

**Dr. iur. Roman S. Gutzwiller, Rechtsanwalt**

**Die Einflussmöglichkeiten des  
Staates auf die Strategie einer  
Aktiengesellschaft mit staatlicher  
Beteiligung**

# Inhaltsverzeichnis

## *Erster Teil: Einleitung*

<b>§ 1</b>	<b>Ausgangslage und Ausgangsfrage .....</b>	<b>3</b>
<b>§ 2</b>	<b>Ziele und Aufbau der Arbeit .....</b>	<b>11</b>

## *Zweiter Teil: Grundlagen*

<b>§ 3</b>	<b>Die strategische Steuerung einer Aktiengesellschaft .....</b>	<b>17</b>
1	Strategie: Begriff, Ebenen und Formierung .....	17
1.1	Der Begriff «Strategie».....	17
1.1.1	Ausgangslage.....	17
1.1.2	Definitionsversuche .....	21
1.1.3	Abgrenzungen .....	22
1.1.4	Zwischenfazit .....	25
1.2	Strategieebenen .....	26
1.2.1	Geschäftsstrategie .....	26
1.2.2	Unternehmensstrategie.....	27
1.2.3	Eignerstrategie.....	28
1.2.3.1	Ausgangslage .....	29
1.2.3.2	Gegenstand und Bestandteile einer Eignerstrategie .....	33
1.2.3.3	Eignerstrategie eines Alleinaktionärs und Eignerstrategien mehrerer Aktionäre .....	35
1.2.4	Zwischenfazit .....	37
1.3	Formierung von Strategien .....	37
2	Strategierelevante Aufgabenfelder im System der Aktiengesellschaft.....	42
2.1	Überblick über die strategierelevanten Aufgabenfelder.....	42
2.2	Strategisches Management im Besonderen .....	44

<b>§ 4 Die Beteiligung des Staates an einer Aktiengesellschaft.....</b>	<b>49</b>
1 Ausgangslage.....	49
1.1 Auslagerungen vom Staat auf Private .....	49
1.2 Auslagerungsg geeignete Aufgabentypen .....	53
1.3 Wahl der Organisationsform.....	57
2 Begriff und Charakteristika der Aktiengesellschaft mit staatlicher Beteiligung .....	64
3 Arten von Aktiengesellschaften mit staatlicher Beteiligung.....	70
3.1 Ordentliche Aktiengesellschaft mit staatlicher Beteiligung.....	71
3.1.1 Staat als Alleinaktionär .....	72
3.1.2 Staat als Mehrheitsaktionär .....	73
3.1.3 Staat als gewöhnlicher Minderheits- oder Kleinaktionär .....	74
3.2 Gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft.....	74
3.3 Spezialgesetzliche Aktiengesellschaft.....	78
4 Motive des Staates für die Beteiligung an einer Aktiengesellschaft .....	82
4.1 Beteiligung zur Gewährleistung einer staatlichen Aufgabe .....	83
4.2 Finanzbeteiligung .....	83
4.3 Unterstützungsbeteiligung .....	84
<b>§ 5 Die strategiebezugene Einflussnahme des Staates: Objekt, Zweck und staatsinterne Zuständigkeit .....</b>	<b>87</b>
1 Objekt der strategiebezugenen Einflussnahme.....	87
1.1 Unterscheidung zwischen unternehmensbezogener und aufgabenbezogener Einflussnahme .....	87
1.1.1 Aufgabenbezogene Einflussnahme .....	87
1.1.2 Unternehmensbezogene Einflussnahme .....	89
1.2 Die strategiebezugene Einflussnahme als zentraler Teil der unternehmensbezogenen Einflussnahme .....	90
2 Zwecke der strategiebezugenen Einflussnahme des Staates.....	94
2.1 Wahrnehmung der Gewährleistungsverantwortung des Staates .....	95

