

schulthess
manager
handbuch
2018/2019

Inhalt

Vorwort	7
Die Wirtschaft floriert – doch die Herausforderungen sind gross	9
<i>Prof. Dr. Rudolf Minsch</i>	
Strategie und Führung	
Change Management – Veränderung in dynamischen Zeiten agil bewältigen	21
<i>Dr. Marco Olavarria, Maren Borggräfe</i>	
«Wandel gehört zum Selbstverständnis dieser Firma»	33
<i>Interview mit Marco Gadola</i>	
Rezepte und Anmerkungen zur Kunst der Kommunikation	39
<i>Dr. Mirjam Teitler, Peter Hartmeier</i>	
Was Unternehmen beim Einkauf von Rechtsrat beachten müssen	45
<i>Dr. Bruno Mascello</i>	
Corporate Governance	
Interessenkonflikte – wie hat sich ein Verwaltungsratsmitglied zu verhalten?	55
<i>Prof. Dr. Rolf Watter, Annina Hammer</i>	
Management-Vergütungen in börsenkotierten Aktiengesellschaften	65
<i>Dr. Frank Gerhard</i>	
Risiken im Organisationsreglement des Verwaltungsrats	73
<i>Arlette Pfister</i>	
Nonprofit Governance – Gutes besser tun	79
<i>Prof. Dr. Georg von Schnurbein</i>	
Compliance	
Compliance: Was heisst das konkret für die Unternehmensführung?	89
<i>Dr. Christian Wind</i>	
Compliance zwischen Überregulierung und Übervorsicht	95
<i>Philipp Abegg</i>	
Exportkontrolle und Digitalisierung durch Blockchain und Smart Contracts	105
<i>Prof. Dr. Andreas Furrer, Peter Henschel</i>	
Schweizer Unternehmen im Lichte der europäischen Datenschutzgrundverordnung	113
<i>Claudia Keller</i>	

Kartellrecht

Leitplanken im B2B-Kontakt: So schützt man sich vor der WEKO	121
<i>Prof. Dr. Patrick L. Krauskopf, Dr. Felix Schraner</i>	

Finanzierung und Aktien

Aktuelle Alternativen zur klassischen Bankenfinanzierung	133
<i>Anita Schläpfer, Fabio Elsener</i>	

GAFI-Meldungen der wirtschaftlich berechtigten Person	141
<i>Phyllis Scholl, Prof. Dr. Rashid Bahar</i>	

Steuern

Schweizer Steuerrecht 2018: Unternehmenssteuerreform «reloaded»	149
<i>Prof. Dr. Pascal Hinny</i>	

Besteuerung der digitalen Wirtschaft	155
<i>Dr. Alberto Lissi, Oliver Jäggi</i>	

Mitarbeiterbeteiligungspläne im Wandel der Zeit	163
<i>Dr. Natalie Peter</i>	

Hausbesuche der unfreundlichen Art – Steuerfahndungen in der D-A-CH-Region	171
<i>Daniel Holenstein</i>	

Wirtschaftsdelikte

Selbstanzeige von Unternehmen in internationalen Wirtschaftsstraffällen	179
<i>Daniel Bühr</i>	

Geldwäscherei: Grundlagen, Risiken, Vorkehrungen	187
<i>Dr. Omar Abo Youssef</i>	

Versicherungen

Der Umgang mit Unternehmensrisiken und ihre Versicherungsdeckung	199
<i>Peter Haas, Barbara Klett</i>	

Digitalisierung

Die Entwicklung der Arbeit in Zeiten der Digitalisierung	209
<i>Prof. Michael Beckmann, Elisa Gerten</i>	

«Weniger in Wettbewerb und mehr in Systemen denken»	219
<i>Interview mit Dirk Sebald</i>	

Legal Tech – vom Hype zur digitalen Transformation in der Rechtsberatung	225
<i>Markus Hartung</i>	

Blockchain und Initial Coin Offerings (ICOs) – eine neue Ära?	231
<i>Dr. Yves Mauchle</i>	

Personal

Auswahl von Führungskräften in Zeiten von Transformation	241
<i>Doris Aebi</i>	
Aufhebungsvereinbarungen – Tücken der friedlichen Trennung	249
<i>Romina Carcagni Roesler</i>	
Umgang mit Arbeitsunfähigkeit und Invalidität Arbeitnehmender	257
<i>Prof. Dr. Thomas Gächter, Petra Koller</i>	
Haften Arbeitgeber für Belästigungshandlungen ihrer Arbeitnehmenden?	267
<i>Prof. Dr. Roger Rudolph, Dr. Anina Kuoni</i>	
Weiterbildung für Führungskräfte	275
Beratungsunternehmen im Profil	287
Verzeichnis Beratungsunternehmen	303
Autorenverzeichnis	305

Interessenkonflikte – wie hat sich ein Verwaltungsratsmitglied zu verhalten?



