

 jetzt bestellen

Theorie und Praxis des Unternehmensrechts

Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin

Herausgegeben von

Peter Jung
Frédéric Krauskopf
Conradin Cramer



Schulthess 

Theorie und Praxis des Unternehmensrechts

Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin

Herausgegeben von

Peter Jung
Frédéric Krauskopf
Conradin Cramer

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2020
ISBN 978-3-7255-7962-4

www.schulthess.com

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
BÄRTSCHI HARALD Vom papierlosen Wertpapier zum Robo-Verwaltungsrat: Gesellschaftsrecht im digitalen Wandel	1
BEHNISCH URS R./OPEL ANDREA Grenzen der Massgeblichkeit und Gestaltungsmöglichkeiten	19
BRAENDLI BEAT Internationalisierung des schweizerischen Gesellschafts- und Rechnungslegungsrechts	31
BREITENMOSER STEPHAN/WEYENETH ROBERT Wann und was das öffentliche Recht vom Privatrecht lernen kann	57
BÜHLER CHRISTOPH B. Public Corporate Governance: Wie der Bund seine ausgegliederten Unternehmen steuert	75
CRAMER CONRADIN Zwischen Pragmatismus und Zahlenmagie – Die zwingende Zahl der Gründer und Gesellschafter im schweizerischen Gesellschaftsrecht	103
DIEM HANS-JAKOB Der selektive Aktienrückkauf	117
DRUEY JEAN NICOLAS Das Prinzip des Wohlwollens	135
EBERLE RETO Berichterstattung weiter gedacht – Überlegungen zur Zukunft der Jahresrechnung	147
EMMENEGGER SUSAN/REBER MARTINA Zahlungsströme im Konzern: Aufsichtsrechtliche Folgen der Retrozessionsrechtsprechung	165
FANKHAUSER ROLAND/FISCHER NADJA Das minderjährige Vereinsmitglied	175
	VII

FLEISCHER HOLGER	
Idiosynkrasien im deutschen Personengesellschaftsrecht aus schweizerischer Sicht	189
FORSTMOSER PETER	
Plädoyer für eine Reform des Genossenschaftsrechts	205
FUKUTAKI HIROYUKI	
Die Übernahme der Business Judgment Rule und ihre dogmatische Einordnung in das japanische Aktienrecht	237
GLANZMANN LUKAS/GUIDOUM SAMMY	
Die gesetzliche Kapitalreserve – Bilanzieller Ausweis, Bestandteile und Ausschüttung	251
GLESS SABINE	
Konzernverantwortung – Entwicklungslinien aus strafrechtlicher Sicht	265
HAAS ULRICH/HESSERT BJÖRN	
The legal regime applicable to disciplinary measures by sports associations – one size does not fit all	279
HAFNER FELIX/REIMANN MARTIN	
Die Meldung von Missständen (Whistleblowing) im öffentlichen Dienstrecht	293
HUNKELER DANIEL/WOHL GEORG J./SCHÖNMANN ZENO	
COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht – Massnahmen des Bundes gegen Massenkonkurse	311
JENNY DAVID	
Corporate Governance staatlich beherrschter Unternehmen: Einige Überlegungen am Beispiel der politischen Debatten im Kanton Basel-Stadt	335
JUNG PETER	
Verträge der Personengesellschaft mit ihren Gesellschaftern	347
JUTZI THOMAS/HERZOG MARTINA	
Transparenz im Genossenschaftsrecht: Selbstzweck oder Bestandteil der Corporate Governance?	363
KENEL LUCA	
Die Publizität der Rechnungslegung im internationalen Vergleich	391

KRAMER ERNST A.	
Anmerkungen zur Publizität des Handelsregisters (aus Anlass der Neuregelung in Art. 936b OR)	405
KRAUSKOPF FRÉDÉRIC/FINK JOEL	
Die neuen Verjährungsfristen und die auftragsrechtliche Aktenaufbewahrung	417
KULL MICHAEL	
Die Manifestation politischer Ansichten durch Berufsfussballer in der Schweiz – eine rechtliche Auslegeordnung	441
LENGAUER DANIEL	
Corporate Governance in Genossenschaftsverbänden	457
MABILLARD RAMON	
Kreditgebende Banken in der Sanierung – Von der rechtlichen Bedeutung des Sanierungskonzepts	475
MÜLLER KARIN/FELLMANN WALTER/LEU SIMON	
Mehrwertbeteiligung eines einfachen Gesellschafters bei der Liquidation der Gesellschaft	491
MÜLLER LUKAS/MUSLIU NAGIHAN	
Die drohende Zahlungsunfähigkeit und die damit verbundenen finanziellen Führungsaufgaben des Verwaltungsrats	501
NOBEL PETER	
Zu Corporate Governance	519
PÄRLI KURT/OBERHAUSSER CAMILL	
Die arbeitslosenversicherungsrechtliche Einordnung von Verwaltungsrätin, Geschäftsführer und Co. – Ein Kurzüberblick	531
PIETH MARK/ZERBES INGEBORG	
«Beaching»	547
RÜEGG ERICH	
Die Haftung für Grundstückskontaminationen bei Unternehmenstransaktionen . . .	561
SCHMID JÖRG	
Einfache Gesellschaft und Miteigentümergeinschaft bei Grundstücken	573

SCHROETER ULRICH G.	
Die Fremdwährungssubstitutionsbefugnis des Zahlungsschuldners (Art. 84 Abs. 2 OR) im internationalen Handel	585
SIMONIELLO DANIELE	
Die Aktie ohne Dividende	599
STAEHELIN DANIEL	
Das Retentionsverzeichnis in der Nachlassstundung	611
STRUB YAEL	
Die Beendigung der Hinterlegung von Sportpferden	619
SUTTER-SOMM THOMAS/AMMANN DARIO	
Vorprozessuale Vergleiche über erbrechtliche Gestaltungs-klagerechte	635
TANNER BRIGITTE	
Der Stichentscheid des Vorsitzenden in der Generalversammlung der Aktien- gesellschaft – eine Standortbestimmung	653
TRIGO TRINDADE RITA	
Droits d’emption dans les statuts d’une SARL	675
TROXLER TIZIAN	
Die Entwicklung des schweizerischen Genossenschaftsrechts	691
TRUNIGER CHRISTOF/WERNER MARTIN	
Die Koordination der werkvertraglichen Ansprüche der Stockwerkeigentümer	709
TSCHÄNI RUDOLF	
Vinkulierung: Building Trust nach SIKA	721
VIONNET-RIEDERER FLURIN/BATSCHWAROFF BLANKA	
Auslegungsmaximen im Rechnungslegungs- und Stiftungsrecht	731
VONZUN RETO	
Die einfache Gesellschaft im Zivilprozess – ausgewählte Fragen	751
WATTER ROLF/BÄNZIGER MICHAEL	
Die Business Judgment Rule in der Praxis – Unternehmensinterne Entscheidungs- verfahren im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	767

WIDMER LÜCHINGER CORINNE

Die Haftung von Banken bei Menschenrechtsverletzungen durch ausländische Staaten – zugleich ein Beitrag zu Art. 41 und 50 OR 785

WOHLERS WOLFGANG

«Exzessive» Managersaläre – ein Problem des Strafrechts? 801

YANAGA MASAO

Accounting and Auditing for SMEs in Japan 819

ZECH HERBERT/VALLONE VERA

Immateriale Güter als Sacheinlage 833

ZELLWEGER CASPAR/ZURKINDEN PHILIPP

Ausdehnung der Sanktionstatbestände und die bundesgerichtliche Schaffung von rechtsfreiem Raum für staatliches Handeln im schweizerischen Kartellrecht 847

Verzeichnis der Schriften von Lukas Handschin 861

Public Corporate Governance: Wie der Bund seine ausgegliederten Unternehmen steuert

CHRISTOPH B. BÜHLER*

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	76
II. Public Corporate Governance bei ausgegliederten bundesnahen Unternehmen im Allgemeinen	77
1. Begriff der «Public Corporate Governance».....	77
2. Grundlagen zur Public Corporate Governance des Bundes im Überblick	78
3. Corporate-Governance-Bericht und Zusatzbericht zum Verhältnis des Bundes zu den verselbständigten Einheiten	79
3.1 Der Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates von 2006	79
a) Hauptgegenstand.....	79
b) Konzeption: Steuerung der verselbständigten Einheiten durch den Bundesrat in seiner Funktion als Eigner über strategische Ziele	80
3.2 Der Zusatzbericht des Bundesrates von 2009	81
a) Stellung des «Bundesvertreters» in einer vom Bund beherrschten Aktiengesellschaft	81
b) Einklang der Bundesinteressen mit den Gesellschaftsinteressen? ...	82
c) Personalpolitische und versorgungspolitische Vorgaben an verselbständigte Einheiten mit privatrechtlichem Personalstatut	83
d) Bundesrätliches «Controlling» der verselbständigten Einheiten.....	83
e) Bedeutung der wesentlichen Ergänzungen gemäss Zusatzbericht 2009	84
3.3 Die 39 Leitsätze für verselbständigte Einheiten in der Fassung von 2009.....	84
3.4 Zwischenfazit	85
4. Bundesgesetz über die Mitwirkung der Bundesversammlung bei der Steuerung der verselbständigten Einheiten	86
4.1 Verdeutlichung der «Steuerung und Kontrolle» durch den Bundesrat	86
4.2 Tragweite der gesetzlichen Änderung.....	87

* Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Managing Partner bei böckli bühler partner, Basel; Titularprofessor für Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich.

III. Die vom Bund als Eigner zu beachtenden aktienrechtlichen Rahmenbedingungen	89
1. Aktienrechtliche Kompetenzordnung: Unentziehbare Kernkompetenzen des Verwaltungsrates.....	89
1.1 Bedeutung der Unentziehbarkeit der Kernkompetenzen des Verwaltungsrates nach der zwingenden aktienrechtlichen Kompetenzordnung	89
1.2 Oberleitung als «zentrale Aufgabe des Verwaltungsrates»	90
1.3 Rechtliche Problematik von Eingriffen in die eigenverantwortliche Oberleitung einer Aktiengesellschaft	91
1.4 Spannungsfeld zwischen den Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten des Bundes und der zwingenden aktienrechtlichen Kompetenzordnung bei einem staatlich kontrollierten Unternehmen	93
2. Aktienrechtliches Gleichbehandlungsgebot: Gleichbehandlung der Aktionäre in der Informationsversorgung	94
2.1 Grundsatz der relativen Gleichbehandlung der Aktionäre gemäss Art. 717 Abs. 2 OR	94
2.2 Relative Gleichbehandlung der Aktionäre in der Informationsversorgung nach Aktienrecht	95
2.3 Problembereiche von Auskunfts- und Einsichtsbegehren oder Prüfungshandlungen des Bundes in Bezug auf das ausgegliederte Unternehmen in Zusammenhang mit dem Gleichbehandlungsgebot.....	96
3. Klagerechte der Minderheitsaktionäre: Risiko einer faktischen Organschaft des Bundes als Eigner im Besonderen	98
3.1 Risiko einer faktischen Organschaft und Verantwortlichkeit des Bundes bei einer organotypischen «Einmischung» auf der Führungsebene des Unternehmens.....	98
3.2 Weitere Klagerechte der Minderheitsaktionäre.....	99
IV. Schlussfolgerungen.....	101

I. Einleitung

Im Mai 2018 hielt ein im Auftrag der Schweizerischen Post erstellter Untersuchungsbericht¹ fest, die PostAuto AG habe während Jahren ein System der Gewinnverschiebung von der Sparte «Regionaler Personenverkehr» in die Sparte «Übriges» und der Manipulation der Kosten- und Leistungsrechnung unterhalten. Aufgrund dieses sogenannten «Postauto-Skandals» war nicht nur der Verwaltungsrat der Schweizerischen Post als oberstes Leitungs- und Aufsichtsorgan des Post-Konzerns gefordert, die Vorfälle rasch und gründlich

¹ PostAuto, Untersuchungsbericht von Kellerhals Carrard zuhanden des Verwaltungsrats der Schweizerischen Post AG vom 31. Mai 2018, 34.

aufzuklären, sondern auch der Bund als Eigner, Subventionsgeber und Besteller der Leistungen der PostAuto AG geriet auf politischer Ebene unter Rechtfertigungsdruck. Mittels verschiedener parlamentarischer Interpellationen² wurde der Bundesrat aufgefordert zu erklären, was er unternimmt, um sicherzustellen, dass die bundesnahen Unternehmen korrekt betrieben werden.

Damit hat die Frage neue Aktualität erlangt, wie der Bund seine ausgegliederten Unternehmen steuert und welche rechtlichen Rahmenbedingungen er dabei zu beachten hat. Der vorliegende Beitrag geht diesen Fragen nach.

II. Public Corporate Governance bei ausgegliederten bundesnahen Unternehmen im Allgemeinen

1. Begriff der «Public Corporate Governance»

«Corporate Governance» ist kein Begriff mit scharfen Konturen, der sich klar abgrenzen lässt. Bei den Definitionen, die man in der Literatur und in den verschiedenen Corporate Governance-Kodizes findet, sind grob zwei Ausrichtungen festzustellen, die auf einem unterschiedlichen Verständnis vom Ziel eines privatwirtschaftlich betriebenen Unternehmens basieren: Die eine orientiert sich am «Shareholder Value»-Gedanken und ist auf das Aktionärsinteresse ausgerichtet, die andere will dagegen auch die Interessen der weiteren Stakeholder (Gläubiger, Arbeitnehmer, Kunden, Lieferanten) und sogar der Allgemeinheit berücksichtigen.³ Der «Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance» (kurz «Swiss Code»), der vom Wirtschaftsdachverband economiesuisse herausgegeben worden ist, definiert den Begriff in seiner neusten Fassung von 2014/2016 wie folgt:

«Corporate Governance ist die Gesamtheit der auf das nachhaltige Unternehmensinteresse ausgerichteten Grundsätze, die unter Wahrung von Entscheidungsfähigkeit und Effizienz auf der obersten Unternehmensebene Transparenz und ein ausgewogenes Verhältnis von Führung und Kontrolle anstreben.»

