

Neuntes

Deutsch-österreichisch-schweizerisches Symposium

«Der Staat als Aktionär»

Wien, 17./18. Mai 2018 (Wirtschaftsuniversität Wien)

u^b

b
**UNIVERSITÄT
BERN**

Staatsbeteiligungen sowie Verantwortlichkeit(en)

von

Peter V. Kunz

Univ.-Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M. (G.U.L.C., Washington D.C.)

Ordinarius für Wirtschaftsrecht und für Rechtsvergleichung

Universität Bern

Geschäftsführender Direktor am Institut für Wirtschaftsrecht (IWR)

Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät

kunz@iwr.unibe.ch

www.iwr.unibe.ch

Ein «typischer» Schweizer...



... im wunderschönen Wien

Institut für Zivil- und Unternehmensrecht
Wirtschaftsuniversität Wien



Der Staat als Aktionär

**Neuntes
Deutsch-österreichisch-schweizerisches
Symposium**

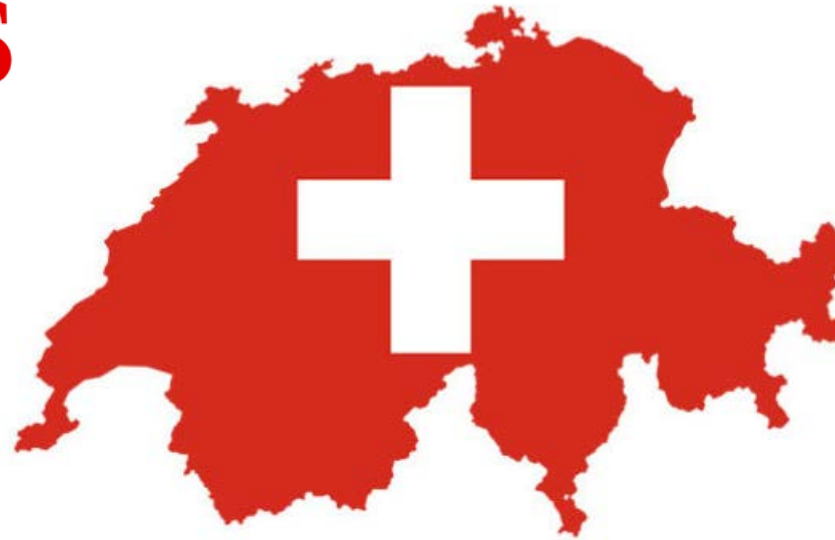
Wien

17.-18. Mai 2018

Inhalt

- I. Staat und Wirtschaft
- II. Beteiligungsformen
- III. Verantwortlichkeiten
- IV. Thesen

I. Staat und Wirtschaft



I. Staat und Wirtschaft

1. Marktwirtschaft

> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft

Art. 26 Eigentumsgarantie

¹ Das Eigentum ist gewährleistet.

² Enteignungen und Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen, werden voll entschädigt.

Art. 27 Wirtschaftsfreiheit

¹ Die Wirtschaftsfreiheit ist gewährleistet.

² Sie umfasst insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung.

I. Staat und Wirtschaft

1. Marktwirtschaft

- > Schweiz: **Marktwirtschaft** mit **liberaler** Wirtschaftsordnung
- > Art. 26 BV und Art. 27 BV als «**Nichtinterventionsobliegenheit**»
 - Grenze: ausgewiesene öffentliche Interessen
- > regulatorische Möglichkeiten: Laissez faire – Verbote – Aufsichten
- > PVK: **staatliche «Wirtschaftsinaktivitätsobliegenheit»**
 - aber: Sicherstellung unerlässlicher Rechtsgüter
 - Möglichkeiten: **Staatsgarantien** sowie **Staatsbeteiligungen**