Prof. Dr. iur. Rolf Watter
Bär & Karrer AG

Rolf Watter betreut primär M&A-Transaktionen und ist zudem auf Corporate-Governance-Fragen spezialisiert. Er ist Verwaltungsratspräsident der PostFinance und der Ceva Logistics sowie Verwaltungsratsmitglied bei Aryzta und AP Alternative Portfolio.

Frühere Verwaltungsratsmandate in Publikums-gesellschaften umfassen Nobel Biocare, Zurich Insurance Group, Syngenta, Centerpulse und Forbo. Zudem ist er Mitglied im Regulatory Board der Schweizer Börse SIX.



MLaw Annina Hammer
Bär & Karrer AG

Annina Hammer berät Klienten vorwiegend in den Bereichen M&A- und Kapitalmarkttransaktionen, Corporate Governance, Finanzierungen sowie im allgemeinen Gesellschaftsrecht.

S. 292

Interessenkonflikte gibt es in der Wirtschaft, der Politik und im Privatleben. In den Medien ist der Begriff des Interessenskonflikts negativ konnotiert und oft wird er so verstanden, dass derjenige, der einen Interessenkonflikt hat, sich in einer Sache weder äussern noch gar Entscheide fällen darf.

Ein Interessenkonflikt kann tatsächlich die unverfälschte Willensbildung gefährden, welche für je-

des Verwaltungsratsmitglied ausschliesslich im Interesse der Gesellschaft zu erfolgen hat. Insbesondere kann nicht ausgeschlossen werden, dass im Rahmen der Entscheidungsfindung Drittinteressen im Vordergrund stehen und dies zu einem Schaden auf Seiten der Gesellschaft führt. Es ist daher wichtig, dass Interessenkonflikte thematisiert, analysiert und adressiert werden.

Doch was genau ist ein Interessenkonflikt und ist überhaupt eine allgemeingültige Definition möglich? Wie muss ein Verwaltungsratsmitglied vorgehen, wenn es sich in einem Interessenkonflikt befindet und was hat der Verwaltungsrat als Gremium und insbesondere der Verwaltungsratspräsident (die männliche Form umfasst hiernach jeweils auch die weibliche Form) vorzukehren? Der vorliegende Beitrag spricht diese und weitere Fragen an, die sich im Zusammenhang mit Interessenkonflikten im Verwaltungsrat stellen können.

Regelungen im Schweizer Recht *Aktienrecht*

Der Umgang mit Interessenkonflikten im Verwaltungsrat wird im geltenden Aktienrecht nur indirekt geregelt. Aus der allgemeinen Treue- und Sorgfaltspflicht (Art. 717 Schweizer Obligationenrecht, OR), gemäss welcher die Mitglieder des Verwaltungsrats die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren müssen, lässt sich ableiten, dass der Verwaltungsrat seine Interessen denjenigen der Gesellschaft unterordnen und Interessenkonflikte vermeiden muss. Der Entwurf des neuen Aktienrechts enthält zudem einen neuen Art. 717a gemäss welchem (i) die Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung den Verwaltungsrat unverzüglich und vollständig über Inter-

essenkonflikte zu informieren haben und (ii) der Verwaltungsrat die Massnahmen ergreifen soll, die zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft nötig sind. Eine Definition des Interessenkonflikts fehlt indessen auch in diesem Entwurf.

Übernahmerechtliche Bestimmungen

Die Übernahmeverordnung (UEV) erwähnt den Interessenkonflikt explizit und bestimmt, dass der Bericht des Verwaltungsrats einer Zielgesellschaft auf allfällige Interessenkonflikte von Mitgliedern des Verwaltungsrats hinzuweisen hat und Rechenschaft über die zur Vermeidung von Nachteilen für Angebotsempfänger getroffenen Massnahmen abgeben muss.

Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance

Der Swiss Code of Best Practice der economieuisse, dessen Empfehlungen sich primär an die Schweizer Publikumsgesellschaften richten, schreibt zudem im Falle von Interessenkonflikten von Mitgliedern des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung eine Offenlegungs- und Ausstandspflicht für die Betroffenen vor.

Organisationsreglement

Gesellschaften können den Umgang mit Interessenkonflikten im Organisationsreglement definieren und oftmals enthalten diese Reglemente entsprechende Bestimmungen. Dabei finden sich praktisch immer eine Pflicht, den Verwaltungsratspräsidenten zu informieren, und eine Ausstandspflicht oder zumindest ein Recht des Verwaltungsrats, einen Ausstand zu erzwingen.

Was ist ein Interessenkonflikt?