Die Leitidee ist ein ausgewogenes Verhältnis von Führung und Kontrolle im Unternehmen und die Schaffung von Transparenz, wobei im Sinne einer Rahmenbedingung die Entscheidungsfähigkeit und Effizienz der Unternehmensführung nicht eingeengt werden sollen.⁴ Der Swiss Code wendet sich im Sinne von Empfehlungen primär an die schweizerischen

² Dringliche Interpellation REGULA RYTZ Nr. 18.3036 vom 28. Februar 2018 «Wie will der Bundesrat das Vertrauen in die PostAuto AG wiederherstellen?»; Dringliche Interpellation MANFRED BÜHLER Nr. 18.3034 vom 28. Februar 2018 «Führt Filz zu Intransparenz, fehlender Distanz und Missmanagement bei Service-public-Unternehmen?»; Interpellation THOMAS AMMANN Nr. 18.3372 vom 16. März 2018 «Unrechtmässige Leistungsverrechnungen bei der PostAuto AG?».

³ Vgl. dazu eingehend CHRISTOPH B. BÜHLER, in: Lukas Handschin (Hrsg.), Zürcher Kommentar Obligationenrecht, Art. 698-726 und 731b OR, 3. A., Zürich 2018, Vor Art. 707-726 N 3 ff. m.w. H.

⁴ Präambel Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, Zürich 2014/2016, S. 6; vgl. BÜHLER (Fn. 3), Vor Art. 707-726 N 411.

Publikumsgesellschaften. Doch auch nicht kotierte, volkswirtschaftlich bedeutende Gesellschaften oder Organisationen können dem Verhaltenskodex gemäss seiner Präambel zweckmässige Leitlinien entnehmen.

Das privatrechtliche Begriffsverständnis der Corporate Governance, welches sich primär am nachhaltigen Unternehmensinteresse orientiert, lässt sich jedoch nicht unbesehen auf den öffentlichen Sektor übertragen. Denn zusätzlich zu den Eignerinteressen ist in diesem Bereich auch das öffentliche Interesse an der Aufgabenerfüllung zu beachten. Die Steuerung erfolgt dementsprechend im typischen Fall vorweg durch die Politik und nicht durch den Markt. Der Betrachtungsgegenstand erschöpft sich zudem nicht in Unternehmen im eigentlichen Sinn, sondern betrifft vielfach gerade auch andere Arten von ausgelagerten Verwaltungsträgern (wie etwa Aufsichtsbehörden).⁵

Vor diesem Hintergrund hat die OECD im Jahre 2005 Leitsätze zur Corporate Governance in staatseigenen Unternehmen⁶ erlassen, welche im Jahre 2015 aktualisiert worden sind.⁷ Nur wenig später, am 13. September 2006, hat auch der Schweizer Bundesrat einen Bericht zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben veröffentlicht, den er dann am 25. März 2009 mit einem Zusatzbericht ergänzt hat.⁸ Diese beiden Berichte bilden nach wie vor die zentrale konzeptionelle Grundlage für die Public Corporate Governance auf Bundesebene.

Gestützt auf diese Regelwerke und Berichte ist im öffentlichen Sektor von einem entsprechend modifizierten Begriffsverständnis der Corporate Governance auszugehen: Unter «Public Corporate Governance» sind demnach sämtliche Grundsätze bezüglich Organisation und Steuerung von und in ausgelagerten Verwaltungsträgern zwecks wirksamer und effizienter Leistungserbringung im demokratischen Rechtsstaat zu verstehen. Im Fokus der Corporate Governance-Diskussion steht dabei nicht die Binnenorganisation und -führung des Unternehmens (interne Corporate Governance), sondern vielmehr die Ausgestaltung und Steuerung der Organisation durch den Staat (externe Corporate Governance).⁹

2. Grundlagen zur Public Corporate Governance des Bundes im Überblick

Die Schweiz verfügt im Gegensatz etwa zu Deutschland¹⁰ oder Österreich¹¹ über keinen eigentlichen Public Corporate Governance-Kodex, welcher die Steuerung und Kontrolle der verselbständigten Einheiten des Bundes in einem kohärenten Regelwerk regeln würde.

⁵ ANDREAS LIENHARD, Grundlagen der Public Corporate Governance, in: SVVOR (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Jahrbuch 2008, Bern 2009, 43 ff.

⁶ Vgl. OECD, Guidelines on Corporate Governance of State-owned Enterprises, Paris 2005.

⁷ OECD-Leitsätze zu Corporate Governance in staatseigenen Unternehmen, Paris 2015.

⁸ Vgl. dazu nachstehend Abschnitt II. 3.

⁹ So auch LIENHARD (Fn. 5), 48.

¹⁰ Vgl. Bundesministerium der Finanzen, Grundsätze guter Unternehmens- und Beteiligungsführung im Bereich des Bundes vom 30. Juni 2009.

¹¹ Vgl. Bundeskanzleramt Österreich, Bundes Public Corporate Governance Kodex 2017 (B-PCGGK 2017), Grundsätze der Unternehmens- und Beteiligungsführung im Bereich des Bundes vom 28. Juni 2017.

Primäres Kontroll- und Steuerungselement des Bundes bildet die Festlegung von strategischen Zielen, welche gemäss Art. 8 Abs. 5 Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG) in die Zuständigkeit des Bundesrates fallen. Das Parlament ist dabei im Sinne einer Oberaufsichtsfunktion ermächtigt, beim Erlass strategischer Ziele mitzuwirken und dem Bundesrat Aufträge zu erteilen, strategische Ziele festzulegen oder zu ändern.¹²

Die Gestaltung der Oberaufsicht des Parlaments über den in Bezug auf die ausgegliederten bundesnahen Unternehmen steuernd und kontrollierend tätigen Bundesrat ist im Bundesgesetz über die Mitwirkung der Bundesversammlung bei der Steuerung der verselbständigten Einheiten vom 17. Dezember 2010 geregelt.

Der Bund orientiert sich im Bereich der «Public Corporate Governance» in Bezug auf die ausgegliederten bundesnahen Unternehmen im Überblick sodann an den folgenden Grundlagen und Materialien:

- Bericht des Bundesrates zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben vom 13. September 2006 (Corporate Governance-Bericht);
- Zusatzbericht des Bundesrates zum Corporate-Governance-Bericht – Umsetzung der Beratungsergebnisse des Nationalrats vom 25. März 2009 (Zusatzbericht 2009);
- «Leitsätze» des Bundes zum Corporate-Governance-Bericht (umfassend 39 Leitsätze);
- Bericht der Finanzkommission des Nationalrates betreffend das parlamentarische Instrumentarium zu den strategischen Zielen der verselbständigten Einheiten vom 29. März 2010 (Bericht FK-N 2010);
- Stellungnahme des Bundesrates betreffend das parlamentarische Instrumentarium zu den strategischen Zielen der verselbständigten Einheiten vom 19. Mai 2010 (Stellungnahme BR 2010).

3. Corporate-Governance-Bericht und Zusatzbericht zum Verhältnis des Bundes zu den verselbständigten Einheiten

3.1 *Der Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates von 2006*

a) **Hauptgegenstand**

Im Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates «Zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben» vom 13. September 2006 (kurz «CGB 2006»)¹³ hat der Bundesrat anhand von 28 Leitsätzen (heute gemäss Anhang zum Zusatzbericht 2009 39 Leitsätzen) dargelegt, wie er seine verselbständigten Organisationen und Unternehmen steuert und kontrolliert.

Der umfassende Bericht des Bundesrates von 2006 (als Antwort auf Vorstösse aus der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates und der Finanzkommission des Nationalrates

¹² Art. 28 Parlamentsgesetz (ParlG) vom 13. Dezember 2002 (SR 171.10).

¹³ Bericht des Bundesrates zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben (Corporate-Governance-Bericht) vom 13. September 2006, BBl 2006, 8233 ff., 8233.

der Jahre 2004/2005) trägt eigentlich zu Unrecht die Kurzbezeichnung «Corporate-Governance-Bericht». In Tat und Wahrheit geht es schwergewichtig um die Anstalten und viel weniger um die «Corporation», die privatrechtlich konstituierte Aktiengesellschaft, und nur zum geringen Teil um die Themen, die im «Swiss Code of Best Practice» und in der «Richtlinie Corporate Governance» der Schweizer Börse SIX¹⁴ abgehandelt werden. Hauptgegenstand sind vielmehr die Schnittstellenprobleme zwischen der inneren staatlichen Sphäre (Bundesrat und Departemente) einerseits und der ausgelagerten Sphäre in den als «weitgehend autonom» bezeichneten, aber der behördlichen «Steuerung und Kontrolle» unterstellten öffentlich-rechtlichen Anstalten und spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften mit fast immer 100 %-iger Kapital- und stimmenmässiger Beherrschung des Bundes oder, eher selten, einer Mehrheitsbeteiligung (klassisches Beispiel Swisscom) oder privatrechtlichen Aktiengesellschaften (RUAG). Es ist ein Sammelwerk weitgehend öffentlich-rechtlicher Kompetenznormen und Verhaltensmaximen des Bundes vor allem für seine öffentlich-rechtlichen autonomen oder teilautonomen Anstalten, mit Auswirkungen auch auf die spezialgesetzlich oder privatrechtlich nach Art. 620 ff. OR gegründeten Aktiengesellschaften, welche der Bund kontrolliert.

b) Konzeption: Steuerung der verselbständigten Einheiten durch den Bundesrat in seiner Funktion als Eigner über strategische Ziele

Der Corporate-Governance-Bericht zielt, nebst seinen theoretischen Ausführungen, auf das Problem der Steuerung und Kontrolle von «ausgelagerten Einheiten» des Bundes und fokussiert sich auf die Steuerungselemente der Bundesbehörden. Der Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates basiert auf einer Weiterentwicklung des bisher praktizierten sog. «Vier-Kreise-Modells». Dieses geht vom Prinzip aus, dass «je weiter aussen ein Träger von Bundesaufgaben in diesem Modell angesiedelt ist», desto grösser auch der «betriebliche Handlungs- und Entscheidungsspielraum» und die «Eigenverantwortung seines Managements» ist.¹⁵ In Weiterentwicklung des Vier-Kreise-Modells hat der Bundesrat in seinem Bericht eine Aufgabentypologie erarbeitet, in der er die Aufgaben des Bundes vier Bereichen zugeordnet hat. Der Bericht geht von der impliziten Annahme aus, dass eine behördliche Steuerung in allen typischen Fällen (nämlich für Einheiten mit Ministerialaufgaben, Einheiten mit Monopolcharakter, Einheiten der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht und Einheiten für Dienstleistungen am Markt) notwendig ist.¹⁶

Der Bundesrat versteht die Organisationsform einer verselbständigten Verwaltungseinheit als die «Grundlage der Steuerung verselbständigter Einheiten» und hält dafür, die Organisationsformenwahl von der zu erfüllenden Aufgabe abhängig zu machen.¹⁷ Nach Ansicht des Bundesrates ist der Bedarf des Bundes nach Einwirkungs- und Kontrollrechten je nach Aufgaben und eingesetzten Bundesmitteln unterschiedlich. «Bei im Monopol erbrachten und mit allgemeinen Steuermitteln oder Gebühren finanzierten Aufgaben müssen dem

¹⁴ SIX Richtlinie betr. Informationen zur Corporate Governance, in der heute geltenden Fassung vom 1. Mai 2018.

¹⁵ Bericht des Bundesrates über das Führen mit Leistungsauftrag und Globalbudget – Evaluation und weiteres Vorgehen (Evaluationsbericht FLAG) vom 19. Dezember 2001, BBl 2002, 3535 ff., 3539.

¹⁶ CGB 2006 (Fn.13), 8234.

¹⁷ Botschaft des Bundesrates zu einem Postorganisationsgesetz und zu einem Telekommunikationsunternehmungsgesetz vom 10. Juni 1996, BBl 1996 III, 1306 ff., 1332.

Bund deutlich mehr Einfluss- und Informationsrechte zustehen als bei Aufgaben, die preisfinanziert am Markt erfüllt werden.»¹⁸ Demgegenüber hält der Corporate-Governance-Bericht fest, der «politische Steuerungsbedarf» sei für Einheiten, die marktgängige Dienstleistungen in einem funktionierenden Markt anbieten, «eher gering».¹⁹

3.2 Der Zusatzbericht des Bundesrates von 2009

Der Zusatzbericht des Bundesrates von 2009 ist von Bedeutung, da dadurch per Saldo die öffentlich-rechtlichen Einflussmöglichkeiten und der privilegierte Informationszugang der Bundesbehörden gezielt und in mehreren Punkten verstärkt wurden.

