

Schriften zum neuen Aktienrecht  
Herausgegeben von  
Prof. Jean Nicolas Druey und Prof. Peter Forstmoser

---

---

---

## Der Staat als Aktionär

Haftungsrechtliche Risiken  
der Vertretung des Staates im Verwaltungsrat  
von Aktiengesellschaften

von

Prof. Dr. iur. Peter Forstmoser, Rechtsanwalt

Prof. Dr. iur. Tobias Jaag, Rechtsanwalt

---

## Vorwort

Staatliche Aufgaben sind seit jeher auch mit Hilfe von Aktiengesellschaften verfolgt worden, so etwa im Energiesektor. Der Ruf nach Privatisierung und das New Public Management haben solche Tendenzen verstärkt.

Verfolgt eine AG Ziele, die (auch) im öffentlichen Interesse liegen, dann will der Staat regelmässig im Verwaltungsrat vertreten sein. Eine solche Vertretung kann – wie die eines jeden anderen Aktionärs auch – auf der Wahl durch die Generalversammlung beruhen. Sie kann sich aber auch auf die Bestimmung von Art. 762 des Obligationenrechts abstützen, die ein direktes Entsendungsrecht des Staates – unabhängig von seinem (allfälligen) Aktienbesitz – ermöglicht. So oder so stellt sich die *Frage der Haftungsrisiken* – für die vom Staat abgeordneten Vertreter, aber auch für den Staat selbst.

Die vorliegende Studie will diese Risiken und Möglichkeiten ihrer Beschränkung aufzeigen. Sie bildet die überarbeitete und ergänzte Fassung eines Rechtsgutachtens, welches wir im Frühjahr 1999 der Geschäftsprüfungskommission des Kantonsrates sowie dem Regierungsrat des Kantons Zürich erstattet haben. Da es sich um eine Thematik handelt, die im Zuge zunehmender (Teil-)Privatisierung staatlicher Aufgaben von allgemeinem Interesse ist, haben wir uns zur Publikation entschlossen. Wir danken den Auftraggebern für ihr Einverständnis. An der Ausarbeitung haben unsere Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter lic. iur. Diane Freymond, lic. iur. Oliver Untersander und lic. iur. Stefan Wehrenberg mitgewirkt. Wir sind ihnen dankbar für ihre engagierte Unterstützung.

Zürich, im August 1999

Peter Forstmoser    Tobias Jaag

---

## **Inhaltsübersicht**

Literatur	11
Abkürzungen und Rechtsquellen	13
<b>1. Teil: Grundlagen</b>	<b>15</b>
I.  Einleitung	15
II. Begriffe und Varianten	17
III. Massgebende Rechtsgrundlagen	24
<b>2. Teil: Die Haftung im Aussenverhältnis</b>	<b>31</b>
I.  Übersicht	31
II. Die Haftungsvoraussetzungen	33
III. Die Klageberechtigten	46
IV. Die verantwortlichen Personen	48
V.  Die Verhältnisse bei einer Mehrheit von Verantwortlichen: Solidarität und Rückgriff	60
VI. Exkurs: Zur praktischen Bedeutung der Verantwortlichkeitsklage	66
<b>3. Teil: Regress und Schadloshaltung im Innenverhältnis zwischen Staat und Abgeordneten</b>	<b>69</b>
I.  Ausgangspunkt	69
II. Abgeordnete im Dienstverhältnis	70
III. Abgeordnete im Auftragsverhältnis	73

<b>4. Teil: Zusammenfassung und Schlussfolgerungen</b>	75
I. Zusammenfassende Darstellung der Haftungs- und Risikolage bei den verschiedenen Erscheinungsformen von Aktiengesellschaften	75
II. Abschliessende Würdigung	80
<b>Anhang:</b> Beispiele aktienrechtlicher Verantwortlichkeit aus der Gerichtspraxis	83
<b>Sachregister</b>	87

---

## Inhaltsverzeichnis

Literatur	11
Abkürzungen und Rechtsquellen	13
<b>1. Teil: Grundlagen</b>	15
I. Einleitung	15
1. Ausgangspunkt	15
2. Untersuchungsgegenstand	16
II. Begriffe und Varianten	17
1. Aktiengesellschaft	17
2. Staat, Gemeinwesen, öffentliche Hand	18
3. Arten von Aktiengesellschaften	18
4. Arten der Einflussnahme der öffentlichen Hand	21
5. Der Umfang der Staatsbeteiligung	22
6. Haftung	22
7. Abgeordneter, Vertreter des Staates	23
III. Massgebende Rechtsgrundlagen	24
1. Übersicht	24
2. Bestimmung der Pflichten von abgeordneten Personen	24
3. Bestimmungen der Haftungsfolgen	26
4. Regelung des Rückgriffsrechts und des Rechts auf Schadloshaltung	27

<b>2. Teil: Die Haftung im Aussenverhältnis</b>	31
I. Übersicht	31
II. Die Haftungsvoraussetzungen	33
1. Übersicht	33
2. Schaden	33
3. Schuldhafte Pflichtverletzung	35
a) Allgemeines	35
b) Die Berücksichtigung von Interessen und Weisungen des Staates insbesondere	37
c) Exkurs: Verminderung des Haftungsrisikos durch entsprechende Zweckumschreibung bei der AG	40
4. Adäquater Kausalzusammenhang	42
5. Folgerung hinsichtlich des Haftungsrisikos	45
III. Die Klageberechtigten	46
1. Allgemeines	46
2. Der Sonderfall des Staates als Alleinaktionär	47
IV. Die verantwortlichen Personen	48
1. Ausgangspunkt	48
2. Persönliche Haftung der abgeordneten Person	48
3. Haftung des Staates bei der rein privatrechtlichen Aktiengesellschaft	50
a) Grundsatz	50
b) Der Staat als faktisches Organ?	50
aa) Ausgangspunkt	50
bb) Offene Delegation	51
cc) Verdeckte Vertretung	55

dd) Ergänzende Bemerkungen	55
c) Haftung des Staates nach kantonalem Recht?	56
d) Haftung des Staates als Hauptaktionär?	57
e) Weitere Haftungsrisiken des Staates	59
4. Haftung des Staates bei der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft	59
5. Haftung des Staates bei der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft	60
V. Die Verhältnisse bei einer Mehrheit von Verantwortlichen: Solidiarität und Rückgriff	60
1. Eingrenzung	60
2. Solidarität	61
a) Ausgangspunkt	61
b) Rein privatrechtliche Aktiengesellschaft	63
c) Gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft	63
d) Spezialgesetzliche Aktiengesellschaft	64
3. Rückgriff	64
a) Ausgangspunkt	64
b) Rein privatrechtliche Aktiengesellschaft	65
c) Gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft	65
d) Spezialgesetzliche Aktiengesellschaft	65
VI. Exkurs: Zur praktischen Bedeutung der Verantwortlichkeitsklage	66

<b>3. Teil: Regress und Schadloshaltung im Innenverhältnis zwischen Staat und Abgeordneten</b>	69
I. Ausgangspunkt	69
II. Abgeordnete im Dienstverhältnis	70
1. Anwendbares Recht	70
2. Rückgriffsrechte des Staates	71
3. Rechte des Abgeordneten auf Schadloshaltung	72
III. Abgeordnete im Auftragsverhältnis	73
1. Anwendbares Recht	73
2. Die Regelung im Kanton Zürich als Beispiel	73
<b>4. Teil: Zusammenfassung und Schlussfolgerungen</b>	75
I. Zusammenfassende Darstellung der Haftungs- und Risikolage bei den verschiedenen Erscheinungsformen von Aktiengesellschaften	75
1. Vorbemerkungen	75
2. Rein privatrechtliche Aktiengesellschaft	76
3. Gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft	78
4. Spezialgesetzliche Aktiengesellschaft	79
II. Abschliessende Würdigung	80
<b>Anhang:</b> Beispiele aktienrechtlicher Verantwortlichkeit aus der Gerichtspraxis	83
<b>Sachregister</b>	87

## Literatur

- BÖCKLI PETER, Schweizerisches Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996
- BÜRGI WOLFHART F./NORDMANN-ZIMMERMANN U., in: Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Art. 739-771, Zürich 1979
- FORSTMOSER PETER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987 (Forstmoser)
- FORSTMOSER PETER, Die privatrechtliche Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Schweizerische Juristische Kartothek, Karte 406 (1994) (Forstmoser SJK)
- FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Aufl., Zürich 1998
- POLTIER ETIENNE, Les entreprises d'économie mixte. Etude de droit suisse et de droit comparé, Diss. (Lausanne), Genf 1983
- RHINOW RENÉ/SCHMID GERHARD/BIAGGINI GIOVANNI, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Basel 1998
- SCHÜRMAN LEO, Das Recht der gemischtwirtschaftlichen und öffentlichen Unternehmungen mit privatrechtlicher Organisation, ZSR 72/1953 II, 65a ff. (Schürmann, Recht)
- SCHÜRMAN LEO, Rechtsfragen zur Haftung von Mitgliedern des Regierungsrates als Verwaltungsräte in öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, insbesondere nach zugerischem Recht, ZBl 91/1990, 337 ff. (Schürmann)
- SCHWARZENBACH HANS RUDOLF, Die Staats- und Beamtenhaftung in der Schweiz. Das Haftungsgesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1985
- STÄMPFLI MICHAEL, Die gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft. Ihre Willensbildung und Organisation, Diss., Bern 1991

STOFFEL ARMIN, Beamte und Magistraten als Verwaltungsräte von gemischt-wirtschaftlichen Aktiengesellschaften, Diss. (St. Gallen), Diessenhofen 1975

VON GREYERZ CHRISTOPH, Die Aktiengesellschaft, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. XIII/2, Basel 1982, 1 ff.

WERNLI MARTIN, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, Art. 707 ff., 762 f., Basel/Frankfurt a.M. 1994

Weitere Angaben finden sich in den Anmerkungen.

---

## Abkürzungen und Rechtsquellen

AG	Aktiengesellschaft
AHVG	Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 (SR 831.10)
A.M.	Anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts. Amtliche Sammlung
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (SR 101)
Diss.	Dissertation
E	Erwägung
FIG	Flughafen-Immobilien-gesellschaft
GV	Generalversammlung
HG	Gesetz über die Haftung des Staates und der Gemeinden sowie ihrer Behörden und Beamten (Haftungsgesetz) vom 14. September 1969 (LS 170.1)
LS	Zürcher Loseblattsammlung
N	Note
nBV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999
NOK	Nordostschweizerische Kraftwerke AG
OR	Schweizerisches Obligationenrecht vom 30. März 1911 (SR 220)
OS	Offizielle Sammlung der Gesetze, Beschlüsse und Verordnungen des Eidgenössischen Standes Zürich
Rz.	Randziffer
SAG	Die Schweizerische Aktiengesellschaft
SBB	Schweizerische Bundesbahnen
SJ	La Semaine Judiciaire

SJK	Schweizerische Juristische Kartothek
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
ST	Der Schweizer Treuhänder
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
TUG	Bundesgesetz über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes (Telekommunikationsunternehmungsgesetz) vom 30. April 1997 (SR 784.11)
u.E.	unseres Erachtens
VG	Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz) vom 14. März 1958 (SR 170.32)
VGr	Verwaltungsgericht
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZGGVP	Gerichts- und Verwaltungsentscheide des Kantons Zug
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

## 1. Teil: Grundlagen

### I. Einleitung

#### 1. Ausgangspunkt

Das Schweizerische Obligationenrecht regelt in Art. 762 die Beteiligung von Körperschaften des öffentlichen Rechts an privatrechtlichen Aktiengesellschaften wie folgt<sup>1</sup>:

Haben Körperschaften des öffentlichen Rechts wie Bund, Kanton, Bezirk oder Gemeinde ein öffentliches Interesse an einer Aktiengesellschaft, so kann der Körperschaft in den Statuten der Gesellschaft das Recht eingeräumt werden, Vertreter in den Verwaltungsrat oder in die Revisionsstelle abzuordnen, auch wenn sie nicht Aktionärin ist.

Bei solchen Gesellschaften sowie bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen, an denen eine Körperschaft des öffentlichen Rechts als Aktionär beteiligt ist, steht das Recht zur Abberufung der von ihr abgeordneten Mitglieder des Verwaltungsrates und der Revisionsstelle nur ihr selbst zu.

Die von einer Körperschaft des öffentlichen Rechts abgeordneten Mitglieder des Verwaltungsrates und der Revisionsstelle haben die gleichen Rechte und Pflichten wie die von der Generalversammlung gewählten.

<sup>1</sup> Die Bestimmung fand sich in etwas anderer Formulierung, aber mit gleichem Inhalt schon im Aktienrecht von 1936.

Für die von einer Körperschaft des öffentlichen Rechts abgeordneten Mitglieder haftet die Körperschaft der Gesellschaft, den Aktionären und den Gläubigern gegenüber, unter Vorbehalt des Rückgriffs nach dem Recht des Bundes und der Kantone.

## 2. Untersuchungsgegenstand

2 Im Folgenden geht es darum, die in OR 762 IV statuierten haftungsrechtlichen Konsequenzen der Abordnung von Vertretern durch Körperschaften des öffentlichen Rechts in den Verwaltungsrat von Aktiengesellschaften zu untersuchen. Die Studie beschränkt sich jedoch nicht auf Aktiengesellschaften, die der Sonderregelung von OR 762 unterstehen, sondern erstreckt sich auch auf "normale" Aktiengesellschaften gemäss OR 620 ff. sowie – am Rande – auf spezialgesetzliche Aktiengesellschaften des Bundes und der Kantone. Dabei soll die Haftungsproblematik systematisch dargestellt werden.

3 Der praktischen Zielsetzung entsprechend werden die Hinweise auf Belege aus Judikatur und Literatur und auf theoretische Diskussionen knapp gehalten. Doch kann allgemein festgehalten werden, dass die Ausführungen der unbestrittenen oder zumindest herrschenden Lehre und Praxis entsprechen, wo nichts anderes gesagt wird.

4 Gegenstand der Untersuchung bildet die Rechtslage bei *Aktiengesellschaften*. Die Aussagen treffen aber weitestgehend auch auf eine Abordnung von Organpersonen in Genossenschaften zu, sind doch die Grundsätze dieselben wie im Aktienrecht<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Das Genossenschaftsrecht kennt etwas einfachere Verantwortlichkeitsbestimmungen als das Aktienrecht; vgl. OR 916-919 und dazu KURT U. BLICKENSTORFER, Die genossenschaftsrechtliche Verantwortlichkeit, Diss., Zürich 1987.

Das Genossenschaftsrecht und das Aktienrecht haben inhaltlich übereinstimmende Bestimmungen zur Beteiligung von Körperschaften des öffentlichen Rechts<sup>3</sup>.

Behandelt wird die Abordnung durch den Staat in *Verwaltungsräte* (bzw. – in genossenschaftsrechtlicher Terminologie – in *Verwaltungen*). Die Rechtslage bei einer Abordnung in die Revisionsstelle (in genossenschaftsrechtlicher Terminologie: *Kontrollstelle*) ist weitgehend identisch. 5

Ausgegangen wird von einer Abordnung von amtierenden *Magistratspersonen, Beamten oder Angestellten*. Auf allfällige Besonderheiten, die sich bei einer Delegation von Drittpersonen, die zum Staat in keinem Magistrats-, Beamten- oder Angestelltenverhältnis stehen, wird jeweils besonders hingewiesen. 6

Gegenstand der Untersuchung bildet die Rechtslage im Bund und – bezüglich kantonalem Recht – im Kanton Zürich. Vereinzelt wird auch auf das Recht anderer Kantone hingewiesen. 7

## II. Begriffe und Varianten

### 1. Aktiengesellschaft

*Aktiengesellschaft* (AG) meint in erster Linie die privatrechtliche Körperschaft, die in OR 620 ff. geregelt ist. Darüber hinaus wird darunter aber jede Organisation subsumiert, die als Aktiengesellschaft bezeichnet wird, auch dann, wenn sie dem öffentlichen Recht unterstehen sollte. Vorbehalten bleiben diejenigen Ausführungen, bei denen sich aus dem Zusammenhang ergibt, dass ausschliesslich privatrechtliche Aktiengesellschaften im 8

<sup>3</sup> Vgl. OR 926 mit OR 762.

Sinne von OR 620 ff. gemeint sind.

## 2. Staat, Gemeinwesen, öffentliche Hand

- 9 *Staat* ist die öffentlichrechtliche Körperschaft, die Mitglieder in den Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft abordnet, d.h. der Bund, ein Kanton oder eine Gemeinde. Synonym zum Begriff des Staates werden auch die Begriffe *Gemeinwesen* und *öffentliche Hand* verwendet.

## 3. Arten von Aktiengesellschaften

- 10 Die *Abordnung des Staates in Verwaltungsräte von Aktiengesellschaften* kann eine Delegation in rechtlich wie wirtschaftlich unterschiedlich zu qualifizierende Gebilde bedeuten:
- 11 a) Denkbar ist zunächst, dass der Staat an einer privat-rechtlich strukturierten AG *ohne jegliche Sonderrechte* beteiligt ist, in gleicher Weise wie auch ein Privater als Aktionär beteiligt sein könnte. Es handelt sich um die "normale" Aktiengesellschaft gemäss OR 620; sie wird im Folgenden als *rein privatrechtliche Aktiengesellschaft* bezeichnet.
- 12 Die Trägerschaft einer solchen AG kann sich auf öffentlichrechtliche Körperschaften und Anstalten beschränken<sup>4</sup> oder neben dem Staat und allfälligen weiteren öffentlichrechtlichen

<sup>4</sup> Vgl. als Beispiel aus der Gerichtspraxis eine Aktiengesellschaft für Kehrichtverbrennung, welcher 32 Gemeinden des Kantons Neuenburg angehören: BGE 105 Ia 255 ff.

Körperschaften und Anstalten auch private Aktionäre umfassen<sup>5</sup>.

- b) Die Beteiligung von Körperschaften des öffentlichen Rechts an privatrechtlichen Aktiengesellschaften kann sodann auf der *Sonderregelung* von OR 762 beruhen, wonach der öffentlichen Hand statutarisch Sonderrechte auf Abordnung von Vertretern in den Verwaltungsrat (oder in die Revisionsstelle) eingeräumt sind. Dabei kann die Beteiligung mit einer Aktionärsstellung verbunden sein (OR 762 II) oder auch nicht (OR 762 I). Es handelt sich hier um die *gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft*<sup>6</sup>.

Voraussetzung der Anwendbarkeit von OR 762 ist kumulativ, dass

- die Statuten ein Sonderrecht des Staates auf Vertretung im Verwaltungsrat (oder in der Revisionsstelle) vorsehen und dass

<sup>5</sup> So z.B. die Berner Kantonalbank gemäss Art. 1 und 3 des Gesetzes über die Aktiengesellschaft Berner Kantonalbank (AGBEKBB) vom 23. November 1997. Vgl. als weitere Beispiele aus der Gerichtspraxis die Standseilbahn Zermatt-Sunnegga AG, an welcher neben privaten Aktionären die Municipalgemeinde und die Bürgergemeinde Zermatt mit ca. 60% beteiligt sind: BGE 107 II 179 ff.; ferner die Bernische Datenverarbeitung AG (BEDAG), bei welcher der Kanton Bern "stark überwiegend Mehrheitsaktionär" ist: BGE 108 Ia 234 ff.

<sup>6</sup> Es entspricht dies dem in der Literatur verwendeten Begriff "gemischt-wirtschaftliche AG". Das Gesetz verwendet den Begriff dagegen nur für Gesellschaften, an denen eine Körperschaft des öffentlichen Rechts als Aktionärin beteiligt ist; OR 762 II. Die rechtliche Ordnung ist aber dieselbe unabhängig davon, ob der Staat als Aktionär beteiligt ist oder ob ihm ein Entsendungsrecht zukommt, ohne dass er Aktionär ist. Vgl. zur Terminologie etwa VON GREYERZ 308 und STÄMPFLI 4. – In der öffentlichrechtlichen Literatur wird der Begriff des gemischtwirtschaftlichen Unternehmens zum Teil in einem weiteren Sinn für alle Gesellschaften verwendet, an welchen öffentlichrechtliche Körperschaften und Private gemeinsam beteiligt sind; vgl. HÄFELIN/MÜLLER Rz. 1183; ähnlich auch RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, § 18 Rz. 24, die allerdings einen "zumindest mitbestimmenden Einfluss" des Gemeinwesens verlangen.