I. Staat und Wirtschaft

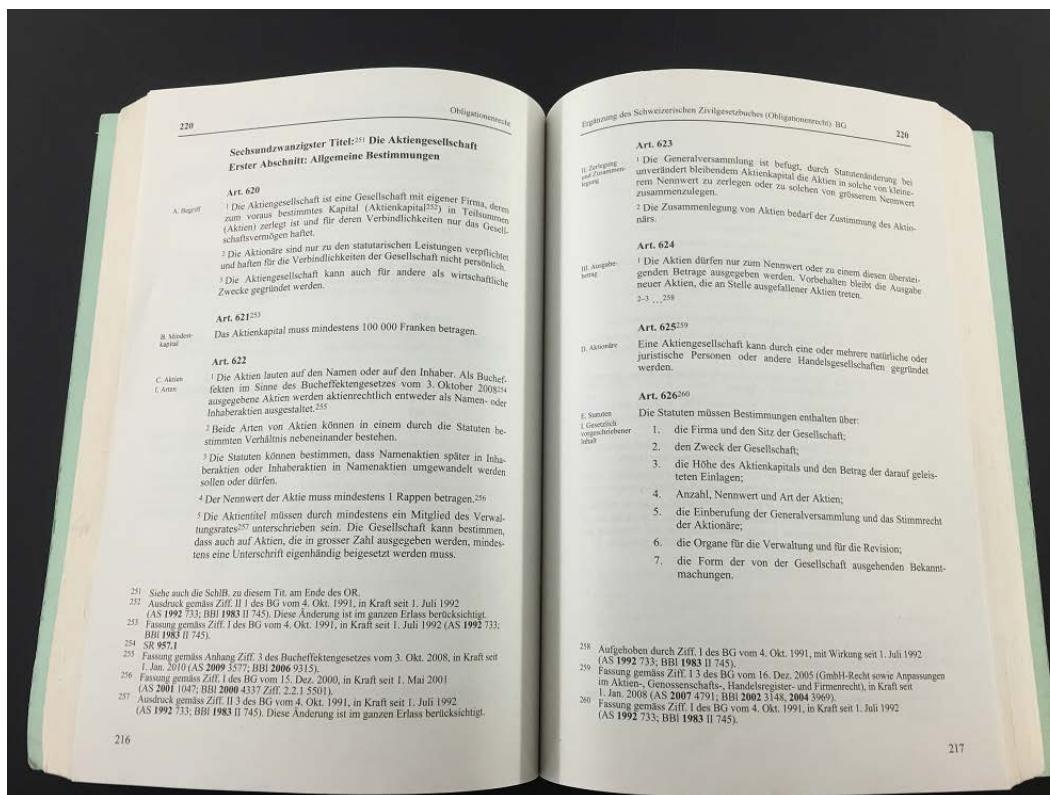
2. Wettbewerbsverzerrungen

- > Spannungsverhältnis zur **liberalen Marktwirtschaft**
- > ev. **Konkurrenz** zu privaten Gesellschaften
 - **Staatsgarantien** können den wirtschaftlichen Untergang bzw. den Konkurs volkswirtschaftlich zentraler Unternehmen verhindern
 - **Staatsbeteiligungen** auf Bundesebene sowie auf kantonaler Ebene sind weit verbreitet (z.B. halten die 26 Kantone ca. 800 Beteiligungen an mehr als 500 Unternehmen)
 - als Staatsbeteiligungen im Vordergrund stehend:
gemischtwirtschaftliche AG sowie **spezialgesetzliche AG**