Der Corporate-Governance-Bericht von 2006 – mit seinen weitab von der aktienrechtlichen Corporate Governance liegenden, öffentlich-rechtlichen Kompetenzaufteilungen und Handlungsmaximen für ausgelagerte Einheiten des Bundes – führte schliesslich im Nationalrat zu Diskussionen, und diese mündeten in vier Postulaten der Geschäftsprüfungs- bzw. der Finanzkommission, alle vom 23. November 2007.²⁰ Ergebnis ist der Zusatzbericht des Bundesrates vom 25. März 2009, welcher u.a. zu den folgenden wichtigen Aussagen führte:

a) **Stellung des «Bundesvertreters» in einer vom Bund beherrschten Aktiengesellschaft**

Der Zusatzbericht 2009 behandelt auf Veranlassung des Postulates der Geschäftsprüfungskommission NR «Zusatzbericht zur Interessenvertretung des Bundes in privatrechtlichen Aktiengesellschaften»²¹ vor allem den Sonderfall, dass der Bund in die Statuten der von ihm beherrschten Aktiengesellschaft eine Klausel nach Art. 762 OR hat einfügen lassen, wonach er einen oder mehrere Vertreter in den Verwaltungsrat entsenden kann.²² Diese Vertreter werden unmittelbar durch öffentlich-rechtlichen Verfügungsakt in den Verwaltungsrat abgeordnet, ohne dass die Generalversammlung überhaupt angefragt würde oder es zu einem Wahlakt käme. Diese entsandten Staatsvertreter sind von der Verantwortlichkeit des Art. 754 OR freigestellt; statt ihrer haftet direkt die ihn entsendende öffentlich-rechtliche Körperschaft nach Art. 762 Abs. 4 i.V.m. Art. 754 OR.

Der direkten Haftung des Gemeinwesens entsprechend hat dieses im Falle einer Abordnung eines Vertreters gemäss Art. 762 OR nach herrschender Lehre grundsätzlich zwei wichtige, wenn auch in Art. 762 OR nicht erwähnte Rechte:

- das Recht auf *Weisungserteilung* an den entsandten Vertreter, und entsprechend ist der Vertreter berechtigt, der Weisung zu folgen, wobei der Staat für Schaden einzustehen

¹⁸ CGB 2006 (Fn. 13), 8268.

¹⁹ CGB 2006 (Fn. 13), 8259.

²⁰ Zusatzbericht des Bundesrats zum Corporate-Governance-Bericht – Umsetzung der Beratungsergebnisse des Nationalrats vom 25. März 2009, BBl 2009, 2659 ff. (Zusatzbericht 2009).

²¹ Postulat N. 07.3372, Zusatzbericht 2009 (Fn. 20), 2667 ff.

²² Zu Art. 762 OR insb. PETER FORSTMOSER/TOBIAJ JAAG, Der Staat als Aktionär, Haftungsrechtliche Risiken der Vertretung des Staates im Verwaltungsrat von Aktiengesellschaften, Schriften zum neuen Aktienrecht 15, Zürich 2000, N 12; PETER FORSTMOSER/MARCEL KÜCHLER, «Vertreter» im Verwaltungsrat und ihr Recht auf Weitergabe von Information, in: Rolf Sethe et al. (Hrsg.), Kommunikation, Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Bern 2011, 38; MARTIN WERNLI/MARCO A. RIZZI, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR, 5. A., Basel 2016, Art. 762 N 8 ff., insb. N 22 ff.

hat, wenn ein solcher durch die Weisungsbefolgung verursacht wird²³ und die übrigen Voraussetzungen des Gesetzes erfüllt sind. In der Lehre umstritten ist die Frage, ob der Bundesvertreter in extremis auch Weisungen berücksichtigen muss, die den Gesellschaftsinteressen zuwiderlaufen;²⁴

- das Recht auf eine *direkte Information* durch den entsandten Vertreter,²⁵ und die entsprechende Befugnis des Vertreters, ohne sich der Verletzung seiner Schweigepflicht schuldig zu machen (soweit es nicht um den harten Kern von strafrechtlich geschützten Geschäftsgeheimnissen geht), diese Informationen der Staatsstelle, welche ihn entsandt hat, weiterzuleiten, insoweit als es für die Erteilung von zweckmässigen Weisungen erforderlich ist.

b) Einklang der Bundesinteressen mit den Gesellschaftsinteressen?

Nach der Auffassung des Bundesrates ist grundsätzlich auch der Bundesvertreter in einer verselbständigten Einheit dem Grundsatz des *Vorrangs des Gesellschaftsinteresses* unterworfen.²⁶ Das bedeutet konkret, dass im Fall eines Konflikts zwischen den Unternehmensinteressen der Gesellschaft und dem Interesse des Bundes, das er im Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft vertritt, das Gesellschaftsinteresse Vorrang hat und konsequenterweise das Interesse des Bundes als Aktionär insoweit zurücktreten muss. Dieser Grundsatz entspricht bewährter Lehre und Praxis²⁷ und dient dazu, das Dilemma des «*doppelten Pflichtenexus*», dem ein «Vertreter» einer beteiligten juristischen Person im Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft gemäss Art. 707 Abs. 3 OR definitionsgemäss ausgesetzt ist, durch eine klare Prioritätsordnung zu lösen.

Der Zusatzbericht 2009 übernimmt nun aber – ausdrücklich für die «entsandten» Vertreter des Gemeinwesens nach Art. 762 OR – die These aus der Literatur,²⁸ wonach in einer Aktiengesellschaft ein im statutarischen Gesellschaftszweck reflektiertes öffentliches Interesse zum Einklang von öffentlichem Interesse und Gesellschaftsinteresse führt. Der Bundesvertreter im Verwaltungsrat steht in dieser Sicht der Dinge gar nicht in einer Konfliktsituation; er könne konkrete Weisungen, die im Rahmen des statutarisch reflektierten öffentlichen Interesses liegen, schlicht befolgen. Wenn keine konkreten Weisungen des Bundes vorliegen, orientiert sich der Bundesvertreter «bei Erfüllung seiner Pflichten am vom

²³ FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 22), 40 f.; FRANZISKA BUOB, Aktiengesellschaften mit staatlicher Beteiligung, Diss. Zürich 2008, N 432 ff., anders noch vor allem das Schrifttum zum OR 1936.

²⁴ Befürwortend FORSTMOSER/JAAG (Fn. 22), N 73; FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 22), 41 f.; ablehnend BUOB (Fn. 23), N 427 ff. und 445; ROMAN S. GUTZWILLER, Die Einflussmöglichkeiten des Staates auf die Strategie einer Aktiengesellschaft mit staatlicher Beteiligung, in: Peter Forstmoser (Hrsg.), Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht (SSHW), Zürich/St. Gallen 2017, N 342.

²⁵ WERNLI/RIZZI (Fn. 22), Art. 962 N 25; FORSTMOSER/KÜCHLER (Fn. 22), 41; PETER FORSTMOSER, Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, rechtliche Ordnung und Umsetzung in der Praxis, Zürich 2011, § 5 N 244; BUOB (Fn. 23), 148.

²⁶ Zusatzbericht 2009 (Fn. 20), 2680.

²⁷ BGE 130 III 213; FORSTMOSER/JAAG (Fn. 22), 38; SIMON KÄCH, Die Rechtsstellung des Vertreters einer juristischen Person im Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 2001, 97; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich 2009, § 13 N 477; WERNLI/RIZZI (Fn. 22), Art. 707 N 37; HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, Bern 2014, § 4 N 249 ff.

²⁸ WERNLI/RIZZI (Fn. 22), Art. 762 N 24 m.w.H.

öffentlichen Interesse geprägten Gesellschaftsinteresse» und kann sein Ermessen innerhalb dieses Rahmens ausüben.²⁹

Die Dinge stellen sich jedoch anders dar, wenn neben dem Bund weitere Aktionäre vorhanden sind oder das ausgegliederte Unternehmen sogar börsenkotiert ist. Bei dieser Konstellation ist unverkennbar, dass das öffentliche Interesse des Bundes nicht mit dem Gesellschaftsinteresse gleichgesetzt werden kann, denn es kommen insbesondere auch die Interessen der Minderheitsaktionäre ins Spiel. Es ist offensichtlich, dass in diesem Fall, je mehr sich eine sog. ausserordentliche Lage einstellen sollte, das öffentliche Interesse mit dem nicht nur auf den Bund als Mehrheitsaktionär ausgerichteten Gesellschaftsinteresse in Konflikt geraten kann. Verschärft sich die Lage, tritt die Ausrichtung der Aktiengesellschaft auf nachhaltige Gewinnerzielung und mittelfristige Mehrung des Unternehmenswertes unter Umständen in ein Spannungsfeld zu kürzerfristigen, drängenden politischen Interessen des bedrohten Staates. Die «Einklang-Theorie» ist in einer Aktiengesellschaft, an der auch Minderheitsaktionäre beteiligt sind, nicht tragfähig.

c) **Personalpolitische und versorgungspolitische Vorgaben an verselbständigte Einheiten mit privatrechtlichem Personalstatut**

Die dritte wesentliche Initiative des Zusatzberichtes betrifft das *Personalstatut*.³⁰ Zwar bleibt dieses in Einheiten, die Dienstleistungen am Markt erbringen, privatrechtlich.³¹ Doch sind Vorgaben auf dem Wege der strategischen Ziele des Bundesrates vorgesehen:³²

- *Kaderlohnverordnung*: Der Bundesrat will ein «zu hohes Lohngefälle zwischen dem Bund und den Einheiten mit privatrechtlichem Personalstatut» vermeiden und stellt daher einen neuen Leitsatz 32 auf: «*Der Bund macht den verselbständigten Einheiten im Rahmen der strategischen Ziele personalpolitische Vorgaben.*».³³
- *Vorsorgepolitik*: Der Bundesrat macht den verselbständigten Einheiten mit Dienstleistungen am Markt Vorgaben im Rahmen der strategischen Ziele.³⁴

d) **Bundesrätliches «Controlling» der verselbständigten Einheiten**

Die vierte wesentliche Initiative will erreichen, dass das «*Controlling*» des Bundesrates – verstanden als ein den Führungsprozess begleitendes Instrument (Zielfestlegung, Planung, Entscheidung, Steuerung und Überwachung) – dazu dient, die Erreichung der strategischen Ziele während der Leistungsperiode (von gewöhnlich einem Jahr) nach vorgängig festgelegten Methoden zu messen; dies geschieht durch Kennzahlensysteme.³⁵ Gleichzeitig wird die sog. Gewährleistungsfunktion präzisiert. Der Bund «*muss sicherstellen, dass die ... Unternehmung in der Lage bleibt, die Aufgabenerfüllung in erforderlichem Umfang sicherzustellen*».³⁶ Daher ist in Leitsatz 16 die Funktion des Bundes als «Gewährleister und Eigner»

²⁹ Zusatzbericht 2009 (Fn. 20), 2680.

³⁰ Zusatzbericht 2009 (Fn. 20), 2680 ff.

³¹ Zusatzbericht 2009 (Fn. 20), 2690 ff.

³² Zusatzbericht 2009 (Fn. 20), 2694.

³³ Hervorhebung beigegefügt.

³⁴ Vgl. Leitsatz 37 gemäss Zusatzbericht 2009.

³⁵ Zusatzbericht 2009 (Fn. 20), 2708 f.

³⁶ Zusatzbericht 2009 (Fn. 20), 2708 f.

umschrieben. Sodann wird im neuen Leitsatz 22b festgehalten, dass der Bund bei sich abzeichnenden Fehlentwicklungen in der Lage sein muss, frühzeitig Gegensteuer zu geben, und zwar – nebst den in Art. 698 OR aufgezählten klassischen Kompetenzen der Aktionäre in der Generalversammlung – durch «Ergänzung oder Änderung der Zielvorgaben».³⁷

e) **Bedeutung der wesentlichen Ergänzungen gemäss Zusatzbericht 2009**

Die Ergänzungen, welche der Bundesrat aufgrund seines Zusatzberichtes von 2009 an den Leitsätzen des Corporate-Governance-Berichtes angebracht hat, betonen und präzisieren praktisch ohne Ausnahme den behördlichen Einfluss nicht nur auf die Anstalten, sondern auch auf die als spezialgesetzliche oder rein privatrechtliche Aktiengesellschaften konstituierten verselbständigten Einheiten des Bundes.

Der Wille zu «Steuerung und Kontrolle» der verselbständigten Einheiten, sogar wenn sie als Aktiengesellschaften organisiert sind und Dienstleistungen am Markt erbringen, und zu «unternehmensbezogenen Vorgaben» sowie zur Durchsetzung öffentlich-rechtlicher Standards durch den Ausbau der Methodik der behördlich auferlegten «strategischen Ziele» ist seit 2009 unverkennbar.

3.3 *Die 39 Leitsätze für verselbständigte Einheiten in der Fassung von 2009*

Die aus dem CGB 2006 und dem Zusatzbericht des Bundesrates im Jahre 2009 abgeleiteten 39 Leitsätze³⁸ sind im Grundansatz sehr stark auf die *öffentlich-rechtlichen Anstalten* ausgerichtet; beinahe die Hälfte betrifft sogar ausschliesslich Anstalten des Bundes, die übrigen richten sich aber sowohl an Anstalten als auch an öffentlich- oder privatrechtlich ausgestaltete Aktiengesellschaften, und sechs behandeln ausschliesslich den Fall einer privatrechtlich organisierten verselbständigten Einheit.

Die Leitsätze enthalten öffentlich-rechtliche Vorgaben des Bundesrechts: Zentral ist der Leitsatz 16: Danach «steuert» der Bund die verselbständigten Einheiten «als Gewährleister der Aufgabenerfüllung», d.h. in seiner öffentlich-rechtlichen Stellung, und «als Eigner», d.h. als Alleinaktionär oder beherrschender Aktionär. Er tut dies «auf der strategischen Ebene» mit dem Instrument der «Zielvorgaben», womit er «Einfluss» auf ihre «Entwicklung als Unternehmen»³⁹ nimmt, und die Vorgaben sind in allen Fällen «unternehmensbezogen»; sie sind auch «aufgabenbezogen» umso mehr, je weniger die Erfüllung der Aufgabe durch den Markt bestimmt wird, und umso mehr, je stärker die Tätigkeit mit «bedeutenden Risiken für den Bund» einhergehen kann.