Definition

Die genannten Regelwerke (d.h. Aktienrecht, Übernahmerecht und Swiss Code of Best Practice) definieren den Begriff des Interessenkonflikts nicht. Unter *Interesse* (von lat.: *inter* «zwischen, inmitten» und *esse* «sein») versteht man die Aufmerksamkeit oder Anteilnahme, die eine Person für eine Sache oder für eine andere Person einnimmt. Mitglieder des Verwaltungsrats haben in ihrer Funktion Fremdinteressen zu wahren, näm-

lich diejenigen der Gesellschaft. Ein *Interessenkonflikt* liegt grundsätzlich dann vor, wenn ein Mitglied eine Entscheidung zu treffen hat, bei welcher diese Fremdinteressen in einem Konflikt zu eigenen oder anderen, ihm zur Wahrung übertragenen Interessen (gemeinsam nachfolgend die sogenannten *Drittinteressen*) stehen beziehungsweise diesen entgegengesetzt sind und eine unbefangene Stimmabgabe gefährdet oder gar unwahrscheinlich scheint. Der Konflikt kann dabei einerseits auf einer wirklichen Rechtspflichtenkollision des Verwaltungsratsmitglieds beruhen, andererseits aber auch darauf zurückzuführen sein, dass den Interessen der Gesellschaft andere wirtschaftliche Drittinteressen oder moralische Verpflichtungen gegenüberstehen, die das Verwaltungsratsmitglied fördern möchte oder sollte.

Es gibt aber auch Situationen, in denen zwar unterschiedliche Interessen bestehen, diese aber keinen Konflikt auslösen (sogenannte *Interessenberührung*). In der Praxis dürften diese Situationen häufiger als eigentliche Konflikte sein. Von einer Interessenberührung wird dann ausgegangen, wenn dem potenziellen Vorteil des Verwaltungsratsmitglieds (oder einer nahestehenden Person) bei der Verfolgung der Drittinteressen keine unmittelbare Beeinträchtigung der Gesellschaftsinteressen gegenübersteht. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn weder wirtschaftliche Drittinteressen noch rechtliche oder moralische Verpflichtungen durch die Verfolgung der Gesellschaftsinteressen betroffen sind.

Daneben kann es auch vorkommen, dass die auftretenden Interessen gleichgerichtet sind und die Verfolgung der Drittinteressen zugleich im Interesse der Gesellschaft ist.

Dies vorangestellt, werden nachfolgend alltägliche Fallgruppen und Situationen dargestellt, bei welchen unterschiedliche Interessen auftreten können:

Fallgruppen

- *Vertragsabschluss mit Mitglied des Verwaltungsrats als Gegenpartei (Selbstkontrahieren)*

In diesen Konstellationen tritt ein Mitglied des Verwaltungsrats der Gesellschaft als Gegenpartei auf. Als Beispiel sei der Abschluss eines Mietvertrags für die Gesellschaft genannt, bei dem ein Verwaltungsratsmitglied Eigentümer der Liegenschaft und Vermieter ist. Die Gesellschaft (Fremdinteresse) wird in dieser Situation an einem möglichst tiefen, das Verwaltungsratsmitglied hingegen an einem möglichst hohen Mietzins interessiert sein. Die Interessen stehen sich folglich diametral entgegen und ein Interessenkonflikt ist klar zu bejahen.

Eine analoge Situation liegt beim Abschluss eines Auftrags- bzw. Mandatsvertrags mit einem Verwaltungsratsmitglied vor: Auch hier wird das Verwaltungsratsmitglied primär seine Interessen, z.B. an einer hohen Honorierung oder einer sehr weitgehenden Freistellung von einer Haftung im Auge haben, weshalb ein Konflikt vorliegt bzw. wahrscheinlich ist.

- *Verwaltungsratsentscheid mit Auswirkungen auf ein Mitglied des Verwaltungsrats*
Ein Entscheid, der vordergründig die Gesellschaft betrifft, kann unter Umständen direkte Auswirkungen auf ein Verwaltungsratsmitglied haben. So etwa, wenn über eine interne Untersuchung entschieden wird, bei der es um Sachverhalte geht, die zu einer Verantwortlichkeit einzelner Mitglieder führen könnten.

Analoges gilt für Verfahren, welche die Gesellschaft anstrengt: Birgt ein positiver Ausgang die Gefahr eines Nachteils für das betroffene Mitglied, ist von einem Konflikt auszugehen. Sind die Auswirkungen des Ausgangs aber ungewiss, liegt – je nach infrage stehenden Interessen – ein Konflikt oder eine Berührung vor.