- 16 - die Vertreter durch das entsendende Gemeinwesen bestimmt und nicht durch die Generalversammlung gewählt werden. Diese Voraussetzung ist unseres Erachtens auch dann erfüllt, wenn zwar die Wahl durch die GV vorgesehen ist, dem Gemeinwesen aber ein verbindliches Vorschlagsrecht zusteht<sup>7</sup>; in diesem Fall kommt der Wahl durch die GV nur formelle Bedeutung zu<sup>8</sup>.
- 17 Auch bei der gemischtwirtschaftlichen AG kann die Trägerschaft allein bei einem oder mehreren Gemeinwesen liegen<sup>9</sup> oder auch Private umfassen. Beispiele für die erste Gruppe sind die Nordostschweizerischen Kraftwerke AG (NOK) und die Vereinigte Schweizerische Rheinsalinen AG, für die zweite Gruppe die Swissair, die Flughafen-Immobilien-Gesellschaft (FIG), die Opernhaus Zürich AG und die Messe Zürich AG.
- 18 c) Schliesslich werden auch öffentlichrechtliche Gebilde als Aktiengesellschaften bezeichnet. Es handelt sich dabei um *spezialgesetzliche Aktiengesellschaften*, die nicht nach den Regeln des OR, sondern durch kantonalen Erlass oder durch spezielles Bundesgesetz geschaffen worden sind<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> So z.B. Art. 16 Abs. 1 lit. c und Art. 17 Abs. 1 der NOK-Statuten vom 7. Juli 1995 und Art. 19 Abs. 1 der Statuten der Vereinigten Schweizerischen Rheinsalinen AG vom 6. Juni 1997.

<sup>8</sup> In der gemischtwirtschaftlichen AG kann es neben den entsandten Abgeordneten des Staates auch durch die GV gewählte geben. So anscheinend in der NOK gemäss Art. 17 Abs. 1 der Statuten.

<sup>9</sup> A.M. HÄFELIN/MÜLLER Rz. 1182a; SCHÜRMAN 338.

<sup>10</sup> Das OR nimmt darauf für die Kantone in Art. 763 Bezug und spricht von "öffentlich-rechtlichen Anstalten".

In einzelnen Kantonen ist die Kantonalbank eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft (so in Zug), im Bund sind es die Nationalbank, die Schweizerischen Bundesbahnen (SBB) und die Swisscom<sup>11</sup>. Im Kanton Zürich sind keine Beispiele bekannt.

#### 4. Arten der Einflussnahme der öffentlichen Hand

Bezüglich der Art der Einflussnahme der öffentlichen Hand sind drei Fälle auseinander zu halten:

a) Es wird ein Vertreter oder eine Vertreterin<sup>12</sup> (aufgrund von OR 762) abgeordnet oder (aufgrund von Beteiligung und Stimmkraft) gewählt, *ohne dass irgendwelche Auflagen* hinsichtlich der Ausübung des Mandats *gemacht werden*. Der oder die Betreffende hat dann – entsprechend OR 717 – ausschliesslich im Interesse der Aktiengesellschaft zu handeln, und der Einfluss der öffentlichen Hand beschränkt sich darauf, dass jemand delegiert wird, dem die Interessen der öffentlichen Hand bekannt und ein besonderes Anliegen sind.

b) Oder es wird dem Abgeordneten *generell auferlegt, für die Interessen der öffentlichen Hand (oder der Allgemeinheit) zu sorgen*, ohne dass Weisungen im Einzelfall erteilt werden. Der Abgeordnete kann seinen Willen frei fassen, aber stets auf dem Hintergrund der Auflage – soweit diese rechtens sein sollte<sup>13</sup> –,

<sup>11</sup> Die Frage, ob alle spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften des Bundes dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind, kann hier offen gelassen werden. Zweifelhaft scheint es vor allem für die Swisscom, deren Regelung sich weitgehend an das Aktienrecht des OR anlehnt; das TUG stützt sich im Ingress denn auch ausdrücklich auf die Bundeskompetenz im Zivilrecht (Art. 64 BV = Art. 122 Abs. 1 nBV) ab. Im Folgenden wird der neutrale Begriff der spezialgesetzlichen AG verwendet.

<sup>12</sup> Im Folgenden wird die männliche Form auch stellvertretend für die weibliche verwendet.

<sup>13</sup> Dazu nachstehend Rz. 68 ff.

dass die Interessen der öffentlichen Hand massgebend sein oder zumindest berücksichtigt werden sollen.

- 23 c) Und schliesslich ist es denkbar, dass die abgeordnete Person darauf verpflichtet wird, *spezielle vom Staat auferlegte Weisungen* – in der Form ständiger Weisungen oder auch als Weisungen zu spezifischen Traktanden – zu befolgen<sup>14</sup>.

## 5. Der Umfang der Staatsbeteiligung

- 24 Wesentlich ist sodann auch, ob die öffentliche Hand an einer Organisation zu *100% oder mit einer blossen Mehrheits- oder Minderheitsbeteiligung* partizipiert: Bei einer blossen Mehrheits- oder gar einer Minderheitsbeteiligung sind die Interessen der aussenstehenden Aktionäre mit zu berücksichtigen<sup>15</sup>. Bei einer vollständigen kapital- und stimmrechtsmässigen Beherrschung einer AG durch den Staat kommen dagegen neben den Interessen der öffentlichen Hand nur noch diejenigen der Gläubiger in Betracht, was erheblich mehr Spielraum für die Entscheidungen und für Weisungen belässt.

## 6. Haftung

- 25 *Haftung, haftungsrechtliche Konsequenzen* und ähnliche Begriffe sind untechnisch als *Schadenstragung* zu verstehen, also einschliesslich der Folgen, die sich aus *Regressrechten* und

<sup>14</sup> Solche Weisungen erfolgen – in privatrechtlichen Zusammenhängen – jeweils mit dem Vorbehalt, dass sie nur verbindlich sind, wenn sie sich innerhalb des Rechts und der guten Sitten halten. Dass dies bei allfälligen Weisungen des Staates der Fall ist, wird im Folgenden vorausgesetzt, und es sei nur allgemein festgehalten, dass ein Abgeordneter berechtigt und verpflichtet ist, Weisungen nicht zu befolgen, wenn sie rechtlichen oder allgemein anerkannten ethischen Standards widersprechen.

<sup>15</sup> Vgl. dazu als Beispiel aus der Rechtspraxis BGE 120 II 47 ff.

*Ansprüchen auf Schadloshaltung* ergeben. Im konkreten Fall kann sich eine Präzisierung entweder aus dem Sinnzusammenhang ergeben oder explizit erwähnt sein. Dann bedeutet Haftung das Einstehenmüssen für eine Schädigung, die Pflicht zur Leistung von Schadenersatz gegenüber dem Geschädigten.

## 7. Abgeordneter, Vertreter des Staates

*Abgeordneter, Vertreter oder Delegierter* meint eine Person, die im Verwaltungsrat einer AG aufgrund der Einflussmöglichkeiten der öffentlichen Hand tätig ist, wobei diese Einflussmöglichkeiten beruhen können

- auf öffentlichem Recht (bei spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften), 27
- auf dem Delegationsrecht nach OR 762 bei gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften 28
- und schliesslich auf einer Wahl durch die Generalversammlung gestützt auf die Stimmkraft der öffentlichen Hand zufolge ihrer finanziellen Beteiligung an einer rein privatrechtlichen Aktiengesellschaft (allenfalls auch in einer gemischtwirtschaftlichen AG, falls es in dieser entsandte und gewählte Vertreter des Gemeinwesens gibt). 29

Soweit es zur Präzisierung erforderlich ist und sich nicht aus dem Zusammenhang ergibt, werden im Folgenden die gestützt auf das öffentliche Recht und gemäss Sonderrecht (OR 762) entsandten Vertreter des Staates als *entsandte Abgeordnete* bezeichnet, um sie von den durch die Generalversammlung *gewählten* Vertretern des Gemeinwesens zu unterscheiden. 30

Steht der Abgeordnete als Magistratsperson, Beamter oder Angestellter<sup>16</sup> in einem Dienst- oder Arbeitsverhältnis zum Ge- 31

<sup>16</sup> Der Begriff Beamter umfasst im folgenden Beamte und Angestellte.

meinwesen, so wird er als *Abgeordneter im Dienstverhältnis* bezeichnet. Besteht kein Dienstverhältnis, so beruht die Abordnung auf einem Auftragsverhältnis; in diesem Fall wird die abgeordnete Person *Abgeordneter im Auftragsverhältnis* genannt<sup>17</sup>.

### III. Massgebende Rechtsgrundlagen

#### 1. Übersicht

32 Aus dem Privatrecht ergeben sich ganz allgemein die Kriterien, nach welchen sich bestimmt, ob ein Verwaltungsratsmitglied pflichtwidrig gehandelt hat oder nicht (vgl. Rz. 33 ff.). Ob sich daraus haftungsrechtliche Konsequenzen ergeben, bestimmt sich dagegen nur für die rein privatrechtlichen und die gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften nach Privatrecht, für die spezialgesetzlichen dagegen nach öffentlichem Recht (vgl. Rz. 38 ff.). Noch enger ist der Anwendungsbereich des Privatrechts hinsichtlich der Beurteilung des Rechts des Verwaltungsratsmitglieds auf Schadloshaltung bzw. des Staates auf einen Rückgriff gegenüber dem fehlbaren Verwaltungsratsmitglied (vgl. Rz. 41 ff.).

#### 2. Bestimmung der Pflichten von abgeordneten Personen

33 a) Aus dem Privatrecht – und speziell aus dem Aktienrecht – ergeben sich gewisse Verhaltenspflichten für Verwaltungsratsmitglieder, allen voran die in OR 717 I umschriebene allgemeine Pflicht, die "Aufgaben mit aller Sorgfalt [zu] erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen [zu] wahr-

<sup>17</sup> Vgl. hinten Rz. 182 ff.

ren". Nach diesen Kriterien bestimmt sich, ob einem Verwaltungsratsmitglied im Verhältnis zur Aktiengesellschaft eine *Pflichtwidrigkeit* vorgeworfen werden kann, was die *unabdingbare Voraussetzung einer Haftung* ist.

b) Dass diese Verhaltenspflichten bei *rein privatrechtlichen Aktiengesellschaften* massgebend sind, versteht sich von selbst. Sie gelten insbesondere auch für Abgeordnete der öffentlichen Hand, da ihnen in rein privatrechtlichen Aktiengesellschaften keine andere Stellung zukommt als irgendwelchen anderen Verwaltungsratsmitgliedern, zum Beispiel solchen, die von einem privaten Grossaktionär abgeordnet worden sind. 34

c) Nicht anders verhält es sich – von der AG aus gesehen – bei *gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften*: Die Besonderheit dieser Gesellschaften besteht darin, dass der Staat das Recht hat, unabhängig von seiner (allfälligen) Beteiligung als Aktionär Vertreter in den Verwaltungsrat zu delegieren; diese Vertreter des Staates werden also nicht durch die Generalversammlung gewählt<sup>18</sup>. Ihre Pflichten aber sind – immer von der AG aus betrachtet – dieselben wie die eines durch die Generalversammlung gewählten Verwaltungsratsmitglieds, und sie bestimmen sich nach Privatrecht. OR 762 III hält dies ausdrücklich fest. 35

Allerdings kann es sein, dass ein abgeordnetes Mitglied *vom Staat Weisungen erhält* und es diese zu befolgen hat, obwohl dadurch die Interessen der AG verletzt werden<sup>19</sup>. Ein solches Verhalten bleibt aber *aus aktienrechtlicher Sicht pflichtwidrig* und kann zu einer Ersatzpflicht des Staates gegenüber der AG sowie allenfalls ihren Drittaktionären und Gläubigern führen. 36

<sup>18</sup> Auch die Abberufung der vom Staat abgeordneten Verwaltungsratsmitglieder kann nur durch den Staat erfolgen (OR 762 II). Vgl. als Beispiel aus der Gerichtspraxis VGr Zürich, ZBl 79/1978, 151 ff., 157 ff. = ZR 77/1978 Nr. 33.

<sup>19</sup> Vgl. dazu nachstehend Rz. 68 ff.

Eine Besonderheit besteht nur darin, dass nicht das Verwaltungsratsmitglied persönlich eintreten muss, sondern die *delegierende Körperschaft* des öffentlichen Rechts. Auch dies ergibt sich aus Privatrecht, nämlich aus OR 762 IV<sup>20</sup>.

- 37 d) Bei einer *spezialgesetzlichen AG* ist es dagegen Sache des Spezialgesetzes, die Aufgaben und den Massstab für eine korrekte Pflichterfüllung festzulegen. Da aber das massgebende Recht kaum einschlägige Regeln aufgestellt hat und da auch weniger praktische Erfahrung zur Verfügung steht als für privatrechtliche Aktiengesellschaften, ist es – vorbehaltlich einer spezialgesetzlichen Ordnung – in der Regel angezeigt, *die Kriterien des Privatrechts für die Beurteilung der Pflichterfüllung analog anzuwenden*. Insofern ist das Privatrecht auch bei spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften für die Beurteilung des Verhaltens von Verwaltungsratsmitgliedern bedeutsam, mit dem Vorbehalt, dass man die Befolgung von Weisungen des Staates nicht als Pflichtwidrigkeit gegenüber der AG beurteilen wird, wenn der Staat die Gesellschaft vollumfänglich beherrscht<sup>21</sup>.

### 3. Bestimmung der Haftungsfolgen

- 38 a) Bei der *rein privatrechtlichen AG* bestimmen sich die Haftungsfolgen – wofür muss bei pflichtwidrigem Verhalten eingestanden werden, wem gegenüber und von wem? – vollumfänglich nach den allgemeinen aktienrechtlichen Regeln. Dass der Staat an der Gesellschaft beteiligt ist und dass ein "Vertreter" des

<sup>20</sup> Dazu nachstehend Rz. 73 f.

<sup>21</sup> Dieser Vorbehalt gilt auch bei rein privatrechtlichen und gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften im Alleineigentum des Staates. – Sind aber an einer Aktiengesellschaft mehrere Kantone oder andere öffentlich-rechtliche Körperschaften beteiligt, dann kann die Durchsetzung von Einzelinteressen eines einzelnen Gemeinwesens zum Nachteil der AG (und damit der übrigen Beteiligten) durchaus als Pflichtwidrigkeit gegenüber der AG betrachtet werden.

Staates in den Verwaltungsrat gewählt worden ist, ändert nichts daran und ist nur insoweit bedeutsam, als die verantwortliche Person dem Staat gegenüber allenfalls ein Recht auf Schadloshaltung hat.

b) Auch bei den *gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften* bestimmen sich die Haftungsfolgen nach Privatrecht, doch ist für sie in OR 762 IV eine besondere Ordnung hinsichtlich der Person des Haftpflichtigen enthalten: Anders als bei der rein privaten AG haftet das vom Staat entsandte Verwaltungsratsmitglied nicht persönlich, sondern es *haftet die abordnende Körperschaft*<sup>22</sup>. Dagegen sind die Haftungsvoraussetzungen und auch der Haftungsumfang dieselben wie bei einer rein privatrechtlichen AG (OR 762 III)<sup>23</sup>. Auch die Personen, gegenüber denen gehaftet wird – nämlich die AG selbst, ihre Aktionäre und Gläubiger –, sind dieselben (OR 762 IV).

c) Bei einer *spezialgesetzlichen AG* bestimmt ausschliesslich das massgebende Spezialgesetz, ob für Schaden, der durch das Verhalten eines Verwaltungsratsmitgliedes verursacht oder mitverursacht wurde, gehaftet wird und wer die Haftungsfolgen zu tragen hat; für die Kantone schreibt OR 763 allerdings eine subsidiäre Staatshaftung vor. Enthält das Gesetz keine Regelung, so sind die aktienrechtlichen Bestimmungen sinngemäss – in den Kantonen als kantonales öffentliches Recht – anzuwenden.

### 4. Regelung des Rückgriffsrechts und des Rechts auf Schadloshaltung

a) Ob die delegierte Person (falls sie persönlich verantwortlich ist) *im internen Verhältnis zum Gemeinwesen* ein Recht

<sup>22</sup> Auch in einer gemischtwirtschaftlichen AG unterliegen jedoch die von der GV gewählten Verwaltungsratsmitglieder der persönlichen Haftung.

<sup>23</sup> Vgl. dazu BGE 116 II 158 ff., 160.

auf Schadloshaltung hat oder ob der Staat (im Falle einer Haftung der öffentlichen Hand) auf die abgeordnete Person regressieren kann, bestimmt sich nach unterschiedlichen Rechtsgrundlagen, je nachdem, wer delegiert wurde:

- 42 aa) Steht der Abgeordnete als *Magistrat oder Beamter in einem Dienstverhältnis zum Staat*, dann bestimmen sich das Rückgriffsrecht und das Recht auf Schadloshaltung zwischen Staat und Abgeordnetem sowohl bei öffentlichrechtlichen wie auch bei gemischtwirtschaftlichen und bei rein privatrechtlichen Aktiengesellschaften nach den Vorschriften des öffentlichen Rechts<sup>24</sup>. Für die gemischtwirtschaftliche AG wird dies hinsichtlich des Rückgriffs in OR 762 IV ausdrücklich festgehalten. Es muss aber auch für die rein privatrechtliche AG gelten, soweit die Magistratsperson oder der Beamte das Verwaltungsratsmandat im Rahmen seiner dienstlichen Tätigkeit ausübt.
- 43 bb) Wird dagegen eine *Drittperson* – einschliesslich ehemaliger Magistratspersonen und Beamter – aufgrund eines privatrechtlichen Rechtsverhältnisses (Auftrag) delegiert, ist die Rechtslage weniger klar. Unseres Erachtens richten sich auch in diesem Fall Regress und Schadloshaltung nach dem öffentlichen Recht des delegierenden Gemeinwesens<sup>25</sup>. Nach (neuerer) Auffassung von Schürmann kommen dagegen für das Verhältnis zwischen dem Abgeordneten und dem Staat in solchen Fällen die Regeln des Privatrechts zur Anwendung<sup>26</sup>. Für das zürcherische Recht ergibt sich im Ergebnis kein Unterschied, weil das Haftungsgesetz Private, d.h. Personen, die nicht in einem Dienstverhältnis stehen, von seinem Anwendungsbereich ausschliesst

<sup>24</sup> Schürmann 346.

<sup>25</sup> Ebenso SCHÜRMAN, Recht 186a. Auch OR 762 IV differenziert nicht zwischen Staatspersonal und Dritten, sondern verweist generell auf "das Recht des Bundes und der Kantone".

<sup>26</sup> Schürmann 346.

und damit das Privatrecht für anwendbar erklärt<sup>27</sup>.

b) Im Verhältnis *zwischen verschiedenen Verwaltungsratsmitgliedern* (und auch mit Bezug auf die Revisionsstelle) bleibt das Privatrecht für die rein privatrechtliche und für die gemischtwirtschaftliche AG hinsichtlich der Rückgriffsrechte bedeutsam: Hat ein Verwaltungsratsmitglied mehr an Schadenersatz geleistet, als intern – im Verhältnis der verschiedenen Haftpflichtigen zueinander – seinem Anteil entsprechen würde, dann kann es auf die übrigen Haftpflichtigen zurückgreifen und von diesen einen Teil des geleisteten Ersatzes zurückverlangen<sup>28</sup>. Umgekehrt müssen sich diejenigen Organpersonen, die im externen Verhältnis, d.h. gegenüber den Geschädigten, weniger geleistet haben als ihrem Anteil entspricht, einen entsprechenden Rückgriff gefallen lassen.