II. Beteiligungsformen

1. Staat und «reguläre AG»

> Art. 620 ff. Obligationenrecht



220
Obligationenrecht
Sechszwanzigster Titel:²⁵¹ Die Aktiengesellschaft
Erster Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen
Art. 620
1 Die Aktiengesellschaft ist eine Gesellschaft mit eigener Firma, deren zum Voraus bestimmtes Kapital (Aktienkapital)²⁵² in Teilschritten (Aktien) zerlegt ist und für deren Verbindlichkeiten nur das Gesellschaftsvermögen haftet.
2 Die Aktionäre sind nur zu den statutarischen Leistungen verpflichtet und haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht persönlich.
3 Die Aktiengesellschaft kann auch für andere als wirtschaftliche Zwecke gegründet werden.
Art. 621²⁵³
Das Aktienkapital muss mindestens 100 000 Franken betragen.
Art. 622
1 Die Aktien lauten auf den Namen oder auf den Inhaber. Als Bucheffekten im Sinne des Bucheffektengesetzes vom 3. Oktober 2008/24 ausgegebene Aktien werden aktienrechtlich entweder als Namen- oder Inhaberaktien ausgestaltet.²⁵⁴
2 Beide Arten von Aktien können in einem durch die Statuten bestimmten Verhältnis nebeneinander bestehen.
3 Die Statuten können bestimmen, dass Namenaktien später in Inhaberaktien oder Inhaberaktien in Namenaktien umgewandelt werden sollen oder dürfen.
4 Der Nennwert der Aktie muss mindestens 1 Rappen betragen.²⁵⁵
5 Die Aktienurkunde müssen durch mindestens ein Mitglied des Verwaltungsrates²⁵⁷ unterschrieben sein. Die Gesellschaft kann bestimmen, dass auch auf Aktien, die in grosser Zahl ausgegeben werden, mindestens eine Unterschrift eigenhändig beigesetzt werden muss.
226
Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Obligationenrecht) BG
Art. 623
1 Die Generalversammlung ist befugt, durch Statutenänderung bei unverändert bleibendem Aktienkapital die Aktien in solche von Kleinwert zusammenzulegen.
2 Die Zusammenlegung von Aktien bedarf der Zustimmung des Aktionärs.
Art. 624
1 Die Aktien dürfen nur zum Nennwert oder zu einem diesen übersteigenden Betrage ausgegeben werden. Vorbehalten bleibt die Ausgabe 2-3...258
Art. 625²⁵⁹
Eine Aktiengesellschaft kann durch eine oder mehrere natürliche oder juristische Personen oder andere Handelsgesellschaften gegründet werden.
Art. 626²⁶⁰
Die Statuten müssen Bestimmungen enthalten über:
1. die Firma und den Sitz der Gesellschaft;
2. den Zweck der Gesellschaft;
3. die Höhe des Aktienkapitals und den Betrag der darauf geleisteten Einlagen;
4. Anzahl, Nennwert und Art der Aktien;
5. die Einberufung der Generalversammlung und das Stimmrecht der Aktionäre;
6. die Organe für die Verwaltung und für die Revision;
7. die Form der von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen.
251 Siehe auch die SchöB. zu diesem Tit. am Ende des OR.
252 Ausdruck gemäss Ziff. II 1 des BG vom 4. Okt. 1991, in Kraft seit 1. Juli 1992 (AS 1992 733; BBl 1983 II 745). Diese Änderung ist im ganzen Erlass berücksichtigt.
253 Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 4. Okt. 1991, in Kraft seit 1. Juli 1992 (AS 1992 733; BBl 1983 II 745).
254 SR 957.1
255 Fassung gemäss Anhang Ziff. 3 des Bucheffektengesetzes vom 3. Okt. 2008, in Kraft seit 1. Jan. 2010 (AS 2009 3377; BBl 2006 9315).
256 Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 15. Dez. 2000, in Kraft seit 1. Mai 2001 (AS 2001 1047; BBl 2000 4337 Ziff. 2.2.1 5501).
257 Ausdruck gemäss Ziff. II 3 des BG vom 4. Okt. 1991, in Kraft seit 1. Juli 1992 (AS 1992 733; BBl 1983 II 745). Diese Änderung ist im ganzen Erlass berücksichtigt.
258 Aufgehoben durch Ziff. 1 des BG vom 4. Okt. 1991, mit Wirkung seit 1. Juli 1992 (AS 1992 733; BBl 1983 II 745).
259 Fassung gemäss Ziff. I 3 des BG vom 16. Dez. 2005 (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht), in Kraft seit 1. Jan. 2008 (AS 2007 4791; BBl 2002 3148; 2004 3069).
260 Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 4. Okt. 1991, in Kraft seit 1. Juli 1992 (AS 1992 733; BBl 1983 II 745).

II. Beteiligungsformen

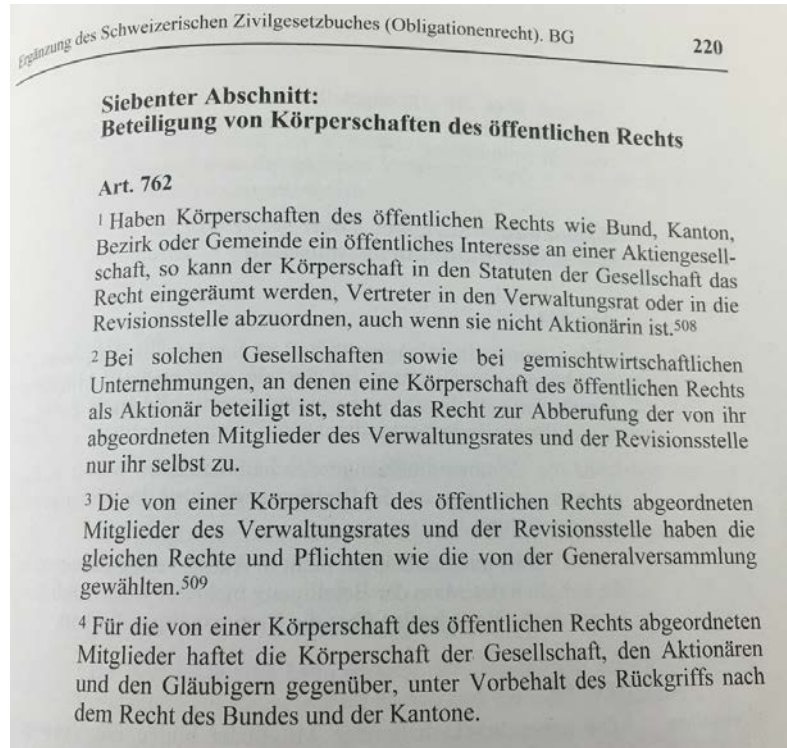
1. Staat und «reguläre AG»