- *Geschäfte mit einer Gesellschaft, an welcher ein Verwaltungsratsmitglied eine Beteiligung hält*
In dieser Fallgruppe hält das Verwaltungsratsmitglied auch Aktien an der Gegenpartei eines Vertrages und würde damit von Bedingungen profitieren, die für diese Seite vorteilhaft sind. Zu einem Konflikt kann diese Situation

aber nur dann führen, wenn die Beteiligung auf dieser Gegenseite substanziell ist. Das ist etwa dann der Fall, wenn die Beteiligung so hoch ist, dass ein Vorteil aufseiten jener Gesellschaft dem betroffenen Mitglied des Verwaltungsrats ein Interesse verschafft, diese Gesellschaft zu bevorzugen – das wird in aller Regel voraussetzen, dass die Beteiligung mindestens 5% beträgt. Ist dem nicht so, ist von einer Interessenberührung auszugehen.

- *Vertragliche Pflicht zur Wahrung von Interessen Dritter im Allgemeinen*

Das Verwaltungsratsmitglied steht in dieser Konstellation in einer vertraglichen Beziehung zu einer Drittpartei – etwa als Arbeitnehmer (für Mehrfachmandate siehe sogleich) –, welche es ihm erschwert oder gar verunmöglicht, die Interessen der Gesellschaft unvoreingenommen zu wahren. Problematisch ist dies insbesondere dann, wenn es sich bei der Drittpartei um einen Konkurrenten oder eine Vertragsgegenpartei handelt. In beiden Situationen kann das betroffene Mitglied nicht glaubwürdig strategische Entscheide treffen oder Verhandlungen führen, da dies gleichzeitig eine Verletzung der Pflichten gegenüber der Arbeitgeberin respektive Gesellschaft bedeuten könnte. Ein Interessenkonflikt ist zu bejahen.

Es kommt aber letztlich auf die konkrete Situation an, denn eine vertragliche Pflicht zu einer Drittpartei begründet per se weder eine Interessenberührung noch einen Konflikt. Ist beispielsweise das Verwaltungsratsmitglied auch Partner in einer Anwaltskanzlei, liegt betreffend Mandatserteilung an diese Kanzlei wohl ein Konflikt vor, nicht aber beim Erteilen von spezifischen Instruktionen im Rahmen des bereits erteilten Mandats.

- *Mehrfachmandate im Besonderen*

Die Einsitznahme einer Person in verschiedene Verwaltungsräte ist recht häufig und hat für alle involvierten Gesellschaften den Vorteil, dass erwünschte Erfahrungen vertieft und Kompetenzen gestärkt werden. Es gibt im Schweizer Recht

keine Regelung, die die Anzahl Verwaltungsratsmandate begrenzt, die eine Person innehaben kann. Die Verordnung gegen übermäßige Vergütungen (VegüV) bestimmt nur, dass die Statuten kotierter Gesellschaften die Anzahl erlaubter externer Mandate zwingend festhalten müssen. Eine Beschränkung ergibt sich zudem aus der aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht.

Das Innehaben von mehreren Mandaten führt – wie die vertragliche Pflicht zur Wahrung Interessen Dritter – nicht automatisch zu einem Interessenkonflikt oder einer Interessenberührung. Ein Konflikt liegt aber stets dann vor, wenn sich die Unternehmen konkurrieren. Im Einzelfall kann aber auch eine bloße Interessenberührung vorliegen, etwa wenn zwischen beiden Unternehmen eine Vertragsbeziehung entstehen soll, die von beiden Verwaltungsräten zu genehmigen ist.

■ *Interessen nahestehender Personen*

Die Interessen nahestehender Personen können auch dann einen Einfluss haben, wenn der Verwaltungsrat nicht vertraglich (oder gesetzlich) zu deren Wahrung verpflichtet ist. Zu denken ist etwa an die Mandatierung einer Anwaltskanzlei, bei der der Ehegatte eines Verwaltungsratsmitglieds tätig ist oder an ein Kaufgeschäft von einer gewissen Tragweite mit einem Geschwister oder engen Freund als Gegenpartei. Solche Situationen berühren beim betroffenen Mitglied in aller Regel ideelle, manchmal auch materielle Interessen. Ob ein Konflikt vorliegt, bei dem anzunehmen ist, das Mitglied gewichte die Interessen der nahestehenden Person höher als diejenigen der Gesellschaft kann nicht generell gesagt werden – es kommt letztlich auf den Einzelfall an.

Ein (potenzieller) Interessenkonflikt liegt vor. Was nun?

Die nachfolgenden Ausführungen und Empfehlungen sind auf Verwaltungsräte anwendbar, die sich aus mehreren Mitgliedern zusammensetzen. Bei einem Ein-Mann-Verwaltungsrat stellen sich andere Fragen (Vertretungsmacht vs. Vertretungsbefugnis; Genehmigungsmöglichkeit durch Ge-

neralversammlung), auf die hier nur am Rande eingegangen wird.