Diese Regeln kommen bei der rein privatrechtlichen wie bei der gemischtwirtschaftlichen AG auch dann zum Zug, wenn in einem Verwaltungsrat ein Abgeordneter der öffentlichen Hand tätig ist:

aa) Von selbst versteht sich, dass im Verhältnis des *vom Staat entsandten Abgeordneten zu den übrigen Verwaltungsratsmitgliedern* (und zur Revisionsstelle) die privatrechtliche Ordnung gelten muss: Die vom Staat entsandten Abgeordneten haben dieselben Rechte und Pflichten wie die übrigen Verwaltungsratsmitglieder<sup>29</sup>, weshalb auch für die Ersatzpflicht – einschliesslich der Rückgriffsrechte – nichts Besonderes gelten kann.

<sup>27</sup> HG 4a I. Dazu hinten Rz. 183 ff.

<sup>28</sup> OR 50 II; speziell für das Aktienrecht OR 759 III; vgl. auch nachstehend Rz. 148 ff.

<sup>29</sup> Bei der rein privatrechtlichen AG ist dies ohnehin klar, für die gemischtwirtschaftliche wird es in OR 762 III explizit festgehalten.

- 47 bb) Die privatrechtliche Regressordnung ist aber auch dann zu beachten, wenn bei einer gemischtwirtschaftlichen AG<sup>30</sup> der *Staat anstelle des entsandten Abgeordneten entstehen muss* (OR 762 IV): Der Staat tritt an die Stelle des Abgeordneten; es gelten für ihn dieselben Regeln, wie sie für den Abgeordneten selbst gelten würden, wäre er ein gewöhnliches Verwaltungsratsmitglied<sup>31</sup>. Der Staat hat daher Schaden unter den gleichen Voraussetzungen und auch im gleichen Umfang zu tragen, wie der Abgeordnete es tun müsste, wäre er ein gewöhnliches, von der Generalversammlung gewähltes Verwaltungsratsmitglied. Daher steht dem Staat ein Rückgriffsrecht gegen die übrigen Organpersonen zu, wenn er im externen Verhältnis mehr geleistet hat, als es aufgrund des Verhaltens des Abgeordneten angemessen wäre. Umgekehrt muss er sich die Geltendmachung von Regressansprüchen gefallen lassen, wenn andere Verwaltungsratsmitglieder mehr geleistet haben als ihrem Anteil entsprechend.

<sup>30</sup> Nur bei dieser und allenfalls bei der spezialgesetzlichen AG stellt sich die Frage.

<sup>31</sup> Vgl. dazu hinten Rz. 100 f.

## 2. Teil: Die Haftung im Aussenverhältnis

### I. Übersicht<sup>32</sup>

OR 752-761 enthalten besondere Bestimmungen für die persönliche Verantwortlichkeit von Personen, die in Aktiengesellschaften als Organe und in gewissen anderen Funktionen tätig sind. Diesen Haftungsnormen sind die mit der Verwaltung und Geschäftsführung, der Liquidation, der Gründung, der Emission von Prospekten und der Revision befassten Personen unterworfen (OR 752-755). Hier interessieren nur *die Haftung der Mitglieder des Verwaltungsrates* (OR 754<sup>33</sup>) und die *allfällige Haftung des ein Verwaltungsratsmitglied delegierenden Staates*. 48

Die einschlägigen Art. 754 und 756 ff. OR befassen sich mit den Folgen von Pflichtverletzungen, umschreiben aber die Pflichten selbst nicht. Diese ergeben sich aus dem *Aktienrecht allgemein* und sind insbesondere den Bestimmungen über die Pflichten des Verwaltungsrates (OR 716 ff.), sodann auch den 49

<sup>32</sup> Übersichten finden sich in den folgenden Standardwerken: BÖCKLI N 1965 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL §§ 36-38; PETER WIDMER, in: Basler Kommentar zum OR II, Basel/Frankfurt a.M. 1994, Art. 754 ff. Eine Einführung bietet FORSTMOSER, SJK. Umfassend – freilich zum bisherigen Recht – sind BÜRGI/NORDMANN Art. 752 ff. und FORSTMOSER. In den genannten Werken finden sich ausführliche Literatur- und Judikaturhinweise. – Da die folgenden Ausführungen weitgehend eine summarische Darstellung des in Lehre und Praxis allgemein Anerkannten beinhalten, sei auf die genannten Werke verwiesen und wird auf Belegstellen zu den einzelnen Aussagen weitgehend verzichtet.

<sup>33</sup> Die Regelung findet ohne weiteres auch auf Mitglieder der Geschäftsleitung Anwendung, sodann auch auf diejenigen Personen, welche die Liquidation einer AG durchführen. Sie findet sodann weitestgehend auch Anwendung auf die Revisoren (OR 755). Beides wird im Folgenden nicht näher ausgeführt.

Regeln des Auftrags- und allenfalls des Arbeitsvertragsrechts<sup>34</sup> zu entnehmen.

50 Auch die allgemeinen haftungsrechtlichen Voraussetzungen und Begriffe werden im Aktienrecht nicht näher ausgeführt. Es ist dafür der *Allgemeine Teil des OR*, insb. OR 41 ff., beizuziehen.

51 Ob eine Haftung besteht, richtet sich nach allgemeinen haftpflichtrechtlichen Grundsätzen (dazu Rz. 53 ff.). Sind die Voraussetzungen erfüllt, dann kann Schadenersatz verlangt werden, und zwar allenfalls nicht nur durch die Gesellschaft selbst, sondern auch durch Aktionäre und Gläubiger (vgl. Rz. 92 ff.). Verantwortlich ist zunächst einmal das Verwaltungsratsmitglied selbst<sup>35</sup>, daneben aber allenfalls auch ein Dritter, im konkreten Fall der Staat (dazu Rz. 97 ff.). Die Haftpflichtigen müssen – in gewissen Grenzen – solidarisch für den eingetretenen Schaden eintreten; sie haben untereinander allenfalls Regressansprüche (dazu Rz. 137 ff.).

52 Unerwähnt bleiben im Folgenden die mehr technischen Fragen des Verantwortlichkeitsrechts wie Fristen, Gerichtsstand, Beweislast usw.<sup>36</sup>

34 Das Verwaltungsratsmandat ist regelmässig auftragsähnlich konzipiert; es kann auch arbeitsvertragliche Elemente enthalten. Vgl. dazu ADRIAN PLÜSS, Die Rechtsstellung des Verwaltungsratsmitgliedes, Diss., Zürich 1990, 113 ff.; ferner auch BGE 75 II 153.

35 Dies gilt freilich nur für rein privatrechtliche Aktiengesellschaften. Für gemischtwirtschaftliche Gesellschaften ergibt sich dagegen eine Ausnahme aus OR 762 IV (dazu nachstehend Rz. 135 ff.). Und bei spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften bestimmt das öffentliche Recht, wer zur Verantwortung gezogen werden kann.

36 Es sei dafür auf die einschlägige Literatur, ferner auf OR 760 f. verwiesen. Erwähnt sei nur, dass die Bestimmungen von OR 760 für die Verjährung und von OR 761 für den Gerichtsstand nicht nur für rein privatrechtliche, sondern auch für gemischtwirtschaftliche Gesellschaften gelten (vgl. BGE 116 II 158 ff., 160), nicht dagegen für spezialgesetzliche Gesellschaften.

## II. Die Haftungsvoraussetzungen

### 1. Übersicht

- Voraussetzung einer aktienrechtlichen Haftung ist durchwegs, 53
- dass ein Schaden eingetreten ist (dazu Rz. 58 ff.), 54
  - dass die zur Verantwortung gezogenen Personen pflichtwidrig und schuldhaft gehandelt haben (dazu Rz. 64 ff.) und 55
  - dass zwischen Schaden und pflichtwidrig schuldhaftem Verhalten ein adäquater Kausalzusammenhang besteht (dazu Rz. 80 ff.). 56

Diese Voraussetzungen müssen *kumulativ* erfüllt sein. Fehlt es auch nur an einer einzigen, dann besteht keine Haftung<sup>37</sup>. 57

### 2. Schaden

- a) Voraussetzung jeder Verantwortlichkeit ist das Vorliegen eines *Schadens*, d.h. einer *finanziellen Einbusse*. Ist kein Schaden feststellbar, dann sind Verantwortlichkeitsansprüche schlechthin ausgeschlossen<sup>38</sup>, auch wenn Organpersonen pflichtwidrig gehandelt haben<sup>39</sup>. 58

37 Für den Sonderfall des in eine gemischtwirtschaftliche Gesellschaft Entsandten, der Pflichten des Aktienrechts deshalb verletzt, weil er Weisungen des Staates befolgt, vgl. nachstehend Rz. 73 ff.

38 Theoretisch denkbar sind Ansprüche auf *Genugtuung*, die auch ohne finanzielle Schädigung bestehen können. Im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit spielen Genugtuungsansprüche aber keine Rolle.

- 59 Der Schaden entspricht der Differenz zwischen dem aktuellen Stand des Vermögens des Geschädigten (im konkreten Fall also der AG) und dem Stand, den sein Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte. Dabei ist zweierlei zu beachten:
- 60 - Schädigendes Ereignis kann nicht nur ein Tun, ein aktives Verhalten eines Verwaltungsratsmitgliedes sein<sup>40</sup>, sondern auch ein Unterlassen, blosse Passivität und damit auch das Dulden von Entwicklungen, die für die AG nachteilig sind<sup>41</sup>.
- 61 - Schaden ist nicht nur ein Verlust, ein Vermögensabfluss, sondern auch das Entgehen eines Gewinns<sup>42</sup>. In der Praxis steht jedoch die Zufügung von Verlusten im Verantwortlichkeitsrecht im Vordergrund.
- 62 b) Im Aktienrecht wird unterschieden zwischen *unmittelbarem und mittelbarem Schaden*<sup>43</sup>: Unmittelbar ist ein Schaden, den jemand – die Gesellschaft, ein Aktionär oder ein Gläubiger – selbst individuell erleidet. Mittelbar ist dagegen ein Schaden, der indirekt erlitten wird, was bei Aktionären und Gläubigern die

<sup>39</sup> In der Tat werden in der Privatwirtschaft die Pflichten des Verwaltungsrates nicht selten sträflich missachtet, ohne dass dies irgendwelche Konsequenzen hätte. Dies eben deshalb, weil das nachlässige Verhalten nicht zu einer (feststellbaren) Schädigung geführt hat.

<sup>40</sup> Beispiel: Ein Verwaltungsratsmitglied setzt durch seinen Einfluss und seine Stimmkraft eine Entscheidung durch, die für die Gesellschaft nachteilig ist.

<sup>41</sup> Es wird zum Beispiel nicht eingeschritten, obwohl die Geschäftsleitung falsch besetzt ist, oder es wird nicht auf die Folgen von Beschlüssen des Verwaltungsrates hingewiesen, die für die Gesellschaft verlustbringend sind.

<sup>42</sup> Wenn ein Verwaltungsratsmitglied eine für die Gesellschaft lukrative Tätigkeit unterbindet, ist dies auch als "Schaden" zu betrachten.

<sup>43</sup> Das Bundesgericht nimmt in neuesten Entscheidungen – BGE 122 III 176 ff., 189 ff.; 125 III 86 ff., 89 – eine etwas andere Abgrenzung vor als die hier mit der absolut herrschenden Lehre vertretene. Es tut dies aber nicht konsequent, und es könnte sich dabei um ein Versehen – die Verwechslung der Begriffe "Schadenserleidung" und "Klagelegitimation" – handeln.

Regel ist: Durch die Schädigung der Gesellschaft (also durch unmittelbaren Schaden der Gesellschaft) ergeben sich mittelbar auch Nachteile für die Aktionäre (ihre Aktien sind weniger wert) und allenfalls auch für die Gläubiger (nämlich dann – und nur dann –, wenn die Vermögenseinbusse bei der Gesellschaft zu deren Zahlungsunfähigkeit führt und die AG ihren Verpflichtungen nicht mehr korrekt nachkommen kann). Auf diese Unterscheidung wird im Folgenden nicht näher eingegangen.

c) Ob Schaden zugefügt wurde, ist *für jeden Haftpflichtigen gesondert zu beurteilen*: Gehaftet wird nur für den Schaden, der dem Haftpflichtigen "persönlich zurechenbar" ist (OR 759 I). Hat sich etwa ein Verwaltungsratsmitglied – erfolglos – gegen einen für die Gesellschaft nachteiligen Beschluss zur Wehr gesetzt<sup>44</sup>, dann kann ihm der Schaden, den die Gesellschaft zufolge Ausführung dieses Beschlusses erleidet, nicht angelastet werden. Wohl aber haben die übrigen Verwaltungsratsmitglieder, die den Beschluss unterstützten oder sich passiv verhielten, für den daraus folgenden Schaden einzustehen, wenn auch die übrigen Haftungsvoraussetzungen erfüllt sind. 63

### 3. Schuldhafte Pflichtverletzung

#### a) Allgemeines

aa) Voraussetzung einer Verantwortlichkeit ist die Missachtung von dem Verwaltungsrat durch Gesetz oder Statuten auferlegten Pflichten, eine *Pflichtverletzung* also. 64

Diese Pflichtverletzung muss *schuldhaft* erfolgt sein. Die 65

<sup>44</sup> Beispiel: Eine Gesellschaft ist durch einen Mehrheitsaktionär beherrscht. Die von diesem Mehrheitsaktionär gewählten Verwaltungsratsmitglieder setzen eine Entscheidung durch, welche die AG und die Aktionärsminderheit schädigt. Das unabhängige Verwaltungsratsmitglied, das – wenn auch ohne Erfolg – gegen die Entscheidung opponiert hat, wird nicht verantwortlich.

herrschende Lehre und die einhellige Praxis gehen aber von einem *objektivierten Verschuldensmassstab* aus, d.h. sie fragen nicht, ob ein Verwaltungsratsmitglied persönlich – aufgrund seiner eigenen individuellen Möglichkeiten – pflichtwidrig gehandelt hat. Massstab bildet vielmehr diejenige Sorgfalt, die ein *gewissenhafter und vernünftiger Mensch im gleichen Umfeld und unter den gleichen Umständen* für erforderlich gehalten hätte<sup>45</sup>.

66 Da mithin die subjektive Entschuldbarkeit zumeist belanglos ist, kann sich diese Stellungnahme im Folgenden auf das Element der Pflichtverletzung beschränken. Ist eine Pflichtverletzung erstellt, dann ist in aller Regel auch ein Verschulden im Rechtssinne gegeben, unabhängig davon, wie das Verhalten des Betroffenen moralisch zu beurteilen ist.

67 bb) Was zu den *Pflichten* eines Verwaltungsratsmitgliedes gehört und wann eine Pflichtverletzung vorliegt, kann hier nicht im Einzelnen dargelegt werden<sup>46</sup>. Immerhin können die im Anhang (Rz. 214 ff.) aufgeführten Beispiele von Urteilen verschiedener schweizerischer Gerichte zu Pflichtverletzungen von

<sup>45</sup> Die überlastete Magistratsperson kann sich daher nicht mit dem Hinweis exkulpieren, sie habe sich im Rahmen des persönlich Zumutbaren eingesetzt, und derjenige, der nicht über die Fähigkeiten zur Ausübung eines Mandats verfügt, kann sich von der Haftung nicht befreien mit dem Nachweis, dass er sich nach besten Kräften bemühte. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers hat man vielmehr ausreichend Zeit und die objektiv erforderlichen Fähigkeiten zu haben, andernfalls man ein Mandat nicht annehmen darf.

<sup>46</sup> Das Gesetz enthält die bereits erwähnte allgemeine Anweisung, die "Aufgaben mit aller Sorgfalt [zu] erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen [zu] wahren". Sodann enthält es eine Liste mehr formeller Aufgaben und – im revidierten Aktienrecht (OR 716a I) – eine Aufzählung von Pflichten, die dem Verwaltungsrat als Organ der AG unübertragbar und unentziehbar zukommen und um die sich daher auch jedes einzelne Verwaltungsratsmitglied zu kümmern hat. Grob betrachtet gehören dazu die Oberleitung der Gesellschaft und die Oberaufsicht, die Festlegung der Organisation, die Planung – insbesondere durch den Einsatz der Finanzmittel –, die massgebenden personellen Entscheide, die Rapportierung an die Aktionäre und schliesslich die Benachrichtigung des Richters im Falle der Überschuldung.

Verwaltungsratsmitgliedern illustrieren, was von einem Verwaltungsratsmitglied erwartet wird und welches Verhalten zu einer Haftung führen kann.

**b) Die Berücksichtigung von Interessen und Weisungen des Staates insbesondere**

aa) Besonders einzugehen ist dagegen auf das *Dilemma des vom Staat abgeordneten Verwaltungsratsmitgliedes*, das sich verpflichtet fühlt, die Interessen des Staates zu wahren, das allenfalls auch konkrete Weisungen für die Ausübung seines Mandats erhält oder das zumindest beauftragt ist, in der AG für die Beachtung der staatlichen oder öffentlichen Interessen zu sorgen. 68

bb) Dazu ist zunächst festzuhalten, dass jedes Verwaltungsratsmitglied – ganz unabhängig davon, ob es von einem Grossaktionär oder vom Staat delegiert oder ob es als unabhängiges Mitglied durch die Generalversammlung gewählt worden ist – aus aktienrechtlicher Sicht die sich aus dem statutarischen Zweck ergebenden *Interessen der Gesellschaft zu wahren und diesen den Vorrang einzuräumen hat gegenüber allfälligen Drittin-teressen (auch solchen der delegierenden Person)*. Ein vom Staat delegiertes Verwaltungsratsmitglied kann sich daher seiner Verantwortung nicht mit der Begründung entziehen, es habe in guten Treuen die Interessen des Staates wahrgenommen<sup>47</sup>. Vielmehr ist der Blick ausschliesslich und konsequent auf die *Interessen der eigenen AG* auszurichten und damit mittelbar ihrer Aktionäre – und zwar *sämtlicher* Aktionäre, nicht nur desjenigen Aktionärs, der den Wahlvorschlag gemacht oder die Wahl mit seiner Stimmkraft durchgesetzt hat – und der Gläubiger. 69

cc) Dies bedeutet nun freilich nicht, dass ein vom Staat delegiertes Verwaltungsratsmitglied seine Herkunft vollkommen verleugnen müsste und es die Interessen des Staates in keiner Weise 70

<sup>47</sup> Vgl. zur besonderen Situation in der gemischtwirtschaftlichen AG sogleich nachstehend Rz. 73 ff.

berücksichtigen dürfte. Vielmehr kann auf die *Kompromisslösung* hingewiesen werden, die sich in Lehre und Praxis für treuhänderisch im Auftrag eines Privaten tätige Verwaltungsratsmitglieder als herrschend herausgebildet hat: Ein vom Staat abgeordnetes Mitglied des Verwaltungsrates ist in seiner Stellung und Funktion nämlich durchaus vergleichbar mit jemandem, der von einem Haupt- oder Mehrheitsaktionär gewählt wurde mit der Auflage, die besonderen Interessen dieses Aktionärs zu wahren und dessen Weisungen zu befolgen.

71 Herrschend ist in der Schweiz noch immer die *Theorie des "doppelten Pflichtnexus"*: Danach gehen zwar die Pflichten eines Verwaltungsratsmitgliedes gegenüber der Gesellschaft, in welcher es tätig ist, in jedem Falle 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<sup>48</sup>. In der Praxis privater Aktiengesellschaften verpflichten sich treuhänderisch tätige Verwaltungsratsmitglieder oft, Weisungen zu befolgen, soweit diese weder gesetzlichen Vorschriften noch Standesregeln noch auch persönlichen moralischen Überzeugungen zuwiderlaufen.

72 Soweit also für einen Entscheid ein *Ermessensspielraum* besteht, dürfen die Interessen des Staates durch von ihm abgeordnete Verwaltungsratsmitglieder durchaus berücksichtigt werden und dürfen diese Mitglieder auch spezielle Weisungen des Staates befolgen. Diese allgemeine Regel gilt für *rein privat-*

<sup>48</sup> Kritisch wird zu dieser Auffassung immerhin darauf hingewiesen, dass auch im Rahmen des Ermessens Entscheide im besten Gesellschaftsinteresse zu treffen sind, womit Drittinteressen eigentlich nur dann befolgt werden sollten, wenn sie mit den Gesellschaftsinteressen übereinstimmen. Die Praxis zeigt aber, dass oft unterschiedliche Entscheidungen als mit dem Gesellschaftsinteresse vereinbar erscheinen, weshalb Raum für die spezifische Interessenwahrung und die Befolgung von Weisungen besteht.