Wie sich aus der Erläuterung zum Leitsatz 16 im Corporate Governance-Bericht⁴⁰ ergibt, bezieht sich der «*unternehmensbezogene*» Teil der strategischen Ziele auf die betriebliche Entwicklung der Einheit, namentlich die Schwerpunkte der Unternehmenspolitik.

³⁷ Zusatzbericht 2009 (Fn. 20), 2710.

³⁸ Die Zählung geht von 1 bis 37, doch sind *zwei weitere Leitsätze, 22a und 22b*, noch nachträglich eingefügt worden. Diese betreffen ausgerechnet das «*Controlling des Bundesrates*» in privatrechtlichen Aktiengesellschaften und die Massnahmen zur Durchsetzung.

³⁹ Im Original: «*als Organisation bzw. als Unternehmen*».

⁴⁰ CGB 2006 (Fn. 13), 8276 f.

Mit dem «*aufgabenseitigen*» Teil der behördlichen Vorgaben bezweckt der Bund, die durch die Gesetzgebung definierten, im öffentlichen Interesse liegenden Aufgaben der verselbständigten Einheit zu verwirklichen.

Dass der Bundesrat die Erreichung der Ziele der (damals «Eignerstrategie» genannten) strategischen Vorgaben messen und die «Entscheidungsträger», d.h. den Verwaltungsrat «zur Rechenschaft» ziehen wollte, ergibt sich eigentlich schon aus der Botschaft von 1997. Die neuen Leitsätze konkretisieren diesen Gedanken. Die hinzugefügten Leitsätze erwähnen zwar die klassischen Mittel, mit denen das Aktienrecht der Aktionärsmehrheit erlaubt, auf den von ihr gewählten Verwaltungsrat Einfluss zu nehmen, nämlich den *Zuständigkeitskatalog* von Art. 698 Abs. 2 OR für die Generalversammlung. Das fünfte aktienrechtliche Mittel der Einflussnahme ist die *Änderung der Statuten* (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 OR; Einengung oder Erweiterung des Gesellschaftszwecks bzw. eines den Verwaltungsrat in Schranken weisenden Artikels).

Dass die Verwaltungsräte einer mehrheitlich beherrschten Aktiengesellschaft wegen der stets drohenden Abberufung aus ihrem Amt faktisch dem Einfluss der Aktionärsseite ausgesetzt sind, ist eine allgemein bekannte Tatsache. Diese wurde im Corporate-Governance-Bericht – wenn auch in besonderer Schärfe – erwähnt:

«Der Verwaltungsrat [i.e. einer verselbständigten Einheit] kann es sich grundsätzlich nicht leisten, die Absichten des Haupt- oder Mehrheitsaktionärs zu missachten; andernfalls riskiert er die Abberufung oder Abwahl.»

Das Abberufungsrecht ist gewissermassen die ultima ratio der Aktionäre und als solche wichtig, kann aber niemals als Ansatz dazu verwendet werden, Kompetenzusurpation durch Aktionäre im Widerspruch zu Art. 716a Abs. 1 OR zu rechtfertigen. Eine weitergehende Kompetenzzuweisung an einen beherrschenden Aktionär käme, wenn er davon gezielt Gebrauch macht, einer unrechtmässigen organotypischen Willensbetätigung des Aktionärs nahe.

Im nebst Leitsatz 16 zentralen Leitsatz 22b ist die Aussage enthalten, dass die wichtigste Massnahme des Bundesrates bei Fehlentwicklungen die «*Ergänzung oder Änderung der Zielvorgaben*» ist. Die Zielvorgabe der Behörde, die wichtigste «unternehmensbezogene Massnahme», ist eine direkt als verbindliche Verhaltensnorm wirkende Massnahme der Behörde, ein rein öffentlich-rechtliches – und gerade nicht ein obligationenrechtliches – Steuerungsmittel.

3.4 Zwischenfazit

Die Bundesbehörden haben früher vorwiegend den Begriff der Eignerpolitik bzw. Eignerstrategie verwendet. In den letzten fünfzehn Jahren haben sie diesen Begriff in «*strategische Ziele*» umgewandelt und das Werkzeug bedeutend ausgebaut sowie es sukzessive zu einem griffigen öffentlich-rechtlichen Instrument der «Steuerung und Kontrolle» bzw. der «mittelfristig gezielt auf die Verwirklichung der übergeordneten Interessen ausgerichteten Einflussnahme» entwickelt.⁴¹

⁴¹ So der Zusatzbericht 2009 (Fn. 20), 2693.

Ein erster Schritt in diese Richtung erfolgte durch den *Corporate-Governance-Bericht von 2006* mit Entwicklung der Methodik der Steuerung und Kontrolle mit dem Instrument der «strategischen Ziele», mit dem die zuständigen Behörden – sowohl unternehmensbezogen wie aufgabenbezogen – nicht nur auf öffentlich-rechtliche Anstalten, sondern auch auf spezialgesetzliche und privatrechtliche Aktiengesellschaften im Mehrheits- oder Alleineigentum des Bundes einwirken.

Weiter ausgebaut wurde die Steuerung und Kontrolle des Bundes sodann durch den *Zusatzbericht von 2009* mit neuen Leitsätzen zur Durchsetzung der strategischen Ziele bei Fehlentwicklungen durch «Ergänzung oder Änderung der Zielvorgaben» und ausdrückliche Erwähnung der «Abberufung von Personen»⁴² sowie Erwähnung der Funktion des Bundes als Gewährleister der Aufgabenerfüllung und Anwendung der Kaderlohngesetzgebung für Verwaltungsrat, Direktion und gewisse Kategorien von Mitarbeitenden. Vorgesehen sind schliesslich auch personalpolitische und vorsorgepolitische Vorgaben an verselbständigte Einheiten als obligatorischer Inhalt der strategischen Ziele.

4. Bundesgesetz über die Mitwirkung der Bundesversammlung bei der Steuerung der verselbständigten Einheiten

4.1 Verdeutlichung der «Steuerung und Kontrolle» durch den Bundesrat

Der CGB 2006 beleuchtet zwar eingehend die Rolle des Bundesrates bei der Steuerung und Kontrolle von ausgelagerten Einheiten des Bundes. Der Bericht hatte jedoch die Frage offengelassen, wie die *Oberaufsicht* des Parlamentes über den in dieser Weise steuernd und kontrollierend tätigen Bundesrat zu gestalten sei.⁴³ Der Nationalrat sprang mit der parlamentarischen Initiative vom 29. März 2010 in diese «Lücke»⁴⁴, und schlug u.a. die inzwischen Gesetz gewordenen Ergänzungen des Parlamentsgesetzes⁴⁵, des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes⁴⁶ sowie des Finanzkontrollgesetzes⁴⁷ vor. Da der Bundesrat in seiner Stellungnahme vom 19. Mai 2010⁴⁸ diese Initiative weithin begrüßte und übernahm,⁴⁹ sind die Ausführungen der Begründung der Initiative von Gewicht. Grundidee des Vorstosses vom 29. März 2010 ist das Verständnis des «Controlling» und der «Steuerung» der verselbständigten Einheiten des Bundes:⁵⁰

«Die verselbständigte Einheit muss intern ein Controlling über ihre Zielerreichung aufbauen [...]. Dieses interne Controlling muss durch ein äusseres Controlling des

⁴² Enthalten für die Aktiengesellschaft bereits ausdrücklich in Art. 705 OR.

⁴³ CGB 2006 (Fn. 13), 8281.

⁴⁴ So ausdrücklich der Bericht der Finanzkommission des Nationalrates betreffend das parlamentarische Instrumentarium zu den strategischen Zielen der verselbständigten Einheiten vom 29. März 2010, BBl 2010, 3413 ff. (Bericht FK-N 2010), 3383.

⁴⁵ Art. 28 Abs. 1 und 1^{bis} ParlG.

⁴⁶ Art. 8 Abs. 2 RVOG.

⁴⁷ Art. 14 Abs. 1^{bis} FKG.

⁴⁸ Stellungnahme des Bundesrates zum Bericht vom 29. März 2010 der Finanzkommission des Nationalrates betreffend das parlamentarische Instrumentarium zu den strategischen Zielen der verselbständigten Einheiten, vom 19. Mai 2010, BBl 2010, 3413 ff. (Stellungnahme BR 2010), 3413.

⁴⁹ Stellungnahme BR 2010 (Fn. 48), 3415.

⁵⁰ Bericht FK-N 2010 (Fn. 44), 3383, 3392 und 3397 ff.

Bundesrates überlagert werden, welches den Freiraum der verselbständigten Einheit respektiert, aber im Sinne eines «Management by Exception» in der Lage ist, Fehlentwicklungen frühzeitig zu erkennen und, wenn nötig, zu korrigieren.»⁵¹

Der Begriff des «Management by Exception» ist dabei bedeutungsvoll für das Grundverständnis der Parlamentarischen Initiative, die zu den erwähnten Gesetzesänderungen geführt hat. Er bringt zum Ausdruck, dass der Bundesrat im Rahmen seiner «Steuerung und Kontrolle»⁵² in die ihm unterstehenden verselbständigten Betriebe korrigierend eingreift. Es fällt auf, dass dies mindestens nahe herangeht an die Kernfunktion der Aufsichts- und Eingriffspflicht⁵³ des Verwaltungsrates einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 und Ziff. 5 OR als Teil seiner unübertragbaren und unentziehbaren Oberleitung seiner Gesellschaft:⁵⁴

«Ungeachtet ihrer Stellung als formell oberstes Organ der Aktiengesellschaft und insbesondere als Wahlorgan des Verwaltungsrats kann die Generalversammlung die Kompetenzen nach Art. 716a OR nicht an sich ziehen.»⁵⁵

Die Parlamentarische Initiative hält das Verständnis der «Überlagerung»⁵⁶ der bundesrätlichen Steuerung und Kontrolle über jene des nach Art. 716a OR eigentlich ausschliesslich zuständigen Verwaltungsrates weiter fest mit der Erklärung:

«Grundlage für dieses äussere Controlling sind die strategischen Ziele, mit denen der Bundesrat die verselbständigten Einheiten als Eigner und Gewährleister der Aufgabenerfüllung steuert.»⁵⁷

4.2 Tragweite der gesetzlichen Änderung

Zu dieser Steuerung durch den Bundesrat mit strategischen Zielen hat das Parlament im Bundesgesetz vom 17. Dezember 2010 wichtige Erweiterungen angebracht:

- Das Parlament «soll [...] prüfen, ob das Controllingsystem über die verselbständigten Einheiten funktioniert ... [und] auf die strategischen Ziele des Bundesrates ausgerichtet [ist]».⁵⁸
- Die Eidgenössische Finanzkontrolle stellt ihren (jährlichen) Prüfbericht und die Zusammenfassung betreffend die verselbständigten Einheiten nach Art. 8 Abs. 5 RVOG, für welche strategische Ziele festgelegt worden sind, nicht mehr zuerst dem Verwaltungsrat der geprüften Einheit,⁵⁹ sondern ausser der Finanzdelegation der beiden eidg. Räte nun

⁵¹ Bericht FK-N 2010 (Fn. 44), 3383 (Hervorhebungen beigelegt).

⁵² Bericht FK-N 2010 (Fn. 44), 3382, 3383 und Stellungnahme BR 2010 (Fn. 48), 3415, Ziff. 3.

⁵³ Zur Eingriffspflicht bei Fehlentwicklungen BÜHLER (Fn. 3), Art. 716a N 32 ff.; BÖCKLI (Fn. 27), § 13 N 361; leading case des Bundesgerichts BGE 97 II 403; ähnlich BGE 113 IV 74 f.

⁵⁴ VON DER CRONE (Fn. 27), § 4 N 141.

⁵⁵ Ferner: PETER FORSTMOSER/ ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 30 N 29 und 35 sowie § 20 N 28; PETER BÖCKLI, Die unentziehbaren Kernkompetenzen des Verwaltungsrates, Schriften zum neuen Aktienrecht 7, Zürich 1994, 31 ff. und DERS. (Fn. 27), § 13 N 286.

⁵⁶ Ausdrücklich Bericht FK-N 2010 (Fn. 44), 3383.

⁵⁷ A.a.O. – Diese Aussage bezieht sich wörtlich auf den bundesrätlichen Zusatzbericht 2009 (Fn. 20).

⁵⁸ Bericht FK-N 2010 (Fn. 44), 3383.

