

Städtische Delegierte in privatrechtlichen Institutionen

Merkblatt des Rechtskonsulenten des Stadtrates vom 11. März 2008, rev. 1. Dez. 2014

A. Überblick

Die Stadt Zürich ist an zahlreichen Institutionen beteiligt, welche im öffentlichen Interesse stehende Ziele verfolgen. Vielfach handelt es sich dabei um privatrechtlich organisierte juristische Personen, welche meist als Aktiengesellschaften (AG) oder als Genossenschaften ausgestaltet sind. Teils weisen sie auch die Rechtsform des Vereins oder der Stiftung auf.

Oft beteiligt sich die Stadt Zürich nicht nur mit finanziellen Mitteln an einer Gesellschaft oder Stiftung, sondern entsendet auch **Delegierte** in das Exekutivorgan (Verwaltungsrat, Verwaltung, Vorstand, Stiftungsrat) oder in die Revisionsstelle. Dabei kann es sich um **Behördenmitglieder** oder **städtische Angestellte** handeln; möglich ist auch, dass **Privatpersonen**, insbesondere ehemalige Behördenmitglieder und Angestellte, auf privatrechtlicher Grundlage mit der Vertretung der Stadt beauftragt werden.

Das vorliegende Merkblatt soll einen kurzen, die Rechtslage stark vereinfachenden Überblick schaffen über die privatrechtliche Rechtsstellung von Personen, welche die Stadt in solchen Institutionen vertreten. Die städtische Verordnung über städtische Vertretungen in Organen von Drittinstitutionen (VVD, AS 177.300) wird hier nicht näher erläutert.

Ausführlicher behandelt werden die in diesem Merkblatt dargestellten Fragen in SAILE/BURGHERR/LORETAN, Verfassungs- und Organisationsrecht der Stadt Zürich, Ein Handbuch für die Praxis, Zürich/St. Gallen 2009, S. 269 ff.

B. Verwaltungsratsmandat in der Aktiengesellschaft

1. *Abgeordnete und gewählte Verwaltungsratsmitglieder*

Auf die Aktiengesellschaften, an welchen die Stadt Zürich beteiligt ist, findet das Aktienrecht des Obligationenrechts (OR) Anwendung. Allerdings enthält Art. 762 OR einige Sonderregelungen, welche sich u.a. mit Fragen der Bestellung des Verwaltungsrats befassen.

Demnach wird unterschieden zwischen Delegierten der Stadt,

- welche vom Stadtrat in den Verwaltungsrat **abgeordnet** werden, was in den Statuten vorgesehen werden kann (**abgeordnete Verwaltungsratsmitglieder**, Art. 762 Abs. 1 OR), und solchen,
- welche auf Vorschlag des Stadtrates von der Generalversammlung (GV) gewählt werden (**gewählte Verwaltungsratsmitglieder**, Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 und Art. 707 Abs. 3 OR).

Bei den von der GV gewählten Verwaltungsratsmitgliedern handelt es sich um "gewöhnliche" Verwaltungsrätinnen und Verwaltungsräte, auf welche die einschlägigen Bestimmungen des Aktienrechts uneingeschränkt Anwendung finden. Die Rechtsstellung der abgeordneten Verwaltungsratsmitglieder entspricht, wenn sie sich einmal im Amt befinden, ebenfalls derjenigen der ordentlichen Verwaltungsräte (Art. 762 Abs. 3 OR). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt allerdings bei der **Haftung**, beim Befolgen von **Weisungen** des Staates und bei der Geheimhaltung (vgl. nachfolgend Ziff. 3, 4 und 5).

2. *Aufgaben des Verwaltungsrates*

Der Verwaltungsrat ist das geschäftsführende Organ der AG. Ihm obliegen alle Angelegenheiten, welche in den Statuten nicht der GV vorbehalten und nicht rechtsgültig einer Geschäftsleitung delegiert worden sind. Art. 716a OR umschreibt allerdings einen unübertragbaren **Kernbereich verwaltungsrätlicher Tätigkeit**: Dieser umfasst u.a. die Oberleitung der Gesellschaft, die Regelung der wesentlichsten Organisations- und Finanzfragen, die Wahl und Beaufsichtigung einer allfälligen Geschäftsleitung, die Erstellung des Geschäftsberichts, die Vorbereitung der GV und die Ausführung ihrer Beschlüsse. Mit diesen Fragestellungen hat sich jedes Verwaltungsratsmitglied zwingend zu befassen.

Gemäss Art. 717 Abs. 1 OR müssen die Mitglieder des Verwaltungsrates ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren (**Sorgfalts- und Treuepflicht**); was dem Geschäftsgeheimnis unterliegt, ist geheim zu halten. Ein Verwaltungsratsmandat übernehmen darf nur, wer die dafür erforderlichen Fähigkeiten und Kenntnisse besitzt und für die Verwaltungsratsstätigkeit ausreichend Zeit aufwenden kann. Das Verwaltungsratsmitglied muss die ihm übertragene Funktion tatsächlich wahrnehmen, sich gewissenhaft auf die Verwaltungsratssitzungen vorbereiten, an diesen teilnehmen und aktiv an der Willensbildung im Verwaltungsrat mitwirken. Für die Funktionsweise einer Aktiengesellschaft im Allgemeinen und die mit einem Verwaltungsratsmandat einhergehenden Rechte und Pflichten im Besonderen siehe etwa HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, Bern 2014.

3. *Aktienrechtliche Verantwortlichkeit*

Wer seine Pflichten als Verwaltungsratsmitglied schuldhaft verletzt und dadurch einen Vermögensschaden verursacht, löst allenfalls Schadenersatzforderungen der Gesellschaft, der Aktionäre und – im Konkursfall – auch der Gesellschaftsgläubiger aus (Art. 752 ff. OR). Das gilt für abgeordnete und gewählte Mitglieder des Verwaltungsrates gleichermassen. Unterschiedlich ist allerdings geregelt, wer für den verursachten Schaden einzustehen hat:

Für die **abgeordneten Verwaltungsratsmitglieder** haftet im Aussenverhältnis, also gegenüber Gesellschaft, Aktionären und Gläubigern, ausschliesslich das Gemeinwesen (Art. 762 Abs. 4 OR); im Innenverhältnis kann dieses bei vorsätzlichem oder grobfahrlässigem Verhalten eines abgeordneten Vertreters Rückgriff nehmen (§ 15 Abs. 1 [kantonales] Haftungsgesetz, LS 170.1). Demgegenüber haften die von der GV **gewählten Verwaltungsratsmitglieder** im Aussenverhältnis persönlich. Falls sie erfolgreich von Dritten belangt werden, können sie sich am Gemeinwesen, welches sie vertreten, schadlos halten (also ihrerseits auf dieses "zurückgreifen"), wenn sie nicht vorsätzlich oder grobfahrlässig gehandelt haben (§ 28 Abs. 1 Haftungsgesetz).

Weil das Haftungsgesetz auf die privatrechtlich beauftragten (abgeordneten oder gewählten) Vertreterinnen und Vertreter keine Anwendung findet, gilt für diese beim Rückgriff und der Schadloshaltung an sich zwar der strengere Massstab des Auftragsrechts (vgl. Art. 398 Abs. 1 OR). Aufgrund von Art. 20 Abs. 3 VVD werden sie in der Stadt Zürich aber gleich behandelt wie jene Vertreter, welche bei der Stadt angestellt sind oder ein Behördenamt bekleiden.

Eine vertiefte Darstellung der haftungsrechtlichen Risiken der Vertretung des Staates im Verwaltungsrat von Aktiengesellschaften findet sich bei PETER FORSTMOSER/TOBIAS JAAG, Der Staat als Aktionär, Zürich 2000.

4. *Gesellschaftsinteresse und öffentliches Interesse*

In Verwaltungsräten haben die Delegierten des Staates einerseits die privaten **Interessen der Gesellschaft** zu verfolgen, in welcher sie tätig sind; andererseits sind sie – durch Auftrag oder Anstellungsverhältnis – auch dem sie entsendenden Gemeinwesen verbunden und haben damit auch **öffentliche Interessen** zu wahren. Die Frage nach dem Interessenvor-

rang ist in der Rechtslehre umstritten, wobei nach wohl herrschender Auffassung Folgendes gilt (für Einzelheiten siehe MARTIN WERNLI/MARCO A. RIZZI, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4.A. Basel 2012, Art. 762 N 23 f.):

Beim **gewählten Verwaltungsratsmitglied** gehen die Pflichten gegenüber der Gesellschaft vor. Die Interessen des Staates darf es nur insoweit berücksichtigen, als ihm bei der Beurteilung der Gesellschaftsinteressen freies Ermessen zukommt. Nur in diesem Ermessensbereich dürfen Instruktionen des Staates über die Stimmrechtsausübung befolgt werden. Eine Pflichtverletzung liegt vor, wenn bei einer Interessenkollision nicht dem Gesellschaftsinteresse der Vorrang gegeben wird. Anders verhält es sich bei den **abgeordneten Verwaltungsratsmitgliedern**: Diese dürfen Weisungen des abordnenden Gemeinwesens befolgen, ohne dass ihnen dies als Pflichtverletzung angelastet werden könnte. Bei einem Verstoss gegen die Gesellschaftsinteressen haftet dann allenfalls der Staat; ein Rückgriff auf das abgeordnete Verwaltungsratsmitglied ist aber ausgeschlossen.

Stehen im Verwaltungsrat Entscheide an, welche mit Blick auf den Interessenvorrang heikel sind, empfiehlt es sich, bei der vorgesetzten Behörde **Instruktionen über das Stimmverhalten** einzuholen. Wer solche Instruktionen einholt und befolgt, minimiert auch das Risiko, für verursachten Schaden letztlich persönlich einstehen zu müssen.

5. *Geheimhaltungspflicht der städtischen Verwaltungsratsmitglieder*

Die Geheimhaltungspflicht von Verwaltungsratsmitgliedern einer AG ist im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt; sie wird aber allgemein aus der Treuepflicht (Art. 717 Abs. 1 OR) abgeleitet. Teils sind die inneren Angelegenheiten der Gesellschaft durch das Strafrecht vor vorsätzlichem Geheimnisverrat geschützt (Art. 161 [Insiderhandel] und 162 StGB [Verletzung des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses]). Der zivilrechtlich geschützte Bereich reicht indes weiter, erfasst auch fahrlässiges "Ausplaudern" und umfasst insbesondere diejenigen Interna, welche den Mitgliedern des Verwaltungsrates "im Hinblick auf Beschlussfassungen zur Kenntnis gebracht wurden, wie etwa finanzielle Einzelheiten, betriebswirtschaftliche Konzepte, laufende Vertragsverhandlungen, bestehende Geschäftsbeziehungen, aber auch Aktionärsstruktur, Eintragungen im Aktienbuch und allenfalls sog. Fabrikationsgeheimnisse; sodann rechtfertigt sich eine grundsätzliche Geheimhaltung im Zusammenhang mit dem Verlauf von Verwaltungsratssitzungen für die entsprechenden Protokolle sowie das Abstimmungsverhalten der einzelnen Teilnehmer und das Abstimmungsergebnis" (so A. PLÜSS, Die Rechtsstellung des Verwaltungsratsmitgliedes, Diss. Zürich 1990, S. 40 f.).

Umstritten ist, inwieweit **abgeordnete Verwaltungsratsmitglieder** (Art. 762 Abs. 1 OR) auch dem sie abordnenden Gemeinwesen gegenüber zur Verschwiegenheit verpflichtet sind. Dieses kann Weisungen über die Ausübung des Stimmrechts nur erteilen, wenn es die Entscheidungsgrundlagen kennt; das aber bedingt, dass das weisungsbefugte Organ über die relevanten Gesellschaftsinterna orientiert wird. Zustimmung verdient daher die in einem führenden Standardwerk zum Aktienrecht vertretene Auffassung, wonach "die Berichterstattung unbeschränkt und ohne Rücksicht auf geheimhaltungspflichtige Tatsachen zuzulassen [ist], freilich nur an das Exekutivorgan der entsendenden Körperschaft, das dann seinerseits der Geheimhaltungspflicht unterliegt"; demgegenüber dürften **gewählte Verwaltungsratsmitglieder** auch gegenüber dem Gemeinwesen, welches sie gemäss Art. 707 Abs. 3 OR vertreten, einer strengeren Diskretionspflicht unterliegen (vgl. zum Ganzen P. FORSTMOSER / A. MEIER-HAYOZ / P. NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 28 N 46; ähnlich WERNLI/RIZZI a.a.O., Art. 762 N 25). Art. 11 VVD sieht in Übereinstimmung mit diesen Grundsätzen eine Pflicht zur Berichterstattung vor, die ihre Grenze in den Geheimhaltungspflichten gegenüber der Drittinstitution findet.

C. **Verwaltungsmandat in der Genossenschaft**

Art. 926 OR sieht für die Genossenschaft eine dem Aktienrecht entsprechende Regelung vor. Es kann daher auf die vorstehenden Ausführungen zum Aktienrecht verwiesen werden.

D. **Vorstandsmandat im Verein**

1. *Abgeordnete und gewählte Vorstandsmitglieder*

Auch Vereinsstatuten können einem Gemeinwesen das Recht einräumen, Delegierte in den **Vereinsvorstand** zu entsenden; vorgesehen werden kann ferner, dass in einem Vereinsvorstand von Amtes wegen Einsitz hat, wer eine bestimmte öffentliche Funktion bekleidet. Möglich ist selbstverständlich auch, dass die Vertreter des Gemeinwesens wie die übrigen Vorstandsmitglieder von der Vereinsversammlung (oder einem andern Vereinsorgan) gewählt werden.

Unabhängig von der Art ihrer Bestellung stehen die Vertreter des Gemeinwesens in denselben Rechten und Pflichten wie die übrigen Vorstandsmitglieder. Ihre Rechtsstellung ist vergleichbar mit derjenigen der Verwaltungsratsmitglieder, welche von der GV einer AG gewählt werden.

2. *Vereinsrechtliche Verantwortlichkeit*

Die Mitglieder des Vorstandes unterliegen dem Verein und Dritten gegenüber einer Verantwortlichkeit, die der aktienrechtlichen Ordnung von Art. 754 OR ähnlich ist. Eine unmittelbare Staatshaftung, wie sie Art. 762 OR für die AG statuiert, gelangt hier nicht zum Zug. Hinsichtlich Haftung und Schadloshaltung gilt sinngemäss das zu den von der GV einer AG gewählten Verwaltungsräten Ausgeführte (vorn lit. B. Ziff. 3)

3. *Vereinsinteresse und öffentliches Interesse*

Die Vereinsinteressen gehen den öffentlichen Interessen grundsätzlich vor. Die Vertreter des Gemeinwesens dürfen ihnen erteilte Weisungen daher nur insoweit befolgen, als ihnen bei der Beurteilung der Vereinsinteressen freies Ermessen zukommt. Oft liegen die Vereinsinteressen von Vereinen, welche vom Gemeinwesen unterstützt werden, aber zugleich auch im öffentlichen Interesse, so dass es nicht zu einer Interessenkollision kommt.

E. **Stiftungsratsmandat**

Auch Stiftungsurkunden können vorsehen, dass das Gemeinwesen Delegierte in den **Stiftungsrat** entsenden darf. Es gilt im Wesentlichen das zum Verein Ausgeführte. Weil die Funktion des Stiftungsrates darin besteht, den vorbestimmten Willen des Stiftungsgründers umzusetzen, bleibt hier allerdings weniger Spielraum für das Verfolgen staatlicher Interessen und das Befolgen von Weisungen des Staates. Durchwegs wird indes der Stiftungszweck in der Stiftungsurkunde so formuliert sein, dass mit der Stiftung (auch) öffentliche Interessen verfolgt werden.

F. **Honorare und Sitzungsgelder**

Die Ablieferungspflicht für Honorare und Sitzungsgelder, welche Angehörige des Stadtrates und städtische Angestellte beziehen, ist in Art. 19 VVD geregelt. Sie gilt unabhängig von der Rechtsform der jeweiligen Institution.