*rechtliche* Aktiengesellschaften, an welchen der Staat als Aktionär beteiligt ist, ohne statutarisch irgendwelche besonderen Rechte eingeräumt erhalten zu haben.

dd) Besonderes gilt bei *gemischtwirtschaftlichen* Aktiengesellschaften für diejenigen, die von der öffentlichen Hand aufgrund eines besonderen *Abordnungsrechts im Sinne von OR 762* in einen Verwaltungsrat entsandt worden sind: Die so delegierten Personen dürfen – und sollen – Weisungen der delegierenden öffentlichen Hand befolgen, und zwar nach herrschender Lehre selbst dann, wenn diese *Weisungen die AG schädigen*<sup>49</sup>. Sie werden dafür *persönlich nicht haftbar*, es wird ihnen ein solches Verhalten also nicht als Pflichtverletzung angelastet.

Dafür aber ergibt sich eine direkte (stellvertretende) *Haftung der delegierenden öffentlichen Hand* aufgrund von OR 762 IV: Diese haftet "der Gesellschaft, den Aktionären und den Gläubigern gegenüber", und zwar so, wie die abgeordnete Person haften würde, wenn nicht die besondere Konstellation von OR 762 gegeben wäre<sup>50</sup>. Die schädigende Handlung ist zwar nicht als Pflichtverletzung des abgeordneten Verwaltungsratsmitgliedes selbst zu betrachten; sie führt aber zu einer *Haftung des Staates*, wobei das Verhalten des delegierten Verwaltungsratsmitglieds so beurteilt wird, wie wenn es sich beim Abgeordneten um ein unabhängiges Verwaltungsratsmitglied handeln würde. Würde das zu beurteilende Verhalten bei einem unabhängigen Verwaltungsratsmitglied als Pflichtwidrigkeit gewürdigt, dann *muss der Staat für dieses Verhalten* in gleicher Weise *einstehen* wie ein unabhängiges Verwaltungsratsmitglied für dasselbe Verhalten persönlich einstehen müsste.

ee) Nach Schürmann<sup>51</sup> soll die soeben dargestellte Sonderordnung dann nicht gelten, wenn der Staat an einer gemischt-

<sup>49</sup> Vgl. SCHÜRMAN 344, mit Hinweisen.

<sup>50</sup> Vgl. SCHÜRMAN 340, mit Hinweisen.

<sup>51</sup> Schürmann 347.

wirtschaftlichen AG zu 100% beteiligt ist. Diesfalls soll die gewöhnliche aktienrechtliche Ordnung – also Haftung der abgeordneten Person selbst und nicht des Kantons – massgebend sein.

76 Diese Auffassung findet jedoch im Wortlaut des Gesetzes<sup>52</sup> keine Stütze. Sie würde zum stossenden Ergebnis führen, dass eine primäre Haftung des Staates zwar bei einer Minderheits- oder Mehrheitsbeteiligung desselben Platz greifen würde, dagegen nicht bei einer vollständigen Beherrschung, obwohl gerade bei dieser besonders starke Einflussmöglichkeiten gegeben sind und sich daher eine primäre Haftung des Staates (noch) stärker aufdrängt als bei einer blossen Minderheits- oder Mehrheitsbeteiligung oder gar bei einer Abordnung von Verwaltungsratsmitgliedern in eine AG, an welcher der Staat finanziell nicht beteiligt ist. Die Auffassung Schürmanns ist denn auch überzeugend widerlegt worden<sup>53</sup>.

c) *Exkurs: Verminderung des Haftungsrisikos durch entsprechende Zweckumschreibung bei der AG*

77 aa) Wie erwähnt haben die Mitglieder des Verwaltungsrates bei einer rein privatrechtlichen AG die *Interessen der AG* in den Vordergrund zu stellen und müssen sie diesen den Vorrang gegenüber widersprechenden Interessen des Staates geben. Bei der gemischtwirtschaftlichen AG dürfen zwar die Interessen des Staates allenfalls auch gegen diejenigen der AG verfolgt werden, doch führt dies zu einer Haftung des Gemeinwesens.

78 bb) Welches die Interessen einer AG sind, ist insbesondere aufgrund ihrer Zielsetzung und damit des *statutarisch umschrie-*

<sup>52</sup> OR 762 II spricht von "beteiligt", ohne eine obere Limite zu setzen.

<sup>53</sup> Vgl. HANS WINDLIN/DIETER DELWING: Haften Regierungsmitglieder als Delegierte in öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmen persönlich?, ZBl 92/1991, 152 ff.; dazu auch Bericht und Antrag des Regierungsrates Zug zu einer Motion Hanspeter Uster vom 27. Mai 1992, ZGGVP 1991-92, 355 ff.

*benen Zwecks* zu beurteilen. Daraus ergibt sich eine Möglichkeit, das Haftungsrisiko einzuschränken: Die Zweckumschreibung kann so formuliert werden, dass die Ziele, welche die AG verfolgen soll und welche durch die Mitglieder des Verwaltungsrates nach besten Kräften zu fördern sind, sich mit den Zielsetzungen des Staates decken. Da eine AG jeden rechtlich erlaubten Zweck verfolgen kann und da sie insbesondere auch auf Gewinnstrebigkeit verzichten kann (OR 620 III), steht das Privatrecht einer solchen Ausrichtung der AG auf staatliche Interessen nicht entgegen<sup>54</sup>. Es kann sogar als Zweck explizit erklärt werden, die AG habe bestimmte Ziele im Dienste des Staates oder unter Berücksichtigung öffentlicher Interessen zu verfolgen<sup>55</sup>. Diese Ziele sind dann aus der Sicht der AG wegleitend, und Interessenkonflikte sind weitgehend ausgeschaltet.

Von selbst versteht sich, dass auch eine auf öffentliche Interessen ausgerichtete AG in der Lage bleiben muss, ihren Verpflichtungen gegenüber Dritten nachkommen zu können. Die Zahlungsfähigkeit muss daher in jedem Falle sichergestellt bleiben.

79

<sup>54</sup> Zu beachten ist aber, dass der Verzicht auf Gewinnstrebigkeit der *Zustimmung sämtlicher Aktionäre* bedarf (vgl. OR 706 II Ziff. 4, wonach die Aufhebung der Gewinnstrebigkeit "ohne Zustimmung sämtlicher Aktionäre" ein Anfechtungsgrund für Generalversammlungsbeschlüsse ist). Dies gilt auch für einen impliziten Verzicht, etwa dadurch, dass der statutarische Zweck der AG in einer Weise eingeschränkt wird, dass bestimmte ertragsbringende Aktivitäten (bei einer AG, die in der Energiewirtschaft tätig ist, etwa die Produktion und der Vertrieb von Atomenergie) ausgeschlossen werden. Befindet sich eine AG nicht zu 100% in der Hand staatlicher Institutionen, dürfte daher die *nachträgliche* Einführung entsprechender Beschränkungen ausgeschlossen sein und müssten diese schon bei der Gründung berücksichtigt werden.

<sup>55</sup> Die *nachträgliche* Einführung solcher Auflagen dürfte freilich nur in Betracht kommen bei Gesellschaften, die sich vollumfänglich in öffentlicher Hand befinden, vgl. soeben Anm. 54.

#### 4. Adäquater Kausalzusammenhang

- 80 a) Zwischen dem Schaden und der (schuldhaften) Pflichtverletzung muss ein sog. *Adäquater Kausalzusammenhang* gegeben sein, d.h. es muss die pflichtwidrige Handlung eine (adäquate) *Ursache* der bewirkten Schädigung sein.
- 81 b) Voraussetzung ist zunächst, dass ein Verhalten *naturwissenschaftlich betrachtet* zu einer bestimmten Schädigung geführt hat. Nicht verlangt ist dabei, dass dieses Verhalten die alleinige Ursache des Schadens ist. Vielmehr ist ausreichend (und im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht geradezu typisch), dass lediglich eine *Teilursache* gesetzt wurde<sup>56</sup>.
- 82 Ist eine Pflichtwidrigkeit erstellt<sup>57</sup> und wurde dadurch ein Schaden (mit)begründet oder zumindest nicht verhindert, ist daher die naturwissenschaftliche Kausalität ohne weiteres zu bejahen.

<sup>56</sup> Hat etwa ein Geschäftsleitungsmitglied einer AG kriminell gehandelt, der an sich redliche Verwaltungsrat dieses Verhalten aber nicht festgestellt, weil die Aufsichtspflichten ungenügend wahrgenommen worden sind, dann ist der Kausalzusammenhang auch im Hinblick auf das Verhalten der Mitglieder des Verwaltungsrates gegeben, obwohl die Hauptursache im deliktischen Verhalten des Geschäftsleitungsmitglieds liegt. Es wird zwar davon gesprochen, dass ein besonders massives schuldhaftes Verhalten den Kausalzusammenhang zum Verhalten lediglich nachlässiger Organpersonen "unterbrechen" könne. In der Lehre werden dafür aber strenge Voraussetzungen verlangt, und aus der Praxis sind keine einschlägigen Fälle bekannt.

<sup>57</sup> Wobei eine solche – wie vorstehend in Rz. 68 ff. ausgeführt – aus aktienrechtlicher Sicht auch darin bestehen kann, dass ein abgeordnetes Verwaltungsratsmitglied den Interessen des Staates vor denjenigen der eigenen AG den Vorrang gegeben hat.

Die Feststellung des naturwissenschaftlichen Kausalzusammenhangs ist stets Ausgangspunkt auch der rechtlichen Beurteilung. Wo ein solcher fehlt, kann es keine Haftung geben, auch dann nicht, wenn eine Organperson ihre Pflichten vernachlässigt hat<sup>58</sup>.

c) Um die Zahl der für einen Schaden Verantwortlichen nicht ins Uferlose ansteigen zu lassen<sup>59</sup>, hat die Rechtsordnung eine Eingrenzung vorgenommen, indem *nicht jeder* (naturwissenschaftliche) Kausalzusammenhang rechtlich bedeutsam ist, sondern nur ein sog. *adäquater* Kausalzusammenhang. Ein solcher liegt nach einer vom Bundesgericht in den Entscheiden 93 II 29 und 113 II 57 speziell für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit wiederholten Formel dann vor, wenn eine Pflichtwidrigkeit "nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der Erfahrung des Lebens geeignet war, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, so dass der Eintritt dieses Erfolges

<sup>58</sup> Möglich sind Fälle, wo zwar ein Schaden festgestellt werden kann, dieser aber seine Ursache nicht in einer – ebenfalls feststellbaren – Pflichtverletzung hat. Beispiel: Wenn eine Revisionsstelle wegen fahrlässiger Ausübung ihres Auftrags nicht feststellt, dass eine Gesellschaft längst überschuldet ist und der Richter hätte benachrichtigt werden müssen, dann hat die Revisionsstelle den Schaden insoweit *nicht* verursacht, als er im Zeitpunkt der Revision bereits eingetreten war; auch eine noch so sorgfältige Revision hätte *diesen* Teil des Schadens nicht verhindern können. Wohl aber hat sie den *zusätzlichen* Schaden mitverursacht, der sich daraus ergibt, dass auch nach der Revision die Gesellschaft aktiv bleibt und zusätzliche Verluste erleidet; *dieser* Teil des Schadens wäre verhindert worden, wenn die Revisionsstelle die erforderlichen Rügen angebracht und nötigenfalls selbst den Richter benachrichtigt hätte.

<sup>59</sup> Beispiel: Repariert ein Uhrmacher einen Wecker schlecht und funktioniert dieser demzufolge nicht, dann kann dies zweifellos eine Ursache dafür sein, dass sich der Besitzer des Weckers an einem Morgen verspätet. Besteigt er zufolge dieser Verspätung einen anderen als den üblichen Zug und wird dieser Zug in ein Unglück verwickelt, dann hat die Nachlässigkeit des Uhrmachers auch den Körperschaden (mit)verursacht, den der Besitzer des Weckers beim Zugsunglück erleidet. Der natürliche Kausalzusammenhang zwischen der mangelhaften Reparatur und der Körperverletzung ist daher gegeben.

durch jenes Ereignis allgemein als begünstigt erscheint..."<sup>60</sup>. Die Verbindung von Ursache und Wirkung wird daher im Recht nur dann für relevant erachtet, wenn nicht eine praktisch unvorhersehbare Konstellation vorliegt.

<sup>85</sup> Zu dieser Eingrenzung des Haftungsrisikos ist aber zu betonen, dass im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht die Gerichte *hinsichtlich der Verneinung der Adäquanz einen äusserst strengen Massstab* anlegen. So wird etwa der Einwand regelmässig abgelehnt, ein Schaden wäre auch bei pflichtgemäsem Verhalten eingetreten, weil er durch ein solches Verhalten nicht hätte verhindert werden können<sup>61</sup>. Vielmehr verlangen die Gerichte, dass "der Schaden mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit selbst bei Ergreifen der zur Schadensabwendung möglichen Massnahmen eingetreten wäre"<sup>62</sup>.

<sup>86</sup> d) Als Regel ist anzunehmen, dass die Gerichte davon ausgehen, eine Pflichtverletzung sei für einen Schaden im Rechts-

<sup>60</sup> Vgl. auch etwa BGE 107 II 243 f., 121 III 363 E 5 und 123 V 98.

<sup>61</sup> Paradebeispiel: Wenn eine AG durch Veruntreuungen eines Mitglieds der Geschäftsleitung Verluste erleidet, dann bringen Mitglieder des Verwaltungsrates in Verantwortlichkeitsprozessen oft vor, das kriminelle Verhalten sei derart raffiniert gewesen, dass es auch durch eine noch so sorgfältige Überwachung nicht habe verhindert werden können. Die Gerichte lehnen eine solche Argumentation regelmässig ab und bejahen eine Verantwortung, wenn die beklagten Verwaltungsratsmitglieder nicht nachweisen, dass ihr Verhalten den objektiv gebotenen Standards entsprochen hat, dass also keine Pflichtwidrigkeit vorlag.

<sup>62</sup> So das Bundesgericht im nicht publizierten Entscheid i.S. Konkursmasse Ornapress gegen B. vom 5.11.1991, E 5b. Immerhin hat das Bundesgericht in einem neueren Entscheid – freilich nur in einem obiter dictum – ausgeführt, man müsse davon ausgehen, dass sich bei einer Einpersonen-AG Verwaltungsrat und Generalversammlung – beide mit der Alleinaktionärin identisch – nicht von einem kritischen Revisionsbericht hätten beeinflussen lassen, wenn eine der kritisierten Personen die Alleinaktionärin war. Damit würde es am – adäquaten oder gar natürlichen – Kausalzusammenhang fehlen. Vgl. BGE 119 II 255 ff., 259; ausführlicher bei ERICH FREY, ST 68/1994, 294.

sinne ursächlich, wenn dieser bei einem korrekten Verhalten – zumindest vielleicht – hätte verhindert werden können.

## 5. Folgerung hinsichtlich des Haftungsrisikos

Stark vereinfacht, aber für die Beurteilung der *Haftungsrisiken* <sup>87</sup> ausreichend, kann Folgendes festgehalten werden:

Erfüllt ein vom Staat abgeordnetes Verwaltungsratsmitglied die aktienrechtlichen Sorgfaltspflichten nicht vollumfänglich und erleidet eine – rein privatrechtliche oder gemischt-wirtschaftliche – AG deshalb einen Schaden, dann besteht eine Schadenersatzpflicht<sup>63</sup>. <sup>88</sup>

Diese Schadenersatzpflicht besteht zunächst dann, wenn <sup>89</sup> das betreffende Verwaltungsratsmitglied fahrlässig (oder gar vorsätzlich) gehandelt hat. Ob Fahrlässigkeit vorliegt, bestimmt sich dabei nach einem objektiven Massstab, weshalb auch das Verhalten desjenigen im Sinne des Aktienrechts als fahrlässig zu qualifizieren ist, der sich zwar alle erdenkliche Mühe gibt, sein Amt sorgfältig zu erfüllen, der aber dazu wegen Zeitmangels oder ungenügender Erfahrung bzw. Kenntnis nicht in der Lage ist.

Eine haftungsbegründende Pflichtwidrigkeit liegt aber auch <sup>90</sup> dann vor, wenn ein vom Staat abgeordnetes Verwaltungsratsmitglied zwar mit aller (objektiv gebotenen) Sorgfalt handelt, aber bei Interessenkonflikten den Interessen des Staates vor denen der betreffenden Gesellschaft den Vorrang gibt. Aktienrechtlich – und dies ist hier allein von Bedeutung – kommt es nur darauf an, ob die *Interessen der Gesellschaft* angemessen verfolgt wurden oder nicht.

<sup>63</sup> Das Gleiche gilt auch für die spezialgesetzliche AG, falls das Gesetz keine abweichenden Bestimmungen enthält.

<sup>91</sup> Diese letzte Aussage ist immerhin dann zu relativieren, wenn der Staat an einer AG zu 100% beteiligt ist<sup>64</sup>. Sodann ist daran zu erinnern, dass die Gesellschaftsinteressen unter Beachtung des statutarisch umschriebenen Zwecks einer AG zu bestimmen sind und dass daher durch die Umschreibung des statutarischen Zwecks eine möglichst weitgehende Übereinstimmung der Interessen der AG mit denen der öffentlichen Hand angestrebt werden kann.

### III. Die Klageberechtigten

#### 1. Allgemeines

<sup>92</sup> Klageberechtigt ist in erster Linie die AG, die den Schaden erlitten hat (OR 756). Daneben können aber auch die *Aktionäre* klagen, sei es, dass sie selbst direkt geschädigt wurden<sup>65</sup>, sei es aufgrund ihrer mittelbaren Schädigung, der Schädigung dadurch, dass die Gesellschaft selbst wegen des pflichtwidrigen Verhaltens einen finanziellen Nachteil erlitten hat und daher auch der Wert der Beteiligung des Aktionärs gesunken ist.

<sup>93</sup> Im Konkurs – und nur dann – sind auch die *Gläubiger* klageberechtigt (OR 757).

<sup>64</sup> Vgl. dazu sogleich nachstehend Rz. 94 ff.

<sup>65</sup> Etwa deshalb, weil sie ihre Aktien aufgrund einer bewussten Täuschung durch ein vom Staat delegiertes Verwaltungsratsmitglied erworben haben – ein wohl hypothetischer Fall.

#### 2. Der Sonderfall des Staates als Alleinaktionär

a) Aus dem Vorstehenden ergibt sich ein *Sonderfall* dann, wenn eine Gesellschaft zu 100% von einem einzigen Aktionär (z.B. vom Bund oder von einem Kanton<sup>66</sup>) oder einer unter sich verbundenen Aktionärsgruppe (zum Beispiel von mehreren Kantonen oder von einem Kanton und verschiedenen Gemeinden<sup>67</sup>) beherrscht ist: Eine Klage der Gesellschaft und des Aktionärs bzw. der Aktionäre kann in einem solchen Fall ausgeschlossen werden, falls das Aktionariat einem bestimmten Verhalten zugestimmt hatte, und zwar auch dann, wenn dieses Verhalten offensichtlich aktienrechtswidrig war und es der Gesellschaft Nachteile – Verluste oder Entgehen von Gewinnchancen – verursachte: Die Aktionäre haben dieses Verhalten gewollt, weshalb aus ihrer Sicht nicht von einem schädigenden Verhalten gesprochen werden kann. Die Anhebung einer Klage durch die von den Aktionären vollständig beherrschte Gesellschaft wäre missbräuchlich.

Damit bleibt nur die Klage der *Gläubiger*, und diesen steht ein Klagerecht wie erwähnt *nur im Konkurs* zu. Von einem praktischen Gesichtspunkt aus betrachtet kann man sich daher bei einer Gesellschaft, die sich zu 100% in der Hand des Staates befindet, darauf beschränken, für die *Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft* zu sorgen und im übrigen vorbehaltlos die Weisungen des Staates zu befolgen. Solange die Gesellschaft ihre Schulden bezahlt, gibt es *keinen Kläger* und stellt sich daher die Haftungsproblematik nicht.

b) Nur am Rande sei erwähnt, dass auch in einer vom Staat zu 100% gehaltenen Gesellschaft ein Schaden dadurch entstehen kann, dass sich ein Verwaltungsratsmitglied fahrlässig verhält

<sup>66</sup> Beispiele: SBB, Kantag Liegenschaften AG.