⁵⁹ Bericht FK-N 2010 (Fn. 44), 3400.

auch direkt dem Bundesrat zu.⁶⁰ Diese Änderung sollte verhindern, dass es Absprachen der Finanzkontrolle mit dem Verwaltungsrat der verselbständigten Einheit gibt und dieser vom Finanzkontrollergebnis vorab Kenntnis erhält.⁶¹

Die dritte Neuerung soll dem Parlament gestatten, durch eine gesetzlich abgestützte Mitwirkung auf die Festlegung und Änderung der strategischen Ziele durch den Bundesrat Einfluss zu nehmen: Gemäss Parlamentsgesetz wirkt die Bundesversammlung bei der Festlegung der strategischen Ziele für verselbständigte Einheiten mit, «*indem sie dem Bundesrat Aufträge erteilt [...], für die verselbständigte Einheit strategische Ziele festzulegen oder diese Ziele zu ändern.*»⁶²

Diese dritte Änderung geht weit, weil sie dem Parlament – als vorbehaltlos formulierte gesetzliche Kompetenz – die Befugnis erteilt, mit Auftragsbeschlüssen in der Form von Motionen oder Postulaten⁶³ die strategischen Ziele des ausgegliederten Unternehmens inhaltlich zu bestimmen und zu ändern. Das ist denn auch die erklärte Absicht des Parlamentes:

*«Das Parlament braucht [...] auch ein Instrumentarium, um bei Bedarf auf die Ausgestaltung dieser Ziele [d.h. nach Art. 8 Abs. 5 RVOG der Steuerung der verselbständigten Einheiten durch den Bundesrat mit strategischen Zielen] einwirken zu können. Dies ist das Hauptziel dieser parlamentarischen Initiative [...]. Die Bundesversammlung soll nach Art. 28 Abs. 1^{bis} ParlG auf künftige oder bereits erlassene Ziele einwirken können.»*⁶⁴

- Schliesslich bringt diese Gesetzesänderung auch im geänderten Art. 8 Abs. 5 RVOG erstmals die Legaldefinition der «*verselbständigten Einheit*» des Bundes. Als verselbständigte Einheit gelten u.a. Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts, die *durch die Bundesgesetzgebung geschaffen* worden sind oder *vom Bund kapital- und stimmenmässig beherrscht* werden.⁶⁵ Nicht durch bundesrätliche strategische Ziele werden nur jene verselbständigten Einheiten gesteuert, die unter einem Spezialgesetz geschaffen wurden, wenn nach diesem Gesetz die Kompetenz, strategische Ziele festzulegen, dem eigenen Verwaltungsrat zukommt.⁶⁶

Bemerkenswert ist, dass der Bundesrat die vom Parlament vorgeschlagenen Änderungen beinahe vorbehaltlos unterstützte. Er begrüsst das Obligatorium der Steuerung durch strategische Ziele als «*Führungsinstrument*» des Bundesrates,⁶⁷ das konsistente «*Vorgaben*» an die verselbständigten Betriebe erlaubt und sicherstellt, dass «*[...] der Bund im Rahmen der Steuerung so viel Einfluss wie nötig ausübt, dabei aber die betriebliche Autonomie der betreffenden Einheit so weit als möglich respektiert.*»⁶⁸

⁶⁰ A.a.O. Ziff. 3, Einfügung von Art. 1^{bis} ins Finanzkontrollgesetz vom 28. Juni 1967 (SR 614.0).

⁶¹ Bericht FK-N 2010 (Fn. 44), 3400.

⁶² Art. 28 Abs. 1 und 1^{bis} ParlG.

⁶³ Bericht FK-N 2010 (Fn. 44), 3398.

⁶⁴ A.a.O., 3397.

⁶⁵ Art. 8 Abs. 5 lit. a Ziff. 2 RVOG.

⁶⁶ Bericht FK-N 2010 (Fn. 44), 3399.

⁶⁷ Stellungnahme BR 2010 (Fn. 48), 3415.

⁶⁸ A.a.O. 3416. – Die Formel stammt aus dem Corporate-Governance-Bericht, CGB 2006 (Fn. 13), 8267.

Die Äusserungen sowohl von der Seite des Parlamentes als auch von der Seite des Bundesrates lassen kaum Zweifel daran bestehen, dass es (unter der gesetzlich gestatteten Mitwirkung und Oberaufsicht des Parlaments) der Bundesrat ist, der bestimmt, wie viel Einfluss jeweils nötig und wie viel Autonomie möglich ist. Der Hinweis des Bundesrates, dass die strategischen Ziele in «Abstimmung mit der verselbständigten Einheit» festgelegt werden,⁶⁹ mildert zwar den hoheitlichen Aspekt etwas und wahrt – durch die damit implizit verbundene vorgängige Anhörung der betroffenen «verselbständigten Einheit» – auch die verfahrensmässige Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens.

Es ändert aber nichts daran, dass seit der Gesetzesnovelle von 2010 die zuständigen Staatsorgane die Befugnis zur strategischen Steuerung und Kontrolle der vom Bund beherrschten ausgegliederten Aufgabenträger⁷⁰ für sich in Anspruch nehmen. Hält man sich die Gesamtheit der gesetzlichen Steuerungs- und Informationsbeschaffungsmöglichkeiten vor Augen – von der Festlegung oder Änderung der strategischen Ziele durch Bundesrat und Parlament, der Erstellung des Prüfberichts der EFK zuhanden Bundesrat und Parlament bis zur umfassenden Informations- und Rechenschaftspflicht gegenüber dem Bundesrat –, kann die Verbindlichkeit der strategischen Ziele für den Verwaltungsrat eines ausgegliederten Unternehmens aufgrund der öffentlich-rechtlichen Einwirkung des Bundes nicht in Abrede gestellt werden.

III. Die vom Bund als Eigner zu beachtenden aktienrechtlichen Rahmenbedingungen

1. Aktienrechtliche Kompetenzordnung: Unentziehbare Kernkompetenzen des Verwaltungsrates

1.1 Bedeutung der Unentziehbarkeit der Kernkompetenzen des Verwaltungsrates nach der zwingenden aktienrechtlichen Kompetenzordnung

Wie in allen grösseren Schweizer Aktiengesellschaften hat auch der Verwaltungsrat eines staatlich beherrschten Unternehmens die ihm eigentlich von Gesetzes wegen zustehende Kompetenz sowohl zur Oberleitung und Überwachung der Gesellschaft wie auch zur Führung der täglichen Geschäfte zwischen sich und der Geschäftsleitung aufgeteilt. Dazu ist er nach Art. 716b OR nicht nur befugt, sondern unter Umständen nach Spezialgesetz sogar verpflichtet. Dieses Konzept entspricht dem 1991 in diesem Punkt präziser gefassten Art. 716a Abs. 1 OR:

- Unentziehbare Kernkompetenzen *nach* «oben» (im Verhältnis gegenüber den Aktionären): Eine der wesentlichen zwingenden Bestimmungen des Aktienrechts zur Definition der rechtlichen Stellung des Verwaltungsrates findet sich in Art. 716a Abs. 1 OR. Die

⁶⁹ Stellungnahme BR 2010 (Fn. 48), 3416.

⁷⁰ Bundesgesetz vom 17. Dezember 2010 (seit 1. Januar 2012 in Kraft), gestützt auch auf den Zusatzbericht 2009 (Fn. 20), 2659 ff.

Kernbefugnisse der Oberleitung, Organisation und Oberaufsicht stehen dem Verwaltungsrat allein zu und können ihm weder durch die Statuten noch durch einen Generalversammlungsbeschluss oder auf eine andere Weise entzogen werden.

- Unübertragbare Kernkompetenzen *nach* «*unten*» (im Verhältnis zur Geschäfts- oder Konzernleitung, welche für die Führung der operativen Geschäfte zuständig ist): Weniger Probleme verursacht die umgekehrt wirkende Regel des Art. 716a Abs. 1 OR: die Kernkompetenzen des Verwaltungsrates können auch nicht rechtmässig auf untergeordnete Organe, vor allem die vom Verwaltungsrat ernannte und ihm unterstellte Geschäfts- oder Konzernleitung, übertragen werden. Jede solche «Abschiebung» der gesetzlich zugewiesenen Verantwortung ist rechtlich unstatthaft und unwirksam.⁷¹

1.2 Oberleitung als «zentrale Aufgabe des Verwaltungsrates»

Wichtigste Kernkompetenz ist die *Oberleitung* der Gesellschaft: Der Begriff ist heute ziemlich unbestrittenermassen zu verstehen als die Festlegung der Strategie, d.h. der Ziele der unternehmerischen Tätigkeit, mit anderen Worten die Unternehmenspolitik, mit der Wahl der Mittel, d.h. der operativen Tätigkeiten, der personellen und finanziellen Ressourcen, zur Erreichung dieser Ziele. Nicht die Generalversammlung, sondern der Verwaltungsrat legt die unternehmerischen Wege – was das Unternehmen tut und was es nicht tut – fest und erteilt alle nötigen unternehmensinternen Direktiven (Weisungen) zur Erreichung der von ihm bestimmten Ziele auf den von ihm gewählten Wegen. Oberleitung ist im Rahmen des Gesellschaftszwecks die autonome Gestaltung der ganzen Unternehmenstätigkeit in ihren Grundzügen.⁷² Dazu gehört die Auswahl und die Abgrenzung der konkreten Geschäftsfelder, die Festlegung der Ziele und Prioritäten und die stete Sorge für das finanzielle Gleichgewicht des Unternehmens im Auf und Ab des Geschäftsganges und in den Widrigkeiten des Marktumfeldes. Es versteht sich, dass die Entscheidung beim Gesamtverwaltungsrat liegt; die Ausarbeitung und Adjustierung der Unternehmensstrategie erfolgt jedoch im engen Zusammenwirken mit der Geschäfts- oder Konzernleitung, etwas anderes ist in der Praxis gar nicht möglich.⁷³

Der Bundesrat hat in seiner Botschaft von 1983 als Erläuterung zu der Einführung der damals neuformulierten Kernkompetenz des Verwaltungsrates betont: Die unentziehbare und unübertragbare Oberleitung der Aktiengesellschaft ist «die zentrale Aufgabe des Verwaltungsrates».⁷⁴ Die Lehre hält mit Nachdruck fest: «Ungeachtet der Stellung als formell oberstes Organ der Aktiengesellschaft und insbesondere als Wahlorgan des Verwaltungs-

⁷¹ ROLF WATTER/KATJA ROTH PELLANDA, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR, 5. A., Basel 2016, Art. 716b N 4 ff.; BÜHLER (Fn. 3), Art. 716a N 4 ff.

⁷² BÖCKLI (Fn. 55), 21 f.; BÜHLER (Fn. 3), Art. 716a N 39 ff.

⁷³ Für die heute weitgehend einhellige Auffassung in der Literatur: Botschaft des Bundesrates zur Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 745 ff. (Botschaft 1983), 177 f.; BÖCKLI (Fn. 55), 21 ff.; FORSTMOSER/MEIER HAYOZ/NOBEL (Fn. 55), § 30 N 31 und 33; PETER BÖCKLI CHRISTOPH B. BÜHLER, Der Staat als faktisches Organ einer von ihm beherrschten privaten Aktiengesellschaft, in: Philippin et al. (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de François Dessemontet, Lausanne 2009, 17 ff., 22; WATTER/ROTH PELLANDA (Fn. 71), Art. 716a N 4/5; VON DER CRONE (Fn. 27), § 4 N 141; ADRIAN PLÜSS/DOMINIQUE FACINCANI-KUNZ, in: Vito Roberto/Hans Rudolf Trüeb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 530-771 OR - VegüV, 3. A., Zürich 2016, Art. 716a N 3.

⁷⁴ Botschaft 1983 (Fn. 73), 177.

rates kann die Generalversammlung die Kompetenzen nach Art. 716a nicht auf sich ziehen». ⁷⁵ Wenn die Generalversammlung das nicht kann, so kann es noch viel weniger eine Mehrheit von Aktionären oder ein Hauptaktionär durch leitende Einwirkung auf den Verwaltungsrat. Derartige gezielte Einwirkungen der Aktionäre oder Dritter, welche Kernkompetenzen einschränken oder auf eine Einschränkung abzielen, sind ein Verstoß gegen das zwingende Recht einer nach Art. 620 ff. OR organisierten und Art. 716a Abs. 1 OR unterstehenden Aktiengesellschaft.

1.3 *Rechtliche Problematik von Eingriffen in die eigenverantwortliche Oberleitung einer Aktiengesellschaft*

Obwohl die Aktiengesellschaft, wie sie im Bundesgesetz über das Obligationenrecht in den Artikeln 620 bis 763 geregelt ist, auch für nicht wirtschaftliche Zwecke eingesetzt werden kann, ⁷⁶ ist doch die «Grundstruktur» ⁷⁷ der Aktiengesellschaft eine Kapitalgesellschaft mit eigenständiger juristischer Persönlichkeit, ausgerichtet auf den mittel- bis langfristigen Einsatz von Kapital und Arbeit zur nachhaltigen Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolges. Kennzeichen der Aktiengesellschaft ist das *Prinzip der Selbstverwaltung*. Aufgrund der Statuten (mit dem Gesellschaftszweck) und unter Einsatz des von den Aktionären zur Verfügung gestellten oder später erwirtschafteten und stehen gelassenen Eigenkapitals bestimmt der Verwaltungsrat eigenverantwortlich die Strategie und die Leitlinien der Geschäftsführung der Gesellschaft. ⁷⁸ Die Generalversammlung der Aktionäre ihrerseits bleibt insofern oberstes Organ, als sie die Statuten bestimmt, den Verwaltungsrat wählt und ihn auch abwählen kann oder dem Verwaltungsrat, wenn er ihr wichtige Anträge für Beschlüsse stellt, die Gefolgschaft verweigern oder gar die Décharge versagen kann. ⁷⁹

Das vom Bund aufgebaute System der Steuerung und Kontrolle sieht parallele Eingriffe (nämlich Informationsbeschaffung, Einwirkungen und Kontrollen) vor, welche die Generalversammlung als Statutengeberin niemals in einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft einrichten könnte. Die Generalversammlung kann dem Verwaltungsrat gegenüber folgendes nicht: ⁸⁰

- *Strategische Ziele* dem Verwaltungsrat verbindlich vorgeben: Es geht dabei um Handlungsanweisungen und strategische Richtlinien, deren Beachtung verbindlich ist, deren Erfüllung in regelmässigen Abständen kontrolliert wird und die auch innerhalb der Vierjahresperiode geändert werden können;
- *Unternehmensbezogene Vorgaben* machen: Hier geht es um im Rahmen vor allem der strategischen Ziele erteilte Vorgaben, die aber weder der eigentlichen Ebene der Strategie zugehören (sondern der obersten Unternehmensführung im betriebswirtschaftlichen Sinn) noch nur Ziele enthalten, sondern oft konkret bestimmte Mittel und Wege vorgeben oder auch umgekehrt einschränken. Sie werden nicht nur einmal alle vier Jahre, sondern auch regelmässig während des Geschäftsjahres informell bei der Unternehmensspitze als Anregung, als Äusserung einer «Erwartung» der Behörden oder im Sinne

⁷⁵ VON DER CRONE (Fn. 27), § 4 N 141.

