1997 (zit. ZK); **JAAG Tobias**, Der Staat als Aktionär, in: Festschrift für Peter FORSTMOSER zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, 379 ff.; **JAAG Tobias**, Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Formen, Voraussetzungen, Rahmenbedingungen, in: Tobias JAAG (Hrsg.), Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Zürich 2000, 24 ff.; **KRNETA Georg**, Praxiskommentar Verwaltungsrat, 2. Aufl. Bern 2005; **KUMMER Andreas**, Organisationsreglement in der Aktiengesellschaft, Entscheidendes Instrument für die « Best Practice », ST 80 (2006) 916 ff.; **KUNZ Peter V.**, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Bern 2001; **MEIER-HAYOZ Arthur / FORSTMOSER Peter**, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. Bern 2007; **NIKITINE Alexander**, Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide, Diss. Zürich 2007; **NOBEL Peter**, Einflussmöglichkeiten des Gemeinwesens, in: Tobias JAAG (Hrsg.), Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Zürich 2000, 135 ff.; **RÖHRICHT Volker**, Treuepflichten der Aktionäre, insbesondere des Mehrheitsgesellschafters, in: Handbuch Corporate Governance, HOMMELHOFF Peter / HOPT Klaus / Werder Axel v. (Hrsg.), Stuttgart 2003, 513 ff.; **SCHMIDT Karsten**, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. Köln 2002; **VETTER Meinrad**, Der verantwortlichkeitsrechtliche Organbegriff gemäss Art. 754 Abs. 1 OR, Diss. Zürich 2006, Zürich/St. Gallen 2007; **VOGEL Alexander**, Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kursgebendes Organ der Tochtergesellschaft, Diss. St. Gallen, Bern 1997; **VON BÜREN Roland**, Der Konzern, Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, SPR VI, 2. Aufl. Basel 2005; **VON PLANTA Andreas**, Die Haftung des Hauptaktionärs, Basler Diss., Basel / Frankfurt am Main 1981;



**VON STEIGER Werner**, Gesellschaftsrecht, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/1, Basel 1976; **WATTER Rolf**, Minderheitenschutz im neuen Aktienrecht, AJP/PJA 2 (1993) 117 ff.; **WERNLI Martin**, Kommentar zu Art. 707 OR, in: HONSELL Heinrich / VOGT Nedim Peter / WATTER Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530-1186 OR, 2. Aufl. Basel / Genf / München 2002; **WIDMER Peter** / **BANZ Olivier**, Kommentar zu Art. 754 OR, in: HONSELL Heinrich / VOGT Nedim Peter / WATTER Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530-1186 OR, 2. Aufl. Basel / Genf / München 2002.