<sup>67</sup> Beispiele: NOK, Vereinigte Schweizerische Rheinsalinen AG.

und dies die Gesellschaft und indirekt den Staat – gegen dessen Willen – schädigt. Aus aktienrechtlicher Sicht besteht dann ein Klagerecht. Welche Folgen sich daraus für die definitive Schadenstragung ergeben, richtet sich nach dem internen Verhältnis zwischen dem betreffenden Verwaltungsratsmitglied und dem Staat<sup>68</sup>.

## IV. Die verantwortlichen Personen

### 1. Ausgangspunkt

- <sup>97</sup> Bezüglich der verantwortlichen Personen interessieren hier nur die *abgeordnete Person* einerseits und der *Staat* als abordnende Instanz auf der anderen Seite<sup>69</sup>.

### 2. Persönliche Haftung der abgeordneten Person

- <sup>98</sup> a) Bei der *rein privatrechtlichen AG* haftet zunächst einmal ausschliesslich das abgeordnete Verwaltungsratsmitglied. Seine Haftung folgt direkt aus OR 754 I, wonach die "Mitglieder des Verwaltungsrates" (mithin auch das abgeordnete Mitglied) "sowohl der Gesellschaft als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich [sind], den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer

<sup>68</sup> Im Bund und im Kanton Zürich besteht eine Haftung des Beamten nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit. Dazu hinten Rz. 170 ff.

<sup>69</sup> Die Verantwortung von Drittpersonen – den übrigen Verwaltungsratsmitgliedern und allenfalls auch von Mitgliedern der Geschäftsleitung und der Revisionsstelle (vgl. OR 754 I, 755) – spielt immerhin im Hinblick auf *Regressrechte* eine Rolle: Je nach Verschulden und Inpflichtnahme können allenfalls mitverantwortliche Dritte auf die abgeordnete Person und/oder den Staat Rückgriff nehmen oder umgekehrt.

Pflichten verursachen".

Ob die betreffende Person gegenüber dem Staat ein Recht auf Schadloshaltung hat, beurteilt sich nach dem internen Verhältnis zwischen ihr und dem Staat<sup>70</sup>.

b) Bei der *gemischtwirtschaftlichen AG* greift die Sonderregelung von OR 762 IV Platz: Die *entsandte Person haftet nicht persönlich*; an ihrer Stelle haftet der Staat. Dieser kann allenfalls auf den Delegierten Rückgriff nehmen.

Der Ausschluss der persönlichen Haftung der abgeordneten Person gilt unabhängig vom Rechtsverhältnis zwischen dem Staat und dem Abgeordneten; weder der Abgeordnete im Dienstverhältnis noch der Abgeordnete im Auftragsverhältnis unterliegt in der gemischtwirtschaftlichen AG einer persönlichen Haftung<sup>71</sup>.

c) Bei einer *spezialgesetzlichen AG* richtet sich die Haftung nach der spezialgesetzlichen Regelung. Verweist das Gesetz auf das Aktienrecht<sup>72</sup> oder äussert es sich nicht zu dieser Frage, so sind die aktienrechtlichen Bestimmungen sinngemäss anwendbar. Das bedeutet, dass von der Generalversammlung gewählte Mitglieder des Verwaltungsrates persönlich haften (OR 754 I). Demgegenüber haftet für Mitglieder des Verwaltungsrates, welche vom Gemeinwesen entsandt werden, das Gemeinwesen (OR 762 IV).

Für Aktiengesellschaften des *kantonalen Rechts* schreibt OR 763 als Minimum eine subsidiäre Haftung des Kantons vor.

<sup>70</sup> Im Kanton Zürich nach § 28 des Haftungsgesetzes. Vgl. hinten Rz. 180 f.

<sup>71</sup> Anderer Meinung der Regierungsrat Zug in seiner Antwort auf die Motion Hanspeter Uster vom 27. Mai 1992, ZGGVP 1991, 355 ff., 360.

<sup>72</sup> So z.B. für die Swisscom TUG 18 II.

### 3. Haftung des Staates bei der rein privatrechtlichen Aktiengesellschaft?

#### a) Grundsatz

104 Die *Regel* ist klar: Der Staat ist als Beteiligter an einer rein privatrechtlichen AG *Aktionär wie jeder andere*. Als solcher hat er eine einzige Pflicht, nämlich diejenige, seine Aktien zu liberieren (falls die Liberierung nicht bereits von einem Vorgänger-Aktionär vollständig erbracht worden ist)<sup>73</sup>. Eine darüber hinausgehende Haftung besteht nicht.

105 Zu diesem Grundsatz gibt es aber *Ausnahmen*, die sich aus in der Praxis zum Privatrecht für Grossaktionäre entwickelten Regeln (Rz. 106 ff.), allenfalls aber auch aus öffentlichem Recht (dazu Rz. 124 ff.) ergeben können. Am Rande ist an dieser Stelle auch darauf hinzuweisen, dass den Staat allenfalls ganz generell eine Haftung für juristische Personen, an denen er beteiligt ist, treffen kann (dazu Rz. 126 ff.) und dass das Risiko des Staates sich nicht auf die Fälle einer direkten Haftung beschränkt (dazu Rz. 132 ff.).

#### b) Der Staat als faktisches Organ?

##### aa) Ausgangspunkt

106 OR 707 III bestimmt Folgendes:

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.

<sup>73</sup> Vgl. statt vieler FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL § 42. Die durch das Börsengesetz neu hinzugekommenen Melde- und Angebotspflichten interessieren hier nicht.

Diese Bestimmung ist auch auf den Staat als Aktionär einer rein privatrechtlichen AG anwendbar: Der Bund, der Kanton oder die Gemeinde sind als solche nicht in den Verwaltungsrat einer AG wählbar, doch können an ihrer Stelle "Vertreter" gewählt werden. Nicht anders als bei einer juristischen Person des Privatrechts, die Aktionärin ist, kann die Vertretung auf zweierlei Art erfolgen:

- als *offene* Vertretung: Eine Person wird explizit als "Vertreter" im Sinne von OR 707 III gewählt; 108
- oder aber als *verdeckte* Delegation: Die betreffende Person wird gewählt, ohne dass ihre Beziehung zur dahinterstehenden juristischen Person bzw. zum Staat offengelegt wird. Die Wahl wird jedoch durch die Stimmkraft der betreffenden Grossaktionärin (juristische Person des Privatrechts oder öffentlichrechtliche Körperschaft) ermöglicht. 109

In beiden Fällen haftet die *abgeordnete Person selbst stets persönlich*<sup>74</sup>. Doch fragt es sich, ob zu dieser Haftung eine solche der delegierenden Aktionärin hinzukommt. 110

Dazu steht zunächst fest, dass das Gesetz keine solche Haftung vorsieht. In der Lehre wird sie dagegen – zumindest unter bestimmten Voraussetzungen und von einzelnen Autoren – bejaht. Dabei wird vor allem der Unterfall der offenen Delegation (dazu Rz. 112 ff.) diskutiert, doch müssen dieselben Grundsätze – wie zu zeigen sein wird – auch auf die verdeckte Delegation Anwendung finden (dazu Rz. 120). 111

##### bb) Offene Delegation

Ob bei offener Delegation die delegierende Person wie ein Verwaltungsratsmitglied haftbar wird oder nicht, ist in der Lehre 112

<sup>74</sup> Ob sie gegenüber der delegierenden Aktionärin ein Recht auf Schadloshaltung hat oder nicht, bestimmt sich nach dem internen Verhältnis zu dieser Aktionärin.

intensiv und kontrovers diskutiert worden<sup>75</sup>. Herrschend dürfte heute die *differenzierende Auffassung* sein, wonach eine delegierende juristische Person (und mithin auch der Staat) dann – aber auch nur dann – haftbar wird, "wenn sie über ihren Vertreter tatsächlich an der Willensbildung der AG teilnimmt und korporative Aufgaben erfüllt"<sup>76</sup>. Dies ist der Fall, "sobald sie sich in der anderen Gesellschaft 'organtypisch' zu benehmen beginnt, wenn sie durch den Entsandten – manifestiert durch die Art seines tatsächlichen Wirkens – so handelt, wie ein echtes Organmitglied handeln würde, und diese Prärogative erkennbar für sich in Anspruch nimmt"<sup>77</sup>; also dann, "wenn sie aufgrund ihres tatsächlichen Einflusses auf die Geschäftsführung der AG als *faktisches Organ* angesehen werden kann"<sup>78</sup>.

113 Diese Auffassung entspricht der auch von den Gerichten übernommenen Lehre vom sog. *Materiellen oder funktionellen Organbegriff*. Danach sind als Organe im Sinne des aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrechts nicht nur Personen zu betrachten, die als solche gewählt worden sind (und denen mithin formell eine Organstellung zukommt), sondern darüber hinaus auch alle jene Personen, die "in massgebender Weise an der Willensbildung der AG teilnehmen und korporative Aufgaben selbständig ausüben"<sup>79</sup>, die also "tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen... und so die Willensbildung der

<sup>75</sup> Vgl. die Zusammenstellung bei FORSTMOSER N 717 ff. Zu ergänzen sind die folgenden Publikationen, die nach derjenigen von FORSTMOSER erschienen sind: WOLFGANG ZÜRCHER, Der Gläubigerschutz im schweizerischen Aktienrechts-Konzern, Diss., Zürich 1993; WERNLI Art. 707 N 40 ff.; ALEXANDER VOGEL, Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgegebenes Organ der Tochtergesellschaft, Diss. (St. Gallen), Bern 1997.

<sup>76</sup> FORSTMOSER N 727.

<sup>77</sup> BÖCKLI N 1992.

<sup>78</sup> WERNLI Art. 707 N 40, Hervorhebung im Original.

<sup>79</sup> FORSTMOSER N 658.

Gesellschaft massgebend mitbestimmen"<sup>80</sup>. Solche Personen sollen dem aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht in gleicher Weise unterworfen sein wie formell gewählte Organpersonen.

Das revidierte Aktienrecht hat diese schon bisher in Lehre und Praxis absolut herrschende Ansicht in das Gesetz integriert: Während das bisherige Recht in OR 754 von "mit der Verwaltung... *betrauten* Personen"<sup>81</sup> sprach, unterwirft das revidierte Recht der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit explizit die "Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung... *befassten* Personen"<sup>82</sup>. Damit soll – wie sich aus den Materialien zeigt – ganz bewusst klargestellt werden, dass die Haftung nicht nur diejenigen Personen treffen soll, die aufgrund einer formellen Wahl mit der Aufgabe eines Verwaltungsratsmitgliedes beauftragt, "betraut" wurden, sondern jedermann, der solche Aufgaben *tatsächlich wahrnimmt*, auch wenn ihm dafür eine formale Legitimation fehlt.

Auf den *Staat als Aktionär* übertragen bedeutet dies (nicht anders als bei einem privaten Grossaktionär, der seinen Vertreter in den Verwaltungsrat einer Gesellschaft wählen lässt) Folgendes:

- Der Staat wird – neben der abgeordneten Person und gleich wie diese – haftbar, wenn er sich gegenüber der abgeordneten Person ein *Weisungsrecht vorbehalten hat und er dieses auch tatsächlich ausübt*, so dass diese Person letztlich wie ein *verlängerter Arm des Staates* handelt. In diesem Fall ist der Staat faktisch – und im Sinne des Verantwortlichkeitsrechts – Organ der betroffenen AG, nimmt er doch auf deren Entscheide und Geschäftstätigkeit in gleicher Weise Einfluss, wie es ein Organ im formellen

<sup>80</sup> BGE 107 II 349 f.

<sup>81</sup> Hervorhebung hinzugefügt.

<sup>82</sup> Hervorhebung hinzugefügt.

Sinn – besonders ein Verwaltungsratsmitglied – tut<sup>83</sup>.

- 117 - Behält sich der Staat zwar ein Weisungsrecht vor, *übt er dieses aber nicht aus*, dann trifft ihn u.E. keine Haftung: Die materielle, faktische Organstellung und die daraus sich ergebende Haftung nach OR 754 gründen auf der *tatsächlichen* Einflussnahme auf die AG, auf ein Verhalten, das in seinen Auswirkungen einem Organverhalten entspricht. Besteht bloss die *Möglichkeit* einer solchen Einflussnahme, wird diese Möglichkeit aber nicht wahrgenommen, dann liegt keine materielle Organstellung und damit kein Grund für eine direkte Verantwortlichkeit vor<sup>84</sup>.
- 118 - Dasselbe muss gelten, wenn jemand als Vertreter des Staates gewählt wird mit dem *allgemeinen Auftrag, die Interessen des Staates angemessen zu wahren*, ohne dass spezifische Weisungen erteilt werden: Dass der Vertreter eines Aktionärs – einer juristischen Person im Sinne von OR 707 III oder auch des Staates – die Interessen des Vertretenen zu berücksichtigen hat, ist selbstverständlich; andernfalls würden OR 707 III oder auch OR 709 I, wonach beim Bestehen mehrerer Aktionärskategorien eine jede das Recht auf einen Vertreter im Verwaltungsrat hat, kaum Sinn machen. Die Weisung ist so zu verstehen, dass das abgeordnete Verwaltungsratsmitglied den im Rahmen des doppelten Pflichtnexus<sup>85</sup> bestehenden Spielraum aus-

<sup>83</sup> Dass die Beachtung der Rechtsordnung und der guten Sitten seitens des abgeordneten Verwaltungsratsmitgliedes vorbehalten bleibt, ändert daran nichts. Vielmehr ist selbstverständlich, dass verbindliche Weisungen immer nur in den Schranken der Rechtsordnung und der guten Sitten erteilt werden können.

<sup>84</sup> Genauso wenig wie bei einer Privatperson, die Allein- oder Mehrheitsaktionärin ist, von den Möglichkeiten einer Einflussnahme aus einer solchen Position heraus aber keinen Gebrauch macht, sondern sich auf die Ausübung der Aktionärsrechte beschränkt.

<sup>85</sup> Dazu vorn Rz. 70 ff.

nützen und in diesem Rahmen die Interessen des Entsendenden wahrnehmen soll.

- Schliesslich ist eine Haftung des Staates dann ausgeschlossen, wenn ein Vertreter gewählt wird, *ohne* dass ihm für die Amtsausübung irgendwelche *Auflagen* gemacht werden.

#### cc) Verdeckte Vertretung

Bei einer verdeckten Vertretung – also dann, wenn jemand zwar aufgrund der Stimmkraft des Staates bzw. auf dessen Vorschlag hin gewählt, dies aber nicht offen gelegt worden ist – gelten u.E. *dieselben Grundsätze*: Haftung dann, wenn der Staat Einfluss nimmt, wie wenn er selbst Organ wäre, keine Haftung, wenn auf eine Einflussnahme verzichtet wird. Ein Unterschied zur offenen Vertretung ergibt sich nur, wenn man – u.E. zu Unrecht – mit einer Minderheitsmeinung die Auffassung vertritt, bei offener Delegation hafte die delegierende juristische Person ganz generell in gleicher Weise wie die abgeordnete Person selbst.

#### dd) Ergänzende Bemerkungen

Wenn vorstehend auf ein erhebliches Haftungsrisiko in all den Fällen hingewiesen worden ist, in welchen der Staat über die abgeordnete Person auf die Entscheidungen einer AG Einfluss nimmt, dann ist dies insofern zu relativieren, als die praktische Bedeutung einer direkten Haftung einer delegierenden juristischen Person bis heute denkbar gering geblieben ist: Uns sind keine Fälle bekannt, in welchen eine juristische Person für das Verhalten des von ihr abgeordneten Vertreters erfolgreich haftbar gemacht worden wäre<sup>86</sup>.

<sup>86</sup> Anders verhält es sich mit dem Risiko einer direkten Haftung gegenüber *Dritten* für Verpflichtungen einer beherrschten Gesellschaft. Eine solche Verpflichtung ist aber von der Delegation eines Verwaltungsratsmitgliedes unabhängig; vgl. dazu nachstehend Rz. 126 ff.

122 In analoger Anwendung von OR 61 II kann die Verantwortlichkeit bei faktischer Organschaft u.E. jedenfalls dann *nicht durch kantonales Recht wegbedungen* werden, wenn eine gewerbliche, d.h. nicht hoheitliche Verrichtung vorliegt.

123 Die dargelegte Beurteilung gilt auch für privatrechtliche Aktiengesellschaften, welche mit öffentlichen Aufgaben des Staates betraut sind. Jedenfalls sind weder Entscheidungen noch Literaturstellen bekannt, welche eine unterschiedliche Beurteilung nahelegen würden.

#### c) *Haftung des Staates nach kantonalem Recht?*

124 Obwohl die Haftung in rein privatrechtlichen Aktiengesellschaften durch das Aktienrecht geregelt ist, scheint es nicht völlig ausgeschlossen, dass das kantonale Recht zur Anwendung gelangt für die durch einen Vertreter eines Gemeinwesens im Verwaltungsrat verursachten Schäden. Das wäre allerdings nur dann zulässig, wenn die kantonale Regelung weiter ginge als jene des Aktienrechts, d.h. wenn die kantonale Regelung für die Geschädigten grosszügiger wäre als jene des Bundes.

125 Gemäss § 6 des zürcherischen Haftungsgesetzes (HG) haftet der Staat für den Schaden, den ein Beamter in Ausübung amtlicher Verrichtungen einem Dritten widerrechtlich zufügt. Das Gesetz statuiert eine kausale Staatshaftung. Allerdings findet das Gesetz gemäss HG 5 I dann keine Anwendung, wenn die Haftung des Staates und der Beamten durch Bundesrecht geregelt ist. Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit von Mitgliedern des Verwaltungsrates bzw. der diese delegierenden Gemeinwesen ist im Bundesrecht geregelt. Demgemäss finden die Bestimmungen des zürcherischen Haftungsgesetzes keine Anwendung auf die hier zur Diskussion stehenden Sachverhalte; die Haftung des Staates richtet sich ausschliesslich nach den aktienrechtlichen Bestimmungen. Eine Haftung des Staates für die von der Generalversammlung einer rein privatrechtlichen Aktiengesellschaft gewählten Vertreter eines Gemeinwesens besteht daher

nach zürcherischem Recht nicht.

#### d) *Haftung des Staates als Hauptaktionär?*

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass in der Praxis Grundlagen für eine *direkte Haftung des Hauptaktionärs für Verpflichtungen einer AG* entwickelt worden sind, also Regeln für eine Haftung gegenüber Dritten für die *Verpflichtungen der AG selbst*. Wiederum ist aber als Grundsatz zu betonen, dass eine solche Haftung nicht besteht<sup>87</sup>. Eine direkte Mitverpflichtung für Verpflichtungen einer beherrschten Gesellschaft kommt vielmehr wiederum nur in Ausnahmefällen, in welchen eine *atypische Situation* vorliegt, in Betracht. In der Lehre (und teils auch in der Praxis) haben sich drei Konzepte herausgebildet:

- Die Begründung einer Haftung mittels eines sogenannten *Durchgriffs*. Durchgriff bedeutet – vereinfacht ausgedrückt –, dass die formalrechtliche Selbständigkeit einer juristischen Person ignoriert und die wirtschaftliche Realität auch rechtlich als massgebend erachtet wird. So kann von einer juristischen Person auf den dahinter stehenden Hauptaktionär durchgegriffen werden, wenn die Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit der juristischen Person als *missbräuchlich* erscheint, namentlich deshalb, weil der Haupt-

<sup>87</sup> So explizit OR 620 I, wonach für die Verpflichtungen einer AG "nur das Gesellschaftsvermögen haftet", und 620 II, wonach die Aktionäre "für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht persönlich" eintreten müssen. Diese Bestimmungen finden auch auf den Haupt- oder Alleinaktionär Anwendung.