⁷⁶ Art. 620 Abs. 3 OR.

⁷⁷ Dieser Begriff ausdrücklich in Art. 706b Ziff. 3 OR.

⁷⁸ Art. 716a Abs. 1 OR. Vgl. BÜHLER (Fn. 3), Art. 716a N 1 ff.

⁷⁹ Art. 698 Abs. 2 Ziff. 5 und Art. 758 OR.

⁸⁰ Es sei denn bis zu einem gewissen Grad durch eine Einschränkung des Gesellschaftszwecks.

eines Abratens von bestimmten Führungsoptionen eingebracht. Es handelt sich auch um Angelegenheiten der Leistungsbereitschaft allgemein; die Vorgaben oder Erwartungen erstrecken sich aber auch auf die Bereiche der Geschäfts- und Personalführung sowie der finanziellen Strategie (Dividendenpolitik, Verhältnis des Eigenkapitals zu den Verbindlichkeiten) der Gesellschaft.

- *Finanzkontrolle* ausüben: Hier geht es um aussenstehende Prüfungs- oder Kontrollbeauftragte des Bundes, die in die Gesellschaft entsandt werden (ausserhalb des Verfahrens der Sonderprüfung nach Art. 696a ff. OR oder der Sachverständigen zur Prüfung der Geschäftsführung nach Art. 731a Abs. 3 OR). Sie haben unter Umständen Zugang zu den Interna und erstatten, mit Ausnahme seiner Möglichkeit zur Stellungnahme, am Verwaltungsrat vorbei direkt Bericht an den Bundesrat über die Ergebnisse ihrer Prüfungen in der Gesellschaftssphäre, und die Prüfungsergebnisse dienen dem Bundesrat zur Nachkontrolle der Einhaltung der unternehmensbezogenen Vorgaben und gegebenenfalls zur Ergreifung von Massnahmen im Sinne der Leitsätze;
- *Quartals- und Zweiergespräche* führen: Es geht um ein im Aktienrecht nicht vorgesehenes, ständiges Sondergremium mit oder ohne Protokollführung, in dem der Verwaltungsrat oder dessen Spitze und der CEO während des Geschäftsjahres in regelmässigen Abständen einen Informationsaustausch mit hochrangigen Vertretern des Bundes ausserhalb der gesellschaftsrechtlichen Institutionen zu führen haben;
- Einen *jährlichen Rechenschaftsbericht* des Verwaltungsrates an den Bundesrat einfordern: Dieser jährliche Bericht an den Bundesrat dient, zusammen mit den gelieferten weiteren internen Informationen, dem Bundesrat u.a. zur Nachkontrolle der Einhaltung seiner unternehmensbezogenen Vorgaben.

Diese Einwirkungen auf den Verwaltungsrat würden sich vor allem an zwei Grundprinzipien des Aktienrechts stossen:

Erstens würde die Gesamtheit der Einwirkungen gegen die im Aktienrecht verankerte *eigenverantwortliche Stellung des Verwaltungsrates* verstossen, welche sich gemäss Art. 754 OR in der unbeschränkten persönlichen Haftung jedes Verwaltungsratsmitgliedes für den Schaden äussert, den es durch pflichtwidrige Handlungen oder Unterlassungen in seinem Aufgabenbereich der Gesellschaft, den Aktionären oder, im Insolvenzfall, den Gläubigern verursacht. Diese persönliche Haftung wird auch praktisch relevant, sobald bei einer Aktiengesellschaft ein Drittaktionariat mit eigenen Interessen, Absichten und Interventionsmöglichkeiten auftritt.⁸¹ Keine Befreiung von der Haftung nach Art. 754 OR bringt im Grundsatz eine Berufung auf erhaltene Weisungen oder Interventionen.

Zweitens würden die erwähnten Interventionen, die auf den Bereich der obersten Führung der Aktiengesellschaft abzielen, gegen die *unentziehbare und unübertragbare Kompetenz des Verwaltungsrates für die Oberleitung und Oberaufsicht* gemäss Art. 716a Abs. 1 OR verstossen, teilweise auch gegen die in Art. 706b Ziff. 3 OR festgehaltene *Grundstruktur*

⁸¹ Vgl. dazu unten Abschnitt III. 3.

der Aktiengesellschaft mit ihren gesetzlich vorgeschriebenen Organen⁸² und je klar definierten Kompetenzen.⁸³

1.4 Spannungsfeld zwischen den Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten des Bundes und der zwingenden aktienrechtlichen Kompetenzordnung bei einem staatlich kontrollierten Unternehmen

Die aktienrechtliche Kompetenzzuweisung bestimmt, wie erwähnt, dass die Festlegung, Durchsetzung und Überprüfung der Unternehmensstrategie eine unentziehbare Kernkompetenz des Verwaltungsrates ist. Allerdings kann der Bund bei einem ausgegliederten Unternehmen als Mehrheitsaktionär mit der Wahl und Abberufung der Verwaltungsratsmitglieder⁸⁴ auf die Geschicke der Gesellschaft aktienrechtlich mittelbar Einfluss nehmen. Eine gezielte direkte Einwirkung, die die oberste Entscheidung über die Strategie und Wege zu deren Verwirklichung auf Stufe Aktionariat, also oberhalb des Verwaltungsrates ansetzt, ist demgegenüber unvereinbar mit Art. 716a OR.

Zwar «kann» der Gesetzgeber grundsätzlich «alles»; jedenfalls wäre er zunächst in der Lage, den aktienrechtlichen Grundsatz der Unentziehbarkeit der Oberleitungskompetenz öffentlich-rechtlich einzuschränken und die eigenverantwortliche Beschlussfassung über die strategische Ausrichtung sowie die Führungsgrundsätze und die Organisation einem Verwaltungsrat durch unternehmensbezogene Vorgaben zum Teil zu entziehen. Er ist jedoch nicht ermächtigt, unternehmensstrategische Vorgaben zu machen. Die öffentlich-rechtlichen Normen zur «Steuerung und Kontrolle» treten insbesondere, wenn neben dem Bund noch weitere Aktionäre am ausgegliederten Unternehmen beteiligt sind, mit der unentziehbaren Kompetenz zur eigenverantwortlichen Oberleitung in ein besonderes Spannungsverhältnis. Gehen die Interessen der Minderheitsaktionäre – so wie diese sie wahrnehmen – von den Interessen des Bundes als Mehrheitsaktionär, Hauptkunde, Bewilligungsbehörde und Inhaber der öffentlich-rechtlichen Hoheit über Steuerung und Kontrolle auseinander, sind Meinungsverschiedenheiten vorprogrammiert. Die These vom «Einklang der Interessen» zerbricht in einem solchen Fall an der Wirklichkeit.

Auf der Ebene des Verwaltungsrates kommt bereits die in verschiedenen ausgegliederten Einheiten praktizierte Institution regelmässig stattfindender Gespräche zwischen dem Bundesrat einerseits und dem Bundesvertreter im Verwaltungsrat und den Spitzen von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung andererseits einer anspruchsvollen rechtlichen Gratwanderung gleich. Aus der Sicht der Minderheitsaktionäre ist dieser durch eine öffentlich-rechtliche, unternehmensbezogene Vorgabe eingerichtete separate Informationskanal bereits stossend; aus jener eines Verwaltungsrates einer nach Art. 620 ff. OR organisierten Aktiengesellschaft bedeutet er bereits eine Einmischung in seine Eigenverantwortlichkeit und unentziehbare Oberleitungskompetenz. In einer Aktiengesellschaft liegt die letzte – durch eine persönliche und unbeschränkte Haftung konsequent aufgebaute – Verantwortung beim eigenverantwortlichen Verwaltungsrat für die gesamte Oberleitung der Gesellschaft, namentlich ihre strategischen Ziele im Rahmen des Gesellschaftszwecks, die Festlegung der

⁸² Abgesehen von den beschränkten Sonderfällen eines *Beirates* im Sinne von Art. 12 Abs. 1 Ziff. 1 VeGüV, eines *Sonderprüfers* im Sinne von Art. 697a OR und eines von der Generalversammlung eingesetzten *Sachverständigen* zur Prüfung der Geschäftsführung im Sinne von Art. 731a Abs. 3 OR.

⁸³ Nämlich der Generalversammlung, des Verwaltungsrates (gegebenenfalls mit einer separaten Geschäftsleitung kraft Delegation nach Art. 716b OR) und der Revisionsstelle gemäss Art. 727 ff. OR.

⁸⁴ Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR.

Führungsgrundsätze sowie die Führung der operativen und finanziellen Geschäfte und die Einrichtung der dafür geeigneten Organisation von Führung und Kontrolle – und dies zwingend und ausschliesslich. Wenn die an den periodischen Gesprächen zwischen Bund und dem ausgegliederten Unternehmen Beteiligten sich nicht nur austauschen, sondern auch abstimmen, kann der Verwaltungsrat mit seinen aktienrechtlichen Pflichten und Kompetenzen in Konflikt geraten.

2. Aktienrechtliches Gleichbehandlungsgebot: Gleichbehandlung der Aktionäre in der Informationsversorgung

2.1 Grundsatz der relativen Gleichbehandlung der Aktionäre gemäss Art. 717 Abs. 2 OR

Art. 717 Abs. 2 OR schreibt im Sinne einer Handlungsmaxime an die Adresse der Leitungsorgane vor, dass diese die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln haben. Indirekt ergibt sich dieser Grundsatz auch aus Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR, der das Verhältnis der Aktionäre untereinander betrifft⁸⁵ und festhält, dass Generalversammlungsbeschlüsse, welche eine durch den Gesellschaftszweck nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung oder Benachteiligung der Aktionäre bewirken, anfechtbar sind.

Der Verwaltungsrat soll die Aktionäre nicht in jedem Fall absolut gleich, sondern nur unter gleichen Voraussetzungen gleichbehandeln. Das Aktienrecht schreibt mithin eine *relative* und nicht eine absolute Gleichbehandlung vor.⁸⁶ Abweichungen von der Gleichbehandlung sind möglich, wenn das Gesellschaftsinteresse es verlangt, die Voraussetzungen des sachlichen Grundes, der Erforderlichkeit und des fehlenden Übermasses erfüllt sind und keine ungerechtfertigte Begünstigung oder Benachteiligung einer Gruppe vorliegt.⁸⁷ Die Differenzierung muss dabei in einem sachlichen Zusammenhang zur Aktiengesellschaft und zur Aktionärsstellung stehen.⁸⁸ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts können Gross- und Kleinaktionäre somit unterschiedlich behandelt werden, wenn dafür ein sachlicher Grund besteht und der Eingriff nicht unverhältnismässig ist. Es ist dabei zu berücksichtigen, dass sich der Aktionär mit Eintritt in die Gesellschaft dem im Aktienrecht massgeblichen *Mehrheitsprinzip* unterwirft. Damit anerkennt er auch, dass die Mehrheit nicht immer die bestmögliche Entscheidung für ihn trifft, aber trotzdem bindend entscheidet. Die Struktur des Aktienrechts lässt mithin den Willen der Mehrheit der Aktionäre ausschlaggebend sein.

⁸⁵ WATTER/ROTH PELLANDA (Fn. 71), Art. 717 N 22.

⁸⁶ CLAIRE HUGUENIN, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, Habil. Zürich 1994, 37 ff.; VON DER CRONE (Fn. 27), § 8 N 33; ROLAND MÜLLER/LORENZ LIPP/ADRIAN PLÜSS, Der Verwaltungsrat, ein Handbuch für die Praxis, 4. A., Zürich 2014, 588 ff.

⁸⁷ BGer 4C.242/2001 E. 3.1; BGE 102 II 267; BGE 117 II 312 E. 6; HUGUENIN (Fn. 86), 5 ff.; FORSTMOSER/MEIER HAYOZ/NOBEL (Fn. 55), § 39 N 11 ff.; HOMBURGER ERIC, in: Peter Gauch/Jörg Schmid (Hrsg.), Zürcher Kommentar Obligationenrecht, Art. 707-726 OR, 2. A., Zürich 1997, Art. 717 N 1095 ff.; PETER BÖCKLI/CHRISTOPH B. BÜHLER, Vorabinformationen an Grossaktionäre: Möglichkeiten und Grenzen nach Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, SZW 2005, 101 ff., 100; WATTER/ROTH PELLANDA (Fn. 71), Art. 717 N 23; BÜHLER CHRISTOPH B., Regulierung im Bereich der Corporate Governance, Habil. Zürich 2009, N 665; VON DER CRONE (Fn. 27), § 8 N 33.

⁸⁸ VON DER CRONE (Fn. 27), § 8 N 33; JEAN NICOLAS DRUEY/EVA DRUEY JUST/LUKAS GLANZMANN, Gesellschafts- und Handelsrecht, 11. A., Zürich 2015, § 11 N 60; FORSTMOSER/MEIER HAYOZ/NOBEL (Fn. 55), § 39 N 51.