Vorgehen des betroffenen Verwaltungsratsmitglieds

■ *Offenlegung*

Die Offenlegung ist unseres Erachtens das zentrale Element zum richtigen Umgang mit Interessenkonflikten. Nur durch eine aktive Offenlegung und die damit einhergehende Schaffung von Transparenz wird den anderen Verwaltungsratsmitgliedern ermöglicht, das Verhalten des betroffenen Verwaltungsratsmitglieds richtig zu beurteilen. Es ist weder die Aufgabe des Verwaltungsratspräsidenten noch der anderen Verwaltungsratsmitglieder, Interessenlagen der anderen Mitglieder zu erforschen oder zu antizipieren.

Die Schwelle zur Offenlegung von Eigen- bzw. Fremdinteressen ist daher tief anzusetzen; lediglich in Situationen, in denen ein Konflikt den anderen Mitgliedern unbestrittenermaßen bereits bekannt ist, muss dieser nicht noch explizit offengelegt werden (z.B. beim Vertragsabschluss mit einem Verwaltungsratsmitglied als Gegenpartei). Genauso sollten sowohl Interessenkonflikte als auch Interessenberührungen kommuniziert werden, und zwar bevor die Beratung in der Sache eingesetzt hat. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Begriffe, wie bereits erwähnt, nicht klar voneinander abgegrenzt werden können und es bei der Beurteilung immer auch auf das subjektive Empfinden der jeweiligen Personen ankommt.

Eine weitreichende Offenlegung hat noch keine Konsequenzen für die Beratung und Beschlussfassung. Sie schafft nur Transparenz als wesentliches Element einer funktionierenden Unternehmenskultur.

Sofern bekannt, sollten darüber hinaus allfällig berührte oder entgegenstehende Interessen bereits vor Annahme eines Mandats offengelegt werden, damit sich die Aktionäre bei der Wahl bewusst sind, dass sie eine Person

mandatieren, die auch Interessen wahrzunehmen hat, die der eigenen Gesellschaft potenziell zuwiderlaufen könnten.

Die Offenlegung hat dabei primär gegenüber dem Verwaltungsratspräsidenten zu erfolgen. Im Anschluss daran muss dieser darüber befinden, ob die Drittinteressen auch den anderen Mitgliedern offenzulegen sind. Als Massstab sollte gelten, dass immer dann, wenn das Drittinteresse das Verhalten des betroffenen Mitglieds bei der Beratung und Beschlussfassung potenziell verändert, die anderen Mitglieder über die Interessen zu informieren sind.

■ *Ausstand?*

In der Lehre weit verbreitet ist die Ansicht, dass das vom Interessenkonflikt betroffene Verwaltungsratsmitglied sowohl bei der Beratung des fraglichen Geschäfts wie auch bei der darauffolgenden Beschlussfassung von sich aus in den Ausstand zu treten hat. Diese Massnahme sehen sowohl der Swiss Code of Best Practice als auch zahlreiche Organisationsreglemente vor. Der Ausstand hat indessen im aktuellen Entwurf des neuen Aktienrechts keinen Eingang gefunden, obwohl dies ursprünglich vorgesehen war. Das ist zu begrüßen, denn der Ausstand des betroffenen Verwaltungsratsmitglieds ist aus folgenden Gründen meistens *keine* geeignete Massnahme zur Überwindung eines Interessenkonfliktes:

Funktion des Verwaltungsrates als Organ der kollektiven Entscheidung und der kollektiven Verantwortung: Für das einzelne Mitglied leitet sich daraus die Pflicht ab, an den Verwaltungsratssitzungen teilzunehmen, seine Argumente einzubringen und seine Stimme abzugeben (sog. Mitwirkungspflicht). Die Aufgaben des Verwaltungsrats sind grundsätzlich durch den Verwaltungsrat im Kollektiv zu erfüllen, und dieses Kollektiv lässt sich nicht gleichwertig durch ein Teilgremium ersetzen. Ein Verwaltungsratsmitglied, das bei einem bestimmten Geschäft auch Drittinteressen hat, soll sich durch einen Ausstand

nicht seiner Verantwortung entziehen können. In einem Fall offensichtlicher Schädigung der Gesellschaft durch ein Scheingeschäft wurde vom Bundesgericht allerdings entschieden, dass Ausstand nicht vor Verantwortung schützt: Ein Verwaltungsratsmitglied, das von schädigenden Umständen eines Geschäfts für die Gesellschaft weiss, aber nicht einschreitet, handelt treuwidrig, auch wenn es wegen eines Interessenkonflikts in den Ausstand getreten ist. Es ist jedoch unsicher, ob sich diese Rechtsprechung allgemein auf Fälle übertragen lässt, in denen die Schädigung der Gesellschaft oder das Wissen des betroffenen Verwaltungsratsmitglieds weniger offensichtlich ist.