2.1.1	Ausgangslage.....	95
2.1.2	Gewährleistungsverantwortung als Hintergrund der aufgabenbezogenen und strategiebezogenen Einflussnahme des Staates .....	96
2.1.3	Ausgestaltung des Steuerungsinstrumentariums.....	100
2.1.3.1	Ansatzpunkte für die staatliche Steuerung .....	100
2.1.3.2	Abhängigkeit des Steuerungsinstrumentariums von der gewählten Organisationsform .....	100
2.2	Wahrnehmung der Eignerrolle des Staates.....	102
3	Staatsinterne Zuständigkeit zur Ausübung der strategischen Steuerung.....	104
3.1	Staatsinterne Zuständigkeit im Allgemeinen.....	104
3.2	Staatsinterne Zuständigkeit für die eignerpolitischen Geschäfte im Besonderen .....	108
3.2.1	Ausgangslage.....	108
3.2.2	Bund.....	111
3.2.3	Kantone (Beispiele) .....	112

*Dritter Teil: Instrumente der strategiebezogenen Einflussnahme*

<b>§ 6</b>	<b>Überblick über die Instrumente der strategiebezogenen Einflussnahme .....</b>	<b>125</b>
1	Massgebende Rechtsregime für das strategische Steuerungsinstrumentarium des Staates.....	125
1.1	Rechtsgrundlagen der Steuerungsinstrumente privatrechtlicher Aktiengesellschaften .....	125
1.1.1	Aktienrecht .....	125
1.1.2	Berücksichtigung konzernrechtlicher Grundsätze?.....	126
1.1.3	Kapitalmarktrecht .....	132
1.1.4	Soft Law im Bereich Corporate Governance.....	132

1.2	Abweichungen vom zwingenden Aktienrecht durch öffentlich-rechtliche Sonderbestimmungen.....	133
1.2.1	Sonderbestimmungen des öffentlichen Rechts des Bundes.....	133
1.2.2	Sonderbestimmungen des öffentlichen Rechts der Kantone .....	135
1.3	Abweichungen vom zwingenden Aktienrecht durch spezialgesetzliche Ausgestaltung der Aktiengesellschaft .....	136
2	Überblick über die grundsätzlichen Möglichkeiten des Staates zur Einflussnahme auf die Strategie der Aktiengesellschaft.....	137
<b>§ 7</b>	<b>Strategiebezogene Einflussnahme mittels regulatorischer Instrumente .....</b>	<b>141</b>
1	Einleitung .....	141
2	Regulatorische Instrumente der strategiebezogenen Einflussnahme ....	142
2.1	Generelle Regelung des betreffenden Sachbereichs .....	143
2.2	Bewilligungsvorbehalt.....	144
2.3	Konzessionsvorbehalt.....	145
2.4	Vertragliche Vereinbarungen.....	146
2.5	Staatliche Qualitätsbeurteilungen durch Zertifizierung und Akkreditierung .....	146
2.6	Einzelfallmassnahmen .....	147
3	Würdigung.....	147
<b>§ 8</b>	<b>Strategiebezogene Einflussnahme mittels aktionärsrechtlicher Instrumente .....</b>	<b>149</b>
1	Einleitung .....	149
2	Voraussetzungen für eine effektive strategiebezogene Einflussnahme mittels aktionärsrechtlicher Instrumente .....	150
2.1	Aktionärsstellung.....	150
2.2	Genügend grosse Stimmkraft.....	151
2.3	Zugriff auf die strategierelevante Informationsbasis .....	152