- aktionär selbst diese Selbständigkeit nicht beachtet hat<sup>88</sup>.
- 128 - Diskutiert worden (aber bisher in den hier interessierenden Konstellationen bedeutungslos geblieben) ist auch die Haftung juristischer Personen nach OR 722, also die *Haftung juristischer Personen für unerlaubte Handlungen, die ihre Organe* in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen *begehen*.
- 129 - Schliesslich hat das Bundesgericht eine "*Haftung aus Konzernvertrauen*" entwickelt, eine Haftung der Muttergesellschaft im Konzern, falls bei Dritten die begründete Erwartung erweckt worden ist, die Muttergesellschaft werde für die Verpflichtungen ihrer Tochtergesellschaft einstehen<sup>89</sup>.
- 130 Entsprechende Überlegungen könnten auch für die Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber dem Staat fruchtbar gemacht werden. So könnte etwa erklärt werden, eine durch den Kanton beherrschte AG habe – mit Wissen und Willen des Kantons – bei Dritten den berechtigten Eindruck erweckt, für ihre Verpflichtungen werde der Kanton geradestehen.

<sup>88</sup> Zu denken ist zum Beispiel an einen Hauptaktionär, der die Gesellschaft direkt für seine eigenen Ziele missbraucht, indem er die Kapital- und Gläubigerschutzvorschriften nicht beachtet, oder an einen Konzern, dessen Tochtergesellschaft keinerlei Selbständigkeit zukommt. Vgl. zum Durchgriff etwa CARSTEN THOMAS EBENROTH, Zum "Durchgriff" im Gesellschaftsrecht, SAG 57/1985, 124 ff.; ERIC HOMBURGER, Zum "Durchgriff" im schweizerischen Gesellschaftsrecht, SJZ 67/1971, 249 ff.; PETER FORSTMOSER, Schweiz. Aktienrecht I/1, Zürich 1981, § 1 N 84 ff.; alle mit weiteren Literaturangaben.

<sup>89</sup> Vgl. BGE 120 II 335, bestätigt in BGE 123 III 220 ff.; vgl. KRISTINA KUZMIC, Haftung aus "Konzernvertrauen", Diss., Zürich 1998; BEAT BRECHBÜHL, Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen, Diss., Bern 1998; WOLFGANG WIEGAND/JÖRG WICHTERMANN, Zur Haftung für privatisierte Staatsbetriebe, recht 17/1999, 1 ff., 14.

Praktisch kommt diesen Ansätzen aber – zumindest bis heute und von eigentlichen Missbrauchstatbeständen abgesehen – eine geringe Bedeutung zu, und es handelt sich auch nicht um spezifische Haftungsrisiken aufgrund einer Delegation von Vertretern in Verwaltungsräte.

#### e) Weitere Haftungsrisiken des Staates

Erwähnt sei schliesslich noch, dass die direkte Haftung des Staates (wegen materieller Organstellung<sup>90</sup>) *nicht das einzige finanzielle Risiko* bei einer Abordnung von Vertretern in rein privatrechtliche Aktiengesellschaften darstellt.

- Der Staat kann verpflichtet sein, die – primär – haftende abgeordnete *Person schadlos zu halten*<sup>91</sup>. 133
- Allenfalls kann der Staat auch aus Imagegründen gehalten sein, Schaden zu decken (und so den Konkurs einer von ihm beherrschten AG zu vermeiden), obwohl hierzu keine Rechtspflicht besteht. 134

#### 4. Haftung des Staates bei der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft

Im Falle der gemischtwirtschaftlichen AG haftet gemäss der Sonderregelung von OR 762 IV *anstelle der entsandten Person der Staat*, und zwar in gleicher Weise, wie die delegierte Person haften würde, wenn sie ein "gewöhnliches", durch die Generalversammlung gewähltes Verwaltungsratsmitglied wäre<sup>92</sup>. 135

<sup>90</sup> Vgl. vorstehend Rz. 106 ff.

<sup>91</sup> Dazu hinten Rz. 170 ff.

<sup>92</sup> Zur Möglichkeit eines Rückgriffs auf die abgeordnete Person vgl. nachstehend Rz. 170 ff.

## 5. Haftung des Staates bei der spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft

136 Bei einer spezialgesetzlichen AG richtet sich die Haftung nach der spezialgesetzlichen Regelung. Da eine solche AG näher beim Staat steht als die gemischtwirtschaftliche, dürfte die sachgerechte Lösung in Analogie zu OR 762 IV in einer *unmittelbaren* Haftung des Staates liegen. Gemäss OR 763 muss zumindest eine *subsidiäre* Haftung des Kantons vorgesehen sein.

## V. Die Verhältnisse bei einer Mehrheit von Verantwortlichen: Solidarität und Rückgriff

### 1. Eingrenzung

137 Im Folgenden werden die privatrechtlichen bzw. – genauer – die *aktienrechtlichen* Aspekte der Beziehungen einer Mehrheit von Verantwortlichen untereinander betrachtet.

138 Zum einen geht es um die Frage der *solidarischen Haftung* im Aktienrecht:

139 – Wodurch zeichnet sie sich aus?

140 – Wie verhält es sich mit der Solidarität zwischen einem vom Staat abgeordneten Verwaltungsratsmitglied und den übrigen Organen?

141 – Ist auch der Staat in die Solidarität mit einbezogen?

142 Dieselben Fragen stellen sich hinsichtlich des *Regress- oder Rückgriffsrechts*:

143 – Nach welchen Regeln bestimmen sich Rückgriffsrechte?

144 – Wie regelt sich der Rückgriff zwischen einem vom Staat

abgeordneten Verwaltungsratsmitglied und den übrigen Organpersonen der AG?

- Wie gestalten sich die Beziehungen zum Staat? 145

*Ausgeklammert* bleiben an dieser Stelle *öffentlichrechtliche Aspekte*, also namentlich die Frage, inwieweit der Staat, falls er ins Recht gefasst wird, auf die abgeordneten Personen greifen kann bzw. die umgekehrte Frage, inwieweit die abgeordnete Organ- oder Drittperson im Falle einer persönlichen Inanspruchnahme zur Schadloshaltung durch den Staat berechtigt ist<sup>93</sup>. 146

### 2. Solidarität

#### a) Ausgangspunkt

Mehrere aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit haftende Personen haften gemäss OR 759 solidarisch, das heisst, es kann *jede von ihnen für den Gesamtbetrag belangt* werden. Es obliegt dann der belangten Person, auf dem Regressweg gegen weitere Haftpflichtige vorzugehen und einen Teil der erbrachten Leistungen zurückzuerlangen. 147

Einschränkend ist aber Folgendes festzuhalten: Nach OR 43 I bestimmt sich die Höhe der Schadenersatzpflicht insbesondere auch nach dem Verschulden. Der eingetretene Schaden ist somit lediglich die obere Limite dessen, was durch einen Haftpflichtigen zu ersetzen ist. Trifft ihn nur ein geringes Verschulden, dann kann seine Ersatzpflicht reduziert werden. 148

Diese Möglichkeit einer Reduktion besteht auch im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit: Zwar hat es das Bundesgericht unter früherem Recht – trotz vielfacher Kritik – 149

<sup>93</sup> Vgl. dazu Rz. 170 ff.

abgelehnt, eine Reduktion der Ersatzpflicht wegen geringen Verschuldens vorzunehmen, wenn mehrere Personen solidarisch hafteten<sup>94</sup>. Das revidierte Aktienrecht verlangt nun aber explizit eine Berücksichtigung des bloss geringen Verschuldens auch bei solidarisch Haftpflichtigen: Nach OR 759 I haftet eine von mehreren solidarisch haftpflichtigen Personen nur (aber immerhin) insoweit solidarisch, "als ihr der Schaden aufgrund ihres eigenen Verschuldens<sup>95</sup> und der Umstände persönlich zurechenbar ist". Unter dem Eindruck dieses revidierten Rechts hat das Bundesgericht auch seine Praxis zum früheren Recht geändert<sup>96</sup>, so dass heute generell davon ausgegangen werden kann, dass ein solidarisch Haftpflichtiger zwar nicht nur anteilmässig einstehen muss (das würde dem Wesen der Solidarität widersprechen), dass er aber eine Reduktion seiner Ersatzpflicht beanspruchen kann und daher nicht den gesamten Schaden ersetzen muss, wenn ihn ein nur geringes Verschulden trifft.

150 Die praktische Auswirkung dieser Möglichkeit einer Herabsetzung der Schadenersatzpflicht wegen geringen Verschuldens ist freilich im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht geringer, als zu erwarten wäre: Die Reduktion wird nämlich selten mehr als ein Drittel oder maximal 50% des Schadens betragen<sup>97</sup>. Da es im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht –

<sup>94</sup> Vgl. speziell für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit BGE 97 II 416.

<sup>95</sup> Hervorhebung hinzugefügt.

<sup>96</sup> Vgl. ein Urteil vom 11. Juni 1996, auszugsweise wiedergegeben in SZW 68/1996, 234 f.: In diesem Entscheid, der noch nach altem Aktienrecht zu fällen war, hat das Bundesgericht unter Berücksichtigung der Kritik in der Lehre, vor allem aber im Hinblick auf die Änderung des Gesetzestextes eine Praxisänderung vorgenommen und erklärt, auch in Fällen, in denen noch altes Verantwortlichkeitsrecht anwendbar sei, gebe es – entsprechend dem revidierten Art. 759 I – eine solidarische Haftung nur insoweit, als der Schaden einem Verantwortlichen aufgrund des Verschuldens und der Umstände persönlich zurechenbar sei. In der Publikation in der Amtlichen Sammlung – BGE 122 III 324 ff. – fehlen die entsprechenden Erwägungen.

<sup>97</sup> Die grösste Reduktion, die nach unserer Kenntnis je in einem schweizerischen Haftpflichtprozess vorgesehen wurde, war eine solche um 80%.

jedenfalls bei grösseren Gesellschaften – oft um hohe Schadensbeträge geht, übersteigen die in Frage stehenden Beträge auch nach einer Reduktion wegen geringen Verschuldens zumeist noch immer die persönliche Leistungsfähigkeit des Haftpflichtigen<sup>98</sup>.

### b) *Rein privatrechtliche Aktiengesellschaft*

Die soeben umschriebene Regelung findet uneingeschränkt 151 Anwendung auf vom Staat in rein privatrechtliche Aktiengesellschaften abgeordnete Verwaltungsratsmitglieder: Diese haften mit den übrigen Organen solidarisch, soweit ihre Ersatzpflicht nicht wegen geringen Verschuldens zu reduzieren ist.

Der Staat haftet dagegen nicht, soweit er nicht als 152 materielles Organ zu betrachten und damit derselben Haftung wie ein Verwaltungsratsmitglied zu unterstellen ist<sup>99</sup>. In diesem Ausnahmefall (der wie erwähnt praktisch kaum je vorkommen dürfte) haftet der Staat ebenfalls nach den Regeln der Solidarität.

### c) *Gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft*

Auch bei gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften gilt das 153 Prinzip der Solidarität, entsprechend den vorstehend wiedergegebenen Regeln. Ein *Unterschied* zur rein privatrechtlichen AG ergibt sich aber bezüglich der *Person* der Haftpflichtigen:

Nach OR 762 IV haftet – wie ausgeführt – *nicht die* 154 *abgeordnete Person selber*, sondern die abordnende Körperschaft des öffentlichen Rechts. Deren Haftung entspricht – als stellvertretende Haftung – in jeder Beziehung der Haftung eines gewöhnlichen Verwaltungsratsmitgliedes. Der Staat haftet also mit den übrigen – durch die Generalversammlung gewählten –

<sup>98</sup> Anders kann es sich freilich bei einer direkten Haftung des Staates verhalten.

<sup>99</sup> Entsprechend den Ausführungen vorne Rz. 106 ff.

Verwaltungsratsmitgliedern solidarisch für den vom entsandten Mitglied (mit)verursachten Schaden; dabei kann der Staat diejenige Reduktion der Ersatzpflicht beanspruchen, die dem abgeordneten Verwaltungsratsmitglied zukäme, würde es persönlich haften.

#### d) *Spezialgesetzliche Aktiengesellschaft*

- 155 Für die Haftung bei spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften gilt auch hinsichtlich einer allfälligen Solidarität die spezialgesetzliche Regelung. Falls diese keine entsprechenden Bestimmungen enthält, ist das Aktienrecht wiederum analog anwendbar.

### 3. Rückgriff

#### a) *Ausgangspunkt*

- 156 Leistet ein solidarisch Haftpflichtiger im externen Verhältnis mehr, als ihm intern – im Verbund mehrerer solidarisch Haftpflichtiger – fairerweise auferlegt werden sollte, dann kann er auf die übrigen Verantwortlichen in dem Umfang Rückgriff nehmen, dass nach der Durchführung der Regressverfahren alle Beteiligten definitiv nur noch den Anteil zu tragen haben, der ihnen anteilmässig, bei einer Aufteilung des Schadens, aufzuerlegen ist<sup>100</sup>. Den Umfang des Rückgriffs unter mehreren Beteiligten bestimmt der Richter nach Ermessen (OR 50 II) in Würdigung aller Umstände (OR 759 III), wobei es in erster Linie auf das Verschulden ankommt.

<sup>100</sup> Ist ein Anteil nicht einbringlich, haften dafür jedoch die übrigen Verantwortlichen.

#### b) *Rein privatrechtliche Aktiengesellschaft*

Bei rein privatrechtlichen Aktiengesellschaften gilt diese Regressordnung uneingeschränkt auch für das als Vertreter der öffentlichen Hand gewählte Verwaltungsratsmitglied: 157

- Hat dieses aufgrund der Solidarität mehr geleistet als seinem Anteil entspricht, kann es auf die übrigen Verwaltungsratsmitglieder und allenfalls auf weitere Organe – Mitglieder der Geschäftsleitung und Revisionsstelle – regressieren. 158
- War seine Leistung im externen Verhältnis kleiner als der ihm intern anzulastende Anteil, kann es auf dem Regressweg zu weiteren Leistungen verpflichtet werden. 159

#### c) *Gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft*

Bei der gemischtwirtschaftlichen AG tritt – wiederum aufgrund von OR 762 IV – der Staat an die Stelle des entsandten Verwaltungsratsmitglieds, wobei es aber für die Bemessung des definitiv zu tragenden Anteils auf das Verhalten der abgeordneten Person ankommt: 160

- Hat der Staat extern mehr geleistet als intern – aufgrund des Verhaltens des abgeordneten Verwaltungsratsmitglieds – angemessen erscheint, kann er auf die übrigen Haftpflichtigen regressieren. 161
- War seine Leistung kleiner, muss er Regressansprüche gewärtigen. 162

#### d) *Spezialgesetzliche Aktiengesellschaft*

Falls bei spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften die Verwaltungsratsmitglieder persönlich haften oder mehrere Gemeinwesen haftbar gemacht werden können, richtet sich der Rückgriff 163

unter den Beteiligten nach der spezialgesetzlichen Regelung, subsidiär nach dem Aktienrecht.

## VI. Exkurs: Zur praktischen Bedeutung der Verantwortlichkeitsklage

- 164 a) Aufgrund der *gesetzlichen Ordnung* erscheint das Haftungsrisiko eines Mitglieds des Verwaltungsrates (und damit auch das Risiko des Staates in den Fällen, in welchen er entweder direkt haftet oder aber die Konsequenzen aufgrund einer Schadloshaltungspflicht zu tragen hat) hoch: Das Gesetz sieht eine *zahlenmässig unbeschränkte Haftung bei jedem Verschulden, auch bei bloss leichter Fahrlässigkeit* vor. Die Haftung ist solidarisch, nicht bloss anteilmässig. Ausgegangen wird vom Gesamtschaden. Eine Reduktion wegen geringen Verschuldens ist zwar möglich, führt aber wegen der meist hohen Schadenssummen kaum zur Rückführung auf ein akzeptables Mass.
- 165 b) Die *Praxis* sieht freilich anders aus, wobei ein krasser Unterschied besteht zwischen Fällen, in welchen ein fahrlässiges Verhalten die Gesellschaft zwar schwächte, aber nicht zu Fall brachte, und solchen, in denen das fahrlässige Verhalten (allenfalls zusammen mit weiteren Ursachen) schliesslich zum Konkurs geführt hat:
- 166 aa) Soweit ein schädigendes Verhalten *nicht zum Konkurs* führt, ist die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen – kriminelles Verhalten der Verantwortlichen vorbehalten – äusserst selten: Die Gläubiger können nicht klagen, da ihnen kein Schaden erwächst (vgl. OR 757 I e contrario). Die Aktionäre und die Gesellschaft verzichten in der Regel auf die Geltendmachung von Ansprüchen.

Ausgeschlossen sind – solange die Gesellschaft aufrecht steht – Verantwortlichkeitsansprüche schlechthin dann, wenn eine Gesellschaft von einem Alleinaktionär oder einer Aktionärsgruppe zu 100% beherrscht ist und die verantwortlichen Personen mit Wissen und Willen des Aktionärs bzw. der Aktionärsgruppe gehandelt haben<sup>101</sup>. 167

bb) Ein völlig anderes Erscheinungsbild zeigt sich, wenn eine Gesellschaft zahlungsunfähig wird, *in Konkurs gerät oder einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung abschliessen muss*. Die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsklagen gehört dann zur Routine. Zwar enden die meisten Verfahren schliesslich in einem Vergleich, welcher der wirtschaftlichen Potenz der Verantwortlichen Rechnung trägt und sie so vor dem Ruin bewahrt. Die sich regelmässig über mehrere Jahre, gelegentlich auch über mehr als ein Jahrzehnt erstreckenden Verfahren und Verhandlungen sind aber für die Betroffenen in vielerlei – finanzieller, zeitlicher und psychischer – Hinsicht äusserst belastend. 168

Besonders hartnäckig werden Verantwortlichkeitsansprüche verfolgt, wenn die Verantwortlichen selbst wohlhabend sind oder wenn hinter ihnen – etwa in der Person einer Versicherung oder eines delegierenden Aktionärs – hohe finanzielle Mittel erwartet werden. Es braucht nicht betont zu werden, dass diese Konstellation gegeben ist, wenn der Staat auf die eine oder andere Weise Vertreter in Verwaltungsräte abordnet. 169

<sup>101</sup> Vgl. vorn Rz. 94 ff.

### 3. Teil: Regress und Schadloshaltung im Innenverhältnis zwischen Staat und Abgeordneten

#### I. Ausgangspunkt

1. Im vorangehenden 2. Teil wurde die Frage erörtert, wer unter welchen Voraussetzungen haftbar gemacht werden kann, falls ein Vertreter des Staates im Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft dieser selbst, ihren Aktionären oder Gläubigern Schaden zufügt. Im vorliegenden 3. Teil geht es nun einerseits um die Frage, inwieweit der Staat auf den Abgeordneten Rückgriff nehmen kann, wenn er wegen des Verhaltens des Entsandten durch die Aktiengesellschaft, Aktionäre oder Gläubiger belangt worden ist, und andererseits um die komplementäre Frage, ob der Abgeordnete, der gestützt auf seine persönliche Haftung von Geschädigten belangt worden ist, ein Recht auf Schadloshaltung durch den Staat hat. 170

Die Beantwortung dieser Fragen ist vom Rechtsverhältnis abhängig, welches zwischen dem Gemeinwesen und dem Abgeordneten besteht. 171

2. Die durch den Staat in Verwaltungsräte von Aktiengesellschaften abgeordneten Personen können mit dem Gemeinwesen in zweierlei Beziehung stehen: 172

- Es können Personen sein, welche als Magistratspersonen, Beamte oder Angestellte durch ein *Dienstverhältnis* mit dem Staat verbunden sind. In der Regel handelt es sich dabei um ein öffentlichrechtliches Dienstverhältnis; ausnahmsweise kann es auch privatrechtlicher Natur sein. Die Aufgabe, den Staat im Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft zu vertreten, bildet in diesen Fällen Bestandteil der dienstlichen Obliegenheiten der betreffenden Person. 173

Die Beziehungen zwischen Staat und Abgeordnetem richten sich nach den für das Dienstverhältnis massgebenden Bestimmungen (nachfolgend Rz. 175 ff.).