2.2 *Relative Gleichbehandlung der Aktionäre in der Informationsversorgung nach Aktienrecht*

Auch die Informationsrechte stehen grundsätzlich jedem Aktionär gleichermaßen zu, ob er nun eine Aktie oder die Mehrheit an einer Gesellschaft hält. Von Gesetzes wegen hat kein Aktionär das Recht auf einen Informationsvorsprung.⁸⁹

Die Gesellschaft wird zunächst verpflichtet, den Aktionären im Hinblick auf die Generalversammlung in Form des Geschäftsberichts die wichtigsten Daten zum Unternehmen und zu dessen Ergebnissen in der vergangenen Periode *proaktiv* zur Verfügung zu stellen. Beurteilt ein Aktionär die ihm spontan vermittelten Informationen als nicht genügend, so kann er an der Generalversammlung sein *Recht auf Auskunft* über die Angelegenheiten der Gesellschaft ausüben. Zudem hat jeder Aktionär ein individuelles *Recht auf Einsicht* in die Geschäftsbücher und Korrespondenzen.⁹⁰ Nach den Empfehlungen des «Swiss Code» hat sich der Verwaltungsrat sodann auch zwischen den Generalversammlungen um den Kontakt mit den Aktionären zu bemühen und in der Informationsvermittlung den gesetzlichen Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten.⁹¹

Der Verwaltungsrat kann jedoch bestimmten Aktionären ergänzende oder vertiefende aktuelle Informationen mitteilen. Tut er dies in der Zeitspanne zwischen den Generalversammlungen, so muss er sich von sachgerechten Kriterien der Unterscheidung leiten lassen. Eine derartige Differenzierung ist nach der herrschenden Lehre unter aktienrechtlichen Gesichtspunkten grundsätzlich zulässig,⁹² wenn

- das Interesse der Gesellschaft es verlangt und
- die Anforderung des sachlichen Grundes, der Erforderlichkeit und des fehlenden Übermasses eingehalten werden und
- keine ungerechtfertigte Begünstigung oder Benachteiligung einer Gruppe vorliegt.

Entscheidend ist dabei, dass das *Interesse der Gesellschaft* der bestimmende rechtliche Richtpunkt ist, nicht das partikuläre Interesse des bedeutenden Aktionärs als solchem. Es steht somit einer Gesellschaft grundsätzlich frei, einzelne Aktionäre mit Bezug auf die Qualität oder Quantität der offengelegten Information selektiv zu behandeln, ihnen also mehr oder bessere Informationen zukommen zu lassen als allen übrigen. Sie hat dabei jedoch den Grundsatz zu beachten, dass eine Ungleichbehandlung in der Informationsvermittlung nur aus sachlichen Gründen möglich ist. Sachlich ist ein Grund dann, wenn er in einer für Dritte nachvollziehbaren Weise zwischen verschiedenen Aktionärsgruppen differenziert.⁹³ Darüber hinaus ist auch im Kontext selektiver Informationsversorgung, wie bereits erwähnt,

⁸⁹ BÖCKLI/BÜHLER (Fn. 87), 104; DANIEL DAENIKER/EMANUEL DETTWILER, Selektive Information von Grossaktionären, in: Rolf Sethe et al. (Hrsg.), Kommunikation, Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Bern 2011, 19 ff., 23 f.

⁹⁰ Art. 697 OR.

⁹¹ Ziff. 8 SCBP.

⁹² Vgl. HUGUENIN (Fn. 86), 192; BÖCKLI/BÜHLER (Fn. 87), 117; BÜHLER (Fn. 87), 917; DAENIKER/DETTWILER (Fn. 89), 26 f.

⁹³ Vgl. HUGUENIN (Fn. 86), 38 f.; DAENIKER/DETTWILER (Fn. 89), 27.

stets das Gesellschaftsinteresse im Auge zu behalten sowie das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten.

Die Grösse der Beteiligung des Aktionärs rechtfertigt für sich allein noch keine privilegierte Behandlung. Zulässig muss es jedoch sein, dass einzelne Aktionäre, die im Unternehmen stärker investieren und sich mehr interessieren, auch mehr und bessere Informationen zum Geschäftsgang, zur Finanz- und Ertragslage und zu den Aussichten der Gesellschaft erhalten.⁹⁴ Auch Aktionäre, die aufgrund ihrer Organstellung dem Unternehmen verbunden sind, haben Anspruch auf zusätzliche Informationen. Hier gelten aber gesetzliche Treue- und damit auch Verschwiegenheitsverpflichtungen, die geeignet sind zu verhindern, dass die Information ungerechtfertigter Weise ausgenützt werden kann.⁹⁵

2.3 *Problembereiche von Auskunfts- und Einsichtsbegehren oder Prüfungshandlungen des Bundes in Bezug auf das ausgegliederte Unternehmen in Zusammenhang mit dem Gleichbehandlungsgebot*

Die Wendungen des Gesetzes, es gehe um eine Gleichbehandlung «unter gleichen Voraussetzungen» (sog. Prinzip der relativen Gleichbehandlung)⁹⁶ und «durch den Gesellschaftszweck nicht gerechtfertigt»⁹⁷ (in Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR) könnten der These als Grundlage dienen, der Bund könne wegen des Grundversorgungsauftrags des ausgegliederten Unternehmens zur Erbringung bestimmter öffentlicher Aufgaben und der Tatsache, dass nur er allein dieses staatliche Interesse wahrnehmen kann, auf einer recht weitgehenden Bevorzugung seiner Interessen bestehen. Diese Auffassung würde noch gestärkt, wenn man eine Ungleichbehandlung der Aktionäre – nämlich eine Bevorzugung des Bundes – als durch den öffentlich-rechtlichen Teilzweck des ausgegliederten Aufgabenträgers «gerechtfertigt» ansehen wollte. Gestützt darauf könnte sich der Bund dazu berufen sehen, zur Überprüfung der Ordnungsmässigkeit, Rechtmässigkeit und Wirtschaftlichkeit der ausgelagerten Aufgabenwahrnehmung durch das Unternehmen ein Begehren um selektive Informationsversorgung zu stellen.

Solche Thesen sind jedoch nach der hier vertretenen Auffassung, jedenfalls in einer Aktiengesellschaft, an der auch Minderheitsaktionäre beteiligt sind oder die sich durch eine Aktienplatzierung im Publikum finanziert, aus vier Gründen nicht tragfähig:

- Erstens wird der in Art. 706 OR stehende Begriff «Gesellschaftszweck» überwiegend als «*Gesellschaftsinteresse*» interpretiert;⁹⁸ die Gesellschaft kann nicht das Interesse nur

⁹⁴ Vgl. BÖCKLI/BÜHLER (Fn. 87), 119 f.; ROLF WATTER/DIETER DUBS, Anchor Shareholders und Grossaktionäre: Ihr Einstieg, ihre vertragliche Einbindung und ihre Information, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XII, Zürich 2010, 1 ff.; DAENIKER/DETTWILER (Fn. 89), 28.

⁹⁵ DAENIKER/DETTWILER (Fn. 89), 28; vgl. BÖCKLI (Fn. 27), § 13 N 616; WATTER/ROTH PELLANDA (Fn. 71), Art. 717 N 19.

⁹⁶ Art. 717 Abs. 2 OR.

⁹⁷ Die herrschende Lehre geht von einem gleichen Inhalt der beiden Gebote aus, trotz des etwas abweichenden Wortlauts, FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 55), § 30 N 17 ff.; vgl. BÖCKLI (Fn. 27), § 16 N 118; STEFAN KNOBLOCH, Das System zur Durchsetzung von Aktionärsrechten, Habil. Zürich 2011, 162 f.; VON DER CRONE (Fn. 27), § 8 N 30.

⁹⁸ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 55), § 25 N 27; vgl. BÖCKLI (Fn. 27), § 16 N 115; ROLAND TRUFFER DIETER DUBS, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR, 5. A., Basel 2016, Art. 706 N 14.

eines Teils des Aktionariats, also hier des Bundes, zulasten des gesamten Unternehmensinteresses verfolgen.

- Zweitens, und praktisch noch viel wichtiger, kann keine Ungleichbehandlung rechtmässig sein, die in die *Grundstruktur der Aktiengesellschaft*⁹⁹ eingreift und *zwingende Zuständigkeiten des Verwaltungsrates*¹⁰⁰ nach Art. 716a Abs. 1 OR einschränkt. Ungleichbehandlungen, die sich nicht auf die im Aktienrecht ermöglichten Differenzierungen (z.B. von Vorzugs- und Stammaktien oder einen Minderheitsvertreter im Verwaltungsrat) beziehen, sind unzulässig, insbesondere wenn im relevanten Spezialgesetz diesbezüglich keine spezifische Abweichung von den aktienrechtlichen Vorschriften vorgesehen ist, sondern vielmehr pauschal auf das Aktienrecht verwiesen wird.¹⁰¹
- Drittens geht es – neben der Frage von Eingriffen in die Kernkompetenzen des Verwaltungsrates – vor allem auch um die *Gleichbehandlung in der Information*. Das ist insbesondere in einer Gesellschaft mit Minderheitsaktionären ein Bereich, in dem die Gleichbehandlung der Aktionäre besonders wichtig ist,¹⁰² sodass Abweichungen zugunsten des Mehrheitsaktionärs zwar nicht völlig ausgeschlossen sind, jedoch als kritisch beurteilt werden müssen.¹⁰³ Im informationellen Bereich wird das Aktienrecht¹⁰⁴ im Falle einer Börsenkotierung des ausgegliederten Unternehmens zudem noch durch das zwingende Kapitalmarktrecht überlagert. Dieses verlangt grundsätzlich eine strikte informationelle Gleichbehandlung (Insiderstrafrecht¹⁰⁵; Ad hoc-Publizität¹⁰⁶).
- Viertens würde eine systematische Ungleichbehandlung zugunsten des Mehrheitsaktionärs in einer Aktiengesellschaft, in welcher der Mehrheitsaktionär Minderheitsaktionären gegenübersteht, eigene Vertreter in den Verwaltungsrat des Unternehmens entsenden und letztlich auch die Wahl der übrigen Verwaltungsräte massgeblich bestimmen kann,¹⁰⁷ besonders stossend wirken. Der Verwaltungsrat einer von einem Hauptaktionär beherrschten Aktiengesellschaft wird in der Wahrnehmung der weiteren Stakeholder auch und vor allem als «Wahrer der Interessen der Minderheitsaktionäre» gesehen. An einer Aktiengesellschaft mehrheitlich beteiligt, muss der Bund die Aspekte der Reputation und des Medienechos von Beginn an in seine Überlegungen einbeziehen.

⁹⁹ Nichtigkeitsgrund nach Art. 706b Ziff. 3 OR.

¹⁰⁰ Art. 716a Abs. 1 OR, «unentziehbare und unübertragbare» Kernkompetenzen des Verwaltungsrates einer privatrechtlich konstituierten Aktiengesellschaft.

¹⁰¹ ROLAND VON BÜREN/WALTER A. STOFFEL/ROLF H. WEBER, Grundriss des Aktienrechts, 3. A., Zürich 2011, N 853; VON DER CRONE (Fn. 27), § 8 N 36.

¹⁰² TRUFFER/DUBS (Fn. 98), Art. 706 N 5b; VON DER CRONE (Fn. 27), § 8 N 39.

¹⁰³ BÖCKLI/BÜHLER (Fn. 87), 101 ff.

¹⁰⁴ Art 717 Abs. 2 OR.

¹⁰⁵ Art. 154 FinfraG.

¹⁰⁶ Art. 53 Kotierungsreglement SIX Swiss Exchange.

¹⁰⁷ Es gibt im Schweizer Aktienrecht kein gesetzliches Recht der *Minderheitsaktionäre* auf eine Vertretung im Verwaltungsrat, ausser wenn die *Statuten* mehrere Aktionärskategorien im Sinne von Art. 709 OR schaffen.

3. Klagerechte der Minderheitsaktionäre: Risiko einer faktischen Organschaft des Bundes als Eigner im Besonderen

3.1 *Risiko einer faktischen Organschaft und Verantwortlichkeit des Bundes bei einer organtypischen «Einmischung» auf der Führungsebene des Unternehmens*

Gemäss Art. 754 Abs. 1 OR sind die Mitglieder des Verwaltungsrates und «alle mit der Geschäftsführung befassten Personen» sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch eine Verletzung ihrer Pflichten verursachen. Diese Klage stützt sich immer auf eine behauptete Pflichtverletzung mit Schädigungsfolge. Die Haftung ist persönlich und unbeschränkt. Nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtes, die sich sogar auf den Wortlaut des geltenden Aktienrechts stützen kann,¹⁰⁸ gelten als *faktische Organe* diejenigen, die – ohne im Handelsregister als Organ eingetragen zu sein – effektiv und in entscheidender Weise an der Bildung des Willens der Gesellschaft teilhaben, indem sie sich in einem wesentlichen Aufgabenbereich der juristischen Person selbständige Entscheidungsbefugnisse angemasst haben.¹⁰⁹

Die Grenzziehung zwischen einer noch unschädlichen Beeinflussung und einer «organtypischen» Betätigung bei der Bildung des auf die Geschäftsführung ausgerichteten Willens der juristischen Person ist nur im Einzelfall möglich. Pragmatisch lässt sich jedoch hier festhalten, dass auf eine faktische Organschaft umso eher geschlossen wird,

- je stärker der vom Nichtorgan ausgeübte Wille darauf gerichtet ist, die gesetzlich dem Verwaltungsrat vorbehaltenen *Organentscheidungen* (Oberleitung mit Strategie, Organisation, oberste Personalentscheide, Oberaufsicht über das ganze Unternehmen etc.) inhaltlich zu bestimmen;
- je mehr diese Willensbetätigung ausserhalb der Generalversammlung während des Geschäftsjahres ausgeübt wird, institutionalisiert und *auf Dauer angelegt*¹¹⁰ ist;
- je mehr der so geformte und betätigte Wille auch von den gewählten Organen geduldet oder akzeptiert wird und *effektiv das Verhalten der juristischen Person bestimmt*;
- je mehr diese organtypische Einwirkung des Nichtorgans sich tatsächlich auf *Akte der konkreten Führung der Geschäfte* bezieht.