Wissensstand: Häufig sind gerade diejenigen Personen, welche sich bezüglich eines konkret zu behandelnden Geschäfts in einem möglichen Interessenkonflikt befinden, mit den Umständen dieses Geschäfts oder der infrage stehenden Materie am besten vertraut und besitzen am meisten entscheidungsrelevante Hintergrundinformationen. Für die restlichen Verwaltungsratsmitglieder (und auch die Aktionäre) wäre es unbefriedigend, wenn gerade diejenigen Mitglieder mit dem grössten Know-how aufgrund eines Ausstandes bei der Beratung (und manchmal sogar bei der Beschlussfassung) fehlten.

Der Ausstand ist jedoch beispielsweise dann angezeigt, wenn ein Verwaltungsratsmitglied durch eine (gesetzliche oder vertragliche) Vertraulichkeitsverpflichtung Dritten gegenüber nicht teilnehmen darf.

Vorgehen des Verwaltungsrats als Gremium

Nachdem den übrigen Mitgliedern des Verwaltungsrats (potenziell) berührte Interessen bzw. ein Interessenkonflikt offengelegt wurden, ist es Teil deren Sorgfaltspflicht, der Situation mit hoher Wachsamkeit zu begegnen. Sofern ein Organisationsreglement das Vorgehen bei Vorliegen eines Interessenkonflikts regelt, ist primär in Einklang damit zu handeln. Sofern mit dem Orga-

nisationsreglement vereinbar oder wenn keine Regelung getroffen wurde, empfehlen wir dem Verwaltungsrat grundsätzlich die folgende Vorgehensweise:

■ *Beratung*

Aus den bereits erläuterten Gründen (Verwaltungsrat als Organ der kollektiven Entscheidung und Wissensstand eines betroffenen Verwaltungsrats) sollte die Beratung grundsätzlich im Gesamtverwaltungsrat, das heisst inklusive des vom Interessenkonflikt betroffenen Mitglieds stattfinden. Alternativ kann es auch angebracht sein, über das gleiche Geschäft zweimal zu beraten, und zwar einmal mit und einmal ohne das betroffene Mitglied (vgl. dazu auch unten zur *doppelten Beschlussfassung*). Ein Ausschluss von der Beratung sollte unseres Erachtens nur dann vorgenommen werden (und ist vor dem Hintergrund einer allfälligen Sorgfaltspflichtverletzung angezeigt), wenn die Angelegenheit gegenüber dem entsprechenden Mitglied vertraulich behandelt werden muss.

■ *Beschlussfassung*

Nachdem (idealerweise) im Gesamtgremium beraten wurde, gilt es in einem nächsten Schritt zu entscheiden, in welcher Form die Beschlussfassung stattfinden soll.

Normale Beschlussfassung: Wird die Schwelle zur Offenlegung wie durch uns vorgeschlagen tief angesetzt, kann es durchaus vorkommen, dass Beschlüsse auf dem ordentlichen Weg gemäss Gesetz, Statuten und allfälligem Organisationsreglement gefasst werden. Dies stets dann, wenn Eigen- bzw. Drittinteressen lediglich berührt werden, ein eigentlicher Konflikt zu den Gesellschaftsinteressen aber ausgeschlossen werden kann.

Doppelte Beschlussfassung: Bei der doppelten Beschlussfassung wird das gleiche Geschäft sowohl mit als auch ohne das betroffene Mitglied oder die betroffenen Mitglieder (d.h. in einem Ausschuss) beschlossen. Ein gültiger

Entscheid kommt nur zustande, wenn beide Entscheide das gleiche Ergebnis zeigen.

Ausschluss: Im Unterschied zur doppelten Beschlussfassung werden die betroffenen Mitglieder beim Ausschluss gänzlich unberücksichtigt gelassen und es kommt zu einer Abstimmung der übrigen Mitglieder.

Unseres Erachtens ist die doppelte Beschlussfassung dem Ausstand vorzuziehen, da sie sicherstellt, dass alle Mitglieder des Verwaltungsrates ihr Fachwissen und ihre Meinung mit einbringen müssen und sich ihrer Verantwortung durch Ausstand in keinem Fall entziehen können. Die Vorgehensvariante der doppelten Beschlussfassung hat sich in der Praxis bewährt und in das Organisationsreglement diverser Gesellschaften Eingang gefunden.

Selbstverständlich passt die doppelte Beschlussfassung nicht immer, und es muss den Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls angemessen Rechnung getragen werden. Hat beispielsweise die Mehrheit des Verwaltungsrats Eigeninteressen, welche denjenigen der Gesellschaft diametral gegenüberstehen, kann zumindest die Teilnahme bei der Beschlussfassung (im Sinne einer doppelten Beschlussfassung) nicht zielführend sein, da die betroffenen Mitglieder den Entscheid zugunsten ihrer Interessen verhindern könnten.