3	Aktionärsrechtliche Instrumente der strategiebezogenen Einflussnahme.....	154
3.1	Vorgabe des strategischen Rahmens .....	155
3.1.1	Definition des Zwecks der Aktiengesellschaft.....	155
3.1.2	Festlegung der Grundstruktur der Aktiengesellschaft.....	157
3.2	Einwirkung auf den Verwaltungsrat.....	161
3.2.1	Zusammensetzung des Verwaltungsrates .....	162
3.2.2	Einflussnahme auf die Arbeit des Verwaltungsrates.....	166
3.2.3	Einflussnahme auf die Wahl der Geschäftsleitungsmitglieder.....	167
3.2.4	Sanktionierung von Verwaltungsratsmitgliedern.....	169
3.3	Treffen strategierelevanter Einzelfallentscheidungen .....	171
3.3.1	Beschlüsse im Rahmen von Aktienkapitalerhöhungen ....	171
3.3.2	Beschlüsse im Rahmen von Umstrukturierungen .....	172
3.3.3	Beschlüsse über wesentliche Substanzveränderungen während eines öffentlichen Kaufangebotes .....	173
3.3.4	Andere strategierelevante Einzelfallentscheidungen.....	174
3.3.4.1	Beschluss zum exogenen Konzernaufbau oder -ausbau und Beschluss zur konzernmässigen Einordnung der Gesellschaft.....	176
3.3.4.2	Beschluss zur Kotierung oder Dekotierung der Aktien der Gesellschaft .....	179
3.3.4.3	Beschlüsse, die zu einer faktischen Zweckänderung führen .....	182
3.4	Drohung mit Sanktionen und Wahrnehmung von Sanktionsmöglichkeiten.....	183
3.4.1	Einleitende Bemerkungen .....	183
3.4.2	Überblick über die zur strategiebezogenen Einflussnahme tauglichen Sanktionsrechte.....	185
3.4.2.1	Verweigerung der Décharge .....	185
3.4.2.2	Nichtgenehmigung der Vergütung.....	186

3.4.2.3	Abberufung oder Nichtwiederwahl eines Verwaltungsratsmitglieds .....	188
3.4.2.4	Sonderprüfung .....	188
3.4.2.5	Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses und Klage auf Feststellung der Nichtigkeit eines Beschlusses der Generalversammlung oder des Verwaltungsrates .....	190
3.4.2.6	Verantwortlichkeitsklage .....	191
3.4.2.7	Rückerstattungsklage .....	192
3.4.2.8	Auflösungsbeschluss und Auflösungsklage .....	193
3.4.2.9	Weitere Sanktionsmöglichkeiten .....	194
3.5	Rechtspolitisch diskutierte aktionärsrechtliche Instrumente .....	195
3.5.1	Genehmigung von strategierelevanten Beschlüssen des Verwaltungsrates .....	196
3.5.2	Aktionärsausschuss als Instrument der strategischen Steuerung .....	200
3.5.3	Klagen auf Kosten der Gesellschaft .....	202
4	Würdigung .....	203
<b>§ 9</b>	<b>Strategiebezogene Einflussnahme durch Entsendung staatlicher Vertreter in den Verwaltungsrat .....</b>	<b>209</b>
1	Einleitung .....	209
2	Strategierelevanz der Entsendung staatlicher Vertreter .....	212
3	Möglichkeit des Staates zur Instruktion der entsandten Staatsvertreter und deren Pflicht zur Befolgung der Instruktionen .....	214
3.1	Übersicht .....	214
3.2	Instruktion eines entsandten Verwaltungsratsmitgliedes im Generellen .....	218
3.2.1	Grundsätzliche Zulässigkeit der Weisungserteilung im Bereich des freien Ermessens unter Wahrung der Gesellschaftsinteressen .....	218
3.2.2	Zulässiger Konkretisierungsgrad einer Weisung .....	220

3.2.3	Würdigung.....	222
3.3	Instruktion eines entsandten Verwaltungsratsmitgliedes bei der Aktiengesellschaft mit staatlicher Beteiligung im Besonderen.....	225
3.3.1	Ordentliche Aktiengesellschaft mit staatlicher Beteiligung .....	226
3.3.2	Gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft.....	228
3.3.3	Spezialgesetzliche Aktiengesellschaft und öffentlich- rechtliche Sonderbestimmung hinsichtlich der Instruktionsbefugnis .....	233
4	Problemfelder .....	235
4.1	Informationsweiterleitung durch den staatlichen Vertreter .....	235
4.2	Interessenkollisionen .....	236
4.3	Verantwortlichkeit des Staates qua faktischer Organstellung .....	237
5	Würdigung.....	238
<b>§ 10</b>	<b>Strategiebezogene Einflussnahme durch staatliche Festlegung von Strategiezielen .....</b>	<b>249</b>
1	Einleitung .....	249
2	Festlegung von Strategiezielen durch die Exekutive.....	251
2.1	Übersicht.....	251
2.2	Gegenstand der strategischen Steuerung durch Strategieziele .....	256
2.2.1	Vorgabe von mittel- oder langfristigen Strategiezielen....	256
2.2.2	Überprüfung der Zielerreichung.....	259
2.2.3	Anpassung der Zielvorgaben.....	260
2.3	Voraussetzung der spezialgesetzlichen Grundlage .....	261
3	Mitwirkung der Legislative bei der staatlichen Festlegung von Strategiezielen und weitere Möglichkeiten der strategiebezogenen Einflussnahme der Legislative .....	265
3.1	Ausgestaltung der Organisationserlasse und Normierung von Steuerungsinstrumenten mittels öffentlich-rechtlicher Sonderbestimmungen .....	267
3.2	Ausübung der allgemeinen Obergerichtsbarkeit .....	268