- 174 - Als Abgeordnete des Staates können aber auch *aussenstehende Dritte* bestimmt werden; dazu gehören auch ehemalige Magistratspersonen und Beamte. In diesem Fall bildet die Aufgabe, den Staat im Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft zu vertreten, nicht Bestandteil einer umfassenderen Rechtsbeziehung im Sinne eines Dienstverhältnisses. Grundlage des Verhältnisses zwischen Staat und Abgeordnetem bildet in diesem Fall ein *Auftrag* gemäss OR 394 ff. (nachfolgend Rz. 182 ff.).

## II. Abgeordnete im Dienstverhältnis

### 1. Anwendbares Recht

- 175 Abgeordnete des Staates, welche in einem Dienstverhältnis zu diesem stehen, unterliegen den Haftungsbestimmungen des massgebenden Verantwortlichkeitsgesetzes. Im Bund und im Kanton Zürich gilt das Verantwortlichkeits- bzw. Haftungsgesetz unter anderem für die Mitglieder der Behörden und für die im Dienst des Staates stehenden Personen, unabhängig davon, ob sie vollamtlich, nebenamtlich oder vorübergehend tätig sind<sup>102</sup>. Darunter fallen sämtliche *öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisse*, d.h. die Dienstverhältnisse von Magistratspersonen, Beamten und Angestellten.

- 176 Fraglich erscheint, ob auch Arbeitnehmer des Staates, welche in einem *privatrechtlichen Arbeitsvertragsverhältnis* stehen, der Regelung des Haftungsgesetzes unterliegen. Unseres Erach-

<sup>102</sup> VG 1 I; HG 4 i.V.m. HG 1.

tens ist die Frage zu bejahen. Der Geltungsbereich des Verantwortlichkeits- bzw. Haftungsgesetzes erstreckt sich auf alle im Dienst des Staates stehenden Personen, unabhängig von der Qualifizierung des Dienst- oder Arbeitsverhältnisses<sup>103</sup>. Der haftungsrechtliche Beamtenbegriff ist für die externe Haftung des Staates und für das interne Verhältnis der gleiche; das Gesetz differenziert nicht zwischen diesen beiden Aspekten. Obwohl demnach ein Dienstverhältnis privatrechtlich ist, gelangen im internen wie im externen Verhältnis nicht die privatrechtlichen Haftpflichtregelungen zur Anwendung, sondern das öffentliche Recht<sup>104</sup>.

### 2. Rückgriffsrechte des Staates

Muss der Staat wegen des Verhaltens eines Dienstnehmers einem Dritten Schadenersatz leisten, so kann er auf den Dienstnehmer *Rückgriff* nehmen, falls dieser den Schaden vorsätzlich oder grobfahrlässig verschuldet hat<sup>105</sup>. Im Kanton Zürich gilt diese Regelung kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung nicht nur dann, wenn der Staat gestützt auf das Haftungsgesetz schadenersatzpflichtig wird, sondern auch bei Schadenersatzpflichten gestützt auf andere Gesetze. Obwohl das Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes dies nicht ausdrücklich sagt, muss Gleiches auch im Bund gelten; es sind keine Gründe ersichtlich, die eine andere Lösung nahelegen würden.

Wird demnach der Staat wegen des Verhaltens eines Abgeordneten im Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft entschädigt

<sup>103</sup> HÄFELIN/MÜLLER Rz. 1748; vgl. auch SCHWARZENBACH 165.

<sup>104</sup> A.M. HÄFELIN/MÜLLER Rz. 1816 (ohne nähere Begründung). In Zürich ist die Frage unter dem Personalgesetz vom 27. September 1998 (LS 177.10) weitgehend gegenstandslos geworden, da das Gesetz nur noch öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse zulässt (§ 7).

<sup>105</sup> VG 7; HG 15 I. Vgl. dazu auch STOFFEL 279 ff.

gungspflichtig, so kann auf den Abgeordneten nur Rückgriff genommen werden, wenn dieser die Schädigung vorsätzlich oder grobfahrlässig verursacht hat; bei einfacher Fahrlässigkeit oder fehlendem Verschulden des Abgeordneten muss dieser den Schaden nicht tragen.

179 Die Abgrenzung zwischen grober und einfacher Fahrlässigkeit ist in Würdigung der gesamten Umstände des einzelnen Falles vorzunehmen. *Fahrlässigkeit* liegt nach allgemeiner Ansicht beim Fehlen derjenigen Sorgfalt vor, die ein gewissenhafter und vernünftiger Mensch im gleichen Umfeld und unter den gleichen Umständen für erforderlich gehalten hätte<sup>106</sup>. *Grobe Fahrlässigkeit* ist gegeben, wenn "elementarste Vorsichtsgebote missachtet werden, die jeder verständige Mensch in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen beachten würde"<sup>107</sup>. Grobe Fahrlässigkeit ist also mit dem Vorwurf der Missachtung elementarer Vorsichtsgebote verbunden.

### 3. Rechte des Abgeordneten auf Schadloshaltung

180 Haftet der Abgeordnete des Kantons Zürich gemäss Aktienrecht persönlich, so kann er vom Staat dann *Schadloshaltung* beanspruchen, wenn er die Schädigung weder vorsätzlich noch grobfahrlässig verursacht hat (HG 28 I). Zwar sagt diese Bestimmung nicht ausdrücklich, dass sie auch bei Inanspruchnahme aufgrund anderer Gesetze als des Haftungsgesetzes gilt. Es sind indessen keine Gründe ersichtlich, weshalb diese Regelung nur beim Rückgriffsrecht des Staates, nicht aber bei der Schadloshaltung des Dienstnehmers gelten soll. Die Rechtsstellung des Abgeordneten im internen Verhältnis muss die gleiche sein, wenn er im Aussenverhältnis persönlich haftet wie beim Rückgriff im Fall

<sup>106</sup> Vgl. vorn Rz. 64 ff.

<sup>107</sup> BGE 111 Ib 192 ff., 197; BGE 104 Ib 1 ff., 3.

der Staatshaftung<sup>108</sup>.

Das Bundesrecht enthält keine Bestimmungen über die Schadloshaltung. Es gibt jedoch auch hier keine vernünftigen Gründe, den primär belangten Abgeordneten schlechter zu stellen als jenen, der durch sein Verhalten die Haftung des Staates auslöst. Aus dieser Sicht müsste auch ein Vertreter des Bundes, der schadenersatzpflichtig wird, Schadloshaltung beanspruchen können, wenn er weder vorsätzlich noch grobfahrlässig gehandelt hat.

## III. Abgeordnete im Auftragsverhältnis

### 1. Anwendbares Recht

Auch für Abgeordnete, welche nicht in einem Dienstverhältnis mit dem abordnenden Gemeinwesen stehen, richtet sich das Innenverhältnis nach dem massgebenden Verantwortlichkeitsgesetz. Soweit dieses – wie im *Bund*<sup>109</sup> – für alle Personen gilt, welche Aufgaben des Gemeinwesens erfüllen, ist die Rechtslage die gleiche wie für Abgeordnete im Dienstverhältnis.

### 2. Die Regelung im Kanton Zürich als Beispiel

Im *Kanton Zürich* findet das Haftungsgesetz auf Private keine Anwendung (HG 4a I). Private im Sinne dieser Bestimmung sind

<sup>108</sup> An der dargestellten Rechtslage ändert sich nichts, wenn die Wahl der Abgeordneten in Verwaltungsräte durch das Parlament bewilligt werden muss, wie gemäss Art. 39 der Zürcher Kantonsverfassung mit Bezug auf die Mitglieder des Regierungsrates; diese Regelung befasst sich mit der Unvereinbarkeit von Ämtern und der Nebenbeschäftigung von Regierungsräten, nicht mit haftungsrechtlichen Aspekten.

<sup>109</sup> Art. 1 Abs. 1 lit. f VG.

Personen, welche nicht in einem wie immer gearteten Dienstverhältnis zum Kanton stehen, sondern als Selbständigerwerbende mit der Erfüllung einer öffentlichrechtlichen Aufgabe betraut werden. Der nicht in einem Dienstverhältnis zum Kanton stehende Abgeordnete des Staates im Verwaltungsrat einer AG ist ein Privater im Sinne dieser Bestimmung. Auf ihn finden deshalb im internen Verhältnis die *Haftungsbestimmungen des Auftragsrechts* Anwendung.

184 Gemäss OR 398 haftet der Beauftragte für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts grundsätzlich in gleicher Weise wie ein Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis. Anders als im kantonalen Haftungsgesetz ist deshalb der *Rückgriff* des Staates auf den Beauftragten nicht auf Fälle vorsätzlicher und grobfahrlässiger Schadenszufügung beschränkt; er erstreckt sich auf alle Arten von Verschulden, einschliesslich einfacher Fahrlässigkeit. Umgekehrt steht dem Abgeordneten im Auftragsverhältnis von Gesetzes wegen kein Anspruch auf *Schadloshaltung* durch das Gemeinwesen zu, auch wenn ihm weder Vorsatz noch Grobfahrlässigkeit, sondern nur ein geringfügiges Verschulden vorgeworfen werden kann<sup>110</sup>.

185 Allerdings können die haftungsgesetzlichen Regelungen betreffend Rückgriff und Schadloshaltung *durch Vertrag* zwischen dem Staat und dem Abgeordneten für anwendbar erklärt werden. Eine solche Lösung dürfte sich vor allem dort aufdrängen, wo in einem Verwaltungsrat sowohl entsandte Abgeordnete als auch solche, die durch die Generalversammlung gewählt werden, mitwirken, wie anscheinend in der NOK. Es wäre aus der Sicht der Rechtsgleichheit problematisch, die gewählten Abgeordneten schlechter zu stellen als die entsandten<sup>111</sup>.

<sup>110</sup> Vgl. dazu z.B. ROLF H. WEBER, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1996, Art. 398 N 18 ff.

<sup>111</sup> Statt dessen könnte der Staat auch die Prämie für eine Haftpflichtversicherung des Abgeordneten übernehmen.

## 4. Teil: Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

### I. Zusammenfassende Darstellung der Haftungs- und Risikolage bei den verschiedenen Erscheinungsformen von Aktiengesellschaften

#### 1. Vorbemerkungen

Im 2. und 3. Teil sind die haftungsrechtlichen Grundlagen systematisch dargestellt worden. An dieser Stelle sind nun – diesmal geordnet nach den drei Erscheinungsformen der rein privatrechtlichen, der gemischtwirtschaftlichen und der spezialgesetzlichen AG – die Folgen für die Haftung der abgeordneten Verwaltungsratsmitglieder sowie des Staates und die sich daraus ergebenden Risiken für die delegierten Personen und den Staat zusammenfassend darzulegen. 186

Dabei wird ein einheitliches Schema zugrunde gelegt: 187

- persönliche Haftung der abgeordneten Personen (jeweils lit. a),
- Haftung des Staates (jeweils lit. b),
- Recht auf Schadloshaltung und Rückgriff (jeweils lit. c),
- allfällige Sonderfragen (jeweils lit. d),
- allgemeine Risikobeurteilung (jeweils lit. e).

Für Einzelheiten und Begründungen sei auf die Ausführungen im 2. und 3. Teil verwiesen. 188

## 2. Rein privatrechtliche Aktiengesellschaft

189 a) Die *abgeordnete Person* haftet – wie jedes andere Ver-  
 190 waltungsratsmitglied – für Schaden, den sie durch schuldhaft  
 pflichtwidriges Verhalten verursacht hat.

190 Ob eine Pflichtwidrigkeit vorliegt, beurteilt sich aus-  
 schliesslich nach Aktienrecht: Eine Haftung kann sich daher auch  
 daraus ergeben, dass die Interessen des Staates denjenigen der  
 AG vorgezogen wurden.

191 b) Der *Staat* haftet bei der rein privatrechtlichen AG grund-  
 sätzlich nicht. Eine Haftung kommt aber dann – zumindest  
 theoretisch – in Betracht, wenn der Staat faktisch auf die AG in  
 ähnlicher Weise Einfluss nimmt, wie es ein Verwaltungsrats-  
 mitglied tut. Dies kann dann der Fall sein, wenn dem abgeord-  
 neten Verwaltungsratsmitglied für die Amtsausübung spezifische  
 Weisungen erteilt werden.

192 Keine Haftung ergibt sich aus der allgemeinen Weisung,  
 die Interessen des Staates angemessen (und im Rahmen der  
 Zielsetzungen und Interessen der AG) zu berücksichtigen.

193 c) Der belangte Abgeordnete kann, wenn er in einem  
*Dienstverhältnis* zum Staat steht, vom Gemeinwesen *Schad-*  
*loshaltung* beanspruchen, falls er den Schaden weder vorsätzlich  
 noch grobfahrlässig verursacht hat.

194 Wenn der Staat haftet, kann er auf den in einem Dienstver-  
 hältnis stehenden Abgeordneten *Rückgriff* nehmen, falls dieser  
 den Schaden vorsätzlich oder grobfahrlässig verursacht hat.

195 Handelt es sich beim Abgeordneten um einen *Beauf-*  
*tragten*, so richten sich Schadloshaltung und Rückgriff ebenfalls  
 nach dem massgebenden Verantwortlichkeitsrecht. Erstreckt sich  
 dessen Geltungsbereich – wie im Kanton Zürich – nicht auf  
 Private, so ist das Auftragsrecht massgebend. Die Rechtsstellung  
 des Abgeordneten im Auftragsverhältnis ist in diesem Fall

schlechter als jene des Abgeordneten im Dienstverhältnis, falls  
 nicht vertraglich eine abweichende Regelung getroffen wird.

d) Ein Sonderfall ergibt sich dann, wenn der *Staat zu 100%* an 196  
 der AG beteiligt ist: Diesfalls führt die Befolgung von  
 Weisungen – selbst dann, wenn sie den Interessen der AG  
 zuwiderlaufen – solange nicht zu einer Haftung, als die Gesell-  
 schaft ihren Verpflichtungen gegenüber Dritten nachkommt.

e) Ein *Haftungsrisiko* besteht somit für die abgeordnete 197  
 Person dann, wenn sie ihr Mandat nicht mit der objektiv ge-  
 botenen Sorgfalt erfüllt, aber auch dann, wenn sie Weisungen des  
 Staates befolgt, die den Interessen der AG selbst zuwiderlaufen.

Den Staat trifft kein direktes Haftungsrisiko, solange er 198  
 nicht Einfluss auf die Willensbildung in der AG nimmt.

Für die abgeordnete Person lässt sich das Haftungsrisiko 199  
 dadurch beschränken, dass sie immer dann Weisungen der Re-  
 gierung einholt, wenn die staatlichen Interessen den Interessen  
 der Gesellschaft zuwiderlaufen. Hält sich die abgeordnete Person  
 an solche Weisungen, kann ihr der Staat bei der internen Aus-  
 einandersetzung nicht entgegenhalten, sie habe schuldhaft (vor-  
 sätzlich oder fahrlässig) Schaden verursacht.

Erteilt die Regierung einem Abgeordneten Weisungen, 200  
 welche gegen die Interessen der Aktiengesellschaft gerichtet  
 sind, so schafft sie damit das Risiko einer Haftung des Abge-  
 ordneten; da diesem in einem solchen Fall kein Verschulden vor-  
 geworfen werden kann, hat der Abgeordnete seinerseits An-  
 spruch auf Schadloshaltung durch den Staat, womit der Schaden  
 letztlich durch den Staat zu tragen ist.

### 3. Gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft

- 201 a) Bei der gemischtwirtschaftlichen AG haftet der *entsandte Abgeordnete* nicht, unabhängig davon, ob der Staat an der AG als Aktionär beteiligt ist und – falls er dies ist – unabhängig von der Höhe der Beteiligung des Staates. Dies gilt – entgegen einer in der Lehre vereinzelt geäusserten Ansicht – insbesondere auch dann, wenn der Staat Alleinaktionär oder die AG zu 100% von Körperschaften des öffentlichen Rechts beherrscht ist<sup>112</sup>.
- 202 b) Dagegen haftet der *Staat*. Dabei richten sich die Haftungsvoraussetzungen (Vorliegen einer schuldhaften Pflichtwidrigkeit, die einen Schaden verursacht hat) nach dem Verhalten der abgeordneten Person, und die allgemeinen aktienrechtlichen Pflichten sind als Massstab zugrunde zu legen: Wäre das in Frage stehende Verhalten der abgeordneten Person bei einem gewöhnlichen Verwaltungsratsmitglied schuldhaft pflichtwidrig, dann wird der Staat dafür haftbar.
- 203 c) Hat der Staat für Schaden Ersatz zu leisten, welchen sein Abgeordneter im Verwaltungsrat verursacht hat, so kann er auf den in einem Dienstverhältnis stehenden Abgeordneten *Rückgriff* nehmen, falls dieser den Schaden vorsätzlich oder grobfahrlässig verursacht hat. Handelt es sich um einen Abgeordneten im Auftragsverhältnis, so kann das Gemeinwesen nach Massgabe der privatrechtlichen Bestimmungen auch bei einfachem Verschulden des Abgeordneten auf diesen Rückgriff nehmen, falls nicht das massgebende öffentliche Haftungsrecht – anders als im Kanton Zürich – auch in solchen Fällen Anwendung findet oder vertraglich eine abweichende Regelung getroffen worden ist.
- 204 d) Die besondere Haftungsregelung gilt nur für diejenigen Verwaltungsratsmitglieder, die vom Gemeinwesen *aufgrund einer statutarischen Basis entsandt* worden sind, nicht dagegen

<sup>112</sup> Vgl. dazu vorn Rz. 75 f.

für solche Mitglieder, die durch die Generalversammlung gewählt wurden, für diese auch dann nicht, wenn sie vom Staat vorgeschlagen und durch dessen Stimmkraft gewählt worden sind<sup>113</sup>.

e) Im Vergleich zur rein privatrechtlichen AG ist das *Risiko* 205 für die abgeordnete Person geringer, für den Staat ist es dagegen grösser.

### 4. Spezialgesetzliche Aktiengesellschaft

- a) Die Haftungsverhältnisse im Rahmen einer spezialgesetzlichen AG richten sich nach der *spezialgesetzlichen Regelung*. Persönliche Haftung der abgeordneten Personen gibt es daher dann, wenn sie ausdrücklich vorgesehen ist. Bei fehlender spezialgesetzlicher Regelung gilt das OR analog. 206
- b) Auch die Haftung des Staates ist nur dann gegeben, wenn die spezialgesetzliche Regelung dies vorsieht, oder kraft analoger Anwendung des OR. 207
- c) Schadloshaltung des persönlich haftenden Abgeordneten und Rückgriff des Staates auf den Abgeordneten richten sich nach dem Verantwortlichkeits- oder Haftungsgesetz, falls die abgeordnete Person in einem Dienstverhältnis zum Gemeinwesen steht; in diesem Fall kann der Staat Rückgriff nehmen bzw. die Schadloshaltung ablehnen, falls der Abgeordnete vorsätzlich oder grobfahrlässig gehandelt hat. Steht der Abgeordnete nicht in einem Dienstverhältnis zum Gemeinwesen, so haftet er bei jedem Verschulden nach Massgabe der privatrechtlichen Haftungsregelung, falls nicht eine abweichende spezialgesetzliche oder 208

<sup>113</sup> Erfolgt die Wahl durch die Generalversammlung auf *verbindlichen Vorschlag* eines Gemeinwesens, findet die Regelung von OR 762 Anwendung; ist dagegen die Generalversammlung trotz Vorschlag eines Gemeinwesens in der Wahl frei, ist OR 762 nicht anwendbar (vgl. vorn Rz. 13 ff.).

vertragliche Regelung besteht.

- 209 d) Auch die Frage, ob irgendwelche Besonderheiten zu beachten seien, lässt sich nur anhand der anwendbaren spezialgesetzlichen Regelungen beurteilen.
- 210 e) Wegen der grösseren Nähe der spezialgesetzlichen AG zum Staat dürfte ähnlich wie bei der gemischtwirtschaftlichen AG das Risiko für die abgeordnete Person gering, für den Staat dagegen grösser sein.