- *Zusätzliche risikominimierende Massnahmen*
Eine sorgfältige, korrekte Vorgehensweise des Verwaltungsrats bei Vorliegen von Interessenkonflikten kann darüber hinaus je nach Situation mit folgenden Massnahmen unterstützt werden:

Genehmigung durch die Generalversammlung: Obwohl umstritten, ob es aufgrund der unterschiedlichen Funktionen der Organe zweckmässig und vom Gesetzgeber gewollt ist, ist eine Genehmigung durch die Generalversammlung bei

Vorliegen von Interessenkonflikten möglich und unter Umständen durchaus sinnvoll. Ein Beschluss der Generalversammlung minimiert insbesondere das Risiko potenzieller Verantwortlichkeitsklagen, da ein zustimmender Aktionär grundsätzlich keine Klagelegitimation hat und der nichtzustimmende Aktionär seine Verantwortlichkeitsklage innert sechs Monaten einreichen müsste (dies analog zu Art. 758 Abs. 2 und 811 OR).

Einhaltung von Drittkonditionen:

Daneben empfiehlt es sich, alle Geschäfte zu Markt- bzw. Drittkonditionen abzuschliessen (sofern ein Marktpreis eruiert werden kann) und dies zu dokumentieren, was zusätzlich durch das Handeln in Übereinstimmung mit externen Gutachten unterstützt werden kann.

Exkurs: Organisation des Verwaltungsrats und Regelung im Organisationsreglement

Die Organisation des Verwaltungsrats und damit einhergehend die Unternehmenskultur spielen eine zentrale Rolle im angemessenen Umgang mit Interessenkonflikten. Mitglieder sollen alle Tatsachen und Interessen, die auch nur potenziell berührt sein können, ungeniert offenlegen können und zugleich ein Interesse an einer Offenlegung haben.

Der Verwaltungsratspräsident muss diese «Kultur der Transparenz» vorleben und die Mitglieder entsprechend auf ihre Pflichten aufmerksam machen.

Daneben empfiehlt es sich, den Umgang mit Interessenkonflikten im Organisationsreglement zu definieren. Die Regelung sollte nicht zu starr sein (z.B. strikte immer den Ausstand vorsehen), damit je nach konkreter Situation eine angemessene Vorgehensweise gewählt werden kann. Das Muster für eine Regelung im Organisationsreglement (vgl. Box) entspricht vom Ansatz her der Regelung im Entwurf des neuen Aktienrechts (dazu oben «Regelungen im Schweizer Recht»), geht aber darüber hinaus, indem es die Vorgehensweise konkreter ausgestaltet.

Muster für Organisationsreglement

Bei Beratung und Beschlussfassung über Gegenstände, welche Interessen (eigene oder Drittinteressen) eines Mitglieds des Verwaltungsrats spezifisch berühren (*Alternative*: «Bei Vorliegen eines Interessenkonflikts» [welcher im Organisationsreglement definiert wird, vgl. unten]), trifft der Verwaltungsratspräsident im Einzelfall die geeigneten Massnahmen. Die Mitglieder des Verwaltungsrats sind verpflichtet, den Verwaltungsratspräsidenten über potenzielle und bestehende Interessenkonflikte unverzüglich zu informieren und die Details des Interessenkonflikts offenzulegen. Sollte der Verwaltungsratspräsident selbst einen potenziellen oder tatsächlichen Interessenkonflikt haben, informiert er darüber die anderen Mitglieder des Verwaltungsrats, die im Gremium (aber unter Ausschluss des Verwaltungsratspräsidenten) über die geeigneten Massnahmen entscheiden.

In der Regel wird im Falle eines Interessenkonflikts eine doppelte Beratung und Beschlussfassung vorgesehen (bei welcher die Abstimmung einmal mit und einmal ohne das betreffende Mitglied durchgeführt wird und der Beschluss nur zustande kommt, wenn die beiden Beschlüsse identisch sind), oder das betreffende Mitglied des Verwaltungsrats tritt bei der Beschlussfassung (nicht aber bei der Beratung) in den Ausstand.

Muster: Definition Interessenkonflikt

Jedliches persönliche Interesse oder das Interesse einer eng verbundenen Person oder Gesellschaft, welches ein Verwaltungsratsmitglied in einer bestimmten Angelegenheit haben kann und welches als Konflikt zu den Interessen der Gesellschaft zu betrachten ist oder betrachtet werden kann.