3.3	Mitwirkung bei der strategischen Steuerung über die Festlegung und Kontrolle von Strategiezielen.....	274
4	Würdigung.....	276
<b>§ 11 Strategiebezogene Einflussnahme mittels informeller Instrumente ..... 283</b>		
1	Einleitung .....	283
2	Regelmässige Eignerggespräche .....	284
2.1	Gegenstand.....	284
2.2	Zweck.....	288
2.3	Problemfelder.....	289
3	Ausnutzen politischer Steuerungsmöglichkeiten .....	295
3.1	Grundidee.....	295
3.2	Problemfelder.....	297
4	Würdigung.....	298

*Vierter Teil: Sonderaspekte*

<b>§ 12 Gleichbehandlung staatlicher und nichtstaatlicher Aktionäre ..... 303</b>		
1	Einleitung .....	303
1.1	Rechtliche Grundlagen der aktienrechtlichen und kapitalmarktrechtlichen Gleichbehandlungspflicht .....	304
1.2	Gleichbehandlungspflicht bei Aktiengesellschaften mit staatlicher Beteiligung .....	305
1.2.1	Reine Finanzbeteiligung des Staates .....	306
1.2.2	Andere Beteiligungsmotive des Staates.....	306
1.3	Relevante Anwendungsfälle der Gleichbehandlungspflicht.....	308
2	Einräumung besonderer strategischer Steuerungsmöglichkeiten.....	310
3	Zugang des Staates zu privilegierten strategierelevanten Informationen .....	315
3.1	Übersicht.....	315
3.2	Ordentliche Aktiengesellschaften .....	326

3.2.1	Überblick über das Meinungsspektrum.....	326
3.2.2	Würdigung.....	329
3.3	Gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaften.....	336
3.4	Spezialgesetzliche Aktiengesellschaften und öffentlich- rechtliche Sonderbestimmung hinsichtlich der Informationsbekanntgabe.....	341
3.5	Fazit .....	344
3.5.1	Schema für die Prüfung der Zulässigkeit der Bekanntgabe privilegierter strategierelevanter Informationen .....	344
3.5.2	Anwendungsempfehlungen für die Praxis.....	346
<b>§ 13</b>	<b>Divergierende Staats- und Gesellschaftsinteressen .....</b>	<b>351</b>
1	Ausgangslage.....	351
2	Auswirkungen der divergierenden Staats- und Gesellschaftsinteressen auf die strategische Steuerung der Aktiengesellschaft mit staatlicher Beteiligung.....	354
3	Lösungsansatz: Anpassung des Gesellschaftszwecks .....	359
<b>§ 14</b>	<b>Grundrechtsbindung der Aktiengesellschaft mit staatlicher Beteiligung.....</b>	<b>361</b>
1	Ausgangslage und Problemstellung.....	361
1.1	Einleitende Bemerkungen.....	361
1.2	Anknüpfungspunkt der Grundrechtsbindung einer Aktiengesellschaft mit staatlicher Beteiligung .....	363
1.2.1	Meinungen in der Lehre.....	363
1.2.2	Rechtsprechung des Bundesgerichts .....	365
1.2.3	Würdigung.....	366
2	Reine Finanzbeteiligung des Staates an einer private Aufgaben wahrnehmenden Aktiengesellschaft .....	372
3	Beteiligung des Staates an einer staatliche Aufgaben wahrnehmenden Aktiengesellschaft .....	373
3.1	Grundsätzliches .....	373

3.2	Umfang der Grundrechtsbindung.....	375
4	Unterstützungsbeteiligung des Staates.....	382
<b>§ 15</b>	<b>Verantwortlichkeitsrechtliche Folgen der strategiebezogenen Einflussnahme des Staates und der von ihm entsandten Staatsvertreter.....</b>	<b>387</b>
1	Übersicht .....	387
2	Aktienrechtliche Verantwortlichkeit des Staates.....	389
2.1	Blosse Ausübung von Aktionärsrechten.....	389
2.1.1	Generell.....	389
2.1.2	Gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaften .....	391
2.1.3	Spezialgesetzliche Aktiengesellschaften .....	394
2.2	Tiefer greifende Einflussnahme (faktische Organschaft).....	395
3	Aktienrechtliche Verantwortlichkeit der vom Staat in den Verwaltungsrat entsandten Vertreter .....	401
3.1	Generell.....	401
3.2	Gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaften .....	403
3.3	Spezialgesetzliche Aktiengesellschaften .....	404
4	Verantwortlichkeitsrechtliche Folgen strategischer Fehlentscheidungen.....	405
4.1	Ausgangslage .....	405
4.2	Zurückhaltung bei der nachträglichen Überprüfung von Strategieentscheiden im Anwendungsbereich der Business Judgment Rule.....	407
4.3	Keine Anwendung der Business Judgment Rule bei faktischer Organschaft des Staates .....	416

*Fünfter Teil: Schlussbetrachtungen*

<b>§ 16</b>	<b>Zusammenfassung der Ergebnisse .....</b>	<b>421</b>
<b>§ 17</b>	<b>Implikationen für die strategische Steuerung.....</b>	<b>431</b>
1	Grenzen der strategiebezogenen Einflussmöglichkeiten des Staates ....	431

1.1	Rechtliche Grenzen .....	431
1.1.1	Aktienrechtliches Kompetenzsystem .....	432
1.1.2	Allgemeine Handlungsmaximen der Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung.....	432
1.1.3	Grundrechtsordnung .....	433
1.2	Faktische Grenzen .....	434
1.2.1	Begrenzte Plan- und Steuerbarkeit der strategischen Vorgänge im Unternehmen .....	434
1.2.2	Begrenzter Zugang der staatlichen Entscheidungsträger zur strategierelevanten Informationsbasis.....	436
1.2.3	Begrenztes betriebswirtschaftliches Wissen der staatlichen Entscheidungsträger .....	438
1.2.4	Begrenzte Reaktionsgeschwindigkeit des an der Aktiengesellschaft beteiligten Gemeinwesens.....	439
1.2.5	Aufwendige Koordination der strategiebezogenen Einflussnahme mehrerer an einer Aktiengesellschaft beteiligten Gemeinwesen .....	440
2	Strategische Steuerungsmöglichkeiten und Steuerungsbedürfnisse des Staates .....	441
2.1	Würdigung des strategischen Steuerungsinstrumentariums vor dem Hintergrund der strategischen Steuerungsbedürfnisse des Staates .....	441
2.2	Angemessenheit der Rechtsform der Aktiengesellschaft für verselbstständigte Einheiten mit hohem strategischem Steuerungsbedürfnis des Staates?.....	444
3	Systemkonformität einer tief greifenden strategischen Steuerung durch den Staat als Aktionär .....	447
<b>§ 18</b>	<b>Abschliessende Thesen .....</b>	<b>449</b>

# Tabellenverzeichnis

Tabelle 1: Präskriptive und deskriptive Denkschulen der Strategiebildung.....	39
Tabelle 2: Zuständigkeiten für die Wahrnehmung strategierelevanter Aufgaben.....	43
Tabelle 3: Arbeitsfelder des strategischen Managements.....	47
Tabelle 4: Arten der Auslagerungen vom Staat auf Private.....	53
Tabelle 5: Aufgabentypologie zur Bestimmung der auslagerungsgeeigneten Aufgaben.....	55
Tabelle 6: Organisationstypen bezüglich der staatsinternen Verortung des Steuerungsinstrumentariums.....	107
Tabelle 7: Kategorien der Instrumente, die eine strategiebezogene Einflussnahme ermöglichen.....	140