## II. Abschliessende Würdigung

- 211 Die Haftung für Schädigungen durch Abgeordnete des Staates in Verwaltungsräten von Aktiengesellschaften gegenüber Dritten – privaten Aktionären und Gläubigern – und gegenüber der AG selbst richtet sich weitestgehend nach Aktienrecht. Das Verantwortlichkeitsrecht des zuständigen Gemeinwesens gelangt dagegen für das interne Verhältnis zwischen Gemeinwesen und Abgeordneten zur Anwendung. Enthält dieses für Abgeordnete, die nicht in einem Dienstverhältnis zum Staat stehen, keine Regelung, so richtet sich das interne Verhältnis nach dem Auftragsrecht des Obligationenrechts.
- 212 Die Situation von Abgeordneten des Staates in Verwaltungsräten von Aktiengesellschaften ist zwiespältig. Sie haben sowohl die Interessen der Aktiengesellschaft als auch jene des sie entsendenden Gemeinwesens zu wahren. Dadurch können sich Konflikte ergeben. In solchen Situationen müssen die Abgeordneten das Entsendungsorgan auf die Konfliktsituation hinweisen. Wird dem öffentlichen Interesse gegenüber dem Interesse der Aktiengesellschaft Vorrang eingeräumt, so haftet im Falle einer Schädigung der Aktiengesellschaft, der Aktionäre oder der Gläubiger das Gemeinwesen oder dessen Vertreter, je nach dem, ob ausschliesslich das allgemeine Aktienrecht oder ob die Sonderregelung von OR 762 zur Anwendung gelangt. Durch die

Einholung von Instruktionen beim abordnenden Gemeinwesen kann der Abgeordnete den Rückgriff des Staates abwenden bzw. seine Schadloshaltung sicherstellen. Empfehlenswert ist der Abschluss von Vereinbarungen zwischen dem Gemeinwesen und seinen Abgeordneten, in welchen das Vorgehen in solchen Konfliktsituationen sowie allfällige haftungsrechtliche Konsequenzen geregelt werden.

Eine bessere Lösung liegt allerdings darin, den Zweck von Aktiengesellschaften, an deren Tätigkeit das Gemeinwesen ein öffentliches Interesse hat, in den Statuten so zu umschreiben, dass sich das Interesse der Aktiengesellschaft mit demjenigen des Gemeinwesens deckt. Auf diesem Wege lassen sich Konfliktsituationen und damit auch haftungsrechtliche Auseinandersetzungen vermeiden. 213

## Anhang: Beispiele aktienrechtlicher Verantwortlichkeit aus der Gerichtspraxis

Gerichtssentscheide, die sich spezifisch mit Haftungsfragen im Zusammenhang mit vom Staat delegierten Verwaltungsratsmitgliedern befassen, sind keine bekannt. Da aber – wie vorn in Rz. 33 ff. ausgeführt – die *gleichen Kriterien für die Beurteilung der Verantwortlichkeit* gelten wie in rein privaten Verhältnissen, können die folgenden Hinweise auf Gerichtssentscheide auch zur Illustration dafür dienen, was von einem vom Staat delegierten Verwaltungsratsmitglied erwartet wird und welches (Fehl-)Verhalten allenfalls zu einer Haftung des Delegierten selbst oder des Staates führen kann<sup>114</sup>. 214

Nach der Gerichtspraxis verhält sich pflichtwidrig ein Verwaltungsratsmitglied, das 215

- der Gesellschaft Vermögenswerte entzieht, ohne sicherzustellen, dass diese eine entsprechende Gegenleistung erhält<sup>115</sup>; 216
- nicht auf eine angemessene Risikoverteilung achtet. Klumpenrisiken sind selbst dann nicht zu rechtfertigen, wenn die Bonität des Schuldners nicht in Frage steht<sup>116</sup>; 217
- das Gesellschaftsvermögen - soweit es nicht zur Abwicklung erlaubter anderer Rechtsgeschäfte benötigt wird - nicht zinstragend anlegt<sup>117</sup>; 218

---

<sup>114</sup> Es handelt sich um eine Auswahl; ausführlichere Zusammenstellungen der Kasuistik finden sich bei Forstmoser N 781 ff. sowie ders. in SJK S. 15 f.

<sup>115</sup> ZR 59/1960 Nr. 130 S. 333 ff., 337; SJ 106/1984, 483 ff., 485 ff.

<sup>116</sup> BGE 113 II 52 ff., 57 f.; in dieser Absolutheit fragwürdig und korrigiert in ZR 88/1989 Nr. 65 S. 205 ff.

<sup>117</sup> BGE 99 II 176 ff., 184.

- 219 - mit den Mehrheitsaktionären Geschäfte tätigt, die für die Gesellschaft und die Minderheitsaktionäre nachteilig sind, und zugunsten der Mehrheitsaktionäre bewusst zweifelhafte Schulden in die Bilanz aufnimmt<sup>118</sup>;
- 220 - in Überschreitung seiner Befugnisse mit einzelnen Verwaltungsratsmitgliedern Geschäfte zum Nachteil der Gesellschaft sowie einzelner Aktionäre abschliesst<sup>119</sup>;
- 221 - im Konzern die Interessen der Muttergesellschaft statt derjenigen der Tochtergesellschaft, für die es tätig ist, in den Vordergrund stellt<sup>120</sup>;
- 222 - trotz Unregelmässigkeiten in der Geschäftsführung einzelner Verwaltungsratsmitglieder, die den übrigen bekannt sein mussten, keine Untersuchungen und weitere Massnahmen veranlasst<sup>121</sup>;
- 223 - trotz Hinweisen auf das kriminelle Verhalten eines Direktors keine Massnahmen zu dessen Überwachung veranlasst<sup>122</sup> oder der bei einer Gesellschaft in prekärer Lage den Geschäftsführer, obwohl dieser nicht über einwandfreie Zeugnisse verfügt, keiner strengen Überwachung unterstellt und es namentlich unterlässt zu kontrollieren, ob der Geschäftsführer seine vertraglichen Verpflichtungen einhält<sup>123</sup>;

<sup>118</sup> BGE 92 II 243 ff., 246.

<sup>119</sup> BGE 81 II 462 ff., 464 f.

<sup>120</sup> BGE 108 Ib 28 ff., 36 f. Analoge Erwägungen sind auch bei einer vorrangigen Berücksichtigung staatlicher oder öffentlicher Interessen anzustellen.

<sup>121</sup> BGE 97 II 403 ff., 411 ff.; die Pflichtverletzung betraf insbesondere den Präsidenten des Verwaltungsrates.

<sup>122</sup> BGE 122 III 195 ff., 198 ff.

<sup>123</sup> SAG 9/1936/37, 118 ff., 119 f.

- die notwendigen Abschreibungen nicht vornimmt, so dass die gesetzlich zulässige Höchstbewertung weit überschritten wird<sup>124</sup>;
- weder selbst ein Budget aufstellt und eine seriöse Finanzplanung einrichtet noch dies anordnet, wenn die Geschäftsführung delegiert worden ist<sup>125</sup>;
- eine ordnungsgemässe Buchführung unterlässt<sup>126</sup> oder die gesetzlich vorgeschriebene Buchhaltung nicht aufbewahrt<sup>127</sup>;
- die im Falle der Überschuldung oder einer begründeten Besorgnis derselben bestehenden Vorschriften<sup>128</sup> missachtet, obwohl es über die bestehende Überschuldung im Bilde ist<sup>129</sup> oder sein müsste<sup>130</sup>; zulässig ist es dagegen, bei allfälliger Überschuldung zu prüfen, ob konkrete Aussichten auf eine Sanierung bestehen, die es rechtfertigen, von einer sofortigen Benachrichtigung des Richters abzusehen<sup>131</sup>;

<sup>124</sup> SAG 17/1944/45, 198 ff., 199 f. und 228 ff., 230 f.

<sup>125</sup> ZR 82/1983 Nr. 57 S. 151 ff.; die Verantwortung für die Finanzplanung ist unter revidiertem Aktienrecht noch verschärft worden, indem diese ausdrücklich als undelegierbare und unentziehbare Aufgabe des Verwaltungsrates im Gesetz verankert worden ist, OR 716a I Ziff. 3.

<sup>126</sup> Vgl. hierzu BGE 77 II 164 ff., 165 f.

<sup>127</sup> Vgl. dazu SJZ 94/1998, 366 f.: Hat das Verwaltungsratsmitglied einer konkursiten Gesellschaft die Buchhaltung nicht aufbewahrt und damit den Gläubigern den Beweis der Überschuldung vereitelt, so hat es die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen.

<sup>128</sup> Vgl. OR 725.

<sup>129</sup> SAG 17/1944/45, 198 ff., 200 und 228 ff., 231.

<sup>130</sup> ZR 82/1983 Nr. 57 S. 152 f.

<sup>131</sup> BGE 108 V 183 ff., 188; 116 II 533 ff., 541.

- 228 - sein Mandat angenommen hat, obwohl ihm die notwendigen Kenntnisse fehlen<sup>132</sup>;
- 229 - sich trotz Unerfahrenheit nicht von einem Spezialisten beraten lässt<sup>133</sup>.
- 230 Hinzuweisen ist auch auf das sehr erhebliche Haftungsrisiko, das Mitgliedern des Verwaltungsrates aus der *extensiven Auslegung von AHVG 52* durch das Eidg. Versicherungsgericht erwächst: Nach dessen Praxis<sup>134</sup> ist - obwohl das Gesetz Grobfahrlässigkeit verlangt - ein strenger Verschuldensmassstab anzulegen, wenn Sozialversicherungsbeiträge nicht bezahlt wurden. Zumindest in einfachen Verhältnissen hält das Bundesgericht eine haftungsbefreiende Delegation an einen Geschäftsführer nicht für zulässig, eine Praxis, die u.E. fragwürdig ist, an welcher das Versicherungsgericht aber trotz Kritik in der Lehre bisher festgehalten hat<sup>135</sup> und durch welche die Haftung für Grobfahrlässigkeit gemäss AHVG 52 faktisch zu einer *Kausalhaftung* geworden ist.

<sup>132</sup> SAG 17/1944/45, 198 ff., 199 und 228 ff., 230.

<sup>133</sup> SJZ 38/1941/42 Nr. 13 S. 74.

<sup>134</sup> Vgl. etwa BGE 108 V 189 ff., 203 und 103 V 120 ff., 125.

<sup>135</sup> Vgl. BGE 114 V 219 ff., 224.

## Sachregister

Die nach den Stichwörtern angegebenen Zahlen beziehen sich grundsätzlich auf die Randnummern. Hinweise auf Anmerkungen sind entsprechend gekennzeichnet. Fundstellen, die zentrale Aussagen enthalten, sind **fett** gedruckt.

### A

- Abgeordneter
- Begriff **26**
  - entsandter **30**
  - gewählter **30**
  - im Auftragsverhältnis **31, 182**
  - im Dienstverhältnis **31, 175 f.**
- Abordnung siehe Entsendung
- Adäquanz siehe Kausalzusammenhang, adäquater
- Aktiengesellschaft **2, 4, 8**
- gemischtwirtschaftliche **13 ff., 13 Anm. 6, 28, 35, 201 ff.**
  - rein privatrechtliche **11 f., 32 ff., 34, 189 ff.**
  - spezialgesetzliche **18 f., 27, 206 ff.**
- Angestelltenverhältnis siehe Dienstverhältnis
- Angestellter siehe Beamter
- Arbeitsvertragsverhältnis **176**
- Auflagen siehe Weisungen
- Auftragsverhältnis **31, 174, 182 ff.**

### B

- Beamter **6, 31, 173**
- Beteiligung des Staates **24**
- bei gemischtwirtschaftlichen AG **17, 75**
  - bei rein privatrechtlichen AG **12**
  - zu 100% **75 f., 91, 94 ff., 196**

### D

- Delegation (Entsendung von Vertretern) siehe Entsendung
- Delegierter siehe Abgeordneter
- Dienstverhältnis **31, 173**
- Durchgriff **127**

### E

- Einbusse siehe Schaden
- Einflussnahme
- des Staates auf die AG **20 ff.**
  - als faktisches Organ **112, 191**
- Entsendung **10**
- als Möglichkeit der Einflussnahme **21 ff.**
  - in Genossenschaften **4**

- in Revisionsstellen 5
- nach OR 762 2, 13 ff., 73 f.
- Ermessen
- des abgeordneten Vertreters 71 f.
- F**
- Fahrlässigkeit
- Abgrenzung einfache und grobe 179
- des Beauftragten 184
- Finanzielle Einbusse siehe Schaden
- Flughafen-Immobilien-Gesellschaft (FIG) 17
- G**
- Gemeinwesen siehe Staat
- Generalversammlung 16, 29 f.
- Genossenschaft 4
- Gewinn
- entgangener 61
- Gewinnstrebigkeit
- Verzicht auf 78 Anm. 54
- H**
- Haftung
- aus Konzernvertrauen 129
- Begriff der 25
- bei offener Delegation 112 ff.
- bei verdeckter Delegation 120
- des Beauftragten 184

- des entsandten Abgeordneten 100 f., 201
- des gewählten Abgeordneten 98, 189 ff.
- des Staates nach OR 762 39, 47, 73 f., 100, 104 ff., 135 f., 154, 202
- des Staates bei rein privatrechtlichen AG 104 ff.
- des Staates bei spezialgesetzlichen AG 136
- des Staates als faktisches Organ 106 ff., 152
- des Staates als Hauptaktionär 126
- des Staates bei Erteilung von Weisungen 116 ff.
- des Staates nach kantonalem Recht 124 ff.
- für Verpflichtungen der AG 126 ff.
- im Aussenverhältnis 48 ff.
- solidarische siehe Solidarität
- Voraussetzungen der 53 ff.
- Haftungsgesetz 125, 175, 183
- Haftungsrisiko 186 ff.
- bei Erteilen von Weisungen 116 ff.
- bei gemischtwirtschaftlichen AG 201 ff.
- bei rein privatrechtlichen AG 189 ff.
- bei spezialgesetzlichen AG 206 ff.
- des Staates 87 ff., 132 ff.

- Mittel zur Verminderung 77 ff., 213
- Zusammenfassung 186 ff
- Hauptaktionär 126

**I**

- Interessen
- der Gesellschaft 69, 78 f., 90
- der Gläubiger 24
- des Hauptaktionärs 71
- des Staates 68 ff., 90, 192
- Dritter 69
- Interessenkollisionen 71
- bei Berücksichtigung öffentlicher Interessen 78, 90, 212

**K**

- kantonales Recht 7, 124 f.
- Kausalzusammenhang
- adäquater 80 ff.
- Formel des adäquaten Kausalzusammenhangs 84
- natürlicher 84 Anm. 59
- naturwissenschaftlicher 81 f.
- Verneinung der Adäquanz 85
- Klageberechtigung 92 ff.
- bei 100%iger Beherrschung einer AG 94 ff., 167
- der Gläubiger 93, 95, 166
- Klagelegitimation siehe Klageberechtigung

Körperschaft siehe Staat

**M**

- Magistratsperson 6, 31, 173
- Messe Zürich AG 17
- Mitwirkung des Staates siehe Einflussnahme

**N**

- Nationalbank 19
- Nordostschweizerische Kraftwerke AG (NOK) 17, 185

**O**

- öffentliche Hand siehe Staat
- öffentliches Interesse 22 f.
- Organ
- faktisches 106 ff., 122
- im formellen Sinn 116
- materielles siehe Organbegriff
- Organbegriff 112 f.
- materieller oder funktioneller 113

**P**

- Passivlegitimation siehe Verantwortliche Personen
- Pflichten 49, 67 Anm. 46
- im Allgemeinen 49 f.
- in gemischtwirtschaftlichen AG 35
- in rein privatrechtlichen AG 34

- in spezialgesetzlichen AG 37
- Pflichtnexus 70 ff., 118**
- Theorie des doppelten 71
- Pflichtverletzung 33, 64 ff.**
- bei Befolgen von Weisungen 36, 68 ff., 72 ff.
- eines Vertreters nach OR 762 35, 74, 202
- durch Berücksichtigung öffentlicher Interessen 74, 90, 190
- schuldhafte 65 f.
- und adäquater Kausalzusammenhang 86
- Pflichtwidrigkeit siehe Pflichtverletzung**
- Private**
- im Sinne des Haftungsgesetzes 183
  
- R**
- Rechtsgrundlagen**
- Übersicht 32 ff.
- zur Bestimmung der Haftungsfolgen
  - in gemischtwirtschaftlichen AG 39
  - in rein privatrechtlichen AG 38
  - in spezialgesetzlichen AG 40
- zur Bestimmung der Pflichten der abgeordneten Personen 33 ff.

- Regress 44 ff., 99, 137 ff., 156 ff.**
- bei gemischtwirtschaftlichen AG 160 ff.
- bei rein privatrechtlichen AG 157 ff.
- bei spezialgesetzlichen AG 163 ff.
- gegen Abgeordnete im Auftragsverhältnis 43, 183 ff., 195, 203
- gegen Abgeordnete im Dienstverhältnis 42, 177 ff., 194, 203
- im Innenverhältnis zwischen Staat und Abgeordneten 41 ff., 170 ff.
- und anwendbares Recht im Innenverhältnis 175 f., 182
- Rückgriff siehe Regress**

**S**

- Schaden 58 ff**
- unmittelbarer und mittelbarer 62
- Schadenersatzpflicht**
- Bemessung 148 f.
- Reduktion wegen geringen Verschuldens 150
- Schadenstragung 25**
- Schädigendes Ereignis 60 f.**
- Schadloshaltung**
- anwendbares Recht 175 f., 182
- im Innenverhältnis 41 ff., 170 ff.

- Pflicht des Staates 133
- von Abgeordneten im Auftragsverhältnis 43, 182 ff., 195
- von Abgeordneten im Dienstverhältnis 42, 180 f., 193
- Schweizerische Bundesbahnen (SBB) 19**
- Solidarität 137 ff., 147 ff.**
- bei gemischtwirtschaftlichen AG 153 f.
- bei rein privatrechtlichen AG 151 f.
- bei spezialgesetzlichen AG 155
- Sonderrecht**
- zur Entsendung 11, 15 f., 30, 204
- Sonderregelung**
- nach OR 762 13 ff.
- bei 100%iger Beteiligung des Staates 75 f.
- Sorgfaltspflicht**
- des Verwaltungsrates 33
- Sorgfaltspflichtverletzung siehe Pflichtverletzung**
- Staat 9**
- als faktisches Organ 106 ff.
- als Aktionär 12, 104 ff., 126 ff.
- Staatshaftung 40 Anm. 68, 175 f.**
- für Vertreter in rein privatrechtlicher AG 125

**T**

**Teilursache siehe**  
Kausalzusammenhang

**U**

**Ursache siehe**  
Kausalzusammenhang

**V**

- Verantwortliche Personen 97 ff.**
- bei der gemischtwirtschaftlichen AG 100
- bei der rein privatrechtlichen AG 98, 104 ff.
- bei der spezialgesetzlichen AG 102
- nach revidiertem Aktienrecht 114
- Verantwortlichkeitsgesetz 175**
- Verantwortlichkeitsklage**
- praktische Bedeutung 164 ff.
- ausserhalb eines Konkurses 166
- im Konkurs der Gesellschaft 168
- Vereinigte Rheinsalinen AG 17**
- Verhaltenspflichten siehe Pflichten**
- Verschulden**
- geringes 149
- und solidarische Haftung 148 f.
- Verschuldensmasstab**
- objektivierter 65 Anm. 45, 89

Vertreter

- des Staates siehe Abgeordneter

Vertretung

- offene 108, 112 ff.
- verdeckte 109, 120

Verwaltung

- der Genossenschaft 5

Verwaltungsrat 5

- durch die GV gewählter 29, 30
- nach OR 762 entsandter 28, 30
- treuhänderisch tätiger 71

Vorschlagsrecht 16 f.

**W**

Wahl

- des Verwaltungsrates 16

Weisungen

- des Staates an seinen Vertreter 21 ff., 36, 68 ff., 116 ff.
- bei Entsendung in eine rein privatrechtliche AG 72, 199 f.
- bei Entsendung in eine gemischtwirtschaftliche AG 73 f.

**Z**

Zweckumschreibung

- nachträgliche Änderung 78 Anm. 54
- zur Verminderung des Haftungsrisikos 77 ff., 213