Rechtsfolgen des mangelhaften Umgangs mit Interessenkonflikten

Wird ein Interessenkonflikt (oder unter Umständen bereits eine Interessenberührung) nicht korrekt offengelegt oder trotz Offenlegung nicht korrekt behandelt, kann dies die folgenden Rechtsfolgen nach sich ziehen:

■ *Keine Anwendbarkeit der Business Judgement Rule*

Gemäss der Business Judgement Rule haben sich Gerichte bei der Beurteilung von Entscheiden Zurückhaltung aufzuerlegen, wenn diese auf einer angemessenen Informationsbasis beruhen und in einem einwandfreien Entscheidungsprozess ohne Interessenkonflikte zustande gekommen sind. Wenn jedoch Interessenkonflikte vorliegen oder mit diesen mangelhaft umgegangen wurde, können Gerichte einen strengeren Beurteilungsmassstab anwenden, was die Wahrscheinlichkeit aktienrechtlicher Verantwortlichkeit (dazu sogleich) erhöhen kann.

■ *Verantwortlichkeit der Verwaltungsratsmitglieder*

Der mangelhafte Umgang mit Interessenkonflikten kann sowohl beim betroffenen Verwaltungsrat als auch bei den übrigen Verwaltungsratsmitgliedern zu aktienrechtlicher Verantwortlichkeit (Art. 754 OR) führen, weil dies eine Verletzung der Treue- bzw. Sorgfaltspflicht bedeuten kann; bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen (Schaden, Kausalzusammenhang zwischen Sorgfaltspflichtverletzung und Schädigung sowie Verschulden) kann damit eine Haftung resultieren.

■ *Nichtigkeit des Verwaltungsratsbeschlusses*

Die Frage der Nichtigkeit des Verwaltungsratsbeschlusses bei fehlerhaftem Umgang mit Interessenkonflikten wird in der Lehre nicht einheitlich beurteilt. Es wird insbesondere argumentiert, dass das Handeln eines Verwaltungsrats, der sich in einem Interessenkonflikt befindet, nicht durch sein Mandat oder seine Organvollmacht gedeckt ist, was zur Unverbindlichkeit der Geschäfte führen kann. Dieses Problem kann aber mittels Genehmigung durch die anderen Mitglieder des Verwaltungsrats bzw. eines neben- oder übergeordneten Organs, sprich durch die Generalversammlung, unter Umständen geheilt werden.

■ *Strafrechtliche Folgen*

Der ungetreuen Geschäftsbesorgung macht sich schuldig, wer aufgrund des Gesetzes, ei-

nes behördlichen Auftrags oder *eines Rechtsgeschäfts* damit *betraut ist, das Vermögen eines anderen zu verwalten* und dabei bewirkt oder zulässt, dass der andere am Vermögen geschädigt wird. Die Mitglieder des Verwaltungsrats fallen in den Anwendungsbereich dieser Norm. Erleidet eine Gesellschaft aufgrund des Abschlusses (bzw. Nichtabschlusses) eines Geschäfts einen Schaden und unterlag ein Mitglied des Verwaltungsrats einem Interessenkonflikt, der nicht offengelegt oder nicht adäquat angegangen wurde, kann es sein, dass dies ausschlaggebend war für den Eintritt des Vermögensschadens. Dies ist etwa dann der Fall, wenn bei Kenntnis des Konflikts die Begründungen des betroffenen Mitglieds aller Voraussicht nach anders beurteilt und kein positiver Beschluss über das schädigende Geschäft zustande gekommen wäre.

Kernaussagen

- Interessenkonflikte werden im geltenden Aktienrecht nicht direkt adressiert. Die Mitglieder des Verwaltungsrats sind aber aufgrund ihrer Sorgfaltspflicht gehalten, die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen zu wahren und die eigenen Interessen denjenigen der Gesellschaft unterzuordnen.
 - Es gibt eine Vielzahl von Fällen, in denen unterschiedliche Interessen einen Entscheid beeinflussen. Von einem Konflikt ist dann auszugehen, wenn Eigen- bzw. andere zu wahrenden Interessen den Gesellschaftsinteressen entgegengesetzt sind und eine unbefangene Stimmabgabe gefährdet scheint.
 - Die Schwelle zur Offenlegung von Interessenkonflikten ist tief anzusetzen.
 - Ein von einem Interessenkonflikt betroffenes Verwaltungsratsmitglied sollte nicht pauschal von der Beratung und Beschlussfassung im Verwaltungsrat ausgeschlossen werden, sondern es soll seine Argumente ebenfalls einbringen und Verantwortung für die Beschlussfassung tragen müssen.
-

Das Handbuch für erfolgreiche Manager.

Mit Experten-Wissen zu brisanten Themen wie Strategie und Führung, Steuern, Compliance, Wirtschaftsdelikte und Arbeitsrecht

- ✓ aktueller Überblick zu den laufenden Entwicklungen
- ✓ mit Checklisten, Übersichten und Ergänzungen
- ✓ Kernaussagen für die schnelle Informationsaufnahme



Jetzt erhältlich
www.managerhandbuch.ch

Schulthess
MANAGEMENT **S**