- > Prinzip: «Jedermann kann Aktionär sein» – ebenfalls der Staat
- > **keine** aktienrechtliche **Sonderbehandlung** für den Staat als Aktionär (beispielsweise im Zusammenhang mit der VR-Verantwortlichkeit)
- > Vorsicht: ev. **Risiko des Rechtsscheins**, dass mit einer Staatsbeteiligung eine (implizite) Staatsgarantie o.Ä. verbunden sei...

II. Beteiligungsformen

2. Gemischtwirtschaftliche AG

> Art. 762 Obligationenrecht



skyguide

bis

II. Beteiligungsformen

2. Gemischtwirtschaftliche AG: Grundlagen

- > Art. 762 OR als «**Lex specialis**» zum Aktienrecht gemäss Art. 620 ff. OR
- > gemischtwirtschaftliche AG sozusagen als «**Diener zweier Herren**»
- > notwendige **Elemente**:
 - Körperschaften des **öffentlichen Rechts** (beispielsweise Bund, Kantone, Bezirke oder Gemeinden)
 - es braucht ein **öffentliches Interesse** an der AG sowie – allenfalls – **Beteiligung** als Aktionär
 - Statuten der AG räumen gewisse **Aktionärssonderrechte** ein
 - **Gesellschaftsform als AG** ist zwingend

II. Beteiligungsformen

2. Gemischtwirtschaftliche AG: Sonderrechtsstellung

> Staat kommt eine **Sonderrechtsstellung** zu

- **Abordnungsrecht**
- **Abberufungsrecht**

vs.

- **spezifische Staatshaftung**

> Auszug Statuten der BLS:

Art. 19 Zusammensetzung, Amtsdauer

Der Verwaltungsrat besteht aus maximal 11 Mitgliedern. Die Schweizerische Eidgenossenschaft sowie die Kantone Bern und Wallis haben das Recht, je ein Mitglied im Sinne von Art. 762 OR in den Verwaltungsrat zu delegieren. Die übrigen Mitglieder werden durch die Generalversammlung gewählt.

II. Beteiligungsformen

3. Spezialgesetzliche AG: Bundesebene

- > zentrale **Infrastrukturunternehmen** des Bundes, nämlich z.B.



- > Gründung, Umwandlung und Organisation beruhen auf **Spezialgesetzen**
 - **Aktienrecht subsidiär** anwendbar
- > Bund ist **Allein-** oder zumindest **Mehrheitsaktionär**
- > eine **implizite Staatsgarantie** wird (im Markt) vermutet

II. Beteiligungsformen

3. Spezialgesetzliche AG: Kantonsebene

- > gesetzliche Grundlage: **Art. 763 OR**
 - AG wurde basierend auf kantonales Gesetz gegründet
 - AG wird unter Mitwirkung öffentlicher Behörden verwaltet
 - Kanton übernimmt die **subsidiäre Haftung** für die Verbindlichkeiten

- > **Kantonalbanken** stehen im Vordergrund, Beispiele:



Zuger Kantonalbank



BCV

II. Beteiligungsformen

4. Weitere öffentliche Unternehmen

- > Privatrechtliche AG **ohne Sonderrechte i.e.S.** des Staats, aber:
 - Anteile meist ausschliesslich in öffentlicher Hand
 - AG ist nicht gewinnorientiert

- > Beispielsweise:

RUAG

PostFinance 

**SCHWEIZER
SALINEN
SALINES
SUISSES**

- > Darunter zu zählen ist zudem die Berner Kantonalbank:



B E K B | B C B E

III. Verantwortlichkeiten

1. Rechtsgrundlage(n) und Haftung(en)

- > Verantwortlichkeiten und Haftungen sind ein **Zentralthema** bei AG mit Staatsbeteiligungen, auch wenn es fast zu keinen Urteilen kommt
- > Probleme ergeben sich bei **Überschneidungen** von öffentlich-rechtlichen Aspekten (Staatshaftungsrecht) mit privatrechtlichen Fragen
- > Kläger können v.a. gegen **VR-Mitglieder** (Art. 754 ff. OR) oder gegen den **Staat** (Art. 762 Abs. 4 OR oder Art. 763 Abs. 1 OR) vorgehen;
- > und unabhängig davon, ob eine natürliche Person oder der delegierende Staat eingeklagt wird, braucht es immer **vier Haftungsvoraussetzungen**: Schaden, Pflichtverletzung, Verschulden und Kausalität

III. Verantwortlichkeiten

2. Passivlegitimation: Staat?

> **Aktienrecht** als Rechtsgrundlage:

- mangels Aktionärshaftung besteht **keine Staatshaftung** bei «regulären AG», also bei Beteiligung des Staats als Aktionär...
 - ... selbst dann nicht, wenn ein «**Staatsvertreter**» von der GV als VR-Mitglied **gewählt** wurde
- anders allerdings bei «**massgeblichem Einfluss**» des Staats durch seine Stellung als Aktionär...
 - ... Verantwortung des Staats als **materielles Organ** der «regulären AG»

> explizite **Staatshaftung** hingegen für:

- **spezialgesetzliche** AG auf kantonaler Ebene (Art. 763 Abs. 1 OR)
- **gemischtwirtschaftliche** AG (Art. 762 Abs. 4 OR)

III. Verantwortlichkeiten

2. Passivlegitimation: VR-Mitglieder?

- > **Art. 754 Abs. 1 OR:** unbeschränkte persönliche Verantwortlichkeit für sämtliche Mitglieder des VR bei der Verursachung von Schaden durch vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten:
 - es besteht somit eine **persönliche Haftung** für «**Staatsvertreter**»
 - **Befolgung von Weisungen** des Staats stellt für das VR-Mitglied keine Abwehrmöglichkeit dar
- > **Art. 754 Abs. 2 OR:** Haftungsbefreiung im Aussenverhältnis durch die drei «*curae*» («*in eligendo*», «*in instruendo*» und «*in custodiendo*»)
- > **Art. 762 Abs. 4 OR:** Passivlegitimiert ist bei gemischtwirtschaftlichen AG nicht das abgeordnete VR-Mitglied, sondern der **abordnende Staat**; bei Verletzung von VR-Pflichten droht ein Regress im Innenverhältnis

IV. Thesen

1. *Legitimation für Staatsbeteiligungen*

Im Prinzip gibt es nur eine Legitimation in einer Marktwirtschaft: die *Sicherung nationaler Wirtschaftsinteressen*, die nicht dem «freien Markt» überlassen werden dürfen – Beteiligungen des Staates nehmen solche Unternehmungen sozusagen «*aus dem Spiel*» (z.B. bei Krisensituationen: TBTF/Grossbanken; oder zur Sicherung gegen «ausländische Übernahmen»).

2. *Wettbewerbsverzerrungen*

Vor diesem Hintergrund braucht es in der Schweiz insbesondere *kein «Abwehrgesetz»* gegen Übernahmen aus dem Ausland (z.B. China), d.h. die Beteiligungen sind die Abwehr; doch solche Staatsbeteiligungen führen – ähnlich wie Staatsgarantien – zu *Wettbewerbsverzerrungen*.

3. *Staatsbeteiligungen verschaffen keine Immunität(en)*

Grundvoraussetzung: Erfüllung von vier Haftungsvoraussetzungen; der Staat kann zwar haftbar werden, indes *nicht «automatisch»*; es gibt *direkte Staatshaftungen* nur, aber immerhin, bei Spezialgesellschaftsformen im Zusammenhang mit Staatsbeteiligungen; die grössten Risiken des Staates liegen bei der *faktischen Organschaft* sowie bei der *Vertrauenshaftung*.

Und wir kommen zum Schluss



Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit..!

Peter V. Kunz

Universität Bern
Institut für Wirtschaftsrecht
Schanzeneckstrasse 1
CH-3001 Bern
Tel.: 031 / 631 55 88

kunz@iwr.unibe.ch

www.iwr.unibe.ch