Unter diesen pragmatischen Gesichtspunkten sind aus aktienrechtlicher Sicht zwar «strategische Zielsetzungen» des Bundesrates, welche als politische Vorgaben im Rahmen einer Eignerstrategie zu verstehen sind, und institutionalisierte, regelmässig während des Geschäftsjahres stattfindende Gespräche der Spitzenvertreter des ausgegliederten Unternehmens mit den zuständigen Instanzen des Bundes noch nicht als problematisch anzusehen.

¹⁰⁸ Art. 754 Abs. 1 OR: wer mit der Geschäftsführung «befasst» ist, also nicht nur wer dafür ordnungsgemäss gewählt ist, haftet für den von ihm pflichtwidrig angerichteten Schaden.

¹⁰⁹ Formulierung angelehnt an FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 55), § 2 N 31, abgeleitet aus der Bundesgerichtspraxis in BGE 136 III 20; BGE 128 III 29 und 92; BGE 107 II 353; BGE 104 II 197; BGE I 479 und der Literatur; vgl. u.a. VON DER CRONE (Fn. 27), § 12 N 47; BÖCKLI (Fn. 27), § 18 N 109 f.

¹¹⁰ BGE 107 II 349; BÖCKLI (Fn. 27), § 18 N 109a; PETER V. KUNZ, Materielle Organschaft («faktische VR»): Voraussetzungen sowie Folgen im Aktienrecht, in: Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX, Bern 2014, 178 ff.

Wohl aber wären *Auskunfts- und Einsichtsbegehren* des Bundes, welche auf eine Überprüfung von Interna des ausgegliederten Aufgabenträgers abzielen, rechtlich heikel. Denn damit würde sich der Bund direkt in *konkrete Akte der Führung von Geschäften des Unternehmens* einmischen, welche in der unentziehbaren Kernkompetenz des Verwaltungsrates liegen: die Finanzkontrolle¹¹¹ und die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen (sog. «Compliance»)¹¹² gehören zu den unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates.

Wirkt der Bund auf diese Weise direkt in den Kernkompetenzbereich des Verwaltungsrates hinein, so riskiert er nach den dargelegten Grundsätzen der aktienrechtlichen Rechtsprechung, in einem Schadenfall direkt für eine bestimmte Pflichtverletzung (Handlung oder Unterlassung) als faktisches Organ des ausgegliederten Unternehmens nach Art. 754 OR haftbar gemacht zu werden. Aber auch der Verwaltungsrat darf eine «faktische Organschaft» nicht dulden, denn diese ist unrechtmässig, und der Verwaltungsrat ist dafür verantwortlich, dass in der Gesellschaft die «Unentziehbarkeit» der Hauptaufgaben auch in der gelebten Wirklichkeit eingehalten wird.¹¹³

Immerhin ist offensichtlich, dass der Bund bereits durch die Kombination einer Aktiengesellschaft, für welche die Kompetenzordnung nach Aktienrecht massgeblich sein soll, mit einem ausgebauten System der «Steuerung und Kontrolle verselbständigter Betriebe» eine haftungsrechtliche Problemzone geschaffen hat, in welcher der Bund sich aufgrund der Beteiligung Dritter oder einer Börsenkotierung, in deren Folge auch potenzielle Drittkläger die Bühne betreten haben, umso vorsichtiger bewegen muss.¹¹⁴

3.2 Weitere Klagerechte der Minderheitsaktionäre

Während bei einem ausgegliederten Aufgabenträger, der zu 100% vom Bund gehalten wird, in der Regel «kein Richter» vorhanden ist, weil es an einem denkbaren «Kläger»¹¹⁵ mangelt, sieht die Rechtslage bei einem ausgegliederten Unternehmen, an dem auch Minderheitsaktionäre beteiligt sind, anders aus: Die meisten der wichtigsten aktienrechtlichen Klagerechte sind Individualrechte, d.h. ein einzelner Eigentümer einer Aktie ist grundsätzlich klagebefugt.¹¹⁶ Folgende Klagerechte können – in erster Linie mit Auswirkungen auf den Mehrheitsaktionär, den Bund – praktische Bedeutung haben:

- *Verantwortlichkeitsklage gegen Verwaltungsräte und Geschäftsleitungsmitglieder*:¹¹⁷ Die Verantwortlichkeitsklage gemäss Art. 754 Abs. 1 OR kann sich nicht nur gegen faktische Organe¹¹⁸ richten, sondern primär und vor allem gegen die ordnungsgemäss gewählten und im Handelsregister eingetragenen Organmitglieder, namentlich gegen

¹¹¹ Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR.

¹¹² Gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR.

¹¹³ BÖCKLI/BÜHLER (Fn. 87), 116.

¹¹⁴ Es ist zu beachten, dass es hier um die faktische Organschaft unter *haftungsrechtlichen Gesichtspunkten* geht, was einen konkreten Schadenfall voraussetzt.

¹¹⁵ Vgl. zu allem KNOBLOCH (Fn. 97) passim.

¹¹⁶ Im Einzelfall muss das Gericht ihm freilich auch ein hinreichendes *Rechtsschutzinteresse* zuerkennen.

¹¹⁷ Art. 754 ff. OR.

¹¹⁸ Vgl. dazu den unmittelbar vorstehenden Abschnitt.

die Verwaltungsräte und Geschäftsleitungsmitglieder des ausgegliederten Unternehmens. Sie ist nach einer Insolvenz häufig, während der Solvenz der Gesellschaft bisher selten (weil der Kläger das Kostenrisiko trägt, der Erlös jedoch beim Obsiegen in die Gesellschaftskasse fliesst). Die Tendenz besteht jedoch,¹¹⁹ Klagen schon während der Solvenz zu erleichtern.

- *Verantwortlichkeitsklage gegen den Bund gemäss Art. 762 Abs. 4 OR*: In Zusammenhang mit der Tätigkeit des vom Bund entsandten Mitglieds in den Verwaltungsrat wäre eine Klage auch direkt gegen den Bund möglich, wenn nämlich Art. 762 OR («Entsendung» von Bundesvertretern in den Verwaltungsrat) über den Wortlaut hinaus sinngemäss und extensiv angewendet würde. Es könnte geltend gemacht werden, die direkte Haftung des Bundes nach Art. 762 OR sei analog anwendbar, wenn ein starkes öffentliches Interesse an einer als im weiteren Sinne gemischtwirtschaftlich zu qualifizierenden Aktiengesellschaft besteht und die öffentliche Hand ihre Vertreter zwar nicht ausdrücklich nach Art. 762 OR in den Verwaltungsrat entsendet, sie aber gemäss Art. 707 Abs. 3 und Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR als Mehrheitsaktionär gestützt auf eine entsprechende in den Statuten verankerte Bestimmung in den Verwaltungsrat entsendet.
- *Anfechtungsklage gegen Generalversammlungsbeschlüsse*:¹²⁰ Die Anfechtungsklage – anzuheben mit Verwirkungsfolge innerhalb von zwei Monaten – zielt auf die rückwirkende Aufhebung eines Generalversammlungsbeschlusses ab, im hier diskutierten Fall notwendigerweise eines Beschlusses, der auf den Mehrheitsaktionär gestützt ist. Mit der Anfechtungsklage rügt der Aktionär einen behaupteten Statuten- oder Gesetzesverstoss, in der Praxis vor allem mit dem Vorwurf einer Ungleichbehandlung oder eines Machtmissbrauchs der Mehrheit. Eine Anfechtungsklage schafft Rechtsunsicherheit während der Zeit bis zur rechtskräftigen Erledigung durch Rückzug, Nichtweiterzug oder höchstrichterlichen Entscheid (Endurteil nach zwei bis drei Jahren in einem typischen Fall).
- *Klage auf Einsetzung eines Sonderprüfers*: In der laufenden Revision des Aktienrechts¹²¹ soll diese Klage, welche von einer qualifizierten Aktionärsminderheit angestrengt werden kann, erleichtert werden.¹²² Die Sonderprüfung hat bisher insgesamt wenig Zähne gezeigt, da der Antragsteller, um die Prüfungsfrage im Sinne der strengen Gerichtspraxis richtig zu stellen, eigentlich schon wissen müsste, was er erfahren will.
- *Handelsregistersperre*: Die provisorische Sperre des Handelsregisters¹²³ kann eine echte Bedrohung für alle Beschlüsse der Generalversammlung sein, welche einer Eintragung ins Handelsregister bedürfen (vor allem für Statutenänderungen, Kapitalveränderungen, Fusionen und Spaltungen). Ein feindselig gesinnter Aktionär kann dadurch, wenn er das Kosten- und Haftungsrisiko auf sich nimmt, mindestens eine erhebliche Verzögerung der Umsetzung von wichtigen Beschlüssen erreichen.

¹¹⁹ PETER BÖCKLI, Eine Blütenlese der Neuerungen im Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision, GesKR 2015, 2 ff., 6.

¹²⁰ Art. 706/706a OR. – Ebenfalls möglich, aber in der Praxis äusserst selten erfolgreich, ist eine *Nichtigkeits-Feststellungsklage* nach Art. 706b OR.

¹²¹ Art. 697b Abs. 1 OR: 10% des Aktienkapitals oder Aktien im Nennwert von 2 Mio. Franken.

¹²² Laufende Revision des Art. 697b Abs. 1 und Abs. 2 OR.

¹²³ Art. 162 HRegV.

IV. Schlussfolgerungen

Das vom Bund aufgebaute *System der Steuerung und Kontrolle* der als Aktiengesellschaften organisierten ausgegliederten Aufgabenträger behält dem Bund spezifische *Einflussmöglichkeiten* vor. Im Falle eines ausgegliederten Aufgabenträgers in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft sind die *aktienrechtlichen Vorschriften* anwendbar, soweit das Spezialgesetz nichts anderes bestimmt. Dieses sieht in der Regel vor, dass der Bundesrat dem Verwaltungsrat die *strategischen Ziele* verbindlich vorgibt, die der Bund als Hauptaktionär des ausgegliederten Unternehmens erreichen will. In diesem Rahmen kann der Bund auch die Finanzkontrolle ausüben, mit dem Unternehmen Quartals- und Zweiergespräche führen und einen jährlichen Rechenschaftsbericht des Verwaltungsrates einfordern. Diese Einwirkungen auf den Verwaltungsrat treten zur aktienrechtlichen Kompetenzordnung in ein gewisses Spannungsverhältnis, nach welcher die Festlegung, Durchsetzung und Überprüfung der Unternehmensstrategie zu den unentziehbaren Kernkompetenzen des Verwaltungsrates gehören.

Problematisch ist in diesem Zusammenhang insbesondere ein kontrollierender Zugriff des Bundes in die dem Verwaltungsrat in persönlicher Verantwortlichkeit vom Gesetzgeber anvertraute Sphäre. Denn alle internen Kontrollen konvergieren gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR grundsätzlich zum Spitzenorgan, dem Verwaltungsrat, und die Finanzkontrolle im Inneren der Aktiengesellschaft (interne Revision) ist dem Verwaltungsrat durch Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR *unentziehbar und unübertragbar* zugewiesen. Der Bundesrat bzw. die von ihm instruierten Stellen haben sich entsprechend auf die ihnen zugeteilte öffentlich-rechtlich obliegende Aufgabe des *äusseren «Controllings»* der ausgegliederten Aufgabenträger zu beschränken, welches im Wesentlichen die Prüfung der Einhaltung der strategischen Zielvorgaben umfasst, und das interne «Controlling» des Unternehmens dem hierfür zuständigen Organ, dem Verwaltungsrat, zu überlassen. Andernfalls riskiert dieser insbesondere, als sog. *«faktisches Organ»* des ausgegliederten Unternehmens qualifiziert zu werden und in einem Schadenfall, soweit auch die übrigen Haftungsvoraussetzungen erfüllt sind, direkt der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR unterstellt zu werden. Aber auch der Verwaltungsrat darf eine «faktische Organschaft» nicht dulden, denn diese ist unrechtmässig, und der Verwaltungsrat ist dafür verantwortlich, dass in der Gesellschaft die «Unentziehbarkeit» der Hauptaufgaben auch in der gelebten Wirklichkeit eingehalten wird.

Der Verwaltungsrat des ausgegliederten Unternehmens hat sodann in Bezug auf Auskunfts- und Einsichtsbegehren des Bundes auch das *aktienrechtliche Gleichbehandlungsgebot* im Auge zu behalten. Die Gesellschaft kann nicht das Interesse nur eines Teils des Aktionariats, also hier des Bundes, zulasten des gesamten Unternehmensinteresses verfolgen. Ungleichbehandlungen, die sich nicht auf die im Aktienrecht ermöglichten Differenzierungen beziehen, sind unzulässig, insbesondere wenn im relevanten Spezialgesetz diesbezüglich keine spezifische Abweichung von den aktienrechtlichen Vorschriften vorgesehen ist, sondern vielmehr pauschal auf das Aktienrecht verwiesen wird.