

Interessenkonflikte von Verwaltungsratsmitgliedern

Peter Forstmoser*

Inhaltsübersicht

- I. Mehrfachmandate – kritisierte, aber unvermeidbare Schweizer Realität
- II. Gesetzliche Vorgaben
- III. Mehrfachmandate und Interessenkollisionen
- IV. Doppelkontrahieren als besonders manifeste Erscheinungsform eines Interessenkonflikts
- V. Mehrfachmandate in Unternehmen, die zueinander in Geschäftsbeziehung stehen
- VI. Mehrfachmandate in Unternehmen, die sich konkurrenzieren
- VII. Kreuzweise Ausübung von Organfunktionen
- VIII. Schluss

Hermann Schulin hat sich zeitlebens klassischen juristischen Themen gewidmet. Seine Domäne ist der Allgemeine Teil des Schuldrechts. Er hat den Klassiker von Andreas von Tuhr – das Werk, mit welchem unsere Generation juristisch denken lernte – auf einen modernen Stand gebracht¹, und zahllosen angehenden Juristinnen und Juristen hat er mit seinen Tafeln², vor allem aber auch mit seinen äusserst beliebten Lehrveranstaltungen in St. Gallen und Zürich den Zugang zum Schuldrecht geöffnet.

* Herr SALVATORE CAMODECA, DEA Sc. pol., cand. iur., hat mich beim Sammeln und Ordnen des Materials für diesen Beitrag und durch kritisches Mitdenken tatkräftig unterstützt. Ich danke ihm.

¹ ANDREAS VON TUHR/HANS PETER, unter Mitarbeit von HERMANN SCHULIN: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band I (3. A. Zürich 1979).

² HERMANN SCHULIN/NEDIM PETER VOGT: Tafeln zum schweizerischen Obligationenrecht I (4. A. 1998).

Die folgende Skizze zu Ehren des Kollegen und Freundes aus gemeinsamer Assistentenzeit befasst sich daher mit einer klassischen Thematik: *Interessenkollisionen*. Dies freilich nicht im Rahmen des Schuldrechts, sondern – entsprechend der wissenschaftlichen und praktischen Ausrichtung des Verfassers – in dem des Gesellschafts- und insbesondere des Aktienrechts³. Und hier wird einer von vielen Aspekten ausgewählt: die potentiellen und oft auch aktuellen Konflikte, denen Personen ausgesetzt sind, die in mehreren Aktiengesellschaften gleichzeitig als Mitglieder des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung tätig sind.

Auch in dieser Eingrenzung ist das Thema freilich viel zu breit, um in einem kurzen Aufsatz fundiert behandelt werden zu können. Ich beschränke mich deshalb auf eine Skizze von wesentlichen Problemen und Lösungsansätzen, ferner auf einige weiterführende Hinweise⁴.

I. Mehrfachmandate – kritisierte, aber unvermeidbare Schweizer Realität

a) Dass einzelne Personen gleichzeitig Verwaltungsratsmandate in mehreren Gesellschaften – allenfalls auch kombiniert mit der vollamtlichen Tätigkeit in einer Geschäftsleitung – innehaben, ist in der Schweiz gerade auch bei den grossen Gesellschaften eher die Regel als die Ausnahme. Anzutreffen ist auch der Einsitz in Exekutivorgane mehrerer Gesellschaften übers Kreuz: Der CEO, Delegierte oder Präsident des Verwaltungsrates einer Gesellschaft A ist zugleich (gewöhnliches) Mitglied im Verwaltungsrat der Gesellschaft B, während umgekehrt deren Präsident, Delegierter oder Geschäftsleitungsvorsitzender als Verwaltungsratsmitglied der Gesellschaft A tätig ist.

In der Wirtschafts- und Boulevardpresse ist dieser «Filz» in neuerer Zeit hart kritisiert und für eine Reihe von eklatanten Fehlleistungen in grossen Unterneh-

³ Dass zwischen dem Gesellschaftsrecht – auch dem Körperschaftsrecht – und dem allgemeinen Schuldrecht enge Beziehungen bestehen und die Grundlagen letztlich dieselben sind, ergibt sich schon aus Art. 7 ZGB, wonach die «[...] allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechtes über die Entstehung, Erfüllung und Aufhebung der Verträge [...] auch [...] auf andere zivilrechtliche Verhältnisse [...]» – und damit auch auf Gesellschaften – Anwendung finden.

⁴ Dies steht freilich im Gegensatz zur Arbeitsweise von Hermann Schulin: Das äusserst klug bearbeitete Sachregister des «von Tuhr» umfasst gegen 140 Seiten und ist in sich eine wissenschaftliche Leistung, die das breit angelegte Werk auch für den an Zeitknappheit leidenden Praktiker erschliesst.

men verantwortlich gemacht worden⁵. Auch in der Lehre finden sich kritische Stimmen⁶.

Gerügt werden die Machtballung in der Hand einiger weniger «big linkers», die Unmöglichkeit, für das einzelne Mandat die nötige Zeit aufzuwenden und schliesslich die Unvermeidlichkeit von Interessenkonflikten. Die Kritik ist – nicht generell, aber in Einzelfällen – sicher nicht unbegründet. Sie kann aber den Umstand nicht aus dem Weg schaffen, dass in der Schweiz die Kumulation von Funktionen in verschiedenen Unternehmen wegen der Vielzahl zu besetzender Ämter letztlich unvermeidbar ist. Wohl handelt es sich bei den gegen 175'000 schweizerischen Aktiengesellschaften⁷ in der grossen Mehrzahl um kleinere Gesellschaften, bei denen die «Eigentümer» in einer Art Selbstorganschaft auch Verwaltungsrat und Geschäftsleitung stellen. Es gibt aber Hunderte von mittleren und grösseren Gesellschaften (viele von ihnen kotiert) und damit – geht man von einer durchschnittlichen Verwaltungsratsgrösse von 5–12 Personen aus – Tausende von Stellen, die es zu besetzen gilt. In der Schweiz mit ihrer kleinen Einwohnerzahl ist dies kein leichtes Unterfangen, zumal das Gesetz noch immer die Besetzung von Verwaltungsräten mit Ausländern und im Ausland wohnhaften Personen nur beschränkt zulässt⁸. Und da in den letzten Jahren aufgrund der strengeren gesetzlichen Vorgaben⁹, der verschärften Gerichtspraxis zum Verant-

⁵ Am prominentesten war und am intensivsten ausgeschlachtet wurde wohl der in Raten erfolgte Zusammenbruch der SAir Group, der im ganzen Jahr 2001 für Zündstoff sorgte.

⁶ Vgl. statt vieler HANS CASPAR VON DER CRONE: Verantwortlichkeit, Anreize und Reputation in der Corporate Governance der Publikumsgesellschaft, ZSR NF 119 (2000) II 235 ff., 245 f.

⁷ Ende 2001 waren im Handelsregister 173'127 Aktiengesellschaften eingetragen, vgl. Schweiz. Handelsamtsblatt vom 24.1.2002 (Nr. 16) 31.

⁸ Vgl. die vielleicht seit jeher, sicher aber in der heutigen Zeit unsinnige Heimatschutzbestimmung von Art. 708 Abs. 1 OR, wonach die Mitglieder des Verwaltungsrates einer schweizerischen AG «[...] mehrheitlich Personen sein [müssen], die in der Schweiz wohnhaft sind und das Schweizer Bürgerrecht besitzen». Zurecht schlägt der Bundesrat in seiner Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001 (BB1 2002, S. 3148 ff) die Aufhebung dieser Bestimmung vor. Künftig soll nur noch verlangt werden, dass eine Person, welche die Gesellschaft vertreten kann, in der Schweiz Wohnsitz hat, wobei es sich um ein Verwaltungsratsmitglied, aber auch ein Mitglied der Direktion handeln kann.

⁹ Zu erinnern ist vor allem an die durch die Aktienrechtsreform von 1968/1991 eingeführte Liste *unübertragbarer* Aufgaben des Verwaltungsrates in Art. 716a Abs. 1 OR, die sicher das Maximum dessen darstellt, was vom Verwaltungsrat einer Publikumsgesellschaft vernünftigerweise verlangt werden kann.

wortlichkeitsrecht^{10, 11} und des stark angestiegenen öffentlichen Interesses an der Wirtschaft – vor allem ihrem Versagen – die Anforderungen an Fachkunde und Engagement von Verwaltungsratsmitgliedern massiv gewachsen sind, hat sich das Reservoir der Kandidaten nochmals verknapp¹².

b) Die Kumulation von Ämtern in verschiedenen Gesellschaften ist mithin eine *soziologische Realität*, die aus der Schweizer Unternehmenslandschaft nicht wegzudenken ist. Wirtschaftspolitisch stellt sich die Frage ihrer betriebs- und volkswirtschaftlichen Opportunität, auf welche der Jurist nicht eingehen kann. Daneben ergeben sich aber auch *Rechtsfragen*, und diese sind für die Praxis von nicht geringer Bedeutung. Im Zentrum steht das Problem der potentiellen und nicht selten auch akuten *Interessenkonflikte*. Dazu Folgendes:

II. Gesetzliche Vorgaben

a) Für die Wahl in den Verwaltungsrat enthält das Aktienrecht – von Wohnsitz- und Nationalitätserfordernissen abgesehen¹³ – eine einzige Vorschrift: Verwaltungsratsmitglieder müssen Aktionäre sein¹⁴. Im Übrigen gibt es – von der Handlungs- oder vielleicht auch nur Urteilsfähigkeit abgesehen – keine gesetzlichen Erfordernisse.

b) Dies gilt zunächst für die *Zahl der übernommenen Mandate*. Im Zuge der Aktienrechtsreform wurde zwar eine höchstzulässige Zahl von Mandaten bei Publikumsgesellschaften diskutiert¹⁵, schliesslich aber verworfen. Dies zu Recht:

¹⁰ Vgl. dazu die Hinweise bei PETER FORSTMOSER: Aufgaben und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, Schweiz. Treuhänder 76 (2002) Heft 5.

¹¹ In den USA hat die Verschärfung des persönlichen Haftungsrisikos dazu geführt, dass potentielle Kandidaten oft nicht mehr bereit sind, dem Verwaltungsrat beizutreten, sondern nur noch einem «Beirat», der keine Entscheidungsbefugnisse und -verantwortung hat. Ein solcher allgemeiner Rückzug auf bloss beratende Funktionen muss in der Schweiz vermieden werden.

¹² Ein weiterer Aspekt ist der Umstand, dass die zeitlichen Anforderungen an Geschäftsleitungsvorsitzende derart gestiegen sind, dass aktive Unternehmer nicht selten den Einsitz in Verwaltungsräte ausserhalb der eigenen Unternehmensgruppe ablehnen oder sich auf ein oder zwei externe Mandate beschränken.

¹³ Zu diesen vorn Anm. 8.

¹⁴ Art. 707 Abs. 1 OR. Eine Ausnahme besteht für den «Vertreter» einer juristischen Person oder Handelsgesellschaft (Art. 707 Abs. 3 OR), dazu nachstehend Anm. 22.

¹⁵ So noch in Art. 707 Abs. 4 des bundesrätlichen Entwurfs von 1983 (vgl. die Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983 [zit. nach dem Sonderdruck], Ziff. 332.1, 173 f. und 237), der sich ausdrücklich an § 100 Abs. 2 Ziff. 1 AktG anlehnte (Botschaft, Ziff. 332.1, 174).

Zum einen sind die Anforderungen von Verwaltungsratsmandaten so unterschiedlich, dass diese auch hinsichtlich einer allfälligen Höchstzahl nicht über einen Leisten geschlagen werden können¹⁶. Sodann wäre mit der diskutierten Maximalzahl¹⁷ ein Plafond geschaffen worden, der in der Praxis ohnehin von kaum jemandem erreicht worden wäre und so ein Signal in die falsche Richtung abgegeben hätte.

c) Es gibt aber auch keine Unvereinbarkeitsbestimmungen zur Vermeidung *potentieller Interessenkonflikte*: Von Gesetzes wegen ist es nicht untersagt, bei zwei Konkurrenzunternehmen gleichzeitig in einer Leitungsfunktion tätig zu sein¹⁸. Somit schliesst das Aktienrecht keineswegs aus, dass dieselbe Person Verwaltungsratsmandate gleichzeitig in mehreren Gesellschaften wahrnimmt, die den gleichen Markt bearbeiten oder die aufgrund von vertraglichen Beziehungen gegenläufige Interessen haben. Es genügt, dass die Kandidatin¹⁹ oder auch nur die sie delegierende juristische Person oder Handelsgesellschaft²⁰ Aktionärin ist.

Nebenher sei darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber die gleichzeitige Ausübung von Organfunktionen in mehreren Gesellschaften sogar fördert, indem – wie soeben erwähnt – Art. 707 Abs. 3 OR vorsieht, dass für juristische Personen «[...] ihre Vertreter gewählt werden» können. Diese «Vertreter» sind eben häufig Mitglieder der Geschäftsleitung bzw. des Verwaltungsrates der delegierenden Gesellschaft.

d) Auch eine Regelung für *akute Konflikte* lässt sich dem Aktienrecht nicht entnehmen. Es fehlt eine Bestimmung entsprechend der vereinsrechtlichen von Art. 68 ZGB, wonach ein Mitglied «[...] von Gesetzes wegen vom Stimmrechte ausgeschlossen [ist] bei der Beschlussfassung über ein Rechtsgeschäft oder einen Rechtsstreit zwischen ihm, seinem Ehegatten oder einer mit ihm in gerader Linie

¹⁶ So können Immobiliengesellschaften letztlich nichts anderes sein als «Liegenschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit», das Verwaltungsratsmandat mithin nichts anderes als der Auftrag zur Verwaltung einer Liegenschaft, dessen Ausführung weitestgehend delegiert werden kann. Es können sich bei solchen Gesellschaften aber auch – wenn es um die Entwicklung oder Umnutzung von Gebäudekomplexen geht – anspruchsvolle unternehmerische Aufgaben stellen.

¹⁷ Art. 707 Abs. 4 des Entwurfs des Bundesrates (zit. in Anm. 15) beschränkte die zulässige Anzahl – analog zum deutschen Recht – auf *zehn*.

¹⁸ Die Regelung ist – zu Recht – völlig anders als die für das Kontrollorgan: Für die Revisoren verlangt Art. 727c OR Unabhängigkeit von einem Mehrheitsaktionär (Abs. 1) und – falls es ein Aktionär oder Gläubiger verlangt – von Gesellschaften des gleichen Konzerns (Abs. 2).

¹⁹ Art. 707 Abs. 1 OR.

²⁰ Art. 707 Abs. 3 OR.

verwandten Person einerseits und dem Vereine anderseits»²¹. Eine entsprechende Ordnung gibt es im Aktienrecht nur für einen einzigen Fall: Nach Art. 695 Abs. 1 OR sind die Mitglieder des Verwaltungsrates und die mit der Geschäftsführung befassten Personen vom Stimmrecht beim Decharge-Beschluss in der Generalversammlung ausgeschlossen. Für die Arbeit im Verwaltungsrat fehlt jegliche gesetzliche Einschränkung der Mitwirkungsrechte.

e) Der in mehreren Verwaltungsräten Tätige geniesst andererseits auch *keinerlei Privilegien*, auch dann nicht, wenn er als «Vertreter» einer anderen AG bestellt worden ist: Insbesondere gelten für ihn *dieselben Loyalitäts- und Schweigepflichten*. Er muss seine Aufgaben in der jeweiligen Gesellschaft «[...] mit aller Sorgfalt erfüllen und [...] [deren] Interessen [...] in guten Treuen wahren»²².

Damit ist die Basis für *Interessenkonflikte* gelegt.

III. Mehrfachmandate und Interessenkollisionen

a) Mehrfachmandate brauchen freilich nicht notwendig zu Interessenkonflikten zu führen: Sie können – wie die Kumulation anderer Aufgaben auch – Probleme der *zeitlichen Verfügbarkeit* aufgeben, und es kann auch schwierig sein, sich gleichzeitig in den Geschäftsbereichen mehrerer Gesellschaften das erforderliche Wissen anzueignen und à jour zu halten. «Konflikte» ergeben sich unter diesen Aspekten nur insofern, als es darum geht, die beschränkten eigenen personellen Ressourcen angemessen zuzuweisen.

b) Gänzlich anders verhält es sich, wenn zwischen mehreren Gesellschaften, in denen jemand eine Organfunktion einnimmt, *rechtliche oder faktische Beziehungen* bestehen. Zu denken ist an vier Fälle:

²¹ Zur von Lehre und Praxis für das sog. *Doppelkontrahieren* entwickelten Ordnung vgl. nachstehend, Ziff. IV.

²² Vgl. Art. 717 Abs. 1 OR (Hervorhebung hinzugefügt). Diese Bestimmung gilt auch für den Vertreter einer juristischen Person (vgl. etwa ERIC HOMBURGER: Zürcher Kommentar zu OR 707–726 [Zürich 1997] Art. 707 N 66; EMMANUEL FALKEISEN: Die Vertretung juristischer Personen im Verwaltungsrat [Diss. Zürich 1947] 71 ff.; GIOVANNI SCHUCANY: Die Vertreter juristischer Personen im Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft [Diss. Zürich 1949] 19 ff. und 42 f.). Und sie gilt auch im Rahmen einer Konzerntochtergesellschaft, schafft dort allerdings unüberwindbare Probleme, weil die Interessenoptimierung der jeweiligen Gesellschaft der *einheitlichen Leitung*, die per definitionem ein Wesensmerkmal des Konzerns bildet (vgl. Art. 663e Abs. 1 OR), diametral entgegensteht. Vgl. dazu PETER FORSTMOSER: Haftung im Konzern, in: Charlotte M. Baer (Hrsg.): Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht (Bern/Stuttgart/Wien 2000), 89 ff., 102 ff.

- an den *Konzern*: In ihm werden mehrere rechtlich selbständige Gesellschaften wirtschaftlich zu einer Einheit zusammengefasst²³. Dabei wird die einheitliche Leitung oft durch *Personalunion und damit durch Mehrfachmandate sichergestellt*. Die Träger solcher Funktionen stehen nicht selten in einem letztlich nicht lösbaren Konflikt: Einerseits sollen sie die einheitliche Leitung des Konzerns durchsetzen, andererseits aber auch – gemäss dem Auftrag von Art. 717 Abs. 1 OR – die Interessen der jeweiligen Einzelgesellschaft bestmöglich wahren. Auf dieses *Konzernparadox*²⁴ wird im Folgenden nur am Rande eingegangen²⁵;
- an *Gesellschaften, die zueinander in Geschäftsbeziehungen* stehen – als Lieferanten und Abnehmer, als Partner, die gemeinsam einen Auftrag (etwa im Rahmen einer Arbeitsgemeinschaft) erfüllen oder als Kreditgeber und Borger. (Vgl. dazu Ziff. V.);
- an Unternehmen, die *sich konkurrenzieren*, weil einzelne ihrer Geschäftsfelder überlappen oder übereinstimmen. (Vgl. dazu Ziff. VI.);
- an *Kreuzbeteiligungen*, die durch eine gegenseitige Einsitznahme im Verwaltungsrat untermauert werden. (Vgl. dazu Ziff. VII.).

In diesen Verhältnissen hilft es wenig, wenn im künftigen Swiss Code of Best Practice²⁶ treuherzig erklärt wird:

«Jedes Mitglied von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung hat seine persönlichen und geschäftlichen Verhältnisse so zu ordnen, dass Interessenkonflikte mit der Gesellschaft möglichst vermieden werden.»

Beim Vorliegen der genannten Strukturen – und sie sind keineswegs selten – lassen sich eben Interessenkonflikte nicht vermeiden.

Keine Lösung bringt auch die in der Lehre oft statuierte *Maxime*, wonach ein Verwaltungsratsmitglied das Mandat in einer Konkurrenzgesellschaft *gar nicht*

²³ So die Legaldefinition von Art. 663e Abs. 1 OR.

²⁴ In der Lehre hat es nicht an Anstrengungen gefehlt, den Widerspruch zwischen einheitlicher Leitung einer Mehrzahl von Gesellschaften und eigennütziger sowie eigenverantwortlicher Leitung einer jeden Einzelgesellschaft auszubebenen, vgl. etwa Max Albers-Schönberg: *Haftungsverhältnisse im Konzern* (Diss. Zürich 1980 = SSHW 44) 197 ff. und besonders fundiert Peter Böckli: *Konzernrecht: Die Stellung des Verwaltungsrates einer in den Konzern eingeordneten Untergesellschaft*, in Charlotte M. Baer (Hrsg.), (zit. in Anm. 22), 35 ff. Voll zu überzeugen vermag aber keiner dieser Versuche, gegensätzliche Verpflichtungen zu harmonisieren.

²⁵ Vgl. dazu etwa Peter Forstmoser (zit. in Anm. 22) 97.

²⁶ *Economiesuisse, Corporate Governance, Swiss Code of Best Practice*, am 25. März 2002 verabschiedeter Text (voraussichtlich am 1. Juli 2002 in Kraft tretend), Ziff. 16.

erst annehmen und dadurch Konfliktsituationen von Anfang an ausschliessen solle²⁷. Für die vorgenannten Konstellationen gibt es gute Gründe, und sie werden deshalb Realität bleiben.

Unnütz ist schliesslich der gut gemeinte Ratschlag, im Falle von Konflikten zurückzutreten. Es wäre dies eine Reaktion, die den legitimen wirtschaftlichen Interessen im konkreten Fall nicht gerecht würde.

Vielmehr ist nach anderen Wegen zu suchen, wie mit latenten oder virulenten Interessenkollisionen aufgrund von Mehrfachmandaten umgegangen werden kann.

IV. Doppelkontrahieren als besonders manifeste Erscheinungsform eines Interessenkonflikts

a) Offenkundig ist der Konflikt, in dem sich der in mehreren Gesellschaften als Organ Tätige dann befindet, wenn *Rechtsgeschäfte zwischen diesen Gesellschaften* abgeschlossen werden sollen: Je vorteilhafter die Bedingungen für die eine Gesellschaft, desto nachteiliger meist für die andere.

b) Lehre und Praxis haben denn auch die *Doppelvertretung dem Selbstkontrahieren gleichgestellt*²⁸, weshalb in Doppelvertretung geschlossene Rechtsgeschäfte *grundsätzlich nichtig sind*^{29, 30, 31}.

²⁷ So etwa Eric Homburger (zit. in Anm. 22) Art. 717 N 894 ff.

²⁸ Vgl. BGE 95 II 621 ff., ZR 93 (1994) Nr. 30, 115; ROLF WATTER in Basler Kommentar zum OR II (Basel 1994) Art. 718a N 13.

²⁹ BGE 106 Ib 148; ZR 93 (1994) Nr. 30, 115; etwas enger WATTER (zit. in Anm. 28) Art. 718a N 12.

³⁰ Eine Einschränkung gilt für das Verbot der organschaftlichen Doppelvertretung nach der Gerichtspraxis bei *abhängigen Gesellschaften*, bei denen mit Rücksicht auf die wirtschaftlichen Bedürfnisse das Doppelkontrahieren in einem weitergehenden Umfang erlaubt sein soll; vgl. den in ZR 77 (1978) Nr. 44, 127 ff. wiedergegebenen Bundesgerichtsentscheid vom 7.2.1978. Diese Ausnahme kann jedoch nur bei vollständiger Beherrschung einer Tochtergesellschaft durch die Muttergesellschaft gelten, während bei einer bloss mehrheitlich gehaltenen Gesellschaft das Verbot der Doppelvertretung im Interesse der Dritttaktionäre konsequent zu beachten ist.

³¹ Darüber hinaus kann sich eine stillschweigende *Beschränkung der Vertretungsmacht* für Rechtsgeschäfte ergeben, die sich als interessen- bzw. pflichtwidriges Vertreterhandeln erweisen, vgl. DIETER ZOBL: Probleme der organschaftlichen Vertretungsmacht, ZBJV 125 (1989) 289 ff., 295 f.

c) *Innengesellschaftlich empfiehlt es sich, durch präventive Massnahmen – etwa Offenlegungs- und Ausstandspflichten – Fälle des Doppelkontrahierens zu vermeiden*³².

V. Mehrfachmandate in Unternehmen, die zueinander in Geschäftsbeziehung stehen

a) Banken sind nicht selten bei Grosskunden durch ein Mitglied ihrer Geschäftsleitung im Verwaltungsrat «vertreten»³³. In Industrieunternehmen wird gelegentlich der «Vertreter» eines Grosskunden oder eines bedeutenden Lieferanten in den Verwaltungsrat gewählt, als Zeichen freundschaftlicher geschäftlicher Verbundenheit, aber auch wegen der Branchenkenntnisse und Erfahrungen solcher «Vertreter».

Dass solche Vertretungen und die damit verbundene personelle Verflechtung Zündstoff enthalten, braucht nicht näher ausgeführt zu werden.

b) Von Gesetzes wegen bestehen für solche Konstellationen keine Schranken. Doch ist auf folgende rechtliche Konsequenzen hinzuweisen:

- Art. 717 Abs. 1 OR – die Pflicht zur sorgfältigen Interessenwahrung bei der Wahrnehmung *jeder* Organfunktion – muss fast zwangsläufig zu Loyalitätskonflikten führen.
- Daraus kann sich eine *Ausstandspflicht* ergeben, und zwar über den engen Tatbestand der Doppelvertretung im technischen Sinn hinaus³⁴.
- Die aktienrechtliche *Schweigepflicht* gilt auch – und ganz besonders – gegenüber der potentiellen oder aktuellen Vertragspartnerin, bei welcher ein Verwaltungsratsmitglied hauptberuflich oder im Aufsichtsgremium tätig ist³⁵.

³² Dazu nachstehend Ziff. V., lit. c.

³³ In neuerer Zeit ist freilich in dieser Hinsicht vermehrte Zurückhaltung festzustellen, als Folge der (schlechten) Erfahrungen, die mit solchen «Vertretungen» bei Unternehmenszusammenbrüchen gemacht wurden wie auch der Kritik, die in den Medien und in politischen Gremien laut geworden ist.

³⁴ Vgl. die Erwägungen in BGE 126 III 262 ff., E.3a, 363 f.

³⁵ RENATE WENNINGER: Die aktienrechtliche Schweigepflicht (Diss. Zürich 1983 = SSW 70) 165 f. vertritt zwar die Auffassung, der «Vertreter» einer juristischen Person im Verwaltungsrat im Sinne von Art. 707 Abs. 3 OR sei gegenüber der delegierenden juristischen Person zu einer umfassenden Information berechtigt. Ob dies als Grundsatz im Allgemeinen richtig ist, mag hier offen bleiben. Zumindest im Falle von (auch nur potentiellen) Geschäftsbeziehungen ist jedenfalls die Schweigepflicht strikte zu beachten.

Daher erfüllt sich die Erwartung, durch die Delegation eines «Vertreters» in einen Verwaltungsrat zu privilegierter Information zu gelangen, zumindest dann nicht, wenn sich der «Vertreter» pflichtgemäss verhält.

c) Charakteristisch für das Mandat des Verwaltungsratsmitgliedes, das zugleich eine Organfunktion im Verwaltungsrat oder in der Geschäftsleitung eines Geschäftspartners erfüllt, ist es, dass Interessenkonflikte in der Regel *punktuell* auftreten – dann, wenn speziell eine Vertragsbeziehung zum betreffenden Vertragspartner in Frage steht. Im Übrigen können die Sonderkenntnisse des vor- oder nachgelagerten Marktes oder einer anderen Branche durchaus fruchtbar gemacht werden³⁶.

Durch eine Reihe von *präventiven Massnahmen* kann solchen Konflikten begegnet werden:

aa) Die Konflikte sind *offen zu legen*, und zwar nicht nur, wenn sie sich aktualisieren³⁷, sondern auch *schon vor der Annahme des Mandats*: Die Aktionäre sollen sich bei der Wahl des neuen Verwaltungsratsmitgliedes bewusst sein, dass sie eine Person mandatieren, die auch Interessen wahrzunehmen hat, die der eigenen Gesellschaft zuwiderlaufen könnten. Sie können dann en *connaissance de cause* entscheiden, ob sie dies in Kauf nehmen wollen, um sich die besonderen Fähigkeiten und Erfahrungen des Kandidaten zu sichern.

bb) Der Verwaltungsrat ist strikte auf das *arm's length principle* zu verpflichten, also darauf, Verträge konsequent zu Drittbedingungen abzuschliessen. Für den Abschluss von Verträgen mit Unternehmen, die im Verwaltungsrat «vertreten» sind, ist zudem eine neutrale *fairness opinion* zu verlangen³⁸.

³⁶ Die Situation kann sich freilich rasch ändern: So kann es dann, wenn ein Unternehmen in Schieflage gerät, von existentieller Bedeutung sein, dass die gesprochenen Kreditlinien offen bleiben und Bankdarlehen nicht gekündigt werden. Beides kann für die kreditgewährende Bank von Nachteil sein, was den Bankenvertreter im Verwaltungsrat in einen Gewissenskonflikt bringt, der sich letztlich nur durch den Rücktritt lösen liesse. Ein solcher aber könnte – vielleicht nicht rechtlich, wohl aber aufgrund seiner Auswirkungen – «zur Unzeit» (vgl. Art. 404 Abs. 2 OR) sein, weil dadurch ein Signal vermittelt würde, das sich im Markt verheerend auswirkte.

³⁷ Vgl. für diesen Fall den Swiss Code of Best Practice (zit. in Anm. 26) Ziff. 16: «Tritt ein Interessenkonflikt auf, so benachrichtigt das betroffene Mitglied des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung den Verwaltungsratspräsidenten.»

³⁸ So auch der Code of Best Practice (zit. in Anm. 26) Ziff. 16: «Nötigenfalls ist eine neutrale Begutachtung anzuordnen.»

cc) Selbstverständlich ist, dass der in zwei Unternehmen zugleich in Organfunktion Tätige bei Rechtsgeschäften zwischen diesen Unternehmen in den *Ausstand* treten soll. Es empfiehlt sich, dies generell reglementarisch festzuhalten, etwa durch eine Bestimmung im Organisationsreglement, wonach alle Mitglieder des Verwaltungsrates verpflichtet sind,

«[...] in den Ausstand zu treten, wenn Geschäfte behandelt werden, die ihre eigenen Interessen oder die Interessen von ihnen nahestehenden natürlichen oder juristischen Personen berühren.»

Dabei ist freilich zu beachten, dass ein Verwaltungsratsmitglied seine *Erfahrung bei möglichst allen Geschäften einbringen* können sollte und dass der «Vertreter» ja gerade wegen seiner besonderen Qualifikationen und Kenntnisse in den Verwaltungsrat gewählt worden ist. Ein vernünftiger Kompromiss, der diesem Dilemma Rechnung trägt, kann darin bestehen, dass der Betreffende befugt und allenfalls verpflichtet sein soll, zum anstehenden Geschäft Stellung zu nehmen, also dazu Red und Antwort zu stehen, bevor er den Raum verlässt.

dd) Der Ausstand kann gewissermassen institutionalisiert werden, indem für Geschäfte mit der «delegierenden» Gesellschaft – ad hoc oder permanent – ein *Ausschuss* bestellt wird, dem der Betreffende nicht angehört³⁹. Auch bei dieser Lösung sollte aber gewährleistet bleiben, dass das Wissen der «delegierten» Organperson in die Entscheidungsfindung einfließen kann, etwa dadurch, dass sie dem Ausschuss als Beraterin zur Verfügung steht.

ee) Endlich ist bei der Vertragspartnerin durch sog. *Chinese Walls* – Massnahmen, die verhindern, dass sensitive Informationen in einer Unternehmung von einer Abteilung in eine andere fliessen – sicherzustellen, dass die Schweigepflicht auch wirklich eingehalten wird⁴⁰. Die stille Hoffnung, über die delegierte Person zu Insider-Informationen zu gelangen, wird damit freilich im Keim erstickt.

³⁹ Eine Schranke ergibt sich freilich aus Art. 716a Abs. 1 OR: Die dort aufgezählten unübertragbaren Aufgaben können nicht vollumfänglich an Ausschüsse delegiert werden. Da aber diese Bestimmung vor allem das Grundsätzliche anspricht – Oberleitung, Strategie, organisatorische Strukturen und wichtigste personelle Entscheide – sollte auf der Ebene einzelner Geschäfte eine vollumfängliche Zuweisung an Ausschüsse möglich sein.

VI. Mehrfachmandate in Unternehmen, die sich konkurrenzieren

a) Nicht selten kommt es vor, dass jemand in zwei Unternehmen, die sich *konkurrenzieren*, als Organ tätig ist, sei es zugleich in beiden Gesellschaften als Mitglied des Verwaltungsrates, sei es in unterschiedlichen Funktionen – bei der einen Gesellschaft als Mitglied oder Vorsitzender der Geschäftsleitung, bei der anderen im Verwaltungsrat.

Sieht man von den hier ausgeklammerten *konzernverbundenen* Gesellschaften ab, dann erstreckt sich das Konkurrenzverhältnis freilich kaum je auf die gesamte Geschäftstätigkeit, sondern meist nur (aber immerhin) auf *einzelne Geschäftsfelder*, die sich – oft als Folge einer vertikalen oder horizontalen Integration – überlappen. Mit Bezug auf diese übereinstimmenden Geschäftsfelder bestehen manifeste Interessen- und Pflichtenkonflikte, da die Pflicht, die Aufgaben einer Gesellschaft mit aller Sorgfalt zu erfüllen und deren Eigeninteressen in guten Treuen zu wahren⁴¹ nicht optimal erfüllen kann, wer gleichzeitig Diener zweier Herren ist⁴². Die optimale Interessenwahrung zugunsten der einen Gesellschaft ist vielmehr zwangsläufig mit der *Hintanstellung der Interessen der anderen verbunden*.

b) Einschränkend ist – wie bei der Vertretung von Geschäftspartnern im Verwaltungsrat – festzuhalten, dass die Betreuung zweier Mandate auch in diesem Fall nicht zu einem umfassenden Konflikt führen muss. Betroffen sind lediglich die von beiden Unternehmen bearbeiteten Geschäftsfelder. In diesen aber ist die Konfliktsituation – und darin unterscheidet sich der Sachverhalt von dem in Ziff. V. geschilderten – nicht nur punktuell, im Rahmen einzelner Vertragsabschlüsse gegeben, sondern generell. Der Swiss Code of Best Practice hält zwar dafür, dass ein solcher Fall eines *dauernden* Interessenkonflikts nicht sein darf⁴³.

⁴⁰ Dazu ROLF WATTER: Chinese Walls bei Universalbanken?, SJZ 87 (1991) 109 ff., der unter anderem darauf hinweist, dass die Abschottung von Informationen auch im Interesse der delegierenden juristischen Person liegt, weil ihr dadurch das Wissen der «delegierten» Organperson nicht angerechnet wird (zur Wissensanrechnung allgemein vgl. KURT SIEGER: Das rechtlich relevante Wissen der juristischen Person des Privatrechts [Diss. Zürich 1979 = SSHW 33]; HEINZ REICHWEIN: Wie weit ist der Aktiengesellschaft... das Wissen ihrer Organe anzurechnen...?, SJZ 66 [1970] 1 ff.; ROLF WATTER: Über das Wissen und den Willen einer Bank, in: FS Kleiner [Zürich 1993] 125 ff.). – Untersuchungsbehörden und Medien scheinen freilich nicht so recht an die Wirksamkeit einer solchen Abschottung zu glauben. So wurden nach Unternehmenszusammenbrüchen gegen die Bankenvertreter im Verwaltungsrat Verfahren wegen allfälliger Insiderdelikte angestrengt, und die Medien unterstellten stillschweigend einen Informationsfluss zwischen dem delegierten Organ und der Bank, in welcher dieses in der Geschäftsleitung tätig war.

⁴¹ Art. 717 Abs. 1 OR, dazu vorn bei Anm. 22.

⁴² PETER BÖCKLI: Schweizer Aktienrecht (2. A. Zürich 1966) N 1641e, spricht von einem *qualifizierten Fall* einer Interessenkollision.

Dies widerspricht jedoch der Realität und praktischen Bedürfnissen, weil der Vertreter des Konkurrenzunternehmens ausserhalb der kritischen Geschäftsfelder als besonders Fachkundiger wertvolle Beiträge leisten kann. Ein generelles Verbot lässt sich daher m.E. nicht durchsetzen, auch nicht mit dem Instrument von Best Practices. Doch sind besondere Vorkehrungen angezeigt.

c) Zu einem guten Teil drängen sich die vorn in Ziff. V. lit. c skizzierten Massnahmen auf. Die nicht in allen Teilen übereinstimmende Interessenlage führt jedoch auch zu teilweise unterschiedlichen Konsequenzen:

So kann das Allheilmittel für die Lösung von Interessenkonflikten – der *Ausstand* in allen betroffenen Gremien – *keine befriedigende Lösung* sein, weil dadurch die betreffende Person gerade bei den Geschäften, bei denen sie einen qualifizierten Beitrag zu leisten hätte, «neutralisiert» würde. Vielmehr drängt sich für solche Konflikte «institutionellen» Charakters eine *generelle Prioritätenordnung* auf, die etwa in abgestimmten Regeln der jeweiligen Organisationsreglemente oder in einer Vereinbarung, die von beiden Unternehmen gemeinsam mit der betroffenen Organperson abgeschlossen wird, zu verankern ist. Diese Ordnung hat insbesondere klarzustellen, welchem der beiden Unternehmen *business opportunities in gemeinsamen Geschäftsfeldern* zukommen sollen. Als Beispiel sei etwa folgende Regelung skizziert:

aa) Eine spezifische Geschäftschance soll als der Gesellschaft oder Gruppe zugeordnet gelten, bei der sie *zuerst angefallen* ist. Daraus folgt insbesondere, dass eine Idee, die *von einer der beiden Gesellschaften entwickelt* worden ist, auch von dieser Gesellschaft (und nur von ihr) weiterentwickelt und kommerziell ausgewertet werden können soll. Die gemeinsame Organperson übt ihre Funktionen in dieser Gesellschaft uneingeschränkt aus, gegenüber der anderen wahrt sie Stillschweigen.

Dasselbe gilt, wenn einer der beiden Gesellschaften eine Geschäftschance durch *Aussenstehende* (etwa eine Merchant Bank) angezeigt wird.

bb) Entwickelt die in beiden Unternehmen tätige Person *selbst eine Geschäftschance*, dann wird sie dies in der Regel im Hinblick auf eine der beiden Unternehmen tun. Bei dieser kann und soll sie ihre Aufgabe wahrnehmen, gegenüber der anderen gilt Stillschweigen. In Zweifelsfällen wird dabei derjenigen Gesellschaft der Vorrang zu geben sein, zu welcher die nähere Beziehung besteht, etwa durch eine hauptamtliche Tätigkeit oder die Inhabung des Präsidiums.

⁴³ Swiss Code (zit. Anm. 26), Ziff. 16.

cc) Wird die betroffene Organperson von Dritten angegangen, dann ist entscheidend, *in welcher Funktion* sie angesprochen wird. Entsprechend ist die Aufgabe wahrzunehmen. Erfolgt die Anfrage «neutral», dann mag es sinnvoll sein, diese in beiden Gesellschaften an eine zuständige Instanz – in der Regel wohl die Geschäftsleitung – weiterzuleiten und sich im Übrigen zurückzuziehen.

dd) Erfahren beide Unternehmen *gleichzeitig von einer Geschäftschance*, tritt die gemeinsame Organperson in Ausstand. Dasselbe gilt – schon aufgrund der Überlegungen in Ziff. V. – für *Geschäfte zwischen den beiden Unternehmen*.

VII. Kreuzweise Ausübung von Organfunktionen

a) Kreuzbeteiligungen zwischen Publikumsgesellschaften sind zwar in der Schweiz bei weitem nicht so häufig wie sie in Deutschland waren und zum Teil noch sind⁴⁴. Aber auch hierzulande finden sich – auch ausserhalb von Konzernen – zahlreiche Verflechtungen. Nicht selten wird die gegenseitige Beteiligung auch durch eine *wechselseitige Einsitznahme in die Leitungsorgane untermauert*.

b) Zu Recht wird verlangt, dass bei einer solchen kreuzweisen Einsitznahme in Leitungsorgane «die Unabhängigkeit im Einzelfall sorgfältig zu prüfen»⁴⁵ ist⁴⁶.

c) Wiederum drängen sich besondere Vorkehren auf, ähnlich denen für die in Ziff. V. und VI. referierten Sachverhalte.

Ein besonderes Augenmerk ist dabei auf die Hierarchien und Kontrollstrukturen zu richten: Es muss nach Möglichkeit verhindert werden, dass sich die Leitungsorgane der kreuzweise verflochtenen Gesellschaften gegenseitig beaufsichtigen und qualifizieren. Gänzlich ist dies nicht zu vermeiden, ist doch der Verwaltungsrat als oberstes Leitungsorgan stets auch mit der Aufsicht betraut⁴⁷. Doch ist zumindest bei der personellen Zusammenstellung der *Ausschüsse eine wechselseitige Abhängigkeit zu vermeiden. Konkret etwa:*

⁴⁴ Bis vor kurzem hat eine prohibitive Steuergesetzgebung den Abbau wechselseitiger Beteiligungen in Deutschland weitgehend verhindert. Seitdem diese Hürde gefallen ist – mit dem Steuer-senkungsgesetz (StSenkG) vom 23. Oktober 2000 wurde § 8b des Körperschaftssteuergesetzes (KStG) revidiert – ist die deutsche Beteiligungslandschaft jedoch in Bewegung geraten.

⁴⁵ Swiss Code of Best Practice (zit. in Anm. 26) Ziff. 2.

⁴⁶ Ein generelles Verbot der kreuzweisen Einsitznahme wäre aber m.E. keineswegs tunlich, da Vertreter von Grossaktionären – und um solche handelt es sich bei den kreuzweise Beteiligten – allenfalls besonders prädestiniert sind zur wirksamen Wahrung der Aktionärsinteressen.

⁴⁷ Vgl. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR.

- Dem *Prüfungsausschuss* (Audit Committee) der einen Gesellschaft sollte nicht das von der anderen Gesellschaft delegierte Verwaltungsratsmitglied vorstehen⁴⁸.
- Und auch der *Salärausschuss* sollte nicht vom Vertreter der kreuzbeteiligten Gesellschaft präsiert werden.

VIII. Schluss

a) Die gleichzeitige Einsitznahme in die Leitungsorgane mehrerer Aktiengesellschaften ist in der Schweiz – auch ausserhalb von Konzernen, bei denen sie ein klassisches Führungsinstrument darstellt – weit verbreitet. Angesichts knapper personeller Ressourcen kommt eine Beschränkung durch den Gesetzgeber oder auch durch die betroffenen Gesellschaften mittels eines Code of Best Practice nicht in Betracht. Eine solche Einschränkung wäre auch nicht sinnvoll, können doch gerade Personen, die in mehreren Unternehmungen gleichzeitig aktiv sind, ganz spezifische und besonders wertvolle Leistungen erbringen und so Mehrwert für alle betroffenen Gesellschaften und ihre Stakeholder schaffen.

b) Doch ergeben sich Konflikte, und diesen ist – über die allgemeinen rechtlichen Vorgaben hinaus – durch spezielle Massnahmen zu begegnen, etwa solchen

- zum Ausstand,
- zur Verschwiegenheitspflicht und ihrer Absicherung durch Chinese Walls,
- zur Zuweisung von Funktionen an Ausschüsse und
- zur Priorität bei der Zuweisung und Nutzung von Geschäftschancen.

Auf diese Weise *präventiv* entschärft, können Mehrfachvertretungen für die betroffenen Gesellschaften *mehr Chancen als Gefahren* beinhalten. *Repressiv* geahndet wird ein allfälliges Fehlverhalten sodann durch das auf alle Gesellschaftsorgane – unabhängig ihrer anderweitigen Bindungen und Interessen – gleichermassen anwendbare, strenge und in seiner praktischen Auswirkung oft allzu strenge aktienrechtliche *Verantwortlichkeitsrecht*.

⁴⁸ Auf die Unabhängigkeit des Audit Committee wird zu Recht besonderes Gewicht gelegt. Vgl. dazu den zur Bibel der Steuerausschüsse gewordenen Blue Ribbon Report (Report and Recommendations of the Blue Ribbon Committee on Improving the Effectiveness of Corporate Audit Committees) von 1999, 21 ff.

Separatum aus:

**Der Allgemeine Teil und das Ganze –
Liber Amicorum für Hermann Schulin**

Herausgegeben von
Nedim Peter Vogt und Dieter Zobl

Interessenkonflikte von Verwaltungsratsmitgliedern

Peter Forstmoser

Helbing & Lichtenhahn

Erstmals erschienen in:

Der Allgemeine Teil und das Ganze – Liber Amicorum für Hermann Schulin, herausgegeben von Nedim Peter Vogt und Dieter Zobl. Basel, Genf, München 2002, S. 9–23.

ISBN 3-7190-2128-9 (Helbing und Lichtenhahn)

Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (technisch, elektronisch und/oder digital) zu übertragen, zu nutzen oder ab Datenbank sowie via Netzwerke zu kopieren und zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag.

ISBN 3-7190-2128-9

© 2002 by Helbing & Lichtenhahn, Basle, Switzerland