
Rolf Watter

Neuerungen im Bereich des Verwaltungsrates

Eigentore im Bereich der Corporate Governance

Inhaltsübersicht

I. Übersicht: Gute Aktionäre und böse Verwaltungsräte	285
II. Wahl der Mitglieder des VR und dessen Präsidenten	288
A. Jährliche Einzelwahl	288
B. Die Wahl des Präsidenten	289
C. Was wurde nicht geregelt?	290
III. Der abhängige Verwaltungsrat	290
IV. Genehmigungsvorbehalt GV	291
V. Organisationsreglement	292
VI. Interessenkonflikte	293
A. Allgemeines	293
B. Zum Ausstand insbesondere	294
C. Folgen von Interessenkonflikten	295
D. Sonderfall der «Überkreuzverflechtung»	296
VII. Fazit	296

I. Übersicht: Gute Aktionäre und böse Verwaltungsräte

Die Revisionsvorlage wollte als eines der Hauptziele ursprünglich eine Verbesserung der Corporate Governance erreichen,¹ wobei den Gesetzgeber nun einzig noch die Vergütungsfrage, bzw. der Umgang mit der unglückseligen Volksinitiative gegen die Abzockerei² zu interessieren scheint, im vorliegenden Bereich

¹ Vgl. Botschaft zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts vom 21. Dezember 2007, BB1. 2007, 1591 ff. («Botschaft 2007»), insbesondere 1591 und 1606 ff.; WATTER/ROTH PELLANDA, Geplante Neuerungen betreffend die Organisation des Verwaltungsrates, GesKR Sondernummer 2008, 129 ff., VOGT/SCHWOW/WIEDMER, Die Aktienrechtsrevision unter Corporate-Governance-Aspekten, AJP 2009, 1359 ff., 1360 f.

² Vgl. Botschaft zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 5. Dezember 2008, BB1 2009, 305 ff. («Botschaft 2008»); vgl. zu den Konsequenzen etwa WATTER, Minder-Medizin mit minderem Nutzen und riskanten Nebenwirkungen, NZZ vom 8. Juni 2009, 13. Der Ständerat übernahm in der Sommersession 2009 viele Vorschläge der Botschaften 2007 und 2008, ging aber in einzelnen Punkten weniger weit als der Bundesrat und beschloss zudem, die Volksinitiative Volk und Ständen zur Ablehnung zu empfehlen. Am 17. März 2010 nahm der Nationalrat einen direkten Gegenvor-

am Rande allenfalls noch die Problematik, wie sich das Verhältnis zwischen Aktionariat und der Generalversammlung («GV») auf der einen und dem Verwaltungsrat («VR») auf der anderen Seite entwickeln soll. Klar ist im Moment, dass in den Botschaften 2007 und 2008³ (und den bisherigen Verhandlungen in den Räten) das Heil für alle tatsächlichen und angeblichen Übel im Bereich der Corporate Governance in zusätzlichen GV-Kompetenzen gesucht wurde und wird, einhergehend mit einer institutionellen Schwächung des VR, anders gesagt die Lösung in der Einführung direktdemokratischer Elemente⁴ in die Aktiengesellschaft («AG») gesehen wird und die Überzeugung vorherrscht, dass der «shareholder good – directors bad»⁵ sind. Dass dem Gesetzgebers (oder besser gesagt Teilen davon) mit dieser Idee einer Gewichtsverlagerung auf die GV aber nicht ganz wohl ist, zeigt sich darin, dass der GV dann doch keine volle Urteilskraft zuerkannt wird, sondern ihre Kompetenz durch zwingende Vorgaben eingeengt wird, z.B. bei der Amtsdauer der Mitglieder des VR oder der Wahl dessen Präsidenten.

Die Gewichtsverlagerung auf die GV bzw. die «aktionärszentrierte Ausrichtung»⁶ des Gesetzgebungsprojektes, äussert sich in folgenden Bereichen:

- umfassender Einfluss auf die Entschädigungen des VR und je nach Lösung auch der Geschäftsleitung («GL»);⁷

schlag zur Volksinitiative an, wobei die Forderungen der Initiative weitgehend übernommen wurden; weiter wurde Volk und Ständen empfohlen, die Volksinitiative und diesen Gegenvorschlag anzunehmen. Die Vorlage zur Revision des Aktienrechts hat der Nationalrat nicht behandelt und beschlossen, die die Corporate Governance betreffenden Fragen einstweilen zurückzustellen. Darauf beschloss die Kommission für Rechtsfragen des Ständerates am 20. März 2010 einen neuen indirekten Gegenvorschlag zur Volksinitiative auszuarbeiten. Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates stimmte diesem Beschluss, der die Ausarbeitung einer Kommissionsinitiative vorsah, am 2. Juni 2010 zu (was Auswirkungen auf den Zeitraum hat, innert welcher das Parlament Stellung zur Volksinitiative nehmen muss). Am 7. September 2010 hat dann die Rechtskommission des Ständerates einstimmig einen Entwurf verabschiedet, der für das vorliegende Thema im Bereich der Wahlen der VR-Mitglieder von Bedeutung ist.

³ Vgl. FN 1 und 2.

⁴ FORSTMOSER, Die Entschädigung der Mitglieder von Verwaltungsrat und Topmanagement – Binsenwahrheiten, Missverständnisse und ein konkreter Vorschlag, Liber Amicorum Anne Petitpierre-Sauvain, Zürich 2009, 145 ff.; vgl. auch generell WATTER/MAIZAR, Aktionärsdemokratie; Über erweiterte Zuständigkeiten der Generalversammlung und Erleichterungen bei der Stimmrechtsausübung in schweizerischen Aktiengesellschaften, in: Breitschmid et al. (Hrsg.), Grundfragen der juristischen Person, FS Riemer, Bern 2007, 403 ff.

⁵ BÖCKLI, Die Schweizer Verwaltungsräte zwischen Hammer und Amboss, SJZ 2010, 1 ff., 25 ff., 28.

⁶ Vgl. VOGT/SCHIOW/WIEDMER (FN 1), 1385 f.

⁷ Vgl. dazu statt vieler BÖCKLI, Doktor Eisenbart als Gesetzgeber? Die Initiative «Minder» und der Gegenvorschlag des Bundesrates zu den Vergütungen an den Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, Liber Amicorum Anne Petitpierre-Sauvain, Zürich 2009, 29 ff. Vgl. auch den Aufsatz von BÜHLER in diesem Band.

- Senkung verschiedener Schwellenwerte für die Ausübung der Aktionärsrechte und verbesserte Informationsansprüche. Für die Ausübung dieser im Grundsatz willkommener Rechte ist in aller Regel der VR «Betroffener» oder «Ansprechpartner»;⁸
- Möglichkeit, bestimmte VR-Beschlüsse der Genehmigung durch die GV zu unterstellen;⁹
- (unsinnige) Abschaffung des Organvertreters und ggf. Wahl des unabhängigen Vertreters durch die GV;¹⁰
- Wahl des VR zwingend einzeln und jeweils nur für ein Jahr;¹¹
- Festlegung des Rechnungslegungsstandards durch die GV.¹²

Der Gesetzgeber versucht weiter, den VR über eine Regelung der Interessenkonflikte besser «in den Griff» zu bekommen.¹³

Die Änderungen, die sich für den VR durch die Art. 707 ff. E-OR ausserhalb des Vergütungsbereichs¹⁴ ergeben, wurden bereits eingehend behandelt.¹⁵ Die nachfolgenden Ausführungen wollen bewusst die Akzente etwas anders setzen und wo das nicht angezeigt ist, auf die früheren Ausführungen verweisen bzw. auf die aktuellen Entwicklungen eingehen. Wie im Untertitel dieses Beitrags ausgeführt, werden nach Ansicht des Verfassers auch im Bereich ausserhalb der Vergütungsfragen aus einer Governance-Sicht Eigentore geschossen – immerhin kommt es aber nach dem Willen des Parlamentes im hier interessierenden Bereich nicht zum selbsterstörerischen Schützenfest auf das eigene Tor, das die Minderinitiative anstrebt.¹⁶

⁸ Vgl. etwa VOGT/SCHIOW/WIEDMER (FN 1), 1364 ff.

⁹ Dazu unten IV.

¹⁰ Vgl. Botschaft 2007, 1613 ff. und 1665 ff. und Botschaft 2008, 312; diese Forderung ist deshalb unverständlich, weil es ja durchaus sein kann (und in der Praxis überwiegend so ist), dass die Aktionäre ihrem VR vertrauen und ihm auch die Vollmacht geben wollen. Betreffend Wahl des unabhängigen Vertreters (vgl. Botschaft 2007, 1667) fügt sich, wer denn mit ihm die Konditionen verhandelt, wenn ihn die GV wählt.

¹¹ Dazu unten II.

¹² Vgl. Art. 962 Abs. 2 E-OR und dazu BÖCKLI (FN 5), 30.

¹³ Dazu unten VI.

¹⁴ Vgl. dazu den Beitrag BÜHLER in diesem Band.

¹⁵ Vgl. WATTER/ROTH PELLANDA (FN 1) *passim*.

¹⁶ Vgl. dazu BÖCKLI (FN 7), *passim*; FORSTMOSER (FN 4), *passim*; WATTER (FN 2).

II. Wahl der Mitglieder des VR und dessen Präsidenten

A. Jährliche Einzelwahl

Weitgehend unbestritten (und im Kern auch richtig) ist zunächst die in Art. 710 Abs. 1 E-OR geforderte Einzelwahl. Fraglich ist allenfalls, weshalb der Gesetzgeber dies zwingend ausgestalten und damit auch in völlig unbedenklichen Situationen durchsetzen will. Offenbar ist die Forderung des Zeitgeistes, der mittels der (jährlichen) Einzelwahl den Aktionären die Möglichkeit geben will, Schönheitsnoten zu verteilen, zu stark, um Flexibilität zu ermöglichen. Fragen kann man sich im vorliegenden Zusammenhang überdies, ob der Décharge der «Zeugnischarakter», den sie bisher hatte, weiterhin zukommen soll, was offenbar insoweit nicht der Fall ist, als die Globalentlastung weiterhin möglich ist, denn an Art. 698 Abs. 2 Ziff. 6 E-OR ändert sich nichts.

Während die Einzelwahl unproblematisch ist, wird mit der bundesrätlichen Forderung nach einer jährlichen Wiederwahl aus Sicht einer guten Corporate Governance das erste Eigentor geschossen, das von den Minder-Anhängern aber gleich bejubelt werden wird, wie ein Führungstreffer der eigenen Mannschaft. Tatsächlich beeinflusst nämlich weniger die GV, sondern vielmehr der VR dank seinem Traktandierungs- und Antragsrecht die Wahlentscheide. Damit werden die grundsätzlich erwünschten Dissidenten und Querdenker künftig viel schneller aus dem Aufsichtsgremium verschwinden, als dies heute der Fall ist. Umgekehrt wird auch eine Verabschiedung aus der Verantwortung viel leichter möglich werden: Denn während heute ein VR-Mitglied kaum je während der laufenden Amtszeit zurücktritt, wenn die Lage des Unternehmens kritisch wird, kann es sich künftig einfach nicht mehr zur Wiederwahl stellen und sozusagen leise durch die Hintertür «von Bo(a)rd»¹⁷ gehen.

Weitere Probleme der einjährigen Amtszeit (über welche die Aktionäre aber wenigstens frei entscheiden können, wenn sich die VR-Mitglieder zur Wiederwahl stellen) sind die tendenziell geringere Stabilität im VR, eine möglicherweise kurzfristigere Orientierung im Geschäftsgebaren, der schnellere Verlust von Know-how und die fehlende Einarbeitungszeit.

Erfreulicherweise versucht das Parlament nun, Abhilfe zu schaffen: Der Nationalrat will zwar grundsätzlich die jährliche Wahl, erlaubt aber eine statutarische Abweichung von bis maximal drei Jahren¹⁸, der Ständerat hält gar an der heutigen Lösung fest, wonach grundsätzlich eine Amtsdauer von 3 Jahren gelten soll

¹⁷ VOGT/SCHIWOW/WIEDMER (FN 1), 1373.

¹⁸ Vgl. Art. 122 Abs. 1^{bis} lit.f BV NR.

(statutarische Maximaldauer von 4 Jahren);¹⁹ zwangsweise bei einem Jahr bleibt es aber bei der Minder-Initiative.²⁰

B. Die Wahl des Präsidenten

Die Rechtslage ist heute bekanntlich so, dass sich der VR – falls die Statuten dies nicht anders regeln – selbst konstituiert (Art. 712 OR), und die meisten Gesellschaften überlassen es denn auch dem VR, aus seinem Kreis den geeigneten Präsidenten («VRP») zu wählen. Dies macht nur schon deshalb Sinn, weil die Mitglieder des VR die Qualitäten des (bisherigen) VRP und der anderen VR-Mitglieder am besten kennen und am ehesten wissen, welches Pflichtenheft von VRP in einem bestimmten Unternehmen resp. in einer bestimmten Konstellation genau zu erfüllen ist.

Aktionäre und Öffentlichkeit kennen bei grossen Gesellschaften heute primär den CEO, während der VRP in der Aussenbeziehung eines Unternehmens – Ausnahmen bestätigen nur die Regel – eine weniger wichtige Rolle spielt als früher. Das hängt mit der Erkenntnis zusammen, dass die Governance besser funktioniert, wenn sich die Führung beim CEO oder einer GL konzentriert und der VRP den VR führt und dem CEO – im Hintergrund – mit Rat und Tat zur Seite steht. Dieser richtigen Tendenz, die konsequenterweise auch die innere und äussere Kommunikation dem CEO zuweist, wird durch die «Volkswahl» des VRP unterlaufen, für eine gute Corporate Governance ein zweites Eigentor. Diese Wahl führt nämlich nicht nur zu einer Machtverschiebung zum VRP (und damit weg vom CEO und den übrigen VR-Mitgliedern), sondern auch dazu, dass die «Chemie» zwischen den Involvierten ungünstig werden kann. Der VR kann nämlich die Leistung des VRP viel besser beurteilen als die GV und weiss auch besser, welches Anforderungsprofil ein VRP in einer Gesellschaft in ihrer konkreten Situation haben muss (ob er beispielsweise viel Zeit für die Betreuung des CEO wird aufbringen müssen oder vor allem ausgleichende Qualitäten haben sollte, ob es wegen anstehender Transaktionen und abzuschliessender Grossverträge Verhandlungsgeschick braucht oder einen starken Rücken, weil eine Problemphase bevorsteht).²¹

Der Bundesrat sah keine Änderung zum geltenden Recht vor, die Minder-Initiative und der Ständerat wollen aber in börsenkotierten Gesellschaften die jährliche Wiederwahl des VRP durch die GV.²² Der Nationalrat will unabhängig von der

¹⁹ Art. 710 Abs. 1 OR.

²⁰ Vgl. Art. 95 Abs. 3 lit. a BV Minder.

²¹ Ebenso VOGT/SCHIWOW/WIEDMER (FN 1), 1374.

²² Art. 95 Abs. 3 lit. a BV Minder; zur Änderung des vom Bundesrat vorgeschlagenen Art. 712 E-OR vgl. Amtliches Bulletin (Amtl. Bull.) 2009, S 700 f.

Börsenkotierung eine Wahl des VRP durch die GV, erlaubt aber immerhin eine statutarisch andere (also bessere) Lösung.²³ Richtig an diesem nationalrätlichen Vorschlag ist, dass auf die durch nichts als politische Opportunität zu rechtfertigende Unterscheidung zwischen börsenkotierten und anderen Gesellschaften verzichtet wird.

Gesamthaft ist damit zu hoffen, dass sich die Lösung des Nationalrates durchsetzt, oder, noch besser, dass das beim bisherigen Recht beibehalten wird.

C. Was wurde nicht geregelt?

Interessant ist im vorliegenden Bereich auch, was der Gesetzgeber nicht regeln will: So bleibt Art. 709 OR unverändert, womit beispielsweise keine Höchstzahl an Mandaten und keine Geschlechter- oder Amtsdauerbegrenzungen eingeführt werden sollen, wobei immerhin angemerkt sei, dass im Nationalrat die Einführung einer Frauenquote diskutiert wurde.²⁴ Ebenso werden auch keine spezifischen Fachkenntnisse der einzelnen VR-Mitglieder oder für das Gesamtgremium verlangt. Weiterhin gibt es richtigerweise auch keine Nationalitätsvorschriften und kein Wohnsitzerfordernis mehr, sofern die Gesellschaft durch ein Mitglied der Geschäftsleitung bzw. einen Direktor mit Wohnsitz in der Schweiz gültig vertreten werden kann.²⁵

Ebensowenig wird eine ausgewogene Zusammensetzung des VR vorgeschrieben – diese (an sich natürlich richtige) Corporate Governance Forderung wird verständlicherweise weiterhin dem Swiss Code of Best Practice (SCBP) überlassen.²⁶ Damit bleibt die Rechtslage wie heute, womit das Nomination Committee (und dann der VR in seiner Empfehlung an die Aktionäre) diese Richtschnur beherzigen sollten.

III. Der abhängige Verwaltungsrat

Art. 707 Abs. 1 E-OR hält fest, dass nur natürliche Personen als VR gewählt werden können (und die Aktionärserschaft weiterhin nicht mehr notwendig ist), womit die Bestimmung über die Vertretung der juristischen Person an sich gestrichen werden könnte, was eigentlich ja schon anlässlich der Revision im Jahre

²³ Art. 122 Abs. 1^{bis} lit. f BV NR; vgl. dazu Amtl. Bull. 2010, N 463 ff.

²⁴ Vgl. Amtl. Bull. 2010 N 464.

²⁵ Art. 718 Abs. 4 OR.

²⁶ Vgl. Swiss Code of Best Practice, Ziff. 12; Vgl. auch WATTER/ROTH PELLANDA, Die «richtige» Zusammensetzung des Verwaltungsrates, in: Rolf H. Weber (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht III, Zürich 2006, 47 ff.

2005²⁷ hätte erfolgen sollen. Art. 707 Abs. 2 E-OR sagt aber (wie heute Art. 703 Abs. 3 OR), dass, wenn an einer Gesellschaft eine juristische Person oder eine Handelsgesellschaft beteiligt ist, an deren Stelle ihre Vertreter in den VR gewählt werden können. Nach der Botschaft 2007 soll diese Bestimmung über die Vertretung der juristischen Person «klarstellen», dass der Vertreter die Auftraggeberin über die Arbeit des VR informieren darf.²⁸

Dass diese «Klarstellung» eine Reihe Fragen aufwirft, wurde schon eingehend erläutert.²⁹ Weitergehend fragt sich, ob es nicht wünschenswert gewesen wäre, die Stellung des abhängigen VR-Mitgliedes generell zu regeln oder mit gewissen Leitplanken zu versehen;³⁰ dies erfolgt aber mit der geplanten Gesetzesrevision nicht.

IV. Genehmigungsvorbehalt GV

Bekanntlich will der Entwurf im Glauben an die segensreiche Wirkung der Aktionärsdemokratie, die im Zeitalter von Shortsellern reichlich naiv ist³¹ (und auch missachtet, dass ein ungebremster Glaube in die Aktionärsdemokratie den Minderheitenschutz aushöhlt), der GV erlauben, im Sinne einer Kompetenz-Kompetenz³² statutarisch Vetorechte für einzelne Geschäftsführungsakte einzuführen (Art. 716b E-OR³³).³⁴ Auch wenn das Bedürfnis für eine solche Regel nicht ausgewiesen ist, ist die Lösung, die ja schon in Art. 811 OR festgeschrieben ist, nicht derart falsch,³⁵ wie das gewisse Kritiker sehen.³⁶ Es handelt sich nicht um eine umfassende Kompetenzübertragung in Teilgebieten, sondern eben nur

²⁷ Änderung des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 16. Dezember 2005, in Kraft seit 1. Januar 2008.

²⁸ Botschaft 2007, 1685.

²⁹ Vgl. WATTER/ROTH PELLANDA (FN 1), 130 ff.

³⁰ Vgl. WATTER/ROTH PELLANDA (FN 1), 131; ferner auch FORSTMOSER, Das externe Verwaltungsratsmitglied in einer Konzerntochtergesellschaft, in: Kellerhals (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht V, Zürich 2010, 5 ff.

³¹ Vgl. hierzu Fallbeispiele bei WATTER/HINSEN, Empty voting und verwandte Taktiken, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XI, Zürich 2009, 1 ff., 13 f.

³² Dubs, Der Genehmigungsbeschluss als neuartige Kompetenz-Kompetenz der Aktionäre gemäss Art. 627 Ziffer 14 E-OR, SZW 2008, 160.

³³ Vgl. Abs. 1: «Die Statuten können vorsehen, dass der Verwaltungsrat der Generalversammlung bestimmte Entscheide zur Genehmigung vorlegen muss. Die Entscheide des Verwaltungsrats nach Artikel 716a Absatz 1 Ziffern 3–7 können nicht der Genehmigung durch die Generalversammlung unterstellt werden.»

³⁴ Vgl. WATTER/ROTH PELLANDA (FN 1), 134; und eingehend DUBS (FN 32) *passim*.

³⁵ Insbesondere ist m.E. die Meinung von VOGT/SCHWOW/WIEDMER (FN 1), 1370 richtig, wonach es nicht korrekt ist, einfach die Abkehr vom Paritätsprinzip zu beklagen.

³⁶ Vgl. insbesondere BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 13, N 295 ff.

um ein Vetorecht für bestimmte einzelne Entscheide³⁷, das im Übrigen heute für grössere Projekte bereits besteht, falls diese mittels neu emittierter Aktien finanziert werden müssen³⁸, oder bei Interessenkonflikten als Lösung angesehen wird³⁹ – auch werden schon heute Grossaktionäre vor einem Beschluss über ein grosses Vorhaben manchmal konsultiert, auch wenn das nicht unproblematisch ist. Insbesondere haben es aber die Aktionäre selbst in der Hand, dieses Vetorecht einzuführen und machen dies hoffentlich nur mit Bedacht und nur in Bereichen, wo sich die fehlende Treuepflicht der Aktionäre nicht negativ auswirken kann,⁴⁰ denn dem Aktionär müssen bei konkreten Entscheiden unter Umständen auch Sachverhalte offengelegt werden, welche vor Konkurrenten oder der Öffentlichkeit geheim gehalten werden sollten.⁴¹ Praktisch verwendbar wird die Bestimmung damit dort sein, wo ein Aktionärsbindungsvertrag sozusagen gesellschaftsrechtlich verstärkt werden soll.

Zu den Rechtsfolgen einer allfälligen Verweigerung der Genehmigung kann auf frühere Ausführungen verwiesen werden⁴² ebenso zur Frage, wieso eigentlich eine Genehmigung der GV «en connaissance de cause» die Haftung des VR nicht beschränken soll (Art. 716b Abs. 3 E-OR⁴³).⁴⁴

Im Ständerat wurde die Aufnahme dieser Norm in das OR abgelehnt.⁴⁵

V. Organisationsreglement

In der gelebten Corporate Governance werden die in Art. 716c E-OR vorgeschlagenen Änderungen keine grossen Auswirkungen haben, denn was verlangt wird, findet sich schon heute in fast allen Organisationsreglementen. Vorgeschiebener Mindestinhalt soll neu explizit sein:

«1. die innere Organisation und gegebenenfalls die Ausschüsse des Verwaltungsrates;

³⁷ Vgl. dazu VOGT/SCHIOW/WIEDMER (FN 1), 1371.

³⁸ Diesen Aspekt auch betonend VON DER CRONE/STEININGER, Corporate Governance – Zusammenspiel der Gesellschaftsorgane, ST 2010, 86.

³⁹ Vgl. WATTER, Basler Kommentar OR II, Art. 718a N 9.

⁴⁰ Vgl. WATTER/ROTH PELLANDA, Basler Kommentar OR II, Art. 811 N 6 ff.; Vgl. auch oben zu Shortsellern FN 31.

⁴¹ Vgl. zur Informationspflicht Art. 716b Abs. 2 E-OR: «Der Verwaltungsrat muss der Generalversammlung alle Informationen vorlegen, die für den Entscheid der Generalversammlung von Bedeutung sind.» Dazu beispielsweise VOGT/SCHIOW/WIEDMER (FN 1), 1371.

⁴² Vgl. WATTER/ROTH PELLANDA (FN 1), 134; ferner VOGT/SCHIOW/WIEDMER (FN 1), 1371 f.

⁴³ «Die Genehmigung durch die Generalversammlung schränkt die Haftung des Verwaltungsrats nicht ein.»

⁴⁴ Vgl. DUBS (FN 32), 170.

⁴⁵ Vgl. Amtl. Bull. 2009 S 701.

2. die Ordnung der Geschäftsführung, die Bezeichnung der mit der Geschäftsführung betrauten Stellen und deren Aufgaben;
3. die Modalitäten der Berichterstattung;
4. die wichtigen Geschäfte, die der Genehmigung durch den Verwaltungsrat bedürfen.»

Auch die in Art. 716c Abs. 4 E-OR festgehaltene Orientierungspflicht ändert gegenüber der heutigen Rechtslage (Art. 716b Abs. 2 OR) praktisch nichts.

M.E. wäre es sinnvoll gewesen, genauer zu statuieren, dass der VR unabhängig von einer allfälligen Delegation der Geschäftsführung verpflichtet sein sollte, seine innere Organisation schriftlich festzulegen. Damit würde sich das Auskunftsrecht des Aktionärs (und berechtigten Gläubigers) dann auf die gesamte Organisation des VR beziehen.⁴⁶

VI. Interessenkonflikte

A. Allgemeines

Interessenkonfliktsfragen werden heute über Art 717 Abs. 1 OR gelöst, im Einzelfall auch über eine Begrenzung der Vertretungsbefugnis nach Art. 718a OR, bzw. explizit für gewisse Geschäfte nun auch in Art. 718b OR. Die Praxis orientiert sich im Wesentlichen am SCBP, insb. an dessen Ziff. 16.

Das neue Recht soll nun zunächst die schon heute praktisch in allen Organisationsreglementen vorgesehene Offenlegungspflicht bringen, indem verlangt wird, dass das betroffene VR-Mitglied (und auch GL-Mitglieder⁴⁷) den VRP unverzüglich und vollständig über Interessenkonflikte zu informieren hat (Art. 717a Abs. 1 E-OR⁴⁸).

Festzuhalten ist, dass der Gesetzgeber den Begriff Interessenkonflikt nicht definiert; zu fordern ist, dass die Orientierung auch bei blosser Interessenberührung⁴⁹ erfolgt.

⁴⁶ WATTER/ROTH PELLANDA (FN 1), 135.

⁴⁷ Offen bleibt, ob das nur GL-Mitglieder betrifft, die für das fragliche Geschäft eine Zuständigkeit oder eine Einflussmöglichkeit haben.

⁴⁸ «Die Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung informieren den Präsidenten des Verwaltungsrats unverzüglich und vollständig über Interessenkonflikte. Befindet sich der Präsident in einem Interessenkonflikt, so wendet er sich an den stellvertretenden Präsidenten.»

⁴⁹ D.h. bei einer blossen Berührung der betroffenen Sphären und keiner wirklichen Reziprozität der in Frage stehenden Interessen. Vgl. dazu ausführlich u.a.: BÖCKLI (FN 36), § 13 N 637 ff.

Der VRP orientiert dann «soweit erforderlich» den Gesamt-VR (Art. 717a II E-OR). Diese Einschränkung kann wohl nur dann Anwendung finden, wenn der VRP zum Schluss kommt, dass in concreto entweder gar kein Konflikt besteht oder sich dieser nicht auf die Beschlussfassung auswirken kann, weil zum Beispiel das betroffene VR-Mitglied erklärt, es habe einen Konflikt, weil es auch eine Beteiligung auf Seiten des Vertragspartners halte, dieser werde sich aber nicht auswirken, weil es ohnehin gegen das fragliche Geschäft sei.

Verlangt werden «Massnahmen», die zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft nötig sind. Massgebend für das zu wählende Vorgehen ist die Schwere des Konflikts und der Grad seiner Aktualisierung: Denkbar ist etwa, dass in einem konkreten Fall eine neutrale Bewertung gesucht wird⁵⁰, bewusst auch Drittbeerber im Rahmen einer kleinen Auktion zugelassen werden oder vertraglich Nachforderungsrechte vorbehalten werden, sollte sich das Geschäft später als ungünstig erweisen.

Im Einzelfall kann auch die Delegation der Entscheidung an einen Ausschuss, oder die Schaffung eines Ausschusses als vorbereitendes Gremium die richtige Lösung sein – in kleineren Verhältnissen ist auch die Genehmigung des Geschäfts durch die GV möglich.⁵¹

B. Zum Ausstand insbesondere

Der Ausstand kann drei verschiedene Stadien der Beschlussfassung im weiteren Sinne betreffen. Nach dem Text von Art. 717a III E-OR ist der Ausstand zunächst bei der Beschlussfassung über die zu treffenden Massnahmen verlangt. Dies gilt auch für den Beschluss, ob überhaupt Massnahmen zu ergreifen sind. Der Ausstand bei der Abstimmung über das betreffende Geschäft wird von der Botschaft (implizit) ebenfalls als zwingend erachtet.⁵² Für das «Zwischenstadium» der Beratung, Diskussion und Meinungsbildung anerkennt die Botschaft aber richtigerweise, dass es notwendig sein kann, dass der Betroffene an der Beratung über das betreffende Geschäft teilnimmt.⁵³

Diese Einschränkung der generellen Ausstandspflicht bei der Beschlussfassung im weiteren Sinne, die oft fälschlicherweise als «Paradelösung» gegen einen Interessenkonflikt gilt, ist zu begrüssen. Denn auch Argumente eines VR-Mitgliedes,

⁵⁰ Dies ist auch die Lösung der Übernahmekommission, vgl. Art. 30 Abs. 5 UEV; Empfehlung Disetronic Holding AG vom 19. März 2003, Erw. 7.1 ff.

⁵¹ Vgl. oben FN 39.

⁵² Vgl. zur Haltung des Bundesrates in der Botschaft 2007, 1687 f. Der Ausstand ist beispielsweise auch für die Übernahmekommission eine Lösung, vgl. Empfehlung Bon appétit Group AG vom 13. September 2004, Erw. 6.2.2.

⁵³ Vgl. Botschaft 2007, 1688.

das einen Konflikt hat, können in der Beratung wertvoll sein, und der bewusste Verzicht auf das Know-how eines Mitgliedes, das ja oft noch eine spezielle Nähe zur fraglichen Sache hat (denn sonst wäre es nicht in einem Konflikt) kann im Einzelfall geradezu unsorgfältig sein. Zu bedenken ist auch, dass die VR-Kollegen die Argumente des Betroffenen – soweit es dies nicht schon selbst tut – problemlos «diskontieren», und so seinem Konflikt Rechnung tragen können.⁵⁴

Auch der Ausschluss von der Beschlussfassung kann im Einzelfall falsch sein, weil das betreffende VR-Mitglied dann in aller Regel auch aus der Verantwortlichkeit entlassen wird. Richtig ist deshalb aus meiner Sicht eine doppelte Abstimmung, die zuerst im Kreis aller VR-Mitglieder erfolgt und dann noch einmal ohne das fragliche Mitglied, wobei der Entscheid nur dann gilt, bzw. zustande kommt, wenn er in beiden Zusammensetzungen angenommen wird.⁵⁵

M.E. ist diesfalls Art. 627 Ziff. 20 E-OR, der vorschreibt, dass eine Beschlussfassung im VR, die vom Gesetz abweicht, in die Statuten gehört, nicht zu beachten. Somit ist es nicht notwendig, die doppelte Beschlussfassung statutarisch festzuhalten.

C. Folgen von Interessenkonflikten

Hauptfolge eines Beschlusses, der ohne Offenlegung eines Konfliktes (oder ohne dass geeignete Massnahmen ergriffen worden wären) zustande gekommen ist, ist die Verantwortlichkeit des VR für den Schaden, der entstanden ist. Das kann im Einzelfall einfach darzulegen sein, etwa wenn der Konflikt dazu führt, dass eine Sache unter Marktwert an eine nahestehende Person verkauft wird; in anderen Fällen kann dies sehr komplex werden, weil entweder Schaden oder Kausalität kaum nachzuweisen sind.

Je nach Konstellation kann das resultierende Geschäft auch unverbindlich sein, dies insbesondere dort, wo die Gegenseite den Konflikt erkennt und daraus einen Vorteil zieht, was schon heute so ist.⁵⁶ Manifestiert sich der Konflikt darin, dass ein Geschäft fälschlicherweise nicht abgeschlossen wird, das betreffende Mitglied dieses aber selber tätig, kann allenfalls das Geschäft an die AG «gezogen» werden, dies in analoger Anwendung von Art. 464 Abs. 2 OR. Anders als bei

⁵⁴ So auch: HANDSCHIN, Treuepflicht des Verwaltungsrates bei der gesellschaftsinternen Entscheidungsfindung, in: Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, FS für Peter Forstmoser, 169 ff., 173; LAZOPOULOS, Interessenkonflikte und Verantwortlichkeit des fiduziarischen Verwaltungsrates, Diss. Zürich 2004, 136 ff.

⁵⁵ Vgl. WATTER/ROTH PELLANDA, Die «richtige» Zusammensetzung des Verwaltungsrates, in: Weber (Hrsg.) Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht III, Zürich 2006, 77 f.

⁵⁶ Vgl. WATTER, Basler Kommentar, Art. 718a N 8 ff.

Art. 717b II E-OR wird aber in aller Regel keine Nichtigkeit des Beschlusses anzunehmen sein.

D. Sonderfall der «Überkreuzverflechtung»

Als Regelung eines praktisch kaum vorkommenden Falls sieht Art. 717b Abs. 1 E-OR⁵⁷ vor, dass bei kotierten Gesellschaften der gegenseitige Einfluss auf die Entschädigung ausgeschlossen sein muss. Wieso dies nur bei kotierten Gesellschaften der Fall sein soll, bleibt das Geheimnis des Bundesrates.

Beschlüsse, die unter Verletzung dieser Bestimmung der gegenseitigen Einflussnahme zustande kommen, gelten explizit als nichtig. Es kommen sodann die Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung (Art. 62 ff. OR) zur Anwendung oder bei einem offensichtlichen Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung eine Klage auf Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen nach Art. 678 OR.⁵⁸

Anzumerken ist, dass die Bildung von Vergütungsausschüssen bei Überkreuzverflechtung nur bedingt eine Lösung ist, da insbesondere die Festlegung des Vergütungssystems wohl eine Gesamt-VR Kompetenz sein muss. Auch der Ausstand ist in diesen (wie gesagt sehr seltenen) Konstellationen oft nur eine halbe Lösung, denn trotz Ausstand beim Entscheid über die eigene Besoldung und derjenigen des Kollegen, der auch im anderen VR sitzt, werden durch die Bestimmung der übrigen Entlohnung doch indirekt auch die eigenen Bezüge definiert. Praktisch muss hier wohl ein Ausstand (oder eine Doppelabstimmung) in allen Lohnfragen erfolgen.

VII. Fazit

Die neuen Governance-Bestimmungen sind auch ausserhalb des Entschädigungsbereichs nur teilweise geglückt, bringen in Bereichen, wo eine Klärung sinnvoll gewesen wäre, nichts, und liegen vor allem oft deshalb falsch, weil von einem naiven Aktionärsdemokratiegllauben ausgegangen wird, der höchstens Landsmeinderomantiker überzeugen kann. Darüber gehen Minderheitenschutz und der Umstand, dass der Aktionär keine Treuepflicht hat und im Einzelfall sogar ein Interesse haben kann, der Gesellschaft zu schaden,⁵⁹ vergessen.

⁵⁷ «Bei Gesellschaften, deren Aktien an der Börse kotiert sind, muss ausgeschlossen sein, dass Mitglieder des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung, die zugleich dem Verwaltungsrat oder der Geschäftsleitung einer anderen Gesellschaft angehören, gegenseitig Einfluss auf die Festsetzung ihrer Vergütungen haben.»

⁵⁸ Botschaft 2007, 1688 f.

⁵⁹ Vgl. oben FN 31.

Die AG funktioniert aber anders als ein Staatswesen⁶⁰: So kann sich der Aktionär problemlos durch Verkauf seiner Anteile verabschieden (auf jeden Fall viel einfacher als ein Bürger, der ins Ausland umziehen muss) und kann sogar durch Shortselling auf den Niedergang der AG wetten. Weiter ist der Einfluss der einzelnen Aktionäre so unterschiedlich gross, dass die Minderheit gegen gewisse Missbräuche geschützt werden muss, gerade auch weil die Mehrheit nicht immer Recht hat (und im Recht der AG besteht nur ein vergleichsweise eingeschränkter Katalog von unantastbaren «Verfassungsrechten»); es kommt hinzu, dass der Aktionär meist nicht umfassend orientiert wird, weil er das Wissen sofort zum Konkurrenten oder an die Öffentlichkeit tragen und damit der Gesellschaft und allen anderen Aktionären schaden könnte.

Dass der Gesetzgeber diesen Glauben an die Aktionärsdemokratie allerdings eher vorschreibt als tatsächlich lebt, zeigt er an all jenen Stellen, wo er zwingende Regeln einführen will, die den Aktionären eine einzelfallbezogene statutarische Lösung verbieten. Offenbar ist der Wille gross, die Aktionäre zu einem vom Gesetzgeber vordefinierten Glück zu zwingen.

Aufgeschreckt durch die Minder-Initiative und durch Teile der oft populistisch agierenden Presse, setzt der Gesetzgeber dazu an, im Corporate Governance Bereich diverse Eigentore zu schiessen. Die schönsten Abschussversuche findet man dabei im Entschädigungsfeld, aber auch einer einjährige Wahlperiode des VR, die (zwangsweise) Wahl des VRP durch die GV, unangepasste Interessenkonfliktregeln, die darüber hinaus teilweise nur für kotierte Gesellschaften gelten sollen (und damit die gleiche Verhaltensweise bei nichtkotierten implizit unbedenklich erscheinen lassen) verschlechtern leider der «Spielstand» weiter und führen zu einem Endresultat, das klar zuungunsten des Wirtschaftsstandortes Schweiz ausfällt.

⁶⁰ Vgl. auch WATTER/MAIZAR (FN 4), 